

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 دكداك / العدد الثالث يناير 2013

➤ من مواضيع العدد الثالث يناير 2013 :

- الصلح في الطلاق والتطليق الإجراء ونبل الغايات.
- الذمة المالية للزوجة والشروط الإدارية للزواج.
- مستقبل شركات اتصالات الهاتف النقال في اليمن.
- رهانات التحول الديمقراطي في الجزائر.
- الحريات العامة في النظام القانوني الموريتاني.
- هيئة التحكيم و تدارك إخلالات حكم التحكيم .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

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 دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد

قراءة في النظام القانوني للموطني (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن مقدم محام ببيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصلوا بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات فقهية | مقالات قانونية | مقالات مقارنة | مقالات بلغارية | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | أعداد المجلة | إشراك بالمجلة

العدد الثالث يناير 2013

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

- ❖ 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.
- الدكتور صلاح الدين دكداك : 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 السوسيسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث : لشهريناير 2013

محتويات العدد :

- 1) كلمة العدد : أثر الفقه الإسلامي في القوانين العربية والأجنبية بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....04
- 2) الصلح في الطلاق والتطليق بين جوهرية الإجراء ونبيل الغايات : الدكتور أحمد خرطة أستاذ بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور جامعة محمد الأول بوجدة.....06
- 3) الحريات العامة في النظام القانوني الموريتاني : الدكتور محمد الأمين ولد سيدي باب أستاذ القانون العام كلية الحقوق - جامعة نواكشوط والمدرسة الوطنية للإدارة استشاري بوزارة الشؤون الاقتصادية والتنمية.....14
- 4) منازعات التعمير في القانون الجزائري - رخصة البناء والهدم- : الأستاذ الدكتور عمار بوضيف رئيس المجلس العلمي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة.....28
- 5) مستقبل شركات اتصالات الهاتف النقال في اليمن في ظل المعوقات التشريعية ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الأول لمستقبل الاتصالات في اليمن موفمبيك - صنعاء - 22 يناير 2012م إعداد : فضيلة الأستاذ المحامي و المستشار القانوني هاشم محمد عضلات رئيس منظمة روابط للدعم القانوني باحث في مجال الصياغة التشريعية و تطوير التشريعات.....39
- 6) الإرهصات الكبرى للجباية المحلية في موريتانيا ، أية آفاق : إعداد الباحث حمزة ولد سلامي باحث موريتاني في سلك الدكتوراه كلية الحقوق بسطات ، المغرب.....57
- 7) دور هيئة التحكيم في تدارك إخلالات حكم التحكيم : الأستاذ العربي زروق محامي وباحث في القانون من تونس.....64
- 8) الحماية القانونية للموظف إزاء طاعة الأوامر غير المشروعة - بحث مقارن - : صالح الزيداني : باحث دكتوراه في القانون العام جامعة نانت - فرنسا.....75
- 9) استقلال الذمة المالية للزوجة من خلال الشروط الإدارية لعقد الزواج وآثارها في مدونة الأسرة - دراسة تأصيلية - الدكتور الجيلالي سبيع : باحث في الفقه والأصول جامعة محمد الأول بوجدة.....90
- 10) صندوق التكافل العائلي : الأستاذ محمد لشقار باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق طنجة.....98
- 11) التفتيش في الجريمة الجمركية قوادري صامت جوهر : أستاذة مساعدة قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة حسنية بن بوعلي - الشلف - الجزائر.....125
- 12) الإصلاحات السياسية الأخيرة في موريتانيا قراءة في الأبعاد القانونية والسياسية : فضيلة الأستاذ المصطفى ولد احمد ديه أستاذ القانون العام بجامعة نواكشوط.....138
- 13) القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة : عبد العزيز خنفوسي أستاذ مساعد قسم (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيده - الجزائر.....156

- 14) المجتمع المدني في الجزائر بين النصوص القانونية والممارسة العملية : حساني خالد أستاذ القانون الدولي بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.....178
- 15) رهانات التحول الديمقراطي في الجزائر : الأستاذ بوطيب بن ناصر عضو هيئة التدريس كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ورقلة.....187
- 16) تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي-رؤية حقوقية- : حميد مسرار دكتور في فقه الأسرة جامعة محمد الأول-وجدة.....198
- 17) المسؤولية المدنية للمحامي في القانون الجزائري واجتهاد المحكمة العليا الجزائرية : حمادي عبد النور باحث دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان.....207
- 18) القواعد المتعلقة بنزاهة الحملة الانتخابية في القانون الانتخابي الجزائري : الأستاذ دندن جمال الدين، ماجستير في القانون العام تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر.....223
- 19) الاستدانة في الفقه الإسلامي : سالم رقاقي باحث بسلك الدكتوراه متخصص في الفقه المقارن : (معاملات مالية) جامعة الأمير عبد القادر -قسنطينة - الجزائر.....230
- 20) دعوى الإلغاء على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري دراسة : الأستاذ عادل بوراس كلية الحقوق جامعة المسيلة -الجزائر-.....251
- 21) آثار جريمة النصب على مجال الأعمال : السيدة الأستاذة سنوسي مريم باحثة دكتوراه تخصص قانون الأعمال المقارن جامعة وهران الجزائر.....281
- 22) فكرة المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن) : بن طرية معمر أستاذ باحث بصف الدكتوراه في القانون الخاص بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.....303
- 23) La métamorphose de la conception traditionnelle de l'État au maroc et se répercussion dr. zakariae chekhchou docteur en droit public de l'université de saragosse- espagne294
- 24) Le projet de Justice transitoire en Libye : docteur abohamra alhadi ali faculté de droit / universite de tripoli-libye.....296

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد : أثر الفقه الإسلامي في القوانين العربية والأجنبية



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور صلاح الدين دكدك

الحمد لله الذي أبرز الحقائق بجواهر الكلمات ، وزين الأجناس بزينة كواكب الإشارات من العبارات ، والصلاة والسلام على العلم المفرد الذي أطلعه الله على السر المصون ، فأخبر بما خفى عن العيان والجنان مما كان وما يكون، وبعد ،

لا شك أن الفقه الإسلامي يعد ثروة حقيقية تملكها الأمة الإسلامية ، وإن كان البعض منا لا يزال يجهل هذه القيمة ولا زال لا يكلف نفسه جهدا من أجل المزيد من التنقيب عن هذه الثروات التي لا بد من الاعتراف بانها كانت سابقة لعصرها في بعض الأمور والقضايا ، فبالرغم من أننا نعيش عصر الثورة التكنولوجية والتقدم العلمي إلا أن فقهاء الإسلام الذين مثلوا العصر الذهبي للحضارة الإسلامية كانوا يتوفرون على فكر موسوعي دقيق بهر العالم بأسره وشكل أرضية خصبة للعديد من الباحثين في القانون الوضعي ، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح مجموعة من الأسئلة الدقيقة التي تستدعي كشف النقاب عن أجوبتها وحلولها ، وتطرح كذلك علاقة التأثير والتأثر بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية ، ومن هنا نتساءل :

- ما مدى تأثير القوانين العربية والأجنبية بالفقه الإسلامي خصوصا في فترة الاستعمار الأجنبي لبلاد المسلمين؟
- وما مدى انفتاح الفقه الإسلامي على القوانين العربية والأجنبية؟
- ألا يمكن القول بأن أثر فقهاء الإسلام في قوانيننا العربية ضعيف وأنه لا مفر من انفتاح أكبر على كنوز الفقه الإسلامي؟
- ألا يمكن القول بأن بعض القوانين العربية والأجنبية كانت انتهازية وأخذت من الفقه الإسلامي فقط الأمور التي لا تحرجها في صياغتها لفصولها القانونية؟
- ألا يمكن القول بأن نصيبا من نجاح المستعمر الأجنبي وتقدمه العلمي مرتبط بفترة نهله من كنوز الفقه الإسلامي خلال فترة استعمار بلاد المسلمين؟

هذه الأسئلة وغيرها كثير نتمنى أن تكون موضوعا لبعض مواضيع مجلة الفقه والقانون في الأعداد القادمة بإذن الله وقوته.
ختاما نذكركم بالتعاون بين فقهاء الشرع والقانون من أجل نهضة الأمة الإسلامية ، وجعلنا العلي القدير 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

الصلح في الطلاق والنطيق بين جوهرية الإجراء ونبل الفايان ©



الدكتور أحمد خرطة : أستاذ بالكلية المتعددة

التخصصات بالناضور جامعة محمد الأول بوجدة

تمهيد :

اعتمدت المغاربة الصلح كوسيلة من الوسائل الأساسية في فض المنازعات بين المتخاصمين وفي قضايا كثيرة، ودعاوى متنوعة ، وذلك عن طريق مؤسسات تشكلت على أساس ديني أو عرفي لتطور بعد ذلك لتأخذ صبغة قانونية. وتعد المنازعات الأسرية من أهم القضايا التي اعتمدت فيها هذه الوسيلة ، وخاصة ما يتعلق بالطلاق والتطيق.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع سأتناوله في المحاور الآتية:

المبحث الأول: تأصيل الصلح الأسري

المبحث الثاني: مؤسسات الصلح الأسري والواقع التطبيقي

المبحث الثالث : معوقات تحقيق الأهداف والغايات.

المبحث الأول : تأصيل الصلح الأسري :

منذ دخول الإسلام إلى المغرب ، والمغاربة يعتمدون في كثير من قضاياهم على السند الشرعي الذي يحكمونه

©- النص الكامل للمداخلة التي شارك بها فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد خرطة أستاذ بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور جامعة محمد الأول بوجدة ، في اليوم الدراسي المنظم بمحكمة الاستئناف بالناضور يوم 26 دجنبر 2012.

في تصرفاتهم بصفة عامة ، والعلاقات الأسرية بصفة خاصة.

وهكذا يتم استحضار أدلة قرآنية ، وأحاديث نبوية، في تدعيم اللجوء إلى الصلح والإصلاح بين الناس ، وترسيخ فض النزاع والتخاصم والفرقة والشقاق.

فمن القرآن قوله تعالى : (إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون). (1)

وقوله تعالى : (فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم) (2). وقوله تعالى : (إن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعرضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) (3).

وأهم آية تأطر مسطرة الصلح في التطليق قوله تعالى: (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً). (4)

ومن الأحاديث الدالة على الدعوة إلى إصلاح ذات البين وقطع دابر النزاع ما رواه أبو الدرداء عن رسول الله - ص - أنه قال : ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة ، قالوا: بلى يارب الله قال : إصلاح ذات البين).

وورد في حديث آخر عن النبي - ص - أنه قال : (الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا أحل حراماً أو حرم حلالاً).

وهكذا أجمعت الأمة ، وجمهور الفقهاء على نبذ الفرقة والشتات ونهج الصلح كوسيلة مهمة في إصلاح ذات البين وخاصة بين المكونين الأساسيين للأسرة الزوج والزوجة.

ونظراً لما لهذه الوسيلة من أهمية فقد أحدث لها المغاربة مؤسسات خاصة عهد إليها بتولي هذه المهمة.

المبحث الثاني : مؤسسات الصلح الأسري :

يمكن تقسيم هذه المؤسسات إلى نوعين : مؤسسات قديمة ، وأخرى حديثة.

المطلب الأول : المؤسسات القديمة :

من المعلوم أن النزاع الأسري قائم منذ وجود الأسرة المغربية ، ولهذا أبدع الإنسان المغربي مساطر وقواعد خاصة لحل هذه الخصومات الأسرية ، وذلك إما اعتماداً على الجانب الديني الشرعي، أو على العرف والتقاليد أو على الجانب القانوني والقضائي.

الفقرة الأولى : المؤسسات الدينية :

استمدت كثير من المؤسسات التي تولت الصلح الأسري شرعيتها من الجانب الديني ويأتي على رأسها

أ) مؤسسة الزاوية :

بحث عملت الزاوية ومنذ عصور خلت على المسارعة إلى الصلح كلما حدث نزاع أسري كيف ما كان نوعه ، وخاصة بين الزوج والزوجة، وذلك بنوع من السرعة والفعالية ، وذلك بحسب ما يتمتع به شيخها ومقدمها من الهيبة والوقار والإحترام.

ب) مؤسسة المسجد :

شكل المسجد للمغاربة الملاذ الأساسي في تفريج الكرب ، ولهذا كان كلما حصل نزاع بين الزوجين إلا وتدخل إمام وخطيب المسجد لإجراء الصلح بين الطرفين بحيث يحالفه النجاح في كثير من الأحيان لما كان يتمتع به من وقار واحترام الناس له ، وبالتالي النزول عند رأيه وحكمه.

الفقرة الثانية : المؤسسات القضائية :

قبل فرض الحماية ساد في المغرب نظام المحاكم الشرعية التي كانت لها الولاية العامة ، ثم أدخل عليه الاستعمار إصلاحات جوهرية ليقصر دورها على البت في قضايا الأحوال الشخصية والميراث بين المسلمين والعقار الغير محفظ وبعد الاستقلال أحدث المشرع المغربي نظام محاكم الجماعات والمقاطعات (5) التي كان من أهم اختصاصات الصلح بين الأطراف المتنازعة (6) .

المطلب الثاني : المؤسسات الحديثة المكلفة بالصلح الأسري :

يمكن الحديث عن مؤسستين مساعدتين للقضاء الجالس في تحقيق الصلح بين الزوجين المتخاصمين.

الفقرة الأولى : مؤسسة الحكيمين :

تعد هذه المؤسسة من أهم المؤسسات المعتمد في الصلح القضائي ، وأكثر تأهيلا لهذه المهمة الصعبة ، حيث جاء في المادة 95 من المدونه : يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ، ويبذل جهدهما لإنهاء النزاع.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين ، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة ."

وهكذا يظهر أن للحكيمين مكانة وتأثير ، وأن قرارهما له خطرو شأن.

فإذا كانت مدونة الأسرة - كما كان الحال - في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ، لم تحدد أوصاف الحكيمين ، ولا الجهة التي ينتقى منها ، فيمكن سد هذه الثغرة بالرجوع إلى المادة 400 من المدونة والتي نصت على أن : " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة ، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والإجتهد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف."

وبرجعنا إلى المذهب المالكي ، نجده عموما يشترط في الحكيمين الذكورة والعدالة والرشد ، زيادة على الفقه بأحكام الجمع والتفريق.

ويعينان من أقارب الزوجين ، أحدهما من أقارب الزوج و ثانيهما من أقارب الزوجة، لأن الأقارب أعرف ببواطن

الأحوال وأصلح للإصلاح ، ونفوس الزوجين المتخاصمين أسكن إليهما ، فيبرزان لهما ما يختمر في دواخلهما ويفشيان لهما جميع الأسرار لأنهما أنسب لكتمها وعدم إفشائها للغير.

وكونهما من أقارب الزوجين شرط واجب عند المالكية ، ومستحب عند الشافعية والحنابلة.

فإذا تعذر ذلك كأن لم يكن للزوجين أقارب ، أو لم يكن في أقاربهما من تتوفر فيهم العدالة والمعرفة ، فللقاضي (المقرر) أن يختار شخصين أجنبيين ممن تتوفر فيهما ما ذكر (7) من الشروط .

وفي ذلك يقول صاحب التحفة :

إن وجد عدلين من أهلها & والبعث من غيرهما إن عدما

والفقرة الثانية من الفصل 82 من المدونة تسعف المحكمة في ذلك حيث سمحت لها أن تستعين بمن : " تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين."

وللحكّمين أن يستأنسا في مهمتهما بتوجيهات القاضي المقرر ، وأهل الفضل من الجيران والأقارب وبكل من له نفوذ معنوي عليهما كالأب والجد مثلا(8).

والهدف من بحث الحكّمين هو محاولة الإصلاح بين الزوجين ، وذلك بعد التعرف على أسباب الشقاق ودعوة الزوجين إلى تركها ، لأن التطليق أو الطلاق ليس هو المقصود بالذات من عمل الحكّمين .

لكن ، قد يفشلان في ذلك ويتعذر عليهما الإصلاح فلا يخلو الأمر من أحد الأمور الثلاثة :

أولا : إما أن تكون الإساءة كلها من جانب الزوجة دون الزوج ، ففي هذه الحالة يقترح التطليق مقابل بذل مناسب ، وذلك جبرا للضرر الحاصل للزوج.

ثانيا : وإما أن تكون الإساءة كلها من جانب الزوج دون الزوجة ، ففي هذه الحالة يقترح الحكّمان التطليق على الزوج بطلقة بائنة مع التعويض عن الضرر الحاصل للزوجة إذا لم ترض هذه الأخيرة في الإستمرار معه.

ثالثا : أما إذا تبين للحكّمين بأن كل منهما يسوء لصاحبه ويضر به ففي هذه الحالة فرق بينهما على بعض الصداق ، وعلى هذا المشهور من مذهب الإمام مالك.

وفي حالة لم يتوصل الحكّمان إلى تحقيق ذلك ، أو لم يتفقا على حل مناسب كما إذا اقترح أحدهما التطليق بدون مقابل ، ورأى الثاني أن على الزوجة أن تدفع لزوجها مالا مقابل التطليق أو الطلاق ، فللمحكمة أن ترسل حكّمين آخرين ، كما يمكنها أن ترسل إلى الزوجين امرأة أمينة تعاشرهما مدة لتطلع على أحوالهما ، وتتعرف على سبب اختلافهما ، وتخبر المحكمة بما تبين لها لتحكم بما يجب على ضوء ذلك.

والمشرع المغربي قد سار في هذا الإتجاه حيث أورد في المادة 96 من المدونة على أنه: "إذا اختلف الحكّمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما ، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة."

وعلى خلاف التشريع المغربي ، الذي ترك مهمة تحديد الأجل الذي يتعين على الحكّمين أن ينجزا خلاله مهمتهما لمحكمة الموضوع ، فإن بعض القوانين العربية كالقانون المصري مثلا حدد الأجل والعمل الذي يقوم به في مهمتهما بنصوص صريحة وواضحة.

ونشير أن الفقه المالكي اعتبر الحكّمين شاهدين لاحكامين ، وبالتالي فقرارهما لا يلزم المحكمة في شيء ، وقد تحكم بنقيض ما اقترحه ، إلا إذا توصلنا إلى الإصلاح فما على المحكمة إلا الأخذ به والإشهاد عليه (المادة 95 م أ).

الفقرة الثانية : مجلس العائلة :

تنص الفقرة الثانية من المادة 82 من مدونة الأسرة على أن : للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات ، بما فيها انتداب حكّمين أو مجلس العائلة ، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين...

إذن المدونة تركت الخيار للمحكمة لكي تستعين بالوسيلة التي تراها مناسبة لإجراء الصلح بين الطرفين ، وذلك إما بالاعتماد على الحكّمين أو الإستعانة بمجلس العائلة .

ومما يلاحظ على هذا الأخير أنه لم يفعل بالشكل الإيجابي لا في تعديل 10 شتمبر 1993 (مدونة الأحوال الشخصية ولا في مدونة الأسرة الحالية .

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 251 من المدونة نجد أنها تنص على أنه : (يحدث مجلس للعائلة ، تناط به مهمة مساعدة القضاء في إختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة ، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي).

وبالفعل صدر بتاريخ 14 يونيو 2004 المرسوم رقم 2.04.88 المتعلق بكيفية تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه (9).

وبإلقاء نظرة سريعة على هذا المرسوم التنظيمي يظهر أن هذا المجلس يتكون من القاضي رئيسا ثم الأب والأم أو الوصي والمقدم ، ثم أربعة أشخاص يختارهم القاضي المكلف بشؤون القاصرين من الجهتين بالتساوي وإذا تعذر عليه ذلك اعتمدهم من جهة واحدة ، لكن ينبغي أن يراعي في تعيينهم درجة القرابة بالعائلة ، ثم مدى حرصهم على مصلحتها وشؤونها ثم مؤهلاتهم العلمية ومع ذلك فدورهما استشاريا .

ولهذا وفي حالة تعذر تكوينه فإن نفس المرسوم أجاز للقاضي صرف النظر عنه.

بمعنى أن المجلس ولد ميتا بنص القانون و بالتالي لا يمكن انتظار الشيء الكثير من هذه المؤسسة في حالة الاعتماد عليها في إجراء الصلح بين الزوجين المتخاصمين .

وإجرائيا إذا كانت رئاسة هذا المجلس بيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين فكيف سيتم التنسيق بينه وبين قاضي الأسرة أو المحكمة التي تقرر في دعوى التطلق أو طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق؟ اللهم إلا إذا اعتبرنا بأن المشرع كان يستحضر بأن القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو نفسه القاضي الذي سيبت في النزاع الأسري، وهذا ما لا يتحقق في كثير من الحالات.

المبحث الثالث : معوقات تحقيق الغايات والأهداف :

لما تبين للمشرع المغربي أهمية الصلح كوسيلة أساسية في تحقيق الصلح بين أفراد الأسرة المغربية ، اعتمده كإجراء مسطري جوهري، وذلك للتقليل من الطلاق والتطبيق بصفة عامة، والعمل على جمع شمل الأسرة وحمايتها من الفرقة والشتات.

وهذا بلاشك أهداف نبيلة، لكن الواقع يؤكد غير ذلك . فإذا استعرضنا الإحصائيات الرسمية لسنة 2010 نجد أن نسبة الصلح في التطبيق تعدل 10 في المائة (10)، أما في الإذن بالإشهاد على الطلاق فلا يتجاوز 6.7 في المائة وذلك على الصعيد الوطني.

إذن ما هي العوائق؟ وما هي مقترحات الحلول؟

المطلب الأول: العوائق التطبيقية :

يمكن إرجاع هذه العوائق إلى عدة أسباب منها :

الفقرة الأولى : أسباب ثقافية وإجتماعية :

تتمثل هذه الأسباب في :

أ - غياب الفهم الصحيح لمقتضيات مواد مدونة الأسرة بحث غلب التفسير الشعبي للمدونة عن الثقافة القانونية الحقيقية، وهي مسؤولة تتحملها بالدرجة الأولى وسائل الإعلام المتنوعة.

ب - انتفاء ترسيخ ثقافة الحلول البديلة في حل المنازعات الأسرية ، بدعوى أنها لا تجدي في مثل هذه الحالات وخاصة بعد تدخل أفراد الأسرة بشكل سلمي في الخصومات الأسرية.

ج - تراجع دور المؤسسات التقليدية - والتي أشرنا إليها سلفا - في القيام بالصلح بصفة عامة والأسري بصفة خاصة.

د - وجود ظواهر إجتماعية جد معقدة ترسخ النزاع القائم بين الزوجين (كالفقر ، والبطالة ، وتناول المخدرات و زنا المحارم و ظاهر العنف الأسري ، وغياب التواصل بين أفراد الأسرة الواحدة مثلا... مما يصعب من مهمة المكلفين بالصلح.

الفقرة الثانية : أسباب قانونية وقضائية :

يمكن إجمال هذه الأسباب في ما يلي:

أ - أن المشرع المغربي لم يحدد بدقة صفة الحكمين وكذا الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيهما كالعادلة والإستقامة والتجربة في المجالين الإجتماعي والأسري، ثم معرفة القراءة والكتابة لكونهما مكلفان بتحرير ثلاثة تقارير ترفع إلى المحكمة التي ستبت في النزاع - كما ذكرنا سلفا - .

مما يتعذر في كثير من الأحيان العثور على الحكمين لتكليفهما بهذه المهمة .

ونفس الشيء يقال عن مجلس العائلة الذي ولد ميتا بنص القانون كما أشرنا.

ب - إسناد مهمة الصلح إلى الهيئة الجماعية مع أن الأمر كان يقتضي أن يتولى الصلح القضاء الفردي ، وبقدر ما يعطينا هذا القضاء ضمانات في صدور حكم نزيه وعادل بقدر ما لا يضمن لنا صلحا أكيدا بين الزوجين ، ولأن أحد الزوجين أو هما معا قد يتجرأ على إفشاء أسباب النزاع أمام قاض واحد ، وقد لا يفعلان ذلك أمام هيئة جماعية .

ومما يلاحظ على هذه المسطرة بالذات والتي تتم في غرفة المشورة وتضم إلى جانب رئيس الجلسة والمستشارين وكاتب الضبط ، وفي أحيان كثيرة هيئة الدفاع ، مع أن هذه الأخير لها صلاحية إجراء الصلح بين الطرفين داخل مكاتبها وقبل عرض النزاع على القضاء أو حتى بعد عرضه ، لكن تواجد المحامي في جلسة الصلح ليس له من مبرر قانوني. ولهذا لا بد من التمييز بين جلسة إجراء الصلح وجلسة مناقشة القضية التي للمحامي كامل الصلاحية في الإنتصاب فيها والدفاع عن موكله.

والفقرة الأولى من المادة 82 من مدونة الأسرة صريحة في أن المعتمد في جلسة الصلح حضور الطرفين والشهود - إن وجدوا بطبيعة الحال - ومن ترى المحكمة فائدة في الإستماع إليه .

وبمفهوم المخالفة فالدفاع غير مخول في الحضور إلا إذا رأت المحكمة أنه من الأفيد الإستماع إليه وليس الترافع عن أي طرف.

ولهذا ندعو هيئة الدفاع - التي نكن لها كل التقدير- أن تساعد القاضي المقرر - كما هو معتمد الآن وهو الأصل - في إجراء محاولة الصلح حتى إذ فشل في ذلك حق للدفاع أن يرافع عن من يشاء.

ج - القاضي المكلف بمحاولة الصلح بين الزوجين لا يمنح الوقت الكافي لإجراء هذه المهمة، إما لعدم تفرغه لذلك ، وإما لتنوع القضايا التي يبت فيها، أو لكثرة الملفات المتعلقة بفصم العلاقة الزوجية، وبالتالي لا يعطي المهلة اللازمة للغوص في أسباب النزاع المؤدية إلى الشقاق، فيكتفى في الغالب الأعم بسؤال الطرفين عن إمكانية الصلح من عدمه، ويغلب الثاني على الأول في كثير من الجلسات.

المطلب الثاني : المقترحات لتجاوز المعوقات :

لاشك أن مدونة الأسرة أعطت لقضاء الأسرة سلطات واسعة وجدة متقدمة عما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية ، لكن، ومع ذلك فإن الممارسة العملية أبانت عن ثغرات أعاققت هذا القضاء عن أداء مهمته وخاصة ما يتعلق بمسطرة الصلح بين الزوجين، حيث أصبح إجراء روتينيا لا يرجى منه نفع.

ولهذا ومن أجل أن تكون مسطرة الصلح الأسري في الطلاق والتطليق ذات فعالية ونتائج مرجوة نقترح ما يلي :

1/ تخصيص محكمة خاصة بقضاء الأسرة ومنحها كافة الوسائل المادية والمعنوية لأجل التصدي لأغلب مشاكل الأسر المغربية.

2/ وفي انتظار تحقيق هذا المطلب ، يمكن تخصيص قاض أو عدة قضاة متخصصين في القضاء الأسري ومنحهم التفرغ الكامل لمثل هذا التخصص، بعد تكوينهم تكوينا معمقا في قضايا الأسرة وخاصة في طريقة فض النزاعات الأسرية.

3/ضمان مكافأة مادية أو معنوية للقاضي المكلف بالصلح عن كل ملف نجح في تحقيقه بين الطرفين، لكون لا يعقل أن يتساوي الفشل والنجاح وخاصة في الصلح الأسري.

4/لا بد من تخفيف الضغط على قسم قضاء الأسرة، وذلك بتفعيل دور جميع المؤسسات التي يمكن أن تساعد على تحقيق هذا المبتغى وخاصة هيئة المحامي والمجالس الجهوية للعدول والمجالس العلمية المتواجدة في جميع أقاليم المملكة، وبالأخص بعد أن انضم إليها مجموعة من العائلات لهن من التجربة الأسرية ما يمكنهن من تحقيق الصلح بين الزوجين المتخاصمين.

5/إشراك المجتمع المدني بصفة عامة، والجمعيات المدنية التي لها إهتمام بالطفل والأسرة بصفة خاصة، للقيام بحملات التوعية الأسرية مع إصدار تشريع ينظم هذه المهمة.

وفي الأخير إذا كانت الأمة المغربية بصفة عامة والمتخصصون بصفة خاصة قد ابتهجوا لصدور مدونة الأسرة، فإن مرور ثماني سنوات من وضعها حيز التنفيذ أبان عن بعض القصور في الميدان العملي، وخاصة في الصلح الأسري مما يحتم على المشرع المغربي الإنصات إلى القضاء المغربي و العمل على إصلاح هذا الخلل.

الهوامش :

- (1) سورة الحجرات الآية 10.
- (2) سورة الأنفال الآية 1.
- (3) سورة النساء الآية 127.
- (4) سورة النساء الآية 35.
- (5) بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.74.399 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1974.
- (6) وخاصة المادة 26 من نفس الظهير الملغى بمقتضى القانون رقم 07.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.15 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 الموافق 18 فبراير 2011 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5923 بتاريخ 07 مارس 2011.
- (7) محمد ابن معجوز أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية طبعة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثالثة 1990 ص 214
- (8) محمد الكشيبور قانون الأحوال الشخصية طبعة مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 1994 ص 267.
- (9) والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ 03 جمادى الأولى 1425 الموافق (11 يونيو 2004).
- (10) وهي منشورة بالبوابة الإلكترونية لوزارة العدل والحريات المغربية.

الحرية العامة في النظام القانوني الموريناني



الدكتور محمد الأمين ولد سيدي باب أستاذ القانون العام
كلية الحقوق جامعة نواكشوط والمدرسة الوطنية للإدارة
استشاري بوزارة الشؤون الاقتصادية والتنمية

مقدمة :

عاش الإنسان في المجتمع القديم بلا حق ولا حرية حيث هيمن القوي على الضعيف، في مرحلة أولى، واستبدت السلطة الحاكمة بشؤون الحياة العامة في مرحلة لاحقة، وظل الوضع على تلك الحال حتى جاء الإسلام في القرن السابع الميلادي، حيث قدم للبشرية شريعة متكاملة، تعلي من شأن الإنسان، عبر منحه المزيد من الحقوق والحرية، وكذلك عبر تنظيم العلاقة التي تربطه بمجتمعه وبسائر شعوب الدنيا.

مثل ظهور الإسلام في الجزيرة العربية منعظا حاسما في مسار تطور الحرية العامة، فقد منح الإنسان الكرامة قال تعالى: {ولقد كرمتنا بني آدم}، وأعطاه الفضل ودعاه إلى الاعتزاز بنفسه والابتعاد عن ما يؤدي إلى المذلة فقال رسول الله محمد بن عبد الله مخاطبا جنس البشر "لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه" وجاء على لسان الخليفة الراشد عمر بن الخطاب "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا"، خطاب جديد لم تعهده البشرية تفاعل معه الإنسان في كل مكان واستلهم منه قيم الحرية والعدالة وصاغ الحقوق بمختلف أنواعها.

لقد أطلق الإسلام عنان الحرية وبادرت الأمم والشعوب إلى استلهم مثل الإسلام وتمثلها في حياتها العامة وأصبحت الحرية هي الغاية والوسيلة بل هي الحلم الجميل، والأمل المنشود الذي يأخذ بمجامع النفوس وينعشها ويشعرها بجمال الكون والحياة والإنسان.

ولقد شغلت الحرية في العصر الحديث العالم كله، وقدحت زناد أفكار الفلاسفة والمفكرين والعلماء والمصلحين، وهبت رياحها في كل وسط اجتماعي، وبدأت تتبلور وتظهر واضحة في عالم التحضر الغربي في منتصف القرن الثامن عشر، مع عهد النهضة الصناعية والتقدم الآلي، بعد أن كانت معدومة لدى الأمم والشعوب التي لم تنعم بنعمة الإسلام.

منذ القرن التاسع عشر شهد العالم الإسلامي نوعاً من التقهقر، فبعد أن كان هو ملهم الإنسانية نور العلم وهو من يفتح أعينها على قيمة الحرية أصبح العالم الإسلامي عاجزاً عن مواصلة عطاءه بسبب تحكم مظاهر الاستبداد والابتعاد عن فلسفة الشريعة الإسلامية السمحاء، وعلى إثر هذا التغيير أصبحت علاقة العالم الإسلامي بأمم وشعوب العالم عموماً وبالغرب على وجه الخصوص، تتسم بسمة الإثارة والاستجابة أو الفعل ورد الفعل. فالغرب يصنع التحديات والعالم الإسلامي يصدر الاستجابات وردود الأفعال.

وتتمثل آخر هذه التحديات في فكرة حقوق الإنسان. وهي تختلف عن تحديات الحداثة في أنها تجيء على المستوى الفكري وليس في شكل منتج مادي، لأن المجتمعات الإسلامية قبلت احتضان ما بشرت به الحداثة من ماديات، أما حقوق الإنسان فتطرح تحدياً على المستوى الأخلاقي مما لا يمكن احتواؤه. لذلك ظلت محل نقاش في العالم الإسلامي. ولقد انقسم المسلمون حولها إلى أقسام متباينة وعديدة ولكنها يمكن أن تجمل في مذهبين: مذهب التقليد ومذهب التجديد.

ولكن الخطاب الحقوقي عموماً تعرض لأزمة منذ عقد التسعينات إثر سيادة خطاب الحرب مما جعل موضوع الحقوق والحريات العامة ينحسر مفسحاً الطريق أمام الإدارة العنيفة للصراعات. وأتصور أنه بات من الضروري القيام بوقفه جادة للتعلم في النظام القانوني للحقوق والحريات العامة في كل بلد من أجل مقابلة التحدي بوضوح نظري وأخلاقي كشرط أولي لإعادة النظر في أساليب ممارسة حقوق الإنسان.

لقد علمتنا تجربة الربيع العربي لسنة 2011، مسألة هامة ينبغي أن نستحضرها دائماً هي أن الحقوق والحريات العامة لا تمكن مصادرتها إلى الأبد لأن الإنسان ميل بطبعه إلى المطالبة بحقه والتطلع للحرية مهما قست آلة القمع التي يواجهها بها الحكام المستبدون، ولكي لا تتكرر انتفاضة الشارع العربي ينبغي احترام الحقوق الأساسية للمواطن وينبغي كذلك منحه الحرية لكي ينعم بالحياة دون خشية أو رهبة مادية أو معنوية مهما كان مصدرها.

وبالنسبة لموريتانيا، ارتبط موضوع الحريات العامة ارتباطاً وثيقاً بموضوع الديمقراطية الذي طفا على السطح منذ سنة 1991 عندما قررت السلطات السياسية الحاكمة الشروع في مسلسل من الإصلاحات السياسية والقانونية، وتم طرح إشكالية التعددية كإشكالية مركزية في موريتانيا. ولكن الدولة في موريتانيا مازالت عاجزة عن تحمل التعددية بسبب عدم انصهار المجتمع في الدولة لأن القبيلة مازالت تطغى على التعددية السياسية الحديثة.

فما هو إذن الإطار الفلسفي أو العقائدي لفكرة الحرية في النظام السياسي الموريتاني؟ وما هو الأساس الدستوري للحريات العامة؟ وما هي صور تقنين الحريات العامة؟

أولاً: الإطار الفلسفي والأساس الدستوري للحريات العامة في موريتانيا:

لا يختلف أحد على أن كافة المجتمعات في الشرق والغرب تتوق إلى الحرية من أجل أن تخلص إرادتها من كل القيود التي تكبلها، والمجتمع الموريتاني على غرار المجتمعات الأخرى يعشق الحرية وقد تمتع بها في عصر البداوة، وكان هناك ناموس ينظم هذه الحرية حتى لا تتحول إلى فوضى، هو الشرع الإسلامي، والأعراف، والتقاليد الصحراوية، ولما جاء المستعمر الفرنسي إلى موريتانيا، حاول التقليص من حريات أبنائها ولكنهم رفضوا الانصياع وتشبثوا بالحرية.

وعندما استقلت البلاد في 28 نوفمبر 1960 بدأ فيها نوع من التفاعل مع الحريات العامة طبقا لما يسمح به دستور 20 مارس 1959¹ الذي هو عبارة عن مدونة ذات مصادر متنوعة حيث نلاحظ تأثرا كبيرا بدستور فرنسا 1946، كما نلاحظ بعض سمات دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة الصادر في 4 أكتوبر 1958، هذا بالإضافة إلى التشابه الكبير مع دساتير الدول الإفريقية الناطقة بالفرنسية.

ورغم تنوع مصادر هذا الدستور، إلا أنه تنكر لحقيقة المجتمع الموريتاني، ذي القيم الإسلامية والعادات والتقاليد العربية الإفريقية مما دفع بالسلطات السياسية الحاكمة إلى إصدار دستور 20 مايو 1961²، ومن أهم سمات هذا الدستور إحلاله النظام الرئاسي محل النظام البرلماني الذي كان سائدا بموجب الدستور السابق عليه.

هذا فضلا عن كونه حاول أن يكون مرنا مراعاة لطبيعة متطلبات المجتمع الموريتاني³. وقد جاء بعدد كبير من أصناف الحقوق والحريات، وحاول أن يتدرج في إسداء تلك الحريات عبر خضوعه للعديد من التعديلات، حيث شهد أربعة تعديلات قبل أن يتم إلغاؤه في 10 يوليو 1978 عندما دخلت البلاد في مرحلة الحكم العسكري، حيث أصبحت الحريات العامة تنظم بواسطة ميثاق⁴، الأمر الذي أدى إلى التضييق من مجالها والحد من التمتع بالكثير من أصناف الحريات، وقد بلغ عدد الميثاق ستة نصوص كان آخرها ميثاق 9 فبراير 1985.

غير أن مجال الحقوق والحريات العامة اتسع أكثر وطرأت عليه تحسينات معتبرة عندما صدر دستور 20 يوليو 1991⁵ الذي يعتبر بمثابة نقلة نوعية في النظام السياسي والقانوني الموريتاني، بحكم تضمنه العديد من أصناف الحقوق والحريات، وكذلك بحكم توسيعه لدائرة المشاركة السياسية الشعبية واستحداثه العديد من المؤسسات الدستورية⁶.

وسوف نحاول فيما يلي دراسة هذا النص الدستوري الأخير، نظرا لكونه بمثابة القمة في موضوع الحريات العامة في موريتانيا، ولأنه خلاصة التجربة وحصيلة الممارسة الميدانية للحقوق والحريات العامة التي تفاعل معها الموريتانيون منذ نشأة الدولة الفتية.

من المعروف أن دساتير العالم لم تتفق فيما يخص أسلوب إقرار الحريات العامة، غير أننا يمكن أن نميز بين ثلاثة أساليب تواضعت عليها الدساتير الغربية التي تعتبر مصدرا لكثير من دساتير العالم، وهذه الأساليب هي:

- أسلوب إقرار الحريات العامة في متن الدستور؛
- أسلوب إقرار الحريات العامة عبر إشارة إليها في ديباجة الدستور؛
- أسلوب إحالتها إلى القوانين العادية ليتم تنظيمها بشكل مفصل.

1 - انظر نص هذا الدستور في الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية يوم 23 مايو 1959، ص 10.

2 - انظر نص هذا الدستور في الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية لسنة 1961، ص 17.

3 - انظر مريم داداه: محاضرات في القانون الدستوري الموريتاني، ترجمة عبد العزيز السعداوي (بدون تاريخ)، تونس، ص: 59-60.

4 - انظر:

Ahmed Salem Ould Boubout, l'évolution des institutions de la République Islamique de Mauritanie R.E.M.M.M, 54 , 1989, p 130.

ولنفس المؤلف:

Regard sur la charte constitutionnelle du 9 février 1985, Revue Mauritanienne de Droit et d'Economie, N° 2, mai 1987, p 31.

5 - انظر الأمر القانوني 91/22 المؤرخ بـ: 1991/07/20 في الجريدة الرسمية (1991) ص 540 وما بعدها.

6 - حول طبيعة هذا الدستور نحيل إلى:

Ahmed Salem Ould Boubout, « La nouvelle constitution mauritanienne » Penant. Revue de Droit des pays d'Afrique, N° 815, mai-septembre 1994,

p 129-161/

ويلاحظ أن دستور 20 يوليو 1991، أو ما اصطلح على تسميته الجمهورية الثانية، قد استفاد من أساليب الدساتير السابقة عليه، وحاول أن يمزج بين بعض تلك الأساليب عندما نص على الحقوق والحريات العامة على نحو شبه مفصل في متن الوثيقة الدستورية، كما هو واضح من قراءة المواد من 10 وإلى غاية المادة 22 من هذا الدستور، ولم يكتف بهذا الأسلوب بل نهج أسلوبا ثانيا تمثل في إشارة الديباجة إلى مبادئ أساسية تبنى عليها الحقوق والحريات العامة مثل: الحق في المساواة، وحق الملكية، والحريات الأساسية والنقابية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

ولكن هذا الأسلوب الأخير يدفع إلى التساؤل عن القيمة القانونية لديباجة الدستور ما دام هناك جدل فقهي سابق على صدور الدستور الموريتاني حول القوة القانونية لديباجة الدساتير، سوف نكتفي هنا بعرض رأي الفقه الفرنسي لأسباب لا تخفى على العارف بطبيعة العلاقة التاريخية بين موريتانيا وفرنسا.

لقد ثار جدل فقهي في فرنسا بخصوص القيمة الحقوقية لديباجة الدساتير من حيث قوة الأحكام والمقتضيات الواردة فيها بالمقارنة مع مواد الدستور، وبرز تياران لكل منهما رأي مخالف لرأي التيار الآخر، وعلى العموم يمكن إجمال مواقفهما من الديباجة في ما يلي:

- الديباجة تتمتع بنفس قوة مواد الدستور،
- الديباجة في مرتبة دنيا على مواد الدستور.

غير أن هذا الجدل قد حسم عندما أكد مجلس الدولة والمجلس الدستوري صحة موقف التيار الأول القائل بإعطاء الديباجة نفس القوة القانونية لمواد الدستور¹، وبذلك حسم الخلاف حول هذه المسألة.

ويعتقد بعض دارسي القانون الموريتاني أن الحسم الفقهي لهذه المسألة على مستوى فرنسا يدفع إلى مجازاة نفس المنطق بالنسبة للدستور الموريتاني². وبذلك تصبح المبادئ المشار إليها في ديباجة دستور 20 يوليو 1991 لها القيمة والقوة نفسها اللتان يتوفر عليهما متن الدستور.

وأعتقد أن هذا الموقف من القيمة الحقوقية للديباجة له أهمية قانونية بالغة، نظرا لكونه سوف يدمج في القانون الوطني مقتضيات وأحكام نصوص ومواثيق ومعاهدات دولية متعلقة بحقوق الإنسان السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الأمر الذي سيثري القانون الوطني ويجعله أكثر تمشيا مع روح العصر.

ولم تكتف ديباجة الدستور بالإحالة إلى النصوص القانونية الأجنبية فقط بل إنها أحالت كذلك إلى الشريعة الإسلامية بل أكثر من ذلك جعلت من أحكام الدين الإسلامي المصدر الوحيد للقانون. غير أن كبار الحقوقيين الموريتانيين يرون أن الإحالة إلى الشريعة التي وردت في ديباجة دستور 1991 ومن قبله ديباجة ميثاق 1985 ذات قيمة معنوية أو أدبية أكثر من كونها قانونية³ إذ إنه من الصعوبة بمكان إعطاء بعد قانوني محدد لهذه الإحالة⁴ بحجة أن دساتير الكثير من الدول العربية تتضمن إشارات من هذا القبيل⁵، ورغم ذلك نرى بأن الإحالة إلى الشريعة

¹ - عبد الرحمن القادري، المؤسسات الدستورية والقانون الدستوري، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط 4، 1986، ج 1، ص 169 وما بعدها.

² - بدرخان إبراهيم، النظام القانوني للحقوق والحريات العامة في موريتانيا، مجلة المستقبل العربي، العدد 169، مارس 1992، ص 43.

³ - Mohamed Mahmoud Ould Mohamed Saleh، « Quelques aspects de la réception du droit français en Mauritanie » RMDE، N° 5 (1989)، p 16 note (104).

⁴ - Ahmed Salem Ould Bouboutt، Ibid. p 31.

⁵ - د. محمد سليم محمد غزوي، الحريات العامة في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية (بدون تاريخ) ص 21.

الإسلامية ذات مغزى كبير، فهي تبرز المكانة الكبيرة التي يحظى بها الدين الإسلامي في نفوس المجتمع، والمنزلة العظمى التي تتمتع بها الشريعة الإسلامية في النظام القانوني الموريتاني.

لكن الإحالة المرجعية إلى الشريعة الإسلامية لم تحل بين الدستور الموريتاني وبين التأكيد على أن موريتانيا جمهورية إسلامية ديمقراطية واجتماعية فضلا عن تأكيده على أن السيادة الوطنية ملك للشعب الذي يمارسها عن طريق ممثليه المنتخبين بواسطة الاستفتاء، وهذا ما توحى به مقتضيات المادة 1 من دستور 1991.

وعلى العموم، تنبع فكرة الحريات العامة في موريتانيا من الفكر الحقوقي الغربي ومن فلسفة الشريعة الإسلامية، مع إمكانية تعدد زوايا النظر بحكم أخذ النظام الدستوري الموريتاني بالفكرة الديمقراطية بالمعنى السياسي، والنزعة الاجتماعية بالمعنى التدخلية فضلا عن الشكل الجمهوري للحكم، وهذا ما يشجعنا على تبني فكرة الأستاذ آرنو الذي اعتبر النظام السياسي الموريتاني نظاما مؤسسا لدولة وسط بين الدولة الدينية والدولة اللادينية¹، وهذا التوفيق بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية هو الذي يستجيب لمتطلبات مجتمع مسلم غير على دينه وفي ذات الوقت حريص على الانفتاح على النظم والفلسفات والتجارب الإنسانية.

ويتجلى الطابع الإسلامي للنظام القانوني الموريتاني في تحاشي الدستور للحديث عن الحريات المخالفة للشريعة الإسلامية كحرية العقيدة، كما يتجلى التأثير بالقانون الوضعي في طريقة تنظيم الحريات العامة، فقد أدرجت المادة 57 من الدستور الحريات العامة ضمن قائمة المسائل المحددة التي يتم تنظيمها بقانون، أخذا بموقف المشرع الفرنسي في دستور الجمهورية الخامسة²، وهذه الطريقة تحد من مجال الجمعية الوطنية فيما يخص سن القوانين ولكنها توفر ميزة هامة في مجال حماية حقوق وحريات الأفراد.

ثانيا: صيغ تقنين الحريات العامة :

سلك المشرع الموريتاني طرائق قدها لتقنين الحريات العامة، من ذلك النص عليها في متن الوثيقة الدستورية، أو إحالتها في ديباجة الدستور إلى المواثيق والاتفاقيات الدولية أو التوقيع والتصديق عليها من قبل السلطات المختصة في الدولة، وتوجد وسيلة أخرى هي أفراد نصوص تشريعية لتنظيم بعض الحقوق والحريات العامة.

وسوف نبدأ بتتبع مختلف مستويات التعبير عن الحقوق والحريات العامة على أن تكون البداية بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور.

ورد في ديباجة دستور 20 يوليو 1991 ذكر أصناف من الحقوق والحريات العامة وتم تناولها بشكل موجز من خلال عبارات دقيقة وذات دلالات عميقة،

ولكن الباب الأول من الدستور جاء أكثر تفصيلا عندما نص على أن الدولة تضمن للمواطنين الحريات العمومية والفردية³، واستعرض نماذج من الحريات مثل: حرية التنقل والإقامة، وحرية دخول الإقليم الوطني والخروج منه، وحرية الرأي والتفكير، وحرية التعبير، وحرية الاجتماع، وحرية إنشاء الجمعيات، وحرية التجارة والصناعة، وحرية الإبداع الفكري والفني والعلمي، طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 71 من الدستور، هذا بالإضافة إلى أصناف أخرى من

¹ - Arnaud, « Les institutions politiques de la Mauritanie » (ENA), Nouakchott, pp 5-6.

² - د. مصطفى قلو، النظم السياسية، دار أكاد، ط 2، السنة الجامعية 1982-1983 ص 224.

³ - د. بدرخان إبراهيم، الحريات العامة في موريتانيا، مؤسسة سعيدان للطباعة والنشر، سوسة - تونس، الطبعة الأولى 1997، ص 73.

الحريات كحرية الأحزاب السياسية (المادة 11) وحق الفرد في الأمن (المادة 12) وحق الإضراب (المادة 14) وحق الملكية (المادة 15).

ومن الملاحظ أن دستور 1991 فصل في بعض أنواع الحريات، متجاوزا مشرع دستور 1961 الذي ذكرها بشكل مجمل، ويمكن الوقوف على حقيقة هذا الخلاف عند التمعن في حق المساواة، فقد أشار إلى عدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب الجنس (ذكر أم أنثى) الأمر الذي كان أغفله مشرع دستور 1961 الذي نص في المادة 1 على المساواة أمام القانون لكل المواطنين دونما تمييز في الأصل والعرق والمكانة الاجتماعية.

ومرد الاختلاف في تفصيل حق المساواة بين مشرع دستور 1961 ومشروع دستور الجمهورية الثانية هو الموقف من المرأة، حيث نلاحظ أن تطورا كبيرا قد طرأ على نظرة السلطة للمرأة، فبعد أن كانت في السنوات الأولى لاستقلال البلاد مهمشة وغائبة عن المسرح السياسي، أصبحت في التسعينات حاضرة وذات تأثير كبير في الحياة العامة مما استوجب هذه اللفتة التي تعترف لها بالمساواة مع الرجل.

هذا فضلا عن كون مساواة المرأة مع الرجل في الحقوق أصبحت من أكثر المسائل جوهرية، خاصة مع إعلان الاتفاقية الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة، وسعي جميع البلدان إلى تنفيذ المبادئ الواردة فيها¹.

وإذا كان المشرع في دستور 1991 قد فصل في بعض الحريات، فإنه تغاضى عن بعضها كما هو حال حرية العقيدة الدينية التي ضمنها دستور 1961 في فقرته الثانية من مادته الثانية.

وهذا الموقف ينسجم مع النزعة الدينية لدستور الجمهورية الثانية، حيث يحرم الإسلام على المسلم تغيير عقيدته ولكنه في نفس الوقت ينهى عن الإكراه في الدين، فغير المسلمين لهم حق التمسك بدينهم دون أن يؤثر ذلك على حقوقهم وحررياتهم في ظل الدولة المسلمة²، وقد استعاض المشرع عن حرية العقيدة بحرية الرأي وحرية التفكير، وهذا النوع من الحريات وسيلة لتقدم المجتمع وترشيده باعتبارها من ركائز الديمقراطية.

والجدير بالذكر، أن حقوق الإنسان في ظل دستور 1991 أصبحت هي القيمة الأساسية الكبرى، وهذا ما تشير إليه المادة 10 من الدستور، حيث يتضح أن إرادة المشرع تتجه نحو الحفاظ على حريات الأفراد، ومنع انتهاكها.

وهذا الموقف الذي تبناه المشرع الموريتاني، هو الذي أصبح اليوم مقياسا لتقدم الدول والشعوب وتحضرها، فبمقدار الأخذ به واحترامه توصف الدول بالحضارة والرفعة والنمو، والعكس هو الصحيح، فبمقدار الإساءة إلى شيء من حقوق الإنسان، تعد الدولة متخلفة، وقد تعلن الحرب الضروس من أجل حمل الدولة على احترام حقوق الإنسان، كحرب حلف شمال الأطلسي "الناتو" التي جعلت أمريكا وأوروبا تقصف طائراتها الحربية دولة يوغسلافيا - الصرب بتاريخ: 1999/02/24، بسبب إقدام صرب هذه الدولة على حملة التطهير العرقي والإبادة الجماعية والفردية، والطرده والتشريد والتهجير لمسلمي الألبان في إقليم كوسوفو³.

1 - عبير خطاب، عوائق النهضة في خطاب رائدات النهضة، مجلة رواق عربي، العدد 15 - 16، السنة 1999، ص 35.

2 - د. عبد الحميد متولي، الحريات العامة في تطورها ومستقبلها، طبعة 1974، ص 114.

3 - د. وهبة الزحيلي، حق الحرية في العالم، دار الفكر، السنة 2000، الطبعة الأولى، ص 13.

وقد تنبه المشرع الموريتاني إلى أهمية الحقوق والحريات العامة من ناحيتين هما ثبوت مشروعية تمتع الإنسان بكامل حريته في الإسلام¹، وتوافق شرائع وقوانين الدول في العصر الراهن على صيانة حقوق وحريات الأفراد والدفاع عنها.

ومن الجدير بالإشارة أيضا، أن إحالة بعض الحقوق والحريات العامة إلى المواثيق والاتفاقيات الدولية أمر بالغ الأهمية، فهو ليس دون العمل على النص عليها في الدستور من حيث القيمة الحقوقية، وهذا ما تفتن إليه المشرع الموريتاني الذي أعلن في ديباجة دستور 1991 تمسكه بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، فضلا عن الإعلان الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر بتاريخ 28 يونيو 1981 والاتفاقيات الدولية التي وافقت عليها موريتانيا.

ويتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مزايا في مجال الحريات الفردية، فقد تضمنت مواده الثلاثون صياغة دقيقة لحريات الأفراد، ولكن ما يؤخذ على هذا الإعلان هو أن "الأنا" يطغى على "نحن"، فالحرية الفردية التي يعنى في الحديث عن أهمية صيانتها هي حرية مجردة، حرية "في ذاتها" و "لذاتها" وليست لها مقومات تحفظها، أو مضمون يجعلها "دقيقة" وملموسة².

ولكن من المفيد أن نذكر أن النص على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ديباجة دستور 1991 يعطي لهذا الإعلان أهمية من حيث جعله جزءا من القانون الداخلي، مما يمكنه من الحصول على صفة يفتردها هي الإلزامية.

غير أن تبني الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبعض الاتفاقيات الدولية لا يخلو من خطورة على احترام ماهية القانون الموريتاني الذي ينطلق من فكرة قداسة حدود الشريعة الإسلامية في مجال توسيع وتضييق الحرية ذلك أن النصوص العالمية تخرج في بعض أحكامها مقتضياتها عن الشريعة الإسلامية، وهنا يقع التناقض بين مسعى دمج القانون الدولي في القانون المحلي وبين تنقية هذا الأخير من الشوائب المحرمة في الإسلام.

وأنا أعتقد أن موقف المشرع الدستوري الموريتاني من القانون الدولي، موقف تطغى عليه الدلالة الرمزية أكثر من كونه إرادة جادة لدمجه في القانون الوطني، نظرا لكون ديباجة دستور 1991 تنص صراحة على أن الدين الإسلامي هو المصدر الوحيد للقانون، بينما نجد المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تقضي بحق التزاوج بصرف النظر عن الدين، والمادة 18 منه تقضي بحرية الفرد في تغيير دينه أو عقيدته، وهذا مظهر من مظاهر التناقض الصارخ بين الشريعة والقانون الدولي، لا أعتقد أن المشرع الموريتاني يخفى عليه نظرا لكونه يعاقب بموجب المادة 306 من القانون الجنائي الموريتاني على الردة³، وينظم أحكام الزواج طبقا للمذهب المالكي، حسب ما هو مفهوم من مقتضيات وقواعد قانون الأسرة⁴.

وقد خطا المشرع الموريتاني خطوة جديدة من أجل توسيع دائرة الحريات العامة عندما عمد إلى تنظيم بعض هذه الحريات بنصوص تشريعية، كالتنظيم التشريعي الخاص بحرية إنشاء الجمعيات، والقواعد المنظمة لممارسة حق الإضراب وعقد الاجتماعات العمومية وحرية الصحافة والنشر، بالإضافة إلى حرية إنشاء الأحزاب السياسية.

¹ - Dr. Suliman Ibn Abdal Rahman Al Hukail, «Les droits de l'homme en Islam», 1^{ère} édition 1999, par Ashbilia, p 17.

² - عبد الله عبد الدائم، الاحتفاء بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان وسط الظلام العالمي، مجلة المستقبل العربي، العدد 241، مارس 1999، ص 33.

³ - مدونة القانون الجنائي الموريتاني الواردة في الأمر القانوني رقم 162 - 83 بتاريخ 09/07/1983.

⁴ - مدونة قانون الأسرة الموريتانية الواردة في القانون رقم 052 - 2001 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001 والمنشور في العدد 1004 من الجريدة الرسمية الصادرة في 14 أغسطس 2001، ص 406 وما بعدها.

نظم المشرع الموريتاني حق إنشاء الجمعيات بموجب قانون 1964 الذي يمنح كل مواطن حق إنشاء جمعية، ولكنه يضع مجموعة من القيود على هذا الحق تتمثل في إجراءات شكلية من أهمها: الحصول على موافقة وزير الداخلية التي تصدر على شكل إذن مكتوب، ويلزم القانون الجمعيات باحترام الأخلاق والعادات الموريتانية، والكف عن كل نشاط يمس بالطابع الجمهوري لنظام الحكم¹، وهذا ما يستشف من المادة 3 من هذا القانون، وقد أعطى قانون الجمعيات - حسب المادة 4 - لوزير الداخلية حق سحب الترخيص من كل جمعية تخل بالنظام العام أو تمس بسمعة الدولة، أو تتلقى مساعدات خارجية.

وقد مكن قانون الجمعيات من إنشاء عدد كبير من التنظيمات ذات الأهداف التنموية والثقافية والرياضية، وسمح بميلاد مجتمع مدني موريتاني، وشغل حيزا من الساحة الثقافية، وساهم في تفعيل الحوار بين الفاعلين الوطنيين.

أما حق الإضراب، فهو من ضمن الحقوق التي كفلها دستور 1991 في المادة 14 ولكنه استثنى بعض فئات العمال مثل الجيش والشرطة والعمال في المرافق والمصالح الحيوية للأمة، وهذا الاعتراف الذي ورد في الدستور يجلي الغموض الذي كان سائدا في التشريع الموريتاني فيما يخص حق الإضراب²، حيث لم يحسم قانون العمل لسنة 1963 ولا قانون الوظيفة العمومية بشكل قاطع فيما يخص حق ممارسة الإضراب، ولكن رغم أن المشرع أقر صراحة حق الإضراب، إلا أن الصورة لم تكتمل بعد فيما يخص كيفية الاستفادة من هذا الحق مادامت النصوص الإجرائية لممارسة هذا الإضراب لم تصدر بعد، رغم كون المادة 21 من النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين أكد حق الإضراب الذي جاء في الدستور ولكنه لم يضيف جديدا على ما ورد في الدستور³، وإن اكتفى بوضع قائمة طويلة من الموظفين الذين يحظر عليهم ممارسة الإضراب نظرا لحساسية الوظائف المسندة إليهم.

ولكن رغم كون الحسم القانوني لم يتم بعد فيما يخص صيغة وكيفية الإضراب في موريتانيا، إلا أن هذا الفراغ التشريعي لم يجل بين النقابات العمالية وممارسة الإضراب بشكل علني، كما حصل يوم 19 يونيو 1991 ولغاية 21 من نفس الشهر والسنة وعلى امتداد التراب الوطني، وقد دعا إليه اتحاد العمال الموريتانيين وطالب برفع أجور العمال وتخفيض أسعار المواد الغذائية الأساسية وبعض الخدمات الأساسية وإلغاء الضريبة على الأجور.

ويرى بعض النقابيين أن هذا الإضراب ساعد العمال في مجال إسماع صوتهم أولا ثم استجابة السلطات الرسمية لحل بعض مشاكلهم ثانيا، الأمر الذي مكن من تخفيف بعض معاناتهم خصوصا بعد الزيادات المتتالية في الأجور على مدار العشر سنوات الأخيرة.

أما حرية الاجتماع فقد كفلها القانون رقم 73/008، إذ نصت المادة 2 على أن "الاجتماعات العامة حرة في حدود الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"⁴ غير أن هذا الحق لا تمكن ممارسته إلا بعد إذن السلطات الإدارية التي يتقدم الراغب في الاجتماع بطلب إليها قبل ثلاثة أيام من الموعد المحدد له، طبقا لما ورد في المادة 3 من القانون المذكور.

1 - قانون الجمعيات رقم 098 - 03 - 64 المؤرخ بـ 1964/06/09، المنشور بالجريدة الرسمية سنة 1964، ص 163.

2 - د. محمد الأمين ولد سيدي باب مذكرة في مادة قانون العمل الموريتاني والمقارن، لطلاب السنة الثانية من المدرسة الوطنية للإدارة، شعبة كتاب الضبط، نواكشوط 15 إبريل 2000.

3 - القانون المتضمن للنظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين، رقم 09 - 93، المنشور بالجريدة الرسمية سنة 1993، ص 136 وما بعدها.

4 - القانون رقم 008 - 73 المؤرخ في 1973/01/23، الجريدة الرسمية لسنة 1973، ص 73.

كما أن القانون المنظم لحق الاجتماع يشترط في المجتمعين احترام قانون البلد وتقاليده ودينه، حيث لا يجوز الخوض في الأمور المنافية للأخلاق الحميدة أو الضارة بالأمن العام كما لا يجوز خلال أي اجتماع التحريض على ارتكاب فعل غير مشروع وفي حالة المخالفة يتعرض المعنى للحبس والغرامة.

وترتبط ممارسة هذا الحق بالجو العام السائد في البلد، حيث يلاحظ تضيق مجاله في الفترات الاستثنائية من سنة 1978 وإلى غاية 1991 واتساع مداه في السنوات التي تلت قيام المؤسسات الدستورية التي جاء بها دستور 20 يوليو 1991¹.

أما حرية الصحافة المكتوبة فقد أصبحت متاحة، نظرا لحرية الرأي والتفكير والتعبير التي وردت في المادة 10 من دستور 1991.

وحرية التعبير وإن كانت من الحريات الفكرية، إلا أن ثمة فارقا دقيقا بين حرية التعبير كمفهوم قانوني، وبين عملية التفكير في حد ذاتها. ذلك أن جهاز التفكير في الإنسان لا يكف عن العمل في أي وقت، كعملية فسيولوجية لا يملك أحد وقف نشاط هذا الجهاز ما دام الإنسان على قيد الحياة، فجهاز التفكير الذي هو المخ أو العقل، شأنه شأن سائر أعضاء الجسم يدور بشكل آلي، مادامت الحياة تدب في هذا الجسم.

ولهذا ليس للقانون أن يطال بالتنظيم ما يدور داخل العقل من أفكار مادام لم يفصح عنها صاحبها، حتى تتخذ المظهر الاجتماعي الذي يجعل يد القانون تطالها باعتباره تنظيما اجتماعيا لا ينصب على مسلكيات الأفراد إلا ما اتخذ منها مظهرا اجتماعيا.

وعلى أي حال فإن حرية التعبير عن الرأي - دون مساس بالنظام العام وحقوق الآخرين - وإن كانت من الحقوق العامة للأفراد المسلم بها في دساتير المجتمعات الحديثة التي اتخذت بنصيب وافر من الحضارة، إلا أن هذه الحرية الأساسية قد اقتضى إقرارها على هذا النحو من البشرية قرونا طويلة يحاول فيها المستنيرون من شعوب الأرض إقناع الآخرين أن الخير كل الخير هو أن تنطلق حرية الإنسان في نشر أفكاره في جميع ما يعرض له من أمور.

وعلى ذلك، فإنه وإن كان من سمات حرية التعبير أنها وسيلة لتقدم المجتمع وترشيده، باعتبارها ركيزة من ركائز الديمقراطية، إلا أن من سماتها أيضا أنها وسيلة للتعبير عن الذات ومن ثمة يتلاقى الفرد من خلال ممارستها بالمجتمع، ويتفاعلا تفاعلا تحتاجه الذات الفردية. كما يحتاجه الحكم الرشيد للجماعة.

إن حرية التعبير وسيلة للتعبير عن الذات وأهم ملمح يحرص كل إنسان على التعبير عن ذاته أو شخصه فيه هو رأيه الذي يحمل ما في وجدانه وعقله من فكر، ويحرص على أن يجابه جماعته وأقرانه به في موضوع يهمهم ويستأهل أن يسترعي به نظرهم لتعريفهم برأيه الشخصي².

لقد تفتن المشرع الموريتاني إلى ضرورة وضع قوانين تنظم حرية الرأي التي تمارس عادة عبر الكتابة عموما والكتابة الصحفية على وجه الخصوص، فقام بسن قانون ينظم حرية الصحافة³ ويتيح للمواطن المزيد من الفرص للتعبير

¹ - د. سيد محمد ولد سيد أب، المؤسسات الديمقراطية الموريتانية: الواقع والآفاق، جريدة الشعب، العدد 7924، 31 مايو 2004، ص 5.
- د. سيد محمد ولد سيد أب، الوظيفة التشريعية في دول المغرب العربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 25، الطبعة الأولى 2001.

² - د. محمد حسن هند، النظام القانوني لحرية التعبير، دار الكتب القانونية، 2004، ص 11.

³ - الأمر القانوني المتعلق بحرية الصحافة المرقم 23 - 91 والمؤرخ في 1991/07/25، والمنشور بالجريدة الرسمية لعام 1991، ص 560 وما بعدها.

بشكل حر عن ما يراه من أفكار وتصورات، وليسد النقص الذي كان يعتري قانون النشر الصادر عام 1963 والذي لم يعد يتماشى مع متطلبات المرحلة الراهنة والمتسمة بارتفاع وعي المواطنين وتشابك مصالحهم مع المؤسسات المنبثقة عن تجربتهم الدستورية، وقد أشارت المادة الثانية من قانون حرية الصحافة إلى أن الصحافة والمطابع حرة على امتداد التراب الوطني، ولم يشترط القانون ترخيصا مسبقا، والقيد الوحيد الذي فرضه المشرع على مصدري الصحف والمطبوعات هو أن يتم إشعار النيابة العامة للجمهورية ووزارة الداخلية قبل نشر أية جريدة أو مطبوع دوري، على أن يتضمن الإشعار بيانات محددة بخصوص عنوان الجريدة أو المطبوع الدوري وطريقة نشرها وبيان عدد النسخ المراد طبعها، فضلا عن ذكر اسم وعنوان مدير النشر وبيان المطبعة التي تتولى طبعها، ويلزم القانون القائمين على شؤون النشر في أية جريدة أو مطبوع دوري بضرورة أن يشعر الجهات المذكورة خلال الأيام الخمسة التالية له وقد صدرت هذه الأحكام مفصلة في المادة 6 من قانون حرية الصحافة.

ولكن للأسف يلاحظ منذ صدور القانون كثرة استخدام وزير الداخلية للمادة 11 من هذا القانون التي تمنح هذا الوزير سلطة حظر الصحف التي تتضمن أمورا تمس بالصالح العام.

والحقيقة أن مفهوم "الصالح العام" مفهوم مطاط يصعب حصر مدلوله كما يصعب قياس الزاوية التي ينظر منها، وهذا هو مصدر الخلاف بين الناشرين والوزير صاحب الاختصاص بحظر تداول الصحف وصاحب السلطة التقديرية في هذا الموضوع.

ونحن نرى أن التعامل مع حرية التعبير التي تجسدها حرية الصحافة ينبغي أن يتم بمرونة نظرا لحاجة المجتمع إلى التفاعل مع هذه الحرية للتعبير عن رأيه في قضايا الحياة العامة التي هي أمر مشاع بين الجميع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نظرا لحداثة التجربة، الأمر الذي يبرر التغاضي عن تجاوزات الكتاب والناشرين حتى يتمكنوا من تنمية مواهبهم والتمرن على التعبير عن آرائهم بشكل حر عبر مداد القلم.

وإذا كانت وزارة الداخلية تمارس الرقابة الإدارية اللاحقة على الصحف، فإن وزارة الاتصال والعلاقات مع البرلمان تمارس الوصاية الفنية عليها، ومن مظاهر هذه الوصاية منح البطاقات المهنية للصحفيين، ومع ذلك تمنح الدولة بعض التسهيلات للصحافة المستقلة، من ذلك فتح أبواب المطابع الحكومية أمامها (المطبعة الوطنية)، وإعفاؤها من رسوم نصب الهاتف، ومنح البطاقة المهنية لمن يريد الحصول عليها من الصحفيين، والترخيص بإنشاء نقابات صحفية (توجد أربع نقابات) تتولى الدفاع عن مصالحهم وتسهم في حل مشاكلهم، هذا فضلا عن منح بعض الصحف مقرات واشتراكات تشجيعية¹. وهذا التوجه الساعي إلى تشجيع الصحافة يتماشى مع وتيرة التجديد السياسي والمؤسسي الهام الذي سجلته موريتانيا من خلال ما كرسه دستور 1991².

ويرى البعض أن القانون الموريتاني يعكس المبدأ الأساسي للنظام الليبرالي: الحرية هي القاعدة، والتحرير هو الاستثناء، ولكن القانون الموريتاني يصيغ هذا المبدأ وفقا لكل نوع من الحرية، فبعض هذه الحريات تعبر عن قيم أكبر من التي تعبر عنها أخرى، فهي تستحق إذا حماية أكبر من طرف السلطات العمومية، وعليه فإنه تمنح ضمانات أقوى للحريات المنصوص عليها (حرية التجمع، حرية الصحافة) من التي تمنح لحريات الأخرى (حرية الذهاب والإياب)³.

1 - د. بدرخان إبراهيم، حرية الصحافة في موريتانيا، المجلة الموريتانية للقانون والاقتصاد، العدد 9 السنة 1993، ص 52.

2 - الدح ولد التيس، حقوق الإنسان في موريتانيا: مقارنة معيارية متعددة الأبعاد، جريدة الشعب، العدد 7929، بتاريخ 7 يونيو 2004، ص 5.

3 - كويتا با مريم وآخرون، الحريات والحقوق العامة، جريدة الجمهورية، ملحق خاص، العدد 194، بتاريخ 25 يوليو 2004، ص 21 وما بعدها.

ويبقى من الأهمية بمكان الإشارة إلى صنف جديد من الحريات أفرد له المشرع الموريتاني قانونا خاصا به، ويتعلق الأمر بحرية إنشاء الأحزاب السياسية¹، فبعد أن أكد دستور 1991 في مادته 11 على حرية إنشاء الأحزاب السياسية بالقول إن الأحزاب والتجمعات تساهم في تكوين الإرادة السياسية والتعبير عنها جاء صدور قانون ينظم الأحزاب السياسية، ليتولى التفصيل أكثر في هذا الموضوع.

وقبل الشروع في القيام بإطلالة خاطفة على طبيعة هذا القانون، أود هنا الإشارة بشكل موجز، إلى أهمية الأحزاب السياسية بالنسبة لبناء دولة ديمقراطية، حيث يلاحظ أن الأحزاب في موريتانيا مرشحة في المستقبل للعب دور فاعل في الوصول إلى مرحلة دولة القانون والمؤسسات الديمقراطية²، هذا الدور الذي لعبته الأحزاب في أماكن أخرى من العالم ومن المفروض أن تؤديه في موريتانيا إذا توفرت الشروط الموضوعية لذلك.

إن الأحزاب السياسية - كما هو معلوم - تلعب دورا كبيرا في الحياة السياسية الديمقراطية المعاصرة فهي على حد تعبير الأستاذ البريطاني فينجر، هي "أساس الديمقراطية" وكما يقول الفقيه النمساوي الكبير كنسن، "إن العداة نحو الأحزاب يخفي عداة للديمقراطية ذاتها" ويقول الأستاذ جارنر، "إن الأحزاب تقوم في تسيير الأداة الحكومية بمثل ذلك الدور الذي يقوم به البخار في تسيير القاطرة البخارية"، أما كبير أساتذة القانون الدستوري في فرنسا أوائل القرن العشرين أزم، فيقول "إنه لا حرية سياسية بدون الأحزاب"³. وأهمية الأحزاب السياسية لم تظهر في دول الديمقراطيات التقليدية فحسب، بل إن أساتذة القانون في الوطن العربي تنبهوا لهذه الأهمية، فهذا الدكتور عبد الحميد متولى يشدّد على أهميتها "إن الأحزاب السياسية تعد في العصر الحاضر في الأنظمة الديمقراطية إحدى الضرورات، وبالنسبة للحرية في مقدمة الضمانات"⁴. فمن الضروري لكل واحد منا أن يكون له التزام مع جماعة تسعى إلى الإصلاح من خلال تنظيم سياسي معين، فالانضمام إلى جماعة تنادي بفكرة أو عقيدة تؤمن بها، هو التزام واع صادر عن تفكير مسؤول⁵ والمتتبع لتطورات الساحة السياسية الموريتانية في العقد الأخير، سوف يلاحظ تفاعلا كبيرا من قبل الموريتانيين مع الظاهرة الحزبية التي طغت على الساحة مع صدور دستور 20 يوليو 1991⁶. ويعكس اهتمام الموريتانيين بالأحزاب وعيا كبيرا بأهمية ودور الحزب في الحياة العامة.

ويؤكد قانون الأحزاب السياسية هذه المعاني التي تحدثنا عنها سابقا، فهو يفسح المجال رحبا للأحزاب السياسية كي تمارس نشاطاتها بحرية، غير أنه يفرض بعض القيود على نشاط الأحزاب السياسية، كالامتناع عن أي دعاية مخالفة لمبادئ الإسلام الحنيف، أو أي دعوة إلى عدم التسامح أو العنف، أو إثارة أية تحركات من شأنها المساس بالنظام والسلم والأمن العموميين، أو محاولة إنشاء منظمات عسكرية، أو شبه عسكرية، أو كل دعاية تستهدف المساس بالسيادة الإقليمية للبلاد أو وحدة الأمة، طبقا لأحكام المادة 4 من قانون حرية الأحزاب السياسية، تحظر كل هذه المسائل، أما المادة 5 من نفس القانون، فتحظر على الأحزاب أي تعاون أو تنسيق مع جهة أجنبية، وتنص المادة 6 على عدم جواز تأسيس الأحزاب على أساس عنصري أو عرقي أو جهوي أو قبلي أو جنسي أو طائفي، ويستفاد من مضمون المادة 4 عدم جواز تأسيس الأحزاب على أساس ديني.

¹ - الأمر القانوني رقم 024 - 91 الصادر بتاريخ 25 يوليو 1991 المتعلق بالأحزاب السياسية، المنشور بالجريدة الرسمية سنة 1991، ص 569 وما بعدها.

² - د. محمد الأمين ولد سيدي باب، معوقات الممارسة الديمقراطية في موريتانيا، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 28 ديسمبر 2002، القاهرة، ص 157.

³ - Michel Robert, Les partis politiques, Paris, Flammarion, 1971, p 5.

⁴ - د. حين البدر، الأحزاب السياسية والحريات العامة، دار المطبوعات الجامعية، تاريخ الطبعة 2000، ص 12.

⁵ - محمد المجذوب، دراسات في السياسة والأحزاب، منشورات عويدات، لبنان، 1972، ص 41.

⁶ - د. محمد الأمين ولد سيدي باب مظاهر المشاركة السياسية في موريتانيا، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2005، ص 194 وما بعدها.

وتكتسب الأحزاب السياسية مشروعيتها بمجرد اعتراف وزير الداخلية عبر تصريح مكتوب.

ورغم أن وزير الداخلية يملك سلطة إدارية على الأحزاب تمكنه من تجميد نشاطها أو حلها، إلا أن قرار وزير الداخلية في هاتين الحالتين يمكن أن يكون محلا للطعن أمام المحكمة العليا، حسب مقتضيات المواد 24 - 26 من قانون حرية الأحزاب السياسية.

وقد مارست سلطة الوصاية على الأحزاب حجب الترخيص عن بعض الأحزاب، وكان أول من تعرض لهذا المنع هو حزب الأمة الإسلامية، ولكن ذلك لم يجل بين الأحزاب المرخص لها وبين القيام بنشاطاتها المؤيدة للسلطة بالنسبة لأحزاب الأغلبية، والمعارضة لها بالنسبة لجهة أحزاب المعارضة.

ورغم وجود أحزاب سياسية ناشطة في الساحة الموريتانية، لكن هذا النشاط يخفي العديد من التناقضات التي تحول دون ظهور أحزاب بالمفهوم العلمي¹. كما أن تحديات عديدة تجعل منها مجرد أرقام ميتة في قائمة طويلة متشابهة في الأهداف والنتائج، فهناك التحديات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولكن رغم ذلك توجد إرادة سياسية لدى أطراف المجتمع السياسي الوطني من أجل تطوير التجربة التعددية في ظروف أمنية مواتية.

وقد أضاف المشرع الموريتاني ضمانات دستورية جديدة لحقوق الأفراد وحياتهم بموجب التعديلات التي أدخلت على دستور 20 يوليو 1991، وعرضت على الاستفتاء يوم 25 يونيو 2006، ومن أبرز هذه الأحكام المستجدة اعتبار القوانين السابقة على صدور دستور 1991 ينبغي تعديلها حتى تتطابق مع فلسفة الدستور ومضامينه الحقوقية، وإذا لم يتم تعديلها في ظرف زمني لا يتجاوز ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ التعديل المدخل على الدستور 2006، يجوز لأي شخص أن يطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس الدستوري وهذا الأمر يعزز من الضمانات التي تكفل الحقوق والحريات العامة مادامت معظم القوانين السابقة على دستور 20 يوليو 1991 تضيق من مجال الحقوق والحريات العامة فهي تنتمي إلى جيل الستينات من القوانين الوضعية التي تعلي مكانة الحاكم على حساب مكانة الفرد داخل المجتمع².

وقد جرى حوار بين الأغلبية الرئاسية وبعض أحزاب المعارضة ما بين 17 سبتمبر 2011 و 19 أكتوبر 2011، وكان من نتائج الحوار الاتفاق على إجراء تعديلات دستورية قانونية تمكن من تعزيز دولة القانون والحكومة الرشيدة³.

خاتمة :

ليس من المجدي الوقوف عند حد التعبير عن الحقوق والحريات والكف عن منح ضمانات تكفل التمتع بالحق والحرية بشكل متساوي بين المواطنين وفي ظروف عادية خالية من الضغوط التي تشوه إرادة الفرد في التفاعل الحر مع ما يمنحه الدستور من حقوق وحرريات، لذا لم يكتف المشرع الموريتاني بالنص في الوثيقة الدستورية على الحقوق والحريات العامة الممنوحة للمواطنين، بل تجاوز ذلك وقدم ضمانات أكيدة وناجعة لحماية تلك الحقوق والحريات من استبداد السلطة والحيلولة دونها ودون استعمال الحق والحرية كورقة ضغط على المواطن.

¹ - شيخنا محمدي ولد الفقيه، الانفتاح السياسي الراهن في موريتانيا: قراءة أولية، مجلة المستقبل العربي، العدد 281، يوليو 2002، ص 72.

² - د. محمد الأمين ولد سيدي باب، طبيعة التعديلات الدستورية عبر مسار التطورات السياسية الموريتانية (بحث معد للمشاركة في الندوة العلمية التي نظمها منتدى الفكر والحوار تحت عنوان: التحول الديمقراطي في موريتانيا يوم 09/06/2006، أعمال الندوة معدة للنشر).

³ - وثيقة الاتفاق السياسي بين الأغلبية الرئاسية والمعارضة الصادرة في نواكشوط 19 أكتوبر 2011.

ولم يخرج النظام السياسي والقانوني الموريتاني عن ما جرى عليه الوضع بالنسبة لأنواع الضمانات، حيث قدم ضمانات سياسية وأخرى قانونية، تماما كما هو متعارف عليه في النظم السياسية الديمقراطية. كما أن الخلفية الفكرية لهذه الضمانات السياسية هو الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث أقر الدستور هذا المبدأ، ولكن عندما نتمعن في أحكام الدستور في هذا المجال، سوف نلاحظ أن المشرع الموريتاني ابتعد عن المنطق التقليدي لمبدأ فصل السلطات، إذ أخذ بقدر من هذا الفصل يسمح بنوع من العلاقات التكاملية بين السلطات.

ويمكن أن نلمس تساهل المشرع فيما يتعلق بالفصل بين السلطات في استعراض الاختصاصات الواسعة المسندة بموجب المواد من 23 إلى غاية المادة 39 من الدستور إلى رئيس الجمهورية في الظروف العادية والاستثنائية.

وهذا الموقف الذي عبر عنه المشرع الدستوري صراحة يتناسب مع طبيعة النظام السياسي الموريتاني الذي يلعب فيه رئيس الجمهورية دورا حاسما بوصفه مركز السلطة وقطب رحاها والضامن لسير واطراد المؤسسات الدستورية، لأن النظام السياسي الموريتاني يميل إلى الرئاسية المركزة وغير المتوازنة لفائدة الرئيس، والملاحظ أن مبدأ فصل السلطات في التشريع الموريتاني يميل نحو ترجيح دفة السلطة التنفيذية والحد من اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية، وقد جسدت المادة 57 هذه المسألة عندما قيدت اختصاصات الجمعية الوطنية في مجالات التشريع عبر إلزامها بقائمة من المسائل أوردتها على سبيل الحصر، كما منح الدستور رئيس الجمهورية بموجب المادة 11 حق حل البرلمان، ولكن مقابل ذلك نصت المادة 75 من الدستور على أن نواب الجمعية الوطنية لهم الحق في حجب الثقة عن الحكومة في إطار التصويت على ملتصق الرقابة الذي يؤدي إلى الاستقالة الفورية للحكومة.

ومن ناحية أخرى قدم المشرع الموريتاني ضمانات سياسية أخرى تتمثل في التعددية الحزبية، وهي ضمانات فعالة تحول دون انحراف السلطة عن أغراضها الدستورية، نظرا لقدرة الأحزاب السياسية الفائقة على مراقبة أعمال الحكومة عبر تمثيلها في البرلمان، أو عبر الصحافة، وهذه الرقابة تدفع الحكومة إلى أن تكون حذرة من ارتكاب الأخطاء أو الشطط في استعمال السلطة، أو الانحراف بالمأمورية الحكومية إلى السبيل المعوج، لأن عين الرقيب تتابعها وتؤول تصرفاتها وتقيس كل قراراتها بمقياس القانون.

وإذا كان للأحزاب هذا الدور الكبير في مراقبة الحكومة، فإن وحي التجربة الحزبية الموريتانية يفصح عن مظاهر تقصير في هذا المجال، إذ لا تعطى الأحزاب السياسية كبير اهتمام لنشاطات الحكومة، وتكتفي بموقف القبول لكل قرارات الحكومة بالنسبة لأحزاب الأغلبية الرئاسية، وموقف الرفض لكل ما يصدر عن الحكومة بالنسبة لأحزاب المعارضة.

ثم هناك ضمانات قانونية قدمها المشرع لترشد الضمانات السياسية بالمزيد من القدرة على حماية حقوق وحرية الأفراد، فقد جاء دستور 1991، ليؤكد على مبدأ مراقبة دستورية القوانين وقد عهد الدستور بهذا الاختصاص إلى المجلس الدستوري، إذ تقدم إليه القوانين النظامية قبل إصدارها وذلك للبت في مطابقتها للدستور، وكذلك لرئيس الجمهورية ولرئيس الجمعية الوطنية ولرئيس مجلس الشيوخ تقديم القوانين قبل إصدارها للمجلس الدستوري طبقا لأحكام المواد 81 و 86 من الدستور.

وإذا كانت مراقبة دستورية القوانين ضمانات قانونية فاعلة في مجال صيانة حقوق وحرية الأفراد، فإن هناك ضمانات قانونية أخرى ذات أهمية قصوى ويتعلق الأمر بالمراقبة القضائية على أعمال الإدارة خاصة تلك القرارات المقيدة

لحريات الأفراد. وهذا لا يتنافى مع مبدأ فصل السلطات، الذي بموجبه تتمتع الإدارة باستقلالية تامة عن القضاء الذي لا يملك حق توجيه الأوامر إليها، فرجل الإدارة العامة يتلقى الأوامر من رؤسائه الإداريين ويعمل تحت إشرافهم، ولكن القانون منح الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا حق ممارسة الرقابة القضائية على القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، حيث يمكن الطعن في هذه القرارات بالإلغاء على أساس تجاوز السلطة، استنادا إلى أسباب ماسة بعيوب شكلية أو إجرائية تخل بمشروعية هذه القرارات الخارجية في حالة جهل محررها أو عدم اختصاصه، أو بمشروعيتها الداخلية كخرق قاعدة قانونية، أو تجاوز حدود السلطة.

وفي حالة توجيه صاحب الطعن طلبا استعجاليا إلى المحكمة العليا، يمكن لهذه الأخيرة وقف تنفيذ القرار الإداري.

ورغم أهمية المراقبة القضائية على أعمال الإدارة بالنسبة لحماية حقوق الأفراد، فإن الملاحظ هو تقاعس المواطنين عن المطالبة بحماية حقوقهم ذات الطابع الشخصي أمام المحاكم، ولعل مرد ذلك إلى كون الموريتاني تعود تجنب اللجوء إلى القضاء في المسائل الإدارية.

أما صمام الأمان الثالث من الضمانات القانونية فيتمثل في ضمانات استقلال السلطة القضائية في مواجهة كل من الحكومة والبرلمان التي أكدتها المادة 89 من دستور 1991. ولكن رغم هذه الاستقلالية لا يتمتع القضاة الجالسون بحصانة عدم القابلية للعزل، هذا بالإضافة إلى أن الحكومة هي التي تعين القضاة وتحيلهم إلى التقاعد الفوري وتحولهم، كما أن الحكومة تتمتع بامتياز الطعن لصالح القانون.

وتتضح في نهاية هذه المعالجة أهمية الضمانات التي قدم المشرع الموريتاني لحماية حقوق وحرية الأفراد، ولكن الاستفادة من مزايا هذه الضمانات لن تتحقق إلا عندما يصبح أفراد المجتمع واعين بأهمية استثمارها عبر التفاعل الإيجابي الذي يتم من خلال الرفع من مستوى الممارسة الميدانية لكي تتمكن من الاستفادة مما تتيحه الضمانات من حماية لحرية الفرد والمجتمع.

والطريق الأسهل والأسلم لحماية الحقوق والحرية هو أن يحترم الفرد قوانين بلده وأن تسعى الدولة إلى تغليب المصلحة العامة على ما سواها من اعتبارات سياسية.

منازعات التعمير في القانون الجزائري - رخصة البناء والهدم -



الأستاذ الدكتور : عمار بوضيف

كلية الحقوق رئيس المجلس العلمي

جامعة تبسة والعلوم السياسية

مقدمة :

تتخذ منازعات التعمير في النظام القانوني الجزائري وفي النظام القضائي صوراً وأشكالا كثيرة لعل أهمها منازعات رخصة البناء ومنازعات الهدم. لما لها من انشار واسع على مستوى الجهات القضائية. وتعود أهمية هذا النوع من المنازعات تحديداً كون أن النزاع من جهة ينصب على عقار، والعقار يحتل مكانة مرموقة لدى الأفراد، ومن جهة أخرى يتعلق النزاع بحق الملكية، وحق المالك في أن يقيم ما شاء من إنجازات ومشاريع فوق ملكه. وحق الملكية مصون بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومصون بموجب أحكام دستورية وقانونية.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية :

هل وفر المشرع الجزائري من الضمانات في منازعات التعمير خاصة في منازعات رخصة البناء ورخصة الهدم ما يحفظ الموازنة بين حق الجهات الإدارية في فرض إجراءات الضبط في مجال العمران والمحافظة على النظام العام من جهة، وحق المالك في أن يشيد في ملكه ما يراه صالحاً أو في أن يهدم جزءاً أو كلاً من منشأته العقارية.

والغرض الأساس من طرح هذه الإشكالية هو الكشف عن حياد المشرع في الموازنة بين المحافظة على النظام العام وما يقتضيه من إجراءات وتدابير، وبين صيانة وضمن حق الملكية وما يتبعه من حقوق أخرى ذات الصلة.

ولما كانت منازعات العمران كثيرة ولا يمكن الإحاطة بها في دراسة كهذه، فضلنا التركيز على أهم أنواع منازعات العمران ألا وهي منازعات رخصة البناء، ومنازعات الهدم. فتناولناهما بالدراسة من الناحيتين التشريعية والتنظيمية من جهة ومن الناحية القضائية من جهة أخرى.

المبحث الأول: منازعات رخصة البناء.

المبحث الثاني: منازعات الهدم.

المبحث الأول : منازعات رخصة البناء :

تعريف رخصة البناء :

لم يعرف المشرع الجزائري رخصة البناء في القانون 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير. وقد عرفها الدكتور محمد الصغير بعلي بأنها: "القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة تمنح بمقتضاه للشخص الحق في البناء بمعناه الواسع طبقا لقانون العمران"¹

وعرفها الدكتور الزين عزري بأنها: "القرار الصادر من سلطة مختصة يمنح بمقتضاه الحق للشخص طبيعيا أو معنويا بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران."²

الطبيعة القانونية لرخصة البناء:

إن رخصة البناء عبارة عن تصرف قانوني صادر عن جهة إدارية منحها القانون سلطة الإصدار طبقا لشروط وإجراءات. وتصدر رخصة البناء بالإرادة المنفردة ولا تحجب عنها هذه الخاصية حتى ولو كانت تتم بطلب من المعني وسعي منه. وترتب رخصة البناء أثرا قانونيا يتمثل في حق المعني المستفيد من الرخصة من القيام بأشغال البناء في العقار محل الرخصة.

ورغم أن رخصة البناء تخول صاحبها حق البناء، إلا أنه لا يمكن إجبار المستفيد من الرخصة على القيام بالبناء. وتلقي رخصة البناء على صاحبها جملة من الالتزامات منها اعلام رئيس المجلس الشعبي البلدي بتاريخ فتح ورشة البناء ووضع لافتة مرئية توضح مراجع رخصة البناء الممنوحة ونوع البناء، وتاريخ افتتاح الورشة والتاريخ المتوقع لانتهاء الأشغال، واسم صاحب المشروع وغيرها من البيانات. وأن يضع حاجز فاصل مرئي ليلا ونهار. وف حال عدم استكمال البناء في المدة المحددة في رخصة البناء وجب تقديم طلب جديد لاستئناف الأشغال.

فرخصة البناء إذن لها دور وقائي ورقابي لفرض مقاييس التخطيط العمراني المعد حسب قواعد الأمن والصحة وسلامة الأشخاص وممتلكاتهم. فليست رخصة البناء إجراء بيروقراطيا، أو إجراء روتينيا، بل له جملة من المقاصد العامة التي لا يمكن إنكارها. وتساهم رخصة البناء من جهة أخرى في المحافظة على البيئة والنسيج العمراني بشكل عام. واستثنى القانون فقط من رخصة البناء البنايات التي تختمى بسرية الدفاع وهذا طبقا للمادة 53 من القانون 90-29 المذكور.

الجهة المختصة بمنح رخصة البناء:

كأصل عام يعود الاختصاص بمنح رخصة البناء لرئيس المجلس الشعبي البلدي. وهذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون 90-29 المذكور. وفي ذات السياق والتوجه جاء قانون البلدية الجديد رقم 11-10 المؤرخ في 22 يوليو

¹ أنظر الدكتور محمد الصغير بعلي، تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المركز الجامعي تبسة، 2007، ص 16. وللاطلاع على تعريفات أخرى أنظر: عابدة ديرم، الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، الجزائر، دار قانة، 2011، ص 62 وما بعدها.

² أنظر الدكتور الزين عزري، النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، 2005، عدد 09، ص 135.

2011 في المادة 95 منه: "يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي رخص البناء والهدم والتجزئة حسب الشروط والكيفيات المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

وقد يختص الوالي بمنح رخصة البناء حسب المادة 66 من القانون 90-29 والتي نصت على أن: "تسلم...رخصة البناء من قبل الوالي في حالة:

-البنيات والمنشآت المنجزة لحساب الدولة والولاية وهيكلها العمومية.

- منشآت الإنتاج والنقل وتوزيع وتخزين الطاقة وكذلك المواد الاستراتيجية.

- اقتطاعات الأرض والبنيات الواقعة في المناطق المشار إليها في المواد 44،45،46،48،49 من القانون 90-29.

وقد تسلم رخصة البناء من الوزير المكلف بالتعمير بعد الاطلاع على رأي الولاية ذات المصلحة الوطنية والجهوية.

ويخضع منح رخصة البناء لجملة الإجراءات والشكليات والتحقيقات حددها القانون.

رفض منح رخصة البناء:

إذا كان منح رخصة البناء لا يثير من حيث الأصل أي إشكالية أو منازعة، فإنه خلاف ذلك قد تنشأ منازعة أمام وضعية أو حالة رفض منح رخصة البناء. ولقد جاء المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 مايو 1991 يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم واضحا في نص مادته 44 والتي جاء فيها: "...عندما تمنع الرخصة أو تشتمل على تحفظات فيجب أن يكون القرار الذي تتخذه السلطة المختصة معللا".

وهكذا ألزم المشرع الجهة الإدارية المختصة بمنح رخصة البناء أن تسبب قرار الرفض. وضمنانة التسبب تخدم كل الأطراف سواء المعني بالأمر أو الجهة الإدارية المصدرة للرخصة أو القضاء في حال نشوء منازعة إدارية.

تأجيل منح رخصة البناء:

يمكن للجهة الإدارية المختصة أن تؤجل الفصل في طلب رخصة البناء وهذا إذا كانت أداة التهيئة والتعمير قيد الإنجاز أو الإعداد، و مع احترام المدة الزمنية المقررة قانونا وهي سنة على الأكثر حسب منطوق المادة 90-29 المذكور. وورد التأجيل أيضا في المادة 45 من المرسوم التنفيذي 91-176 المذكور.

جواز اللجوء للتظلم قبل رفع الدعوى:

أجازت المادة 63 القانون 90-29 لمن كان عرضة لقرار رفض رخصة بناء أن يقدم تظلما أو طعنا سلميا أو أن يرفع دعوى قضائية. ومن هنا لم يقر النص الخاص قاعدة إجبارية التظلم، بل دخل تحت الجواز لا الوجوب، وترك الأمر لصاحب المصلحة، فهو من يختار إما طريق التظلم أو الطريق القضائي. وبذلك، وبعد التعديل الذي عرفه قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي تبنى قاعدة جواز التظلم لا وجوبه بموجب المادة 830 منه، حدث التوافق بين النص الخاص ممثلا في القانون 90-29 والنص العام القانون 08-09. وبخصوص أجل التظلم لم يضع النص الخاص أجلا بما يعني تطبيق الأجل المنصوص عليه في النص العام أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات رخصة البناء :

طلما عقد الاختصاص بمنح رخص البناء لرئيس المجلس الشعبي البلدي في مواضع وحالات، وللوالي في حالات أخرى، وللوزير المكلف بالتعمير في حالات ثالثة طبقا للنصوص المشار إليها. فإنه ينجم عن ذلك تغير اختلاف قواعد الاختصاص حسب طبيعة القرار المطعون فيه والجهة المختصة بإصداره.

فيؤول الاختصاص بالنظر في منازعات رخص البناء التي يصدرها كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي للمحكمة الإدارية باعتبارها الجهة القضائية ذات الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية طبقا للمادة 800 من القانون 08-09 المذكور. ويؤول الاختصاص بالنظر في طلب إلغاء رخص البناء الصادرة عن وزير التعمير لمجلس الدولة طبقا لمقتضيات المادة 9 من القانون العضوي 89-01 المعدل والمتمم. وكذلك المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أوجه إلغاء رخصة البناء قضائيا :

إن أوجه إلغاء رخصة البناء قضائيا لا تختلف عن أوجه دعوى الإلغاء عموما. فقد يطعن في رخصة البناء من حيث الاختصاص وقد يطعن فيها من حيث الشكل خاصة وأن رخصة البناء تخضع لجملة إجراءات شكلية، وقد يطعن فيها من حيث المحل أو الهدف أو السبب. وهذا أمر طبيعي طالما اعتبرنا رخصة البناء بمثابة قرار إداري بآتم معنى الكلمة.

تطبيقات قضائية :

1- خرق قواعد الاختصاص بشأن رخصة البناء.

بطلان القرار.

قرار مجلس الدولة رقم 55 الصادر عن الغرفة الثالثة بتاريخ 11-02-2002.¹

وقد جاء في القرار المذكور أنه بناء على استئناف مسجل لدى كتابة ضبط مجلس الدولة من قبل والي ولاية الجزائر ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر والقاضي بإلغاء القرار..

حيث عرض أن المستأنف عليها استفادت بحق الامتياز على عقار كائن بالأبيار من أجل بناء مساكن وأن المستأنف عليها تقدمت بملف أمام مصالح التهيئة العمرانية من أجل الحصول على رخصة البناء. وأنه بعد دراسة تقنية قامت بها هيئات مختصة في العمران أظهرت أن بناء عمارة فوق القطعة الأرضية المعنية يشكل خطرا أكيدا بسبب انزلاق التربة ومن أجل تفادي أي كارثة اتخذ مدير تهيئة الإقليم والتعمير محافظة الجزائر قرارا يقضي بإلغاء رخصة البناء.

وحيث أنه كان على القضاة التأكد من صحة أقوال مصلحة التعمير وذلك بانتداب خبير.

وأضاف مجلس الدولة:

لكن حيث أن هذه المديرية والتي تعد مديرية ولائية ليست مختصة لإلغاء مقرر يتضمن رخصة البناء.

¹ غير منشور

حيث أن القرار...المتضمن إلغاء رخصة البناء ليس من صلاحيات هذه المديرية الولائية التي ارتكبت بالتالي تجاوزا في ممارستها للسلطة وأن على صواب قام قضاة الدرجة الأولى بإلغاءه.

2- خرق الشكليات المحددة قانونا.

بطلان القرار.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة رقم 003594 الفهرس رقم 21 بتاريخ 14-01-2001¹

قضى مجلس الدولة بتأييد القرار المستأنف فيه والذي قضى بإلغاء رخصة البناء التي سلمت للمستأنف نظرا إلى أنها مشوبة بعيب في الشكل كون أن رخصة البناء موقعة من النائب الثاني لرئيس المجلس الشعبي البلدي.

3- خرق الإجراءات المحددة قانونا.

بطلان القرار.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة رقم 417 بتاريخ 16-07-2001.²

بمقتضى عريضة مسجلة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة استأنف السيد...قرار صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر والقاضي بإلغاء رخصة البناء الممنوحة له.

حيث أجابت الدائرة الحضرية لبلدية مراد رايس...أنها منحت فعلا رخصة البناء لكن المعاينات التي قامت بها الجهات المختصة أثبتت أن البناية غير مطابقة للمقاييس العمرانية بالإضافة أنها لا تحتوي على رأي إحدى اللجان الاستشارية.

حيث أن القرار محل الاستئناف قد ذكر بأنه لا يظهر من رخصة البناء أنه تم اتخاذ رأي الهيئات الاستشارية.

حيث أن رأي المصالح المختصة واجب في البنايات ذات الاستعمال الصناعي والتجاري.

وبالنتيجة أيد مجلس الدولة القرار المطعون فيه.

4- تأجيل منح رخصة بناء مقيد بزمن:

قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية ملف رقم 10-02-1990.³

من المقرر قانونا أن للإدارة الحق في تأجيل البت في طلب رخصة البناء لمدة لا تزيد عن سنة، ومن ثم فإن القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعد مشوبا بعيب الخطأ في تطبيق القانون.

¹ غير منشور

² غير منشور

³ أنظر المجلة القضائية، 1991، عدد 3، ص 181

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعن قدم طلب رخصة البناء ولم يتلق جوابا بالقبول أو الرفض وأن الإدارة المتمثلة في شخص الوالي وجهت له رسالة تعلمه من خلالها بأن القطعة الأرضية التي ينوي البناء فوقها محل الدراسة دون أن تتخذ موقفا يتعلق بطلب الطاعن برخصة البناء، رغم فوات المدة القانونية.

ومتى كان الأمر استوجب على المصلحة المختصة الاستجابة للطلب وإبطال القرار الإداري الضمني.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف 003916 فهرس 129 بتاريخ 08-04-2002¹

حيث أنه بناء على عريضة مودعة بكتابة الضبط لدى مجلس الدولة بتاريخ 18-12-1999 استأنف المدعى عليه رئيس بلدية قلمة القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قلمة بتاريخ 18-11-1999 والذي قضى بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع إلغاء القرار الضمني السليبي الخاص بعدم منح المدعي رخصة البناء.

حيث أن القانون يخول رئيس البلدية تأجيل الفصل في شأن منح رخصة البناء على أن لا تتجاوز المدة سنة واحدة وذلك طبقا لنص المادة 45 من المرسوم التنفيذي 91-176.

وعليه فإن المستأنف بإصداره المقرر المطعون فيه يكون قد تصرف في حدود ما خوله القانون وتطبيقا لذلك فإن قضية أول درجة حادوا عن الصواب لما استجابوا لطلبه مما استوجب إلغاء قرارهم المستأنف والتصدي من جديد برفض طلب المدعي لعدم تأسيسه.

5- الطعن في رخصة البناء قد يكون من الجار صاحب المصلحة:

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف رقم 003639 الفهرس 458 بتاريخ 01-10-2002²

وحيث أن المجلس بالرجوع إلى وثائق الطرفين والقرار المعاد يتضح بأن المسألة تتعلق بشرعية رخصة البناء.

وأنه لتسليم هذه الرخصة أن الملكية ضرورية لكنها ليست كافية، لأن منح الرخصة يتطلب شروطا أخرى لم تتوافر في قضية الحال وهي عدم الإضرار بالجيران وعدم البناء على قنوات صرف المياه القذرة أو على ممر،

وعليه فإن هذا ثابت بمقتضى الوثائق المقدمة من طرف المستأنف عليه وهذا ثابت بمقتضى محضر مفتش التعمير...

وعليه يستنتج من ذلك بأن قضية الدرجة الأولى أصابوا في قضائهم وعليه يتعين تأييد القرار المعاد.

6- الطعن في رخصة البناء ثابت للشريك على الشيوخ :

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف رقم 005999 فهرس 11 بتاريخ 06-01-2004³

قد ينازع في قرار منح رخصة البناء الشريك على الشيوخ. حيث جاء في القرار المذكور ما يلي:

حيث أن ملك المستأنف عليهما لنسبة من العمارة لا يعطيها الحق باتخاذ تغييرات في الرواق الموجود بمدخل العمارة دون الحصول مسبقا على رخصة جميع المالكين بالاشتراك الآخرين الذين يملكون باقي النسبة.

¹ غير منشور

² غير منشور

³ غير منشور

حيث أنه لا يمكن لرخصة البناء مخالفة مقتضيات المرسوم 83-666 المؤرخ في 12-12-1983 الخاص بتسيير الأملاك المشاعة والجماعية. وأن البلدية بتسليمها رخصة البناء المتنازع عليها ارتكبت تجاوزا للسلطة. حيث أن قضاة الدرجة الأولى أخطأوا برفضهم دعوى المستأنفين مؤسسين قرارهم على غياب ضرر يكون قد ألحق بهم بفتح الباب المتنازع عليه. في حين أن المدعين يملكون بالاشتراك العمارة وبصفتهم هذه يتمتعون بحقوق مكرسة بموجب النصوص أعلاه.

وحيث أنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وإبطال المقرر البلدي المتضمن رخصة البناء.

7- ديوان الترقية والتسيير العقاري غير مؤهل لإصدار رخصة بناء:

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف 005594 فهرس 11-2003 بتاريخ 07-01-2003¹

...وبالرجوع إلى أوراق الملف وإلى القرار المستأنف وخاصة بعد الإطلاع على أحكام المادة 65 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير والتي تعطي الصلاحية لرئيس المجلس الشعبي البلدي دون غيره بشأن تسليم رخصة البناء مثلا للبلدية بالنسبة لجميع الاختصاصات والبناءات في قطاع تغطية مخطط شغل الأراضي وهو الثابت في قضية الحال يتضح بأن رخصة البناء المسجلة من طرف الديوان ما هي إلا وثيقة مبدئية للحصول على رخصة البناء التي تسلم إجباريا من طرف البلدية.

8- استحالة سحب رخصة البناء إذا صدر القرار صحيحا.

قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 29432 بتاريخ 27-11-1982²

من المقرر قانونا وعلى ما جرى به القضاء الثابت استحالة سحب القرار الإداري الصحيح الذي تتخذه السلطة ويكون منشئا لحقوق.

ومن ثم فإن القرار البلدي الملغى لرخصة البناء مجرد إدعاء بوجود نزاع في الملكية يعد قرارا مشوبا بتجاوز السلطة. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المتخذ من رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي منح بمقتضاه للطاعن رخصة البناء يكتسي الصيغة التنفيذية ويرتب حقوقا للمستفيد منه دون أن يكون مشوبا بأي مخالفة. فإل الطاعن على صواب عند تمسكه ببطلان القرار المطعون فيه المشوب بتجاوز السلطة.

9- منح رخصة البناء- عدم مراعاة المهلة القانونية- تجاوز السلطة.

قرار المحكمة العليا ملف رقم 68240 بتاريخ 28-07-1990³

من المقرر قانونا أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم في أربعة أشهر على الأكثر ابتداء من التاريخ الذي تتسلم فيه الإدارة المعنية الملف المذكور وتعطي هذه الإدارة لصاحب الطلب وصلا بذلك وتمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه.

ومن ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا يعد تجاوزا للسلطة. ومتى كان كذلك استوجب إبطال مقرر الرفض.

¹ غير منشور

² أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 188.

³ أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 153.

10- الإدارة تملك حق تجميد رخصة البناء لأسباب جدية :

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف رقم 012988 فهرس 96 بتاريخ 06-01-2004¹ بمقتضى عريضة... استأنف والي الجزائر القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر والقاضي بإلغاء المقرر الولائي المتضمن تجميد رخصة البناء المؤرخة في ...

حيث عرض الطاعن أن التجميد إجراء تحفظي لتفادي الوقوع في أخطاء ومخالفات جسيمة للقانون. وأن قضاء المجلس كان بإمكانهم اللجوء لخبرة. ومن ناحية أخرى أن رخصة البناء موضوع قرار التجميد تتعلق بأرض هي محل نزاع ملكية للمنفعة العمومية والسماح للمستأنف عليه بإنجاز أشغال البناء المرخص له والاستمرار في ذلك قد يؤدي بلا شك إلى عرقلة إنجاز أشغال تهيئة الطريق التي انطلقت فعلا... وقد تضطر الإدارة لتهديمها فيما بعد مما يزيد في نفقات الخزينة العمومية.

وحدد مجلس الدولة موقفه بالقول:

...فإن تدخل والي الجزائر جاء في إطار ظرف جدي كون الأمر يتعلق بضرورة اتخاذ إجراء تحضيري ومؤقت يرمي إلى تمهيد المجال لمشروع إنشاء الطريق.

وبالنتيجة ألغى قرار الغرفة وأعلن عن رفض الدعوى. وتؤكد ذات التوجه في قرارات كثيرة منها قرار الغرفة الثالثة ملف 011485 فهر 145 بتاريخ 10-02-2004. وقرار الغرفة الثالثة ملف 010221 فهرس 287 بتاريخ 11-05-2004. وقرار الغرفة الثالثة 012806 فهرس 320 بتاريخ 11-05-2004.

11- سكوت الإدارة عن اتخاذ موقف واضح رغم التظلم:

قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة رقم 009808 فهرس 521 بتاريخ 22-07-2003²

حيث أنه بموجب مذكرة طعن بالاستئناف مسجلة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة استأنف السيد... ضد قرار مجلس قضاء سطيف والذي قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس والرامية إلى الزام بلدية عين ارنات بأن تسلم له رخصة بناء.

وأن البلدية لم تأخذ أي قرار في المدة المحددة لها قانونا... فقدم تظلما أمام الدائرة والولاية وبعد سكوت الإدارة الذي يعتبر قرار ضمني بالرفض سلك المعنى الطريق القضائي.

وبعد فحص الملف ودراسة الوقائع انتهى مجلس الدولة لما يلي:

حيث أن طلب المستأنف المتعلق بتسليمه لرخصة البناء متوفر على جل الشروط مما يتعين إذن التصريح بأن له أحقية تسلم رخصة البناء من قبل البلدية

وبالنتيجة ألغى مجلس الدولة قرار الغرفة الإدارية بسطيف وتصدى معلنا عن أحقية السيد... في تسلم رخصة البناء من البلدية.

¹ غير منشور

² غير منشور

المبحث الثاني : منازعات الهدم.

إذا كان البناء يخضع لرخصة تسلمها السلطة المختصة بعد توافر الشروط وإيداع الملف واستيفاء جملة الإجراءات المحددة قانونا، فيكون من باب أولى اشتراط الرخصة لهدم بناية، وهذا لما قد ينجم عن الهدم من خطورة. من أجل ذلك جاءت المادة 60 من القانون 90-29 بقولها: " يخضع كل هدم كلي أو جزئي لرخصة الهدم ...

تخضع رخصة الهدم وتسلم في الأشكال بالشروط والآجال التي يحددها التنظيم".

ولقد ابتغى المشرع من خلال وجوب استصدار رخصة للهدم تحقيق جملة من القاصد لعل أهمها:

1- حماية البنايات الواقعة في أماكن مصنفة أو في طريق التصنيف في قائمة الأملاك التاريخية أو المعمارية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية.

2- حماية البنايات المجاورة.¹

وجاءت المادة 61 لتنص أن طلب رخصة الهدم يودع على مستوى المجلس الشعبي البلدي. وينبغي أن يكون رفض الطلب مسببا طبقا للمادة 62. ويبلغ المعني بالقرار. وهنا أيضا يمثل التسبب قيادا على الإدارة ينبغي مراعاتها في كل قراراتها المتعلقة برفض طلبات هدم البنايات. كما يمثل في ذات الوقت ضمانا لصاحب البناية ليعرف من خلالها أسباب الرفض ويستطيع بعد ذلك أن يتخذ الموقف الذي يناسبه، إما التظلم الإداري، أو التوجه للقضاء.

تعريف رخصة الهدم :

عرف البعض رخصة الهدم على أنها القرار الإداري الصادر من الجهة المختصة والتي تمنح بموجبه للمستفيد حق إزالة البناء كلياً أو جزئياً متى كان هذا البناء واقعا ضمن مكان مصنف أو في طريق التصنيف.² ولما كانت رخصة الهدم بمثابة قرار إداري جاز الطعن فيه قضائياً أمام الجهة المختصة، وإثارة أحد أوجه إلغاء القرار الإداري سواء من جهة الاختصاص أو الإجراءات أو الشكل وغيرها من أركان القرار الإداري.

تطبيقات قضائية:

1- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 167252 مؤرخ في 27-04-1998³

من المقرر قانونا بالمادة 124 من القانون المدني أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن البلدية قامت بالتعدي على الجدار وتخطيطه بدون أن تحصل على حكم يرخص لها بذلك بحجة أن الحائط تم بناؤه بطريقة فوضوية رغم أن المستأنف استظهر برخصة البناء ومحضر إثبات حالة على أن لم يغلق مجرى مياه الوادي كما تدعيه البلدية.

¹ لتفصيل أكثر راجع: سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 223 وما بعدها.

² أنظر عابدة ديرم، المرجع السابق، ص 89.

³ أشار إليه حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، عنابة، الجزائر، دار العلوم، 2000، ص 78.

وعليه فإن البلدية تتحمل مسؤولية خطئها مما يتعين إلغاء القرار المستأنف الذي رفض تعويض المستأنف.

2- قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف رقم 016558 فهرس 341 بتاريخ 11-05-2004¹

حيث أنه بموجب مذكرة مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة قام المدعو... بإعادة السير في الدعوى بعد إنجاز خبرة... حيث أنه يزعم كونه مالكا لعقار كائن... في سنة... تقدم لدى مصالح البلدية من أجل طلب رخصة بناء دكاكين... وبعد دراسة الملف تحصل على رخصة بناء من طرف رئيس البلدية. وبتاريخ... بلغ بوقف الأشغال بحجة أنه لا يجوز على رخصة والتزم بذلك. ثم بلغ بقرار هدم البناية.

فرجع دعوين الأولى استعجالية من أجل توقيف الهدم والثانية في الموضوع.

وبموجب أمر قضائي استعجالي تم توقيف الهدم. غير أن مصالح البلدية قامت بالهدم. ثم أصدرت الغرفة الإدارية قرار برفض الدعوى لعدم التأسيس بحجة أنه قام بالبناء خارج السياج. وبعد استئناف القرار صدر قرار عن مجلس الدولة بتعيين خبير من أجل التحقق من وجود خرق من عدمه بالنسبة لصاحب البناء.

وانتهى الخبر لما يلي:

نسبة الأشغال وصلت إلى 60 بالمائة.

احترم المعني مخطط التنظيم واحترم السياج واحترم الرخصة

وبالنتيجة ذهب مجلس الدولة للقول:

حيث أنه ونظرا لكل هذه العناصر يعتبر قرار رئيس البلدية المتضمن إلغاء رخصة البناء تعسفي كونه اتخذ في شكل تجاوز سلطة ويتعين إذن إبطاله.

واعتمادا على الخبرة... الحكم على البلدية بأن تدفع مبلغ... عن الهدم... مصاريف الخبرة.

3- البناء دون رخصة موجب للهدم:

- قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة ملف رقم 011262 فهرس 135 بتاريخ 10-02-2004²

حيث لأن موضوع النزاع يتعلق بهدم بناية أقامها المستأنف دون رخصة على القطعة...

حيث يذكر أن هذه الأرض تابعة له وأنه استعمل حقه فيها وقد وضع ملف طلب رخصة البناء.

حيث أن المستأنف عند بداية البناء تسلم اعدارات تنذره بوقف البناء إلى غاية الحصول على رخصة ولكنه تهادى في ذلك.

¹ غير منشور. وأنظر قرار هدم بناية قديمة واختصاص كل من البلدية وديوان الترقية والتسيير العقاري رقم 009984 بتاريخ 05-02-2002 منشور، بمجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 145.

² غير منشور

حيث أن القانون 90-29 يوجب على كل من يريد البناء أن يكون متحصلا على رخصة بناء ومادام المستأنف لم يكن لديه هذه الرخصة مسبقا فيكون بذلك مخالفا للقانون

وتكرس ذات التوجه القضائي في القرار الصادر عن الغرفة الثالثة بتاريخ 10-02-2004 فهرس 136 ملف رقم 011277. وقبل ذلك في القرار الصادر بتاريخ 06-01-2004 ملف رقم 011457 فهرس 55.

مستقبل شركات اتصالات الهاتف النقال في اليمن في ظل المعوقات التشريعية

ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الأول لمستقبل الاتصالات في اليمن

موفبيك . صنعاء . 22 يناير 2012 هـ



إعداد : فضيلة الأستاذ المحامي والمستشار القانوني

هاشم محمد عضلات رئيس منظمة روابط للدعم القانوني

باحث في مجال الصياغة التشريعية وتطوير التشريعات

محاورة الورقة :

- 1- مقدمة
- 2- مدخل في أصول وضوابط الصياغة التشريعية الجيدة والاحترافية
- 3- المعوقات في مشروع قانون الاتصالات وتقنية المعلومات
- 4- المعوقات في قانون ضريبة الدخل .
- 5- المعوقات في قانون الضريبة العامة على المبيعات ، وقانون السلطة المحلية
- 6- المعوقات في مشروع تعديل قانون صندوق رعاية وتأهيل المعاقين
- 7- الاحتياجات التشريعية في مجال الاتصالات و التكنولوجيا .

مقدمة :

نحب أن ننوه بداية إلى أن هذه الورقة ستشير إلى أهم المعوقات التشريعية لاتصالات الهاتف النقال ، كونها هي الهدف من عقد هذا المؤتمر وباعتبارها أهم معوق أمام تقدم ونجاح اتصالات الهاتف النقال إذا قارناها بمعوقات أخرى ، وقصر الحديث على شركات الهاتف النقال دون غيرها مما يشمل قطاع الاتصالات ، كونها هي المستهدفة دون غيرها في كثير من النصوص التشريعية التي ظهرت مؤخرا وواكبت ازدهار سوق الهاتف النقال في اليمن وتنافس أربع

شركات عليه ، ولكن رغم وجود هذا العدد من الشركات إلا أن تحديات كثيرة من أهمها التشريعات تعترض نجاح ومستقبل هذه الشركات .

ولو ألقينا نظرة إلى تأريخ الاتصالات في اليمن والتشريعات المنظمة لها ، لوجدنا أن أول قانون يتعلق بالاتصالات هو القرار الجمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1981م الخاص بإنشاء المؤسسة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية ، وأتى ذلك عقب تدشين أول سنترال في اليمن وهو سنترال شعوب في صنعاء، وكذلك تدشين خدمة سنترال دولي ومحطة أرضية في سبتمبر 1982 للاتصالات الدولية ، و بعد قيام الوحدة اليمنية في 22مايو 1990م تم دمج المؤسسة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية في صنعاء وهيئة الاتصالات السلكية واللاسلكية بعدن بمكوناتها المادية والبشرية في مؤسسة واحدة سميت بالمؤسسة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية ، ولغرض تنظيم عمل هذه المؤسسة صدر القانون رقم (38) لسنة 1991م بشأن القانون الأساسي للاتصالات السلكية واللاسلكية ، حيث ظل هو التشريع الوحيد المنظم للاتصالات ، ولحقه بعض التعديلات التي صدرت بقانون رقم (33) لسنة 1996م ، ورغم أن هذا القانون وتعديلاته لم ينظم اتصالات الهاتف النقال إلى أن ذلك لم يكن عائقا أمام ظهور وبدأ تشغيل شبكات الهاتف النقال حيث ظهرت شركات الهاتف النقال مثل سبأفون و سبيستل عام 2001 و يمن موبايل عام 2004، وشركة واي عام 2006 ، وظلت هذه الشركات تعمل في ظل غياب التشريعات اللازمة لتنظيم عملها ، واكتفت الدولة بتنظيم عملها عبر إبرام اتفاقيات ترخيص مع مشغلي الهاتف النقال ، كما أنها لم تكن وما زالت غير مرتبطة بهيئة مستقلة لتنظيم الاتصالات ، وحتى وقتنا الحاضر تعتبر الجهة المنظمة لقطاع الاتصالات هي وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات التي كان اسمها من قبل وزارة المواصلات ، ومع وجود أربع شركات اتصالات للهاتف النقال إضافة لمؤسسة اتصالات الهاتف الثابت وشركة الاتصالات الدولية ، نعتقد أن الوزارة أصبحت أمام عبء كبير في الرقابة والإشراف والتنظيم ، ومع ملاحظة الدولة إلى ما يشهده سوق الاتصالات في بلدان أخرى من تنظيم ووجود هيئات مستقلة للاتصالات تقوم بتنظيم قطاع الاتصالات ، بدأت الحكومة ممثلة بوزارة الاتصالات بإطلاق مشروع قانون الاتصالات وتقنية المعلومات في عام 2009م ، وبسبب الانتقادات التي لحقت مشروع هذا القانون والاعتراض على كثير من نصوصه من قبل الشركات والمجتمع المدني وعدد من البرلمانيين تأجل اقرار هذا القانون ، ورغم عدم صدور هذا القانون المعني بتنظيم شركات الهاتف النقال ، إلا أن تشريعات أخرى قد سبقته في الصدور وفرضت على شركات الاتصالات التزامات وأعباء مالية ، فتحت الباب على مصراعيه أمام كثير من الجهات لتفكر بتشريعات تتيح لها الحصول على نصيب من أموال وعائدات شركات الاتصالات كونهم يعتبرونها مائدة دسمة وعليهم أن يظفروا بما يستطيعون منها ، الأمر الذي أصبحت تنظر إليه شركات الاتصالات بأنها لا تعتبر واجبات مالية تفرض عليها وتؤديها مثل بقية الشركات التجارية والاستثمارية إنما اعتبرتها بأنها عقوبات وعقبات مالية أمام استمرار نجاحها وبقائها ، وهذه النظرة لم تقتصر على القائمين على هذه الشركات إنما هي رؤية خبراء الاتصالات والاقتصاد والقانون والبرلمانيين وكل المعنيين ، وهدف هذا المؤتمر هو إبراز هذه الرؤى وطرح ومناقشة سبل التحرر من هذه المعوقات التي تلحق أضرارا بالغة بالاقتصاد الوطني وبكل الأطراف المرتبطة بهذا القطاع من مستثمرين ومساهمين وعمال وعملاء ، ونأمل أن يخرج المشاركون والقائمون على هذا المؤتمر برؤى صحيحة وفاعلة للتخلص والوقاية من التشريعات المعيقة لقطاع الاتصالات ليستطيع أن يمضي بأدائه بنجاح وبدون تعثر .

التشريعات المعيقة لشركات الاتصالات :

وبالتالي فإن هذه الورقة ستقتصر على الإشارة إلى القوانين التي احتوت نصوصها على تحديد شركات الاتصالات في التكاليف والواجبات القانونية المالية وأفردت عن من سواها من الشركات التجارية بأحكام تمييزية وتعسفية خاصة ، ولن نتطرق إلى المعوقات التشريعية التي تقف شركات الاتصالات مع غيرها من الشركات التجارية بمقام واحد إذ أن ذلك لا يعيننا في هذا المؤتمر .

ولهذا فإن التشريعات المعيقة لمستقبل اتصالات الهاتف النقال التي سنتناولها في ورقتنا هذه هي ما يلي :

1- مشروع قانون الاتصالات وتقنية المعلومات الذي طرح في عام 2009م ، وهو الآن معروض على لجنة النقل والاتصالات في مجلس النواب وقد صدر عن اللجنة تقرير بشأنه في 13 فبراير عام 2011م .

2- قانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل .

3- قانون رقم (19) لسنة 2001م ، بشأن الضريبة العامة على المبيعات ، والمعدل بموجب القانون رقم (42) لسنة 2005م .

4- القانون رقم (4) لسنة 2000م بشأن السلطة المحلية وتعديلاته.

5- مشروع تعديل القانون رقم (2) لسنة 2002م الخاص بإنشاء صندوق رعاية وتأهيل المعاقين .

مدخل في أصول وضوابط الصياغة التشريعية الجيدة والاحترافية :

هذا المدخل مهم للتوضيح والتأكيد على أن تشريع قوانين عادلة وقابلة للتطبيق في المجتمعات البشرية يعد دليلاً على وجود ما يصطلح عليه في الوقت الراهن بالحكم الرشيد ، وهو عنصر مهم لاستقرار تلك المجتمعات وتطورها في الأصدى السياسية والاقتصادية والاجتماعية كافة .

ولهذا تلاحظ أن سوء الصياغة التشريعية للقوانين والتشريعات ينعكس سلباً على الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي وجميع الجوانب الأخرى ويفرض صعوبات ومعوقات أمام تحقيق العدالة والرفاهية والثمار المرجوة لهذه التشريعات بالنسبة لجمهور المخاطبين بها .

وذلك لأن هذه التشريعات بصياغتها المعوجة والعقيمة لم تستطع أن تلبي حاجات الناس وتعبر عنها وتطرح الحلول المطلوبة ، كما أنها لم تحقق أهداف التشريع في المجال الذي ترتبط به سواء كان اقتصادياً أو سياسياً أو اجتماعياً أو ما عداه .

ومن ثم فإننا عندما نتحدث على أن الصياغة علم وفن بل هي صناعة ومهارة ليست متاحة لمن هب ودب ، حتى المتخصصون في القانون ليسوا بالضرورة على علم مسبق بمجرد دراستهم القانون بهذا الفن ، باعتبار أنه علم مستقل يحتاج إلى تهيل وخبرات وممارسات وهذا موجود في كثير من البلدان المتقدمة حيث خصصت معاهد ومساقات في الجامعات لهذا الفن وانشأت لأجله هيئات مستقلة متخصصة ومحترفة في صياغة وصناعة التشريعات بطرق علمية وعملية واحترافية .

والحديث عن الصياغة التشريعية الجيدة والاحترافية لا يعني امتلاك أساليب وتراكيب اللغة أو فن الكتابة والإنشاء إنما هو أكثر من ذلك فهو فن يقوم على أصول ومعايير وضوابط كثيرة ليس هذا المقام مقام ذكرها ، ولكن نحن هنا نشير إلى أهمية هذا الفن كون الصياغة التشريعية هي الخطوة الفعلية والمدخل الحقيقي من أجل التغيير الاجتماعي الديمقراطي وهناك مؤلف لخبراء الصياغة التشريعية آن وروبرت سيدمان ونالين أبييسكر اسمه الصياغة التشريعية من أجل التغيير الاجتماعي الديمقراطي ، وهو يؤكد هذه الرؤية ، وذلك أن الصياغة التشريعية هي الأداة التي تترجم توجهات وسياسات الحكومات ، فإن أي سياسة أو إرادة أو توجه أو عملية تغيير تريد أن تقوم به الدول أو الشعوب فإن الطريقة والأداة الفاعلة لتنفيذ ذلك والتعبير عنها هي بإيجاد تشريعات مصاغة صياغة جيدة تعبر عن الدولة الجديدة والتغيير المنشود .

ولهذا يقول الخبير القانوني في الصياغة التشريعية (كيث باتشت) وهو أستاذ قانون بجامعة ويلز :

((يعتبر التشريع في معظم بلدان العالم الوسيط الذي تتم من خلاله التغيرات الاجتماعية والاقتصادية ، فهو الآلية التي تستطيع بواسطتها الحكومات والبرلمانات الاستجابة للاحتياجات المتغيرة والمتجددة لمجتمعاتها))

ولهذا فإن التشريع "الجيد" هو المبنى على تحليل المشكلات وتحقيق الأهداف :

إن من يريد أن يتعرف على امة ما فليُنظر إلى تشريعاتها القانونية فهي مرآة حضارتها أو تخلفها، فالتشريع الجيد هو ذلك التشريع الذي يمكن من خلاله حل مشكلات المجتمع في القضايا التي يتناولها بالتنظيم وتحقيق الأهداف المحددة المحققة للتنمية في ذلك المجال المنظم بمشروع القانون ، ولتحقيق ذلك لابد أن يتسم القانون بمجموعة من الخصائص ذكرها الخبير القانوني (كيث باتشت) في بحث تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات ، و أشار إليها الدكتور / سامي الطوخى استشاري وأستاذ الإدارة العامة والعلوم القانونية والقضائية المساعد جامعة زايد - أكاديمية الدراسات القضائية والتدريب المتخصص ، دائرة القضاء ابو ظبي

وهي ما يلي :

1. أن يكون قائما على احد المنهجيات العلمية لتشخيص وحل المشكلات التي يتناولها مشروع القانون بالتنظيم ومنها استخدام منهجية " Problem tree " .

2. أن يحقق مشروع القانون أهدافه . ولا بد أن تكون تلك الأهداف "SMART" أي

- محددة Specific

- و قابلة للقياس Measurable

- ومتفق عليها Agree upon

- قابل للتحقيق Realistic

- محدد الزمن Time oriented

3. أن يكون مشروع القانون قابلا للتطبيق من الناحية المالية ، ومجديا من حيث التكلفة ، وأن فوائده تبرر تكلفته.

4. أن يكون عمليا من الناحية التطبيقية ، ويتسم بالفاعلية اللازمة لإدارته وتنفيذه بنجاح .
5. أن يكون من المتوقع له أن يحظى بقبول العامة له وبدرجة معقولة من الامتثال .
6. أن يتسم بإمكان التنبؤ به والاستقرار عند تطبيقه " " تطبيقا لمفهوم مبدأ الأمن القانوني " ، وعدم وجود الاحتمال أن ينتج عنه عواقب غير متوقعة أو غير مرغوبة .
7. أن تكون القيود المفروضة على المجتمع متناسبة مع الفوائد المراد تحقيقها ، وأن يكون عادلا في تطبيقه وفيما بين الجماعات المختلفة .
8. أن يكون سليما من الناحية القانونية ، ومتسقا مع الدستور والمعاهدات والقوانين السارية .
9. أن تتم صياغته بدقة ووضوح وان يكون مفهوما إلى حد معقول ، ولا سما بالنسبة للأطراف المخاطبين بأحكامه والمتأثرين به والمعنيين به وذوى المصلحة .
10. أن يتم نشره فور صدوره ويكون سهل المنال .

ولهذا فالمتبع للسياسات والإجراءات التشريعية في بلادنا وكيف تتم عملية سن التشريعات ، يرى أنها بعيدة بشكل كبير عن مراعاة مثل هذه الخصائص ، ولا أدل على ذلك من قانون ضريبة الدخل الذي هو أحد مواضيع هذا المؤتمر وهذه الورقة ، فهذا القانون وكثير من التشريعات تفتقر إلى خصائص التشريع الجيد ، فهو لم يكن عمليا من الناحية التطبيقية ، ولم يحظى بدرجة معقولة من الامتثال ، ولم يتسم بإمكان التنبؤ به والاستقرار عند تطبيقه ، حيث أنه لم يحقق مفهوم مبدأ الأمن القانوني ولن يكن عادلا عند تطبيقه ، ولم يكن قابلا للتطبيق من الناحية المالية ، ما يعني أنه افتقر لكل خصائص التشريع الجيد ، وقس عليه بقية التشريعات المعيقة .

ويعود السبب إلى أنه لا توجد سياسة تشريعية واضحة لدى اليمن تحدد إجراءات التشريع وضوابطه وأصوله ، حيث أن الجهة القانونية المعنية بمراجعة وتدقيق التشريعات هي وزارة الشؤون القانونية ممثلة بقطاع التشريعات وهذا القطاع تعترضه في عمله عقبات شديدة ، تم مناقشتها في اللقاء التشاوري الأول للإدارات القانونية الذي عقد خلال الفترة من 29/9/ إلى 1/10/2012م ، حيث ذكر القائمون على هذا القطاع أن من ضمن الصعوبات التي تعترض العاملين في هذا القطاع هو عدم وجود تشريع ينظم اجراءات التشريع وإعداد التشريعات ، أي أن عملية التشريع تحتاج إلى تشريع ، بما يعني أن فاقد الشيء لا يعطيه ، وباب النجار مخلوع .

وكذلك عدم تضمن لائحة مجلس الوزراء على مثل السياسات والضوابط والإجراءات التشريعية ، باعتباره بحسب نص قانون مجلس الوزراء رقم (3) لسنة 2004م الفقرة (ج) : بأن من اختصاص مجلس الوزراء إعداد مشروعات القوانين والقرارات وتقديمها لمجلس النواب أو رئيس الجمهورية وفق اختصاص كل منهما) .

وكذلك لم تنص لائحة مجلس النواب على مثل ذلك ، وظهر ذلك مثلا من خلال تحديد نسبة ضريبة الأرباح التجارية والصناعية على شركات اتصالات الهاتف النقالبنسبة (50%) من دخلها ، حيث أن المقترح المقدم من الحكومة ممثلة بمصلحة الضرائب ووزارة المالية ، كان بنسبة (35%) وعند طرحه للنقاش والمداولة في مجلس النواب ، تم تعديل هذه النسبة ورفعها إلى خمسين بالمائة ، كسابقة فريدة من نوعها في البرلمان اليمني وبرلمانات العالم بسلوك مثل هذا الإجراء

الغريب الذي فاجأ مصلحة الضرائب بأنه أعطاها أكثر مما تطلب ، فكانت معجزة بالنسبة لمصلحة الضرائب ومصيبة على شركات الاتصالات وكرثة على الاستثمار في هذا القطاع ، وذلك يعود إلى عدم توفر ضوابط تنظم وتحكم مسار اقتراح ومناقشة وإقرار وتطبيق التشريعات ، حيث أن الأمر لا يستقيم أن يكون ارتجالي ومزاجي بتحديد مثل هذه النسب فالأمر ينبغي أن يقوم على أمور منها :

عمل دراسة جدوى عن موضوع فرض مثل هذه الضريبة والنسبة الملائمة وفق خصائص التشريع الجيد التي ذكرناها آنفاً ، وتحديد وتوضيح إذا ما كان مكمناً المشكلة يعود في العجز الضريبي إلى التهرب الضريبي دون الحاجة إلى فرض نسب جديدة مرتفعة ترهق المكلفين ، وكذلك الاستعانة بخبرات المستشارين الضريبيين والماليين والاقتصاديين ، وكذلك لا بد من أخذ رأي الشركات وترك فرصة لها لإبداء رأيها والدفاع عن نفسها تجاه هذا التشريع الجائر ، فنحن دولة ديمقراطية ، والبرلمان مؤسسة وقلعة ديمقراطية عتيقة ، بل هي حارس النظام الديمقراطي ، ولكنها بهذه الطريقة ابتعدت عن الديمقراطية بعدا كبيرا ، حيث أن خبراء التشريع يقولون :

" أن التشريع الجيد يجب أن تسبقه عملية تشريعية ديمقراطية ، فإذا ما كان المبدأ الديمقراطي يحيط بالعملية التشريعية فإننا سنصل إلى كفاءة التشريع وفاعليته . "

لأن المخاطب بالتشريع بعد اقراره لا يملك إلا التسليم له كونه في النهاية معطى سلطوي لا نملك حياله إلا التسليم والانصياع ، فلا بد إذن أن نأخذ رأي المعني بالخطاب التشريعي وخاصة عندما يتعلق الأمر بتكاليف وأعباء مالية .

وذلك لأن موضوع فرض تكاليف وأعباء مالية لا يمكن أن يستهان به ولهذا شدد الدستور اليمني على ذلك ونص في المادة (13) أ- إنشاء الضرائب العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها إلا في الأحوال المبينة في القانون ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم والتكاليف العامة إلا بقانون . .

ب- إنشاء الرسوم وجبايتها وأوجه صرفها وتعديلها وإعفاء منها لا يكون إلا بقانون ."

والمقصود بديمقراطية العملية التشريعية لا يقتصر على اجراءات اقتراح التشريع ومناقشته والتصويت عليه وابداء الرأي حوله ، بل إن الديمقراطية التشريعية تشمل أن يكون الهدف ديمقراطيا ، أي لا يلغي حقا ولا يعطل مصلحة ولا يتجاوز العدالة ويتسبب بالظلم ، حتى لا يتحول التشريع من أداة تنظيم وحماية للحقوق والواجبات إلى وسيلة لشرعه الظلم والتعسف .

وكان يجب على الحكومة والبرلمان عقد مثل هذا المؤتمر لمناقشة قانون ضريبة الدخل وغيرها من التشريعات المؤثرة والهامة ، وتعرفون الفرق في ذلك عندما عرض مشروع قانون الاتصالات على شركات الاتصالات فقد كان لها أثر حيث تمكنت الشركات من تقديم ملاحظاتها ودفاعها ، وما زال هذا المشروع معروضا على لجنة الاتصالات والنقل بالبرلمان لمناقشة ملاحظات شركات الاتصالات ، ومثله تعرفون الأثر والفائدة عندما عرض مشروع قانون العدالة الانتقالية على منظمات المجتمع المدني وكافة المعنيين ، ومثله قانون الحق في الحصول على المعلومات ، وهكذا يجب أن تتم العملية التشريعية ، حتى نرسي على تشريعات تحقق معايير وخصائص التشريع الجيد ، وتقوم وفق مبادئ الديمقراطية في العملية التشريعية .

وحتى أختتم هذه الجزئية من هذه الورقة المتعلقة بقواعد الصياغة التشريعية ، فإنه جدير بالتنويه هنا فيما يتعلق بالقوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي بشكل أساسي ، مثل القوانين التي نحن بصدددها ، أن صياغة القانون يجب أن يقوم على تحليل اقتصادي ، وموضوع التحليل الاقتصادي للقانون ، قائم في الكثير من البلدان المتقدمة بتشريعاتها واقتصادها وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية .

والمقصود بالتحليل الاقتصادي للقانون هو : تطبيق النظريات والمعادلات الاقتصادية لتحليل القانون وتكوينه ، وهيكلته ، واجراءاته وتأثيره على المجتمع .

ومن ثم فإن علم الاقتصاد مرتبط بعلم القانون ، ولا بد من وجود أساس اقتصادي للقانون ، أي لا بد أن تتواءم القواعد القانونية مع المعايير الاقتصادية ، ووفقا لهذا الأساس الاقتصادي تتحدد درجة كفاءة القوانين ، وتستمد منها معايير و ضوابط قياس مدى صلاحية مشروعات القوانين والنظم .

ولذلك ولغرض تطبيق النظريات الاقتصادية لتحليل القانون ، فإنه على المستوى الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية وعلى مستوى الولايات ، تم إنشاء نظام مراجعة للقوانين القائمة ولمشروع القوانين ، مبني على التحليل الاقتصادي بشكل عام وعلى تحليل المنافع والتكاليف لهذه القوانين .

فجدول التقييم والتحليل للقوانين من ناحية اقتصادية حسب المعمول به في عشرين ولاية أمريكية ، يتضمن التقييم للقانون من نواحي عدة ، منها : تقييم التأثير الاقتصادي للقانون على القطاع الخاص ، وتأثير القانون على مستوى التوظيف .

ولو اعتمدت حكومتنا وبرلماننا على مثل هذا التحليل والتقييم لما وصل الحال إلى مثل هذه المعوقات التشريعية.

المعوقات في مشروع قانون الاتصالات وتقنية المعلومات :

سنقدم ملاحظتنا على مشروع القانون بناء على آخر تعديل بحسب ما ورد في تقرير لجنة النقل والاتصالات على مشروع القانون المقدم لمجلس النواب برقم (5) وتاريخ: 13 فبراير 2012م ، ونحب أن نشير بداية إلى أن مركز الدراسات والإعلام الاقتصادي قد نظم ندوة لمناقشة مشروع قانون الاتصالات وانعكاساته على الاستثمار في تأريخ : 24/ فبراير /2011م ، ووقد شاركنا فيها وقدمنا ملاحظتنا على المشروع وخرجت الندوة بمجموعة من الملاحظات والتوصيات نذكر جانباً منها في هذه الورقة .

وسنتناول المعوقات في مشروع قانون الاتصالات الجديد في الجوانب التالية :

المشاركة في الإيراد

الأعباء المالية

التنظيم

أولاً : المشاركة في الإيراد :

فرض مشروع قانون الاتصالات الجديد في عدد من مواده العديد من الاعباء المالية على المستثمرين في مجال الاتصالات تحت مسميات عدة وبنسب تصل في مجموعها إلى 7%، وبالأخص منها التوجه لمقاسمة شركات الاتصالات في إيراداتها عبر فرض نسبة مئوية من إجمالي الإيرادات التشغيلية السنوية للمرخص له كالتالي:

نسبة (5%) من إجمالي الإيرادات التشغيلية السنوية للمرخص له (دون احتساب الضرائب مخصوصا منها تكاليف الربط البيني) الفقرة (ب) من للمادة (32).

— إن فرض نسبة مئوية من إجمالي إيرادات المشغلين السنوية إنما تأتي كضريبة دخل أخرى بالإضافة إلى ضرائب الدخل التي ينظمها قانون الضرائب وبمباشرة ازدواج ضريبي أياً كان مسماها في هذا القانون وهو الأمر الغير جائز والمحظور قانوناً وفقاً للمادة (70) من القانون رقم (31) لسنة 1991م والمعدل بأحكام القرار الجمهوري بالقانون رقم (12) لسنة 1999م، بشأن ضرائب الدخل ، هذا ناهيك عن أنها تعد بمثابة مصادرة غير مشروعة للملكية المستثمرين لرخصهم وعوائد استثمارها بالكامل وبما تؤدي إليه أيضاً من استنزاف وتآكل رؤوس أموال المستثمرين في هذا المجال والحيلولة بين المستثمرين وأرباحهم المشروعة بل والحيلولة بينهم وبين مجرد الاقدام على الاستثمار في ظل هكذا وضع.

كما إن الرسوم الأولية ورسوم التراخيص لا تعتبر رسوما سيادية لان الرسوم السيادية لا يتم فرضها في قانون مرفق تنظيمي كهذا القانون وإنما في القوانين المالية والضريبية، وهذا ما ذهب إليه كل من قانون الاتصالات الأردني (المادة 18 منه) وقانون الاتصالات المصري (المادة 8 منه).

ثانياً : الأعباء المالية :

1— مادة (32) فقرة مضافة : فرض نسبة (1%) من إجمالي الإيرادات التشغيلية السنوية للمرخص له (دون احتساب الضرائب ومخصوص منها تكاليف الربط البيني) وذلك لصالح صندوق خريجي الجامعات والمعاهد عند انشائه.

والمثير للعجب أن محرري المشروع نسوا أنهم أمام قانون اتصالات ، وحولوه إلى قانون للجامعات والمعاهد وفرضوا نسبة لصالح صندوق الخريجين ، الذي لم ينشأ بعد بل لا نعرف هل سينشأ أم لا ، وما علاقة قانون الاتصالات وهيئة الاتصالات التي ستنشأ بخريجي الجامعات والمعاهد ، وهل هذا المخاطب بهذا القانون المرخص لهم وشركات الاتصالات ، أم الجامعات والمعاهد ، حيث أنه لا يستقيم و لا يصح أن يكون قانون اتصالات محلا ومصدرا للنص على إنشاء صندوق خريجي الجامعات والمعاهد ، لأن المعنية بتنظيم هذا الأمر هي وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وتشريعاتها ، لا وزارة الاتصالات وتشريعاتها، وهذا حقيقة يمثل خلافا كبيرا في الصياغة التشريعية ، ولأجل هذا تحدثنا بداية على أهمية مهارات وأصول الصياغة التشريعية وضرورة الاعتماد على متخصصين وخبراء في فن الصياغة .

2_ الخدمات الشاملة :

والمقصود بالخدمات الشاملة هي توفير خدمات الاتصالات وتقنية المعلومات لجميع فئات وشرائح المجتمع وبأسعار مناسبة بعض النظر عن المحددات الجغرافية أو الربحية لتقديم هذه الخدمات .

وهي تلزم الشركات بتقديم ونشر خدماتها للمناطق التي لا يوجد فيها جدوى اقتصادية أو استثمارية أو تشكل عائدا مفيدا للشركات .

حيث ألزم مشروع القانون شركات الاتصالات في المادة (41) الفقرة (ج) : بالمساهمة في الموارد المالية لصندوق دعم الخدمات الشاملة لإنشاء شبكات اتصالات عامة ، بنسبة سنوية مقدارها (2%) من الإيرادات التشغيلية السنوية للمرخص لهم (شركات الاتصالات) دون احتساب الضرائب ومخصص منها تكاليف الربط البيني .

وشركات الاتصالات تحتج على هذه المادة بأن دعم الخدمات الشاملة وإنشاء شبكات الاتصالات العامة هي من صميم واجبات ومهام الدولة تجاه مواطنيها ولا يعقل تحميل عبئها عليها كشركات مستثمرة، بينما لم نجد ذلك لدى تشريعات البلدان الأخرى مثل القانون الاردني (المادة 86) والقانون المصري المادة (9) ، الأمر الذي يعني أن ذلك يمثل سابقة تشريعية خطيرة غير محسوبة العواقب ولما يعنيه ذلك من فرض التوجه إلى مشاركة المستثمرين اموالهم وفي إيراداتهم ، وهذا التوجه لمشروع قانون الاتصالات يعتبر مغايرا للأهداف المعلنة له ولقواعد اقتصاديات السوق وللمتغيرات العالمية في سياسات واقتصاديات الاتصالات وتقنية المعلومات والاهداف والتوجهات المقررة والمعلنة دوليا في الاتصالات وتقنية المعلومات .

يضاف هذا العبء إلى الأعباء الأخرى التي يجب على الشركات دفعها وقد نصت عليها المادة (32) كرسوم التراخيص السنوية ، والرسوم الإدارية السنوية لتراخيص الطيف الترددي ، وكذلك رسوم استئجار شبكات التراسل بحسب ما ستحدده اللائحة التي ستصدرها الهيئة لهذا الغرض بناء على ما نصت عليه المادة (11) من مشروع القانون .

ثالثا : التنظيم :

شاب الأمور التنظيمية في مشروع القانون مجموعة من الاختلالات والنصوص التي عليها انتقادات ، ومن ذلك ما يلي :

1_ موضوع تشكيل رئاسة وعضوية الهيئة العامة للاتصالات ، هناك انتقادات واعتراضات من شركات الاتصالات على طريقة تشكيل رئاسة وعضوية الهيئة ، كونها قد نصت على أن يكون رئيسها وزير الاتصالات و كذلك استبعدت عضوية ممثلين عن القطاع الخاص أو شركات الهاتف النقال كما هو معمول به في كثير من الدول وعلى وجه الخصوص الدول المجاورة ، فمثلا لم يشترط قانون هيئة الاتصالات العماني وقانون الاتصالات الأردني المستقى منه مشروع القانون اليمني ، على عضوية الوزير لرئاسة الهيئة ونص قانون هيئة الاتصالات السعودية على عضوية ثلاثة أعضاء من القطاع الخاص في الهيئة ونص على مثل ذلك قرار تأسيس الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات المصري .

2- هناك قلق عن ماهية الشروط التي ستنظمها الهيئة لموضوع شروط استعمال التقييم ومجموعة التقييم ، والأرقام المميزة ، وتعديل هيكله الأرقام ، حيث على الأقل يخشى المرخص لهم من الإجراءات المرهقة أو التعسفية والتعقيدات التي يمكن أن تفرض في هذا الجانب وتلحق أضرارا بالمرخص لهم .

3- مادة (7) فقرة (ك) التي تنص على اعطاء الهيئة اختصاص نظر المنازعات التي تنشأ بين المرخص لهم والمستفيدين ، وعيب هذا النص أنه لم ينص أن ذلك على سبيل اختيار الطرفين ، وإنما نص عليها على أساس أن اختصاص الهيئة ملزم ويلغي حق الأطراف من اللجوء للقضاء قبل اللجوء لنظر النزاع لدى الهيئة ، وهذا تعدي على حق الناس في حرية اللجوء للقضاء ، وكان يفترض أن ينص المشرع على اختصاص الهيئة بنظر وتلقي شكاوى المستفيدين التي يتقدمون بها ضد المرخص لهم فيما يتعلق بمشاكل الخدمة .

4- القيد الذي فرضه مشروع القانون في نص المادة (50) فقرة (أ) : بعدم حجب خدمة الاتصالات وإلغائها عن المستفيدين إلا بعد توجيه إنذار خطي من قبل الهيئة .

وعيب هذا النص أنه لم يتضمن الأوامر القضائية ، وقيد شركات الاتصالات بإنذار خطي يصدر من الهيئة للمستفيد اجراء مرهق وغير واقعي وغير ممكن تحقيقه في بعض الأحيان ، حيث يصعب على الهيئة أن توجه إنذار خطي لمستفيد لا تعرف مكانه ولا عنوانه ولا تستطيع الوصول إليه خاصة في حال تهريبه ، وبهذا يجد من حرية وحق المشغلين في حماية نفسها وعملائها من عميل سيئ ، ويلحق هذا القيد بالمشغلين أضرار بالغة لصعوبة التعامل معه وتنفيذه أحيانا ، والصحيح هو أن يوضح شرط بمخاطبة المستفيد وتوجيه إنذار له بأي وسيلة ممكنة مسجلة بالعمل بالوصول ومن ذلك رسالة الـ SMS ، كذلك عدم ربط توجيه الإنذار عن طريق الهيئة ، كون ذلك من صميم اختصاص المشغلين ، وبإمكان قصر اختصاص الهيئة على تلقي الشكاوى حول مثل هذا الموضوع ومطالبة المشغل بأسباب ومؤيدات لقيامها بحجب أو إلغاء خدمة الاتصال على المستفيد المتقدم بشكاوى إليها .

5- القارئ لمشروع القانون يراه مفتوحا على مجموعة من اللوائح (تقريبا أحد عشر لائحة) وهي : 1- لائحة قانون الاتصالات . 2- لائحة الدخول إلى شبكات الاتصال . 3- قرار إنشاء الهيئة . 4- لائحة الخدمات الشاملة . 5- لائحة العوائد . 6- لائحة إجراءات الترخيص ومعايير اختيار المرخص له . 7- لائحة الربط البيئي . 8- اللوائح الراديوية . 9- لائحة اللجنة الاستشارية للترددات . 10- لائحة استيراد أجهزة الاتصالات . 11- لائحة الفصل في المنازعات .

والقانون بهذا الشكل يعتبر قانون غير محكم وغير متماسك ويفتح على نفسه وعلى جميع الأطراف ثغرات كثيرة عند تركه معلقا على مجموعة من اللوائح نرى أنه في الواقع من الصعب إنجازها خلال وقت يسير ، كما نص مشروع القانون في المادة (76) يصدر الوزير جميع اللوائح والأنظمة المنفذة لأحكام هذا القانون بناء على عرض المجلس ، وذلك خلال فترة ستة أشهر من صدور القانون .

وهذا الفترة طبعاً مستحيلة ونحن نعرف الروتين الحكومي ، وهذه المدة لا تكفي لإصدار لائحة واحدة ، فما بالكم بأحد عشر لائحة ، خاصة ونحن على علم واطلاع باللوائح التنفيذية للقوانين ، التي تصدر بعد سنوات من صدور القانون ، خذ مثالا لذلك قانون المناقصات والمزايدات الذي صدر 2007/8/14م ، ونص على إصدار اللائحة له في مدة لا تزيد عن ستة أشهر ، لكنه صدر بعد قرابة سنتين أي في عام 2009م ، وقانون التدوير الوظيفي الذي صدر في سبتمبر عام 2009م ونص على صدور لائحة بعد ثلاثة أشهر ولكنه صدر بعد سنتين ، إضافة إلى وجود بعض

القوانين التي لم تصدر لها لوائح إلى يومنا هذا رغم النص عليها في القانون ، ومن ثم فسته أشهر لا تكفي ونحن لا نريد مدة مفتوحة ولا طويلة ، ولكن المطلوب هو انجاز هذه اللوائح التي ستوضح شكل القانون النهائي كونها مرتبطة به ، و بالتالي تزول الرؤية الضبابية في مشروع هذا القانون بهذه اللوائح التي نرجو أن تصب في بوتقة تيسير وتوضيح وشمولية القانون ، لا أن يكون بسببها مهلهلا وإقحامه في خضم المتاهات والتعقيدات .

المعوقات في قانون ضريبة الدخل :

النص الكارثة الذي يعتبر هو أكبر معوق لشركات الهاتف النقال والذير المشؤم الذي يهدد مستقبلها ، وسيتسبب في القضاء على آمال شركات الاتصالات في قدرتها على البقاء والاستمرار بنجاح وهذا النص هو :

المادة (63):معدل الضريبة للشخص الاعتباري والشخص الطبيعي غير المقيم :

تستوفى الضريبة على الدخل الخاضع لضريبة الأرباح التجارية والصناعية بمعدل 50% (خمسين بالمائة) دون تنزيل حد الإعفاء من دخول مقدمي خدمات الهاتف السيار ويقصد بذلك مشغلي اتصالات الهاتف السيار أو النقل بغض النظر عن نوعية التكنولوجيا أو النظام الذي يستخدمه المشغل لتقديم الخدمة سواءً كان ذلك بمسمى نظام (جي .أس .إم) أو مسمى (سي . دي .إم .إيه) أو غيرها من البدائل التكنولوجية والأنظمة التي تستخدم أو سوف تستخدم لتقديم خدمات الهاتف السيار أو النقل في الجمهورية.

ويشمل ذلك فرض ضريبة دخل بنسبة 50 % على أرباح الإيرادات المستقلة لشركات الهاتف النقال .

الانتقادات على هذا النص :

وهذا النص قد تجاوز المقترح المقدم من الحكومة وهو فرض نسبة (35%) ضريبة أرباح تجارية وصناعية على شركات الهاتف النقال ، ولم يأت بناء على دراسة علمية وواقعية واقتصادية وبعيدا عن التحليل الاقتصادي للقانون الذي سبق الحديث عنه ، الذي يفترض دراسة الآثار الاقتصادية لمثل هذا النص بهذه النسبة المحففة ، على قطاع الاستثمار والعمالة وأيضا انعكاساته على جمهور العملاء ، وإحالتة إلى خبراء في الاقتصاد والمالية والقانون لدراسته وتقديم رأيهم عليه ،

ومقارنة هذه الضريبة بالضرائب المماثلة في الدول الأخرى ، حيث تعد هذه النسبة أعلى نسبة ضريبة في العالم على شركات الاتصالات ، إضافة إلى أن هذا القانون أقر دون أن تعطى الشركات المستهدفة من هذا النص حقها في إبداء رأيها ودفاعها ، والاستماع إلى مبررات البرلمان لا قرار مثل هذه النسبة .

والجميع يعرف أن هذه النسبة وراءها ربما دوافع لا علاقة لها بالاقتصاد ، والكثير ينظر إلى شركات الاتصالات بحساسية بالغة نتيجة الدخل الكبير الذي تحظى به ، فكان هذا النص بمثابة العقوبة على شركات الاتصالات .

إن فرض ضريبة بهذه النسبة تحت أي ذريعة يعد مخالفا لأحد أهم الأسس الدستورية والقانونية التي يجب مراعاتها عند فرض مثل هذه التكاليف ، حيث أن هناك مبادئ موضوعية وضعتها الكثير من الدساتير ومنها الدستور اليمني في المادة رقم (12) ويجب مراعاتها عند فرض التكاليف العامة ومن هذه المبادئ أن التكاليف أساسها العدل وتنمية

الاقتصاد الوطني ، وأن فرضها لا يكون إلا عند الحاجة وعلى أساس الإنصاف وأنه عند فرضها لابد من مراعاة مصلحة المجتمع وتحقيق العدالة الاجتماعية بين المواطنين .

فليس من العدل أن نفرض على شركات الاتصالات مثل هذه الضرائب وبتلك النسبة المرتفعة ، وكونها لم تبنى على أساس الإنصاف ، بإفراطها على شركات اتصالات الهاتف النقال ، و فرض مثل هذه الضرائب لا يشجع الاستثمار و لايساهم في التنمية الاقتصادية ، وليس هناك حاجة ماسة لفرض مثل هذه النسبة ، ولهذا يتبين أن هذه النسبة غير مشروعة ، كون هذه النسبة من الضرائب متعارضه مع ما نص عليه الدستور ، وفقدت مشروعيتها بفقدانها كالأسس التي تبنى عليها مثل هذه التكاليف وأهمها :

1- العدالة . 2- تنمية الاقتصاد الوطني . 3- الحاجة . 4- الإنصاف . 5- مراعاة مصلحة المجتمع . 6- تحقيق العدالة الاجتماعية بين المواطنين .

هذا النص في قانون ضريبة الدخل يتصادم مع سياسة الدولة في تشجيع الاستثمار خاصة وأنها تفكر في زيادة مساحة الفرص أمام المستثمرين في قطاع اتصالات الهاتف النقال وطرح مناقصة لمشغل جديد ، كون الدولة وجدت أن قطاع الاتصالات من القطاعات الواعدة التي تدر على خزينة الدولة موارد هائلة ، غير أن الدولة لم تدرك - على ما يبدو - أن مثل هذه التكاليف المالية ستعيق سياسة الدولة الاستثمارية وستؤدي إلى عزوف كثير من المستثمرين عن الاستثمار في هذا القطاع كونه غير آمن ومستهدف بشكل مستمر بالعديد من التكاليف المالية العامة ، والتشريعات المعيقة لنجاحه ، لأن أي مستثمر سيأتي بناء على دراسة فرص الربح في مشروعه ، ولن يرضى أن يكون مجرد فاعل خير ، وهذا غير ميسور ولا متاح في ظل مثل هذه القوانين التي ستحد إن لم تقضي على فرص الاستثمار في هذا القطاع الحيوي الهام ، وهذا يعني أن الدولة قد أوصدت هذا الباب إلى الأبد وكتبت على نفسها الخسران المبين ، وخلقت بيئة طارده لكل المستثمرين ، وأفقدت الخزينة العامة واحد من أهم مصادر التمويل والموارد الغزيرة والهامة .

سيؤدي مثل هذا القانون حتما إلى إقدام شركات الاتصالات على فرض العديد من المعالجات التي تعطي حلا لمشاكلها المالية التي ستتسبب بها مثل هذه القوانين والتكاليف المالية ، وهذا بلا شك يستدعي إدخال العملاء في دوامه الصراع حيث ستقوم الشركات بفرض تعرفه مرتفعة لخدماتها ومنتجاتها ورفع قائمة الأسعار ، الأمر الذي سيخلق أزمة اقتصادية في البلد بسبب التغيرات الطارئة في هذا القطاع الذي أصبحت خدماته مرتبطة بشكل أساسي بحياة الناس واحتياجاتهم الضرورية ، ولا يستطيع أحد أن يستغني عنه ، وهذا سيؤدي إلى موجة عارمة من الاحتجاجات والانتقادات وسينعكس هذا أيضا على الوضع السياسي المشتعل والمأزوم في البلد حاليا ، واحتقانات شعبية ضد الحكومة وشركات الاتصالات ، لأن دخل المواطن المحدود لن يشمل مثل هذه الأسعار الجديدة التي لجأت لها شركات الاتصالات اضطرارا بعد فرض مزيد من التكاليف العامة عليها وكانت نتاجا طبيعيا لها .

هذا فضلا إلى ما سيلحق أيضا شركات الاتصالات من خسارتها للكثير من عملائها وفقد ثقتهم نتيجة التغيرات السعرية المحتملة في خدماتها ومنتجاتها ، وسيقود هذا إلى تقليص الحصص السوقية للشركات ويدفعها إلى كارثة أخرى تجعلها في وضع حرج بين سندان رغبات عملائها ومطرقة تشريعات الدولة ، والنتائج أيا كانت وفي أي اتجاه لا شك أنها ستكون غير مطمئنة والعواقب غير محمودة .

هذا النص لم يراع التكاليف المالية الأخرى التي تواجه شركات اتصالات الهاتف النقال والمنصوص عليها في قوانين متفرقة ، حيث سيؤدي تطبيق الضريبة بهذه النسبة إلى انتكاسه حتمية كبيرة في قطاع الاتصالات وتدمير مقدراته والإطاحة بمركزه المالي من خلال امتصاص موارده وذلك من خلال التكاليف العامة والأعباء المالية العديدة والمستمرة على موارده وأرباحه ومبيعاته .

المعوقات في قانون الضريبة العامة على المبيعات و قانون السلطة المحلية :

قانون رقم (19) لسنة 2001م ، بشأن الضريبة العامة على المبيعات ، والمعدل بموجب القانون رقم (42) لسنة 2005م ، نص الجدول رقم (3) الخاصة بالسلع والخدمات الخاضعة للضريبة ، في البيان رقم (6) على نسبة (10%) ضريبة مبيعات على خدمات الهاتف النقال .

وأيضاً ما نص عليه القانون رقم (4) لسنة 2000م بشأن السلطة المحلية وتعديلاته ، مادة (123) تتكون الموارد المالية للوحدات الإدارية من المصادر الآتية:-

19- الرسوم التي تجري جبايتها وتحصيلها باسم التعاون والمجالس المحلية وصناديق التطوير المحلية وذلك على النحو المبين فيما يلي :-

أ- الرسم المضاف على فواتير الكهرباء والمياه والتليفون.

وبموجبه صدر قرار مجلس الوزراء رقم (252) لعام 2010م بشأن الموافقة على تعديل قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (283) لسنة 2001م الخاص بتحديد قيم أوعية الرسوم المحلية المنصوص عليها في المادة (123) من قانون السلطة المحلية رقم (4) لسنة 2000م ، حيث نص القرار في البند رقم (1) على إضافة فقرة رقم (6) لقرار مجلس الوزراء رقم (283) لسنة 2001م ، المادة (19) الفقرة (أ) ، والنص هو :

(5%) من قيمة استهلاك الهاتف المحمول على جميع المشتركين (بنظام الفوترة أو الدفع المسبق) المستخدمين من خدمة الهاتف المحمول على مستوى الجمهورية .

وما قيل على النص الوارد في ضريبة الأرباح التجارية والصناعية ، يمكن أن يقال على هذين النصين ، حيث أن هذه النسب ارتفاعية ولم تخضع لدراسة ولا لتحليل اقتصادي وتم فرضها بمنأى عن النظر إلى التكاليف الأخرى على شركات الاتصالات ، ورغم أن نسبة ضريبة المبيعات ورسوم المجالس المحلية لا تتحملها في الأصل شركات الاتصالات كونه تضيفها على سعر منتجاتها وخدماتها ويدفعها العملاء ، إلا أن ذلك لا شكله أثر على علاقة الشركات بعملائها وأدت تلك النسبة إلى تضرر العملاء والمشاركين نتيجة ارتفاع سعر خدمات ومبيعات الهاتف النقال ، وهذا بدوره يتسبب بسخط العميل وفقد ثقته ورضاه بشركات الهاتف النقال ، وهذا بشكل أكيد يؤثر على مستقبل شركات الاتصالات والاقتصاد في البلد .

المعوقات في مشروع تعديل قانون صندوق رعاية وتأهيل المعاقين :

صدر أمر مجلس الوزراء رقم (34) لسنة 2012م بشأن مراجعة مشروع تعديل القانون رقم (2) لسنة 2002م الخاص بإنشاء صندوق رعاية وتأهيل المعاقين ، والصادر في جلسة مجلس الوزراء رقم (18) بتاريخ : 17/4/2012م ،

وهذا التعديل يشمل تحديد موارد الصندوق عن طريق فرض رسوم معينة على بعض الأنشطة ومنها مبيعات شركات الاتصالات بفرض رسوم بنسبة خمسة بالمائة .

حيث نصت المادة (4) على أنه : تتكون الموارد المالية للصندوق من المصادر التالية :

وذكر منها في الفقرة رقم (ي) : خصم ما نسبته 5% من إجمالي المبالغ المحصلة من قيمة مبيعات اتصالات الهواتف النقالة العاملة في الجمهورية .

وكذلك يمكن أن يقال فيما ورد في هذا المشروع ما أورده سابقا في قضية ضرائب الدخل والمبيعات ورسوم المجالس المحلية .

ويمكن أن نضيف إليه الانتقادات التالية :

بالنظر إلى المفهوم القانوني للرسوم باعتبارها أحد الإيرادات والتكاليف العامة فإن الكثير من فقهاء القانون والمالية يعرفون الرسم بأنه مبلغ من النقود يدفعه الشخص إلى الدولة أو أحد مرافقها العامة جبرا أو اختيارا، مقابل انتفاعه بنفع عام أو خدمة تقدم له من هذا المرفق .

والرسوم المسماة بمشروع قانون صندوق المعاقين لم تراعى أي من هذه الخصائص التي تبرز الصفات والملامح الخاصة للرسم بالمعنى المالي والقانوني ، وذلك كما يلي :

— أن الرسوم المراد فرضها على شركات الاتصالات هي مبلغ مالي غير محدد بل هي نسبة من إجمالي المبالغ المحصلة من قيمة مبيعات الاتصالات ، وهذا يتنافى مع طبيعة وخصوصية الرسم الذي يعتبر مبلغ نقدي محدد قيمته سلفا ، كما صنع المشروع مع بعض الأنشطة حينما حدد مثلا مائة ريال على كل بيان جبركي ، ومائتين على كل تذكرة سفر طيران ، وعشرة ريال عن كل علبة سجارة ، لكنه عندما وصل إلى شركات الاتصالات شطح من وضع هذا المشروع وتجاوز المبدأ الذي سار عليه بداية وقرر نسبة مئوية بدلا من مبلغ نقدي محدد .

— الرسوم بتلك الصيغة تتحول من مسمى الرسوم إلى ضرائب غير مباشرة حتى لو سميت رسوما فهي لن تغير من الحقيقة شيئا حيث أنها تعتبر ضرائب أخرى تفرض على شركات الاتصالات التي تعاني من ضرائب وتكاليف باهضة أثقلت عاتقها وتكاد تقضي على مقدراتها ، ومعروف لدى فقهاء القانون أن الرسوم هي مبالغ بسيطة وعندما تزيد فإنها تتحول وتعتبر ضريبية وليست رسما ، فهي ليست رسما وفقا للمعنى المالي والقانوني وإنما هي ضرائب غير مباشرة .

— الرسوم تفرض في الأصل كواجب مقابل حقوق للجهات المكلفة ونفع عام وخدمات ، — حيث أن الفقهاء عرفوا الرسم بأنه مبلغ مالي يدفع للدولة مقابل خدمة يتحصلها منها ، فقد يكون مقابل عمل يؤديه موظفي الدولة مثل رسوم تصديق شهادة أو تسجيل دعوى قضائية أو توثيق عقد ، وقد يكون مقابل رخصة تمنح للشخص كرسوم رخصة قيادة مركبه ، وقد يكون مقابل تسهيل ممارسة مهنة معينة كرسوم رخص أصحاب المهن والحرف ، ولما كانت الرسوم بهذه الخاصية يجب أن يكون هناك تناسب بين مقدار الرسوم وتكاليف الخدمة (النفع) ، وبالتالي لا يجوز أن يزيد معدل الرسم عن تكاليف الخدمة .

وهذا لا يتحقق في مثل هذه الرسوم على شركات الاتصالات فالرسم هنا لا يقابله خدمه ولا نفع عام إذ هو يعد من قبل الأداء الخيري وأعمال البر الذي لا يتناسب معه أن يفرض في إطار تكاليف عامه تحت مسمى رسوم ، وانتفاء هذه الخاصية يدخله في إطار الضرائب العامة التي هي عبارة عن تكاليف لا يقابلها خدمات حيث أن الضريبة تعرف بأنها ((مبلغ من المال تفرضه الدولة ، وتجيئه من المكلفين بصورة جبريه ونهائية ، ودون مقابل في سبيل تغطية النفقات العامة .)) ، وعلى هذا كما أوضحنا سابقا بأن هذه الرسوم تعتبر ضرائب ولو سميت باسم آخر ، وفرض ضريبتين على وعاء واحد (المبيعات) يعد أمر غير مشروع وباطل قانونا ويعد خرقا لمبدأ العدالة الضريبية ويتعارض مع الأسس الدستورية اللازمة لفرضها كما أوضحنا سلفا .

— إلى جانب ذلك ، فإن النسبة المحددة والباهظة لا يوجد له مبرر كونه لا مقابل لها ، والطريقة المثلى ليس فرض رسوم لتمويل مثل هذه الصناديق لأن مثل هذه المبالغ تظهر بصورة عقاب لشركات الاتصالات وكأنها وراء مأساة المعاقين وتقف سببا في إعاقتهم .

—الناظر إلى القوانين المشابهة في بعض الدول ، أعتقد أنه لن يجد مثل هذه الطريقة في تمويل صناديق المعاقين ، حيث يعتمد تمويلها على الهبات والمنح والوصايا والتبرعات وما تقدمه الدولة والجهات المألحة من تمويل .

وهذا يؤكد ما طرحناه بأنه يعد خطأ فادح فرض رسوم لتمويل صندوق في الأصل لا يرتبط بخدمه عامة أو نفع عام ، لأن هذا يتعارض مع التكييف القانوني للرسم ، ولهذا فالدولة إذا أرادت أن تغطي احتياجات الصندوق فعليها أن تسعى لتشجيع البيوت التجارية والتجار على الإنفاق في إطار المسؤولية الاجتماعية والحث على التبرعات وتقديم الصدقات ، بل وأنجح الطرق هي تشجيع طرح الأوقاف لصالح هذه الشريحة والتي تحقق لها الاكتفاء الذاتي والموارد الدائمة بدلا من ربطها بموارد جهات أخرى ، وهذا ما تنتهجه كثير من البلدان وهو تشجيع وتبني المسؤولية الاجتماعية للشركات والتي تدعم مثل هذه المرافق ، وتعد هذه هي السياسة الحكيمه والنافعة للتعامل مع مثل هذه الشريحة للبدل لها عن طيب خاطر وتحقيق الربط العاطفي بينها وبين أصحاب رؤوس الأموال .

وهكذا تجد شركات الاتصالات نفسها أمام تحديات ومعوقات لا تنتهي وتنبئ بمستقبل قاتم ومخاوف كبيرة ستصيبها في مقتل ويقضي عليها قضاء مبرما ، فهي الآن تمارس نشاطها في بيئة غير آمنة وغير مستقرة تقضي وقتها في الصراع من أجل البقاء ولن تجد مؤنة من المال أو الوقت لتطوير نفسها وبناء قدراتها لأنها قد صارت في مهبط الرياح التكاليف العامة التي لا تنتهي ، وتوقع أن يأتي يوم لترى نفسها وقد صارت أثرا بعد عين .

يحق لنا أن نضع علامة استفهام ونبدي استغرابنا حول الضرورة التي دفعت الحكومة للتفكير في دعم صندوق المعاقين ، وهل كان هذا بناء على دراسة واستقراء وتحري لمكامن الخلل في هذا الصندوق ، لأن الامر ربما مرتبط بإخفاق إدارة الصندوق وتكاسلها عن تنمية مواردها إلى النزوع إلى منحها رسوم جاهزة ، والمفترض هو تحركها وسعيها لتوفير سبل الدعم والتمويل من المالحين ويجاد وقف دائم وتوفير موارد دعم واستثمارات تمويل الصندوق بدلا من الركون على مثل هذا الأسلوب والحل الجاهز الذي ينم عن عجز في الإدارة والتفكير ، ونحن هنا بدورنا نسهم بطرح مقترحات مجدية لدعم وتمويل الصندوق، ومنها :

1— تشجيع المسؤولية الاجتماعية للشركات وحث الشركات على تخصيص نسبة معينة من ميزانيتها في هذا الجانب لدعم المشاريع والبرامج والاحتياجات المخططة لهذه الشريحة .

2— السعي نحو طرح الأوقاف لصالح هذه الشريحة ، فبدلاً من فرض رسوم بقانون على شركات الاتصالات أو حتى أي شركة تجارية أخرى ، يتم الاتفاق معها وحثها على شراء أو بناء مرافق أو عقارات لصالح هذه الشريحة ، كالمباني السكنية والأراضي والسيارات والتجهيزات الأخرى

3— الدعوة للمساهمة في بناء مرافق خدمية لصالح المعاقين ، مثل المستشفيات والمدارس ومعامل التدريب والورش ، والمخابز والأغذية ، وما شابه ذلك ، كما يجري العمل به مع شريحة المصابين بمرض السرطان مثلاً ، فيمكن الاستفادة من التجربة التي تتم مع هذه الشريحة وغيرها .

4— تحويل أموال الصندوق وما يتبرع به إلى الاستثمار وتنمية تلك الموارد عبر الدخول و المساهمة مثلاً في الشركات والاستثمارات المتاحة والاستفادة مما تجنيه من أرباح في دعم موازنة الصندوق وتغطية احتياجاته

الاحتياجات التشريعية في مجال الاتصالات والتكنولوجيا :

سنتناول في هذا الجزء بعض الاحتياجات التشريعية لقطاع الاتصالات والتكنولوجيا ، كون تلك التشريعات المطلوبة تمثل حاجة ملحة وماسة ، باعتبار أن أي تطور تقني يجب أن يواكبه تطور تشريعي ، ومن تلك الجوانب المطلوب تنظيمها تشريعياً ، ما يلي :

تنظيم استخدام الإنترنت وفتح مجال المنافسة فيها :

سوق الإنترنت محتكر في اليمن على تيليمن ويمن نت ، وهناك انتقادات وجهت للقائمين على هذه الخدمة بسبب رداءة الخدمة وبطؤها وكثرة مشاكلها الفنية فضلاً عن تكلفتها الباهظة وكل ذلك مقارنة بالدول المجاورة وكثير من الدول العربية والأجنبية ، الأمر الذي جعل الكثير يصورون الإنترنت باليمن بأنه بمثابة سلحفاة ، ولهذا فهناك مطالبات كثيرة لتحرير الإنترنت من الاحتكار ، ورغم أن مشروع قانون الاتصالات قد أكد على أن من مهام هيئة الاتصالات المزمع انشاؤها اعطاء ترخيص لتشغيل وإدارة شركة مزودة لخدمة الإنترنت كما ورد في المادة رقم (7) فقرة (ج/ 2) ، إلا أن النص يقرأ ويفهم بأن الهيئة ترخص لإنشاء شركة وليس شركات مزودة ، ولا يوحى هذا النص بهذه الصياغة بتعدد الشركات وفتح مجال المنافسة .

وعموماً فإن الإنترنت كونه أصبح لغة العصر الرقمي واستخدامه أصبح مرتبط بكافة نواحي الحياة ، و لأن أي تطور تكنولوجي وتقني يجب أن يصحبه تطور تشريعي يجب أن ينظم بتشريع خاص للتشغيل والترخيص والعمل والحقوق والواجبات والحمايات القانونية اللازمة وكل الأحكام المرتبطة به ، مع وجوب أن تراعي تلك التشريعات أن لا تشكل عائقاً أمامه يحدد من قدراته وجودة أدائه .

تنظيم الاتصالات الدولية وفتح مجال المنافسة فيها :

الاتصالات الدولية في اليمن ما زالت محتكرة على شركة الاتصالات الدولية تيليمن ، وهناك مطالبات من شركات الاتصالات ومن الجمهور لتحرير الاتصالات الدولية من الاحتكار ، وفتح المجال فيها للمنافسة المشروعة ، حتى يتمكن الناس من الحصول على خدمة أفضل وبسعر أفضل .

وهذا الاحتكار أصبح غير ذي جدوى تقنيا واقتصاديا ، فالعلم قد توصل إلى حلول تقنية وتكنولوجية تمكن الناس من التواصل عبر عدة برامج الكترونية للمحادثات والردشة عبر الهاتف بالصوت والصورة مثل برنامج النميز وبرنامج التانجو وهو برنامج مشهور جدا يقدم خدمة المكالمات الصوتية والفيديو على شبكات الجيل الثالث والجيل الرابع .

بل إن تيلمين قد تضررت من مشكلة تهريب المكالمات الهاتفية للاتصالات الدولية والتي جاءت نتيجة هذا الاحتكار ، فمعروف اقتصاديا أن احتكار السلع والتدخل في فرض سعرها يؤدي إلى ظهور الأسواق السوداء والتهرب ، إضافة أن موضوع احتكار الاتصالات الدولية لم يستطع الحصول على حماية قضائية ، حيث أن هناك قضايا عرضت على محكمة الأموال العامة في أمانة العاصمة بتهمة سرقة المكالمات الهاتفية الدولية ، رفضت من قبل القضاء ، وبرئ فيها المتهمون ، كونه لا يوجد نص يجرم تهريب المكالمات الدولية ، كما أن الاحتكار تعد قضية مدنية بحته وليست جنائية ولا علاقة لقضاء الأموال العامة بها ، وقد رد المتهمون في هذه الواقعة بأنهم لم يسرقوا مالا محمدا ، إنما استخدموا الإنترنت عبر أجهزة متصلة به تحول خدمة الإنترنت من تبادل معلوماتي إلى استخدام صوتي لإجراء اتصالات خارجية ، وتمت الاتصالات الدولية هذه عبر استخدام هذه الأجهزة لا عبر اختراق شفرة شركة تيلمين أو عبر الرسيفرات و الذبذبات التابعة لها ، وبالتالي فقد قضى قاضي محكمة الأموال العامة ببراءة المتهمين وذكر بأن براءة المتهمين أمر يقتضي على المحكمة القضاء به مهما كانت الأفعال الغير مشروعة في نظر المحكمة ومهما كانت الخسارة الاقتصادية أو الخطورة الأمنية وذلك نظرا لعدم وجود النص المجرم لهذه الأفعال والمعاقب عليها .

ومن ثم فلا محيص ولا مفر من فتح الاتصالات الدولية للقطاع الخاص ووضعه للمنافسة و وضع التشريعات اللازمة لضبط وتنظيم هذه الاتصالات والاستفادة من تجارب الدول الأخرى في هذا المجال .

تنظيم الجرائم والعقوبات المرتبطة بتقنية المعلومات والتكنولوجيا :

في قضية تهريب المكالمات الدولية ، ذكر القاضي / عبد الحفيظ المحبشي في نصوص الحكم الذي أصدره كلاما جميلا نكتفي بإيراده هنا كونه كافيا و وافيا ، في هذه الفقرة حيث جاء فيه :

" نوصى المشرع اليمني بضرورة التدخل بإعادة النظر في قانون العقوبات القائم وتعديله وتجريم مثل هذه الأفعال أو اصدار قانون جديد يتضمن الجرائم الحديثة ويعاقب عليها خصوصا وأن قانون العقوبات قد صدر في التسعينات ومضى عليه أكثر من خمسة عشر سنة بدون تعديل وخلال هذه الفترة قد حدثت طفرة هائلة في التطور العلمي والتقدم التكنولوجي وأصبحت أكثر الأعمال غير المشروعة ترتكب بواسطة الأجهزة الإلكترونية وأصبحت الجريمة الإلكترونية والمعلوماتية أكثر الجرائم انتشارا في العالم ومن أكثر الجرائم خطورة من الناحية الأمنية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية وقد تم النص على هذه الجرائم في قوانين أغلب الدول المجاورة لذلك يجب على المشرع اليمني وبصورة عاجلة التدخل لتجريم هذه الأفعال خصوصا وأن مشروع تعديل قانون الجرائم والعقوبات مدرج في جدول أعمال مجلس النواب . "

نتمنى أن نكون قد وفقنا في إعطاء موضوع هذه الورقة حقها ، على أمل أن يتحرك كل الجميع لتعديل هذه التشريعات المعيقة ، و إعادة الأمور إلى نصابها ، والمتضررون من هذه التشريعات لا شك ليست شركات الاتصالا توحيدها ولكن الاستثمار والاقتصاد الوطني على نحو ما ذكرنا ، وعمال وعملاء الشركات والمستثمرين والمساهمين فيها ، وعلى ذلك يعتبر هذا واجب كل النخب والقوى الفاعلة من برلمانيين واقتصاديين ومهندسين وقانونيين وأكاديميين و منظمات مجتمع مدني ومراكز الدراسات وباحثين ومن عداهم .

ونحن هنا نختتم بتوصية هي عبارة عن مقولتين تعتبر من أهم مبادئ التشريع والتغيير التشريعي وازاحة كافة المعوقات القانونية ، حيث يقول البرفسور الأمريكي Aaron Director (أرونديركتور) :

((الأسواق وليس الحكومات أفضل من يقوم بالتنسيق والتشريع)) .

ويقول خبراء الصياغة التشريعية : أن ((التشريع متى توقفت حكمته توقف حكمه)) .

الإرهاصات الكبرى للجباية المحلية في موريتانيا، أية آفاق



إعداد الباحث : حمزة ولد سلامي

باحث موريتاني في سلك الدكتوراه

كلية الحقوق بسطات ، المغرب

إن التنظيم الإداري اليوم يعترف له في كل الدول بأنه يلعب دورا هاما في الحياة السياسية والإدارية مهما كانت طبيعة الدولة فمن خلال التنظيم الإداري تتركز السلطة في يد جهة أو فاعل واحد، أو يتم توزيعها بين عدة فاعلين، أو جهات متعددة يضمها إقليم الدولة، وذلك حسب ما إذا كانت تتبنى التنظيم المركزي أو اللامركزي، وفي موريتانيا فاللامركزية المحلية تطرح عديدا من الإشكالات المختلفة، سياسية واقتصادية واجتماعية ومالية، ارتباطا بتحقيق التنمية المحلية، و إذا كانت موريتانيا قد عرفت منذ وقت مبكر وبعد استقلالها، انطلاق التجربة اللامركزية، فإن هذه التجربة قد صادفت جميع المعوقات الأنفة، مما جعل الدولة الموريتانية تتخلى عن تجربتها اللامركزية لسنة 1960، بعد إخفاقها في تحقيق الوحدات الإقليمية وحدات لامركزية محلية.

إلا أن هاجس تحقيق الدور التنموي المحلي جعل المشرع يصدر القانون رقم 87/289 المنشئ للبلديات، لتنص المادة 98 من دستور 1990 على كون هذه الأخيرة تمثل الصنف الوحيد للجماعات المحلية.

ولكن ضعف الأداء البلدي كان بارزا على مدى 19 عام من تجربة البلديات، وهو ما يمكن إرجاعه لعدة مشكلات نال بعضها حظه من العناية وأهمها الآخر.

وبعد أن ظلت الموارد المالية للجماعات المحلية في موريتانيا خاضعة للقانون العام للضرائب إلى حدود التسعينات ، قام المشرع بإصدار قانون رقم 04 – 90 الصادر بتاريخ 6 فبراير سنة 1990 والقاضي بإنشاء نظام ضريبي للبلديات في موريتانيا ، حيث تضمن هذا القانون بين طياته سبعة ضرائب ورسوم ، يعود حق الإستفادة منها للبلديات الموريتانية حتى ولو كانت تختلف من حيث طرق جبايتها الجهة المختصة بذلك إلى جبايات منقولة تتولى الدولة جبايتها وتحويل منتوجها إلى حساب البلديات بينما تختص الأجهزة البلدية بتصفية وجباية باقي الضرائب والرسوم .

من خلال ما تقدم حول بعض المحطات الكبرى التي مرت بها الجباية المحلية في موريتانيا، وارتباطا بموضوع بحثنا، نشير هنا إلى التعريف ببعض المفاهيم المرتبطة بالموضوع:

– مفهوم الجباية المحلية: تعني الجبايات المحلية مجموع الضرائب والرسوم المأذون بتحصيلها من قبل الجماعات المحلية أو لحسابها، ومن هنا فإن تحديد مفهوم الجباية المحلية يقتضي التفريق بين مفهومين أساسيين داخل أي نظام جبائي محلي هما:

– الضريبة المحلية: وهي إقتطاع نقدي تتم جبايته إلزاميا لصالح الجماعات المحلية، وتفرض على الملتزمين سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو معنويين دون مقابل مباشر، أي أن الضريبة المحلية هي واجب مالي تفرضه الوحدة المحلية بصفة إلزامية في نطاق حدودها الترابية دون مقابل وذلك بهدف تحقيق منفعة عامة محلية.

– الرسم المحلي: وهو إقتطاع مالي تجبئه السلطات العامة المحلية أي البلديات على وجه الإلزام، مقابل خدمة يتم تقديمها للملزم الجبائي المحلي شريطة أن يتناسب مبلغ الرسم مع الخدمة المقدمة.

وقبل الخوض في تفاصيل الموضوع لابد وأن ننطلق من الإشكاليات التالية والتي إرتأينا أنها هي المحدد الوحيد للبحث في هذا الموضوع، وهذه التساؤلات من قبيل:

ماهي بنية الجباية المحلية في موريتانيا، وماهي طبيعة الأجهزة المكلفة بتدبير تلك الجبايات؟

اين تكمن المشاكل والعوائق التي تعترض سير الجبايات المحلية في موريتانيا

ما هي إمكانات وآفاق الجبائية المحلية في البلد؟

وسوف تتم الإجابة على جل هذه التساؤلات وذلك بإعتماد على المنهجية التالية:

المحور الأول: الجباية المحلية الموريتانية: البنية والأجهزة.

المحور الثاني: الجبايات المحلية: الواقع وآفاق.

المحور الأول: الجباية المحلية الموريتانية: البنية والأجهزة:

وفي هذا المحور سيتم الحديث بالتفصيل عن بنية الجباية المحلية في موريتانيا (أولا)، كما سوف نتطرق أيضا لطبيعة الأجهزة المكلفة بتدبير الجبايات المحلية في البلد (ثانيا)

أولا: بنية الإيراد الجبائي المحلي الموريتاني: على ضوء النصوص القانونية المنظمة للجباية المحلية في موريتانيا باستطاعتنا أن نحدد جميع الضرائب والرسوم التي تتمتع البلديات بحق الاستفادة منها في خمسة ضرائب ورسمين، وفيما يخص الضرائب والرسوم المستحقة للبلديات الموريتانية فإن مردوديتها وحق الاستفادة منها يختلف باختلاف الجهة التي أوكلها المشرع حق جبايتها وتحديد سعرها، الشيء الذي يمكن أن نعتمده كمعيار للتفريق بين الضرائب المحولة من طرف الدولة لصالح البلديات وبين الضرائب التي تتولى البلديات عملية استخلاصها.

1_ الجبايات المحولة لصالح البلديات : يقصد بالجبايات المحولة تلك الضرائب التي تقوم الدولة عن طريق مصالحها المالية ، بجبايتها لصالح البلديات ويشمل هذا النوع من الجبايات ضربيتين هما :

أ- الضريبة المهنية : لم يكن النظام الضريبي الموريتاني يعرف الضريبة المهنية قبل قانون 57/60 الصادر بتاريخ 1957 وقد عرفت هذه الضريبة عدة تعديلات ، إلى أن إستقرت كضريبة بلدية مع قانون 60/82 المنظم للنظام العام لضرائب الدولة ، وايضا القانون رقم 90/04 المنشئ للنظام الجبائي البلدي .

وتقوم المصالح الجبائية التابعة لإدارة الضرائب بإحصاء الأوعية الخاضعة لتلك الضريبة ، ثم إعداد الأسعار التي يقوم العملة بتحديد تاريخ بدأ تحصيلها ويؤشر عليها ويعيدها إلى المحصل البلدي الذي يبدأ في تحصيلها ، أما الحق النسبي فيفرض بنسبة 5 في المائة من القيمة الإجارية لكافة المباني التي تمارس فيها المهن حتى ولو كانت تستغل بصفة مجانية.

ب - المساهمة العقارية : أحدثت هذه الضريبة ولأول مرة في موريتانيا عام 1967 ونظرا لهشاشة البنية العقارية في تلك الفترة فقد ظلت حصيلتها تتراوح ما بين 10 في المائة و15 ، ألى ان جاء قانون 1982 المنشئ للنظام العام للضرائب والذي أحدث ضريبة الدخل العقاري ، وجمع قانون 1986 الضريبتين في ضريبة واحدة هي الضريبة العقارية ومع صدور قانون 90/04 المنشئ للنظام الجبائي المحلي اصبحت هذه الضريبة تسمى بالمساهمة العقارية ، وتطبق على كافة المباني المشيدة وتحتسب على أساس القيمة الكرائية حسب المعدلات التالية :

— 3% المباني المخصصة للسكن والمشغولة من طرف ملاكها .

— 10% على المباني المؤجرة .

— 9% مباني أخرى (الأكواخ والأعرشة) .

— 15% المباني الشاغرة .

وقد حدد المشرع مبلغ 100 اوقية كأحد أدنى لاحتساب هذه الضريبة ، وتستفيد البلديات من منتوج هذه الضريبة بقيمة 60% .

2_ الضرائب التي تتولى البلدية جبايتها :

هذه الضرائب على النحو التالي : حسب مقتضيات القانون 90/04 المتضمن القانون الجبائي للبلديات ، فإن الضرائب التي تتولى جبايتها البلدية هي الضرائب التي تقوم البلدية عن طريق عمالها بتحصيلها بعد أن يتم تحديد سعرها من طرف المجلس البلدي وهذه الضرائب هي على النحو التالي :

أ - رسم السكن : قبل سنة 1990 كان الرسم السكن يدعى الإسهام العقاري ويفرض على أساس القيمة الكرائية بنسبة 5% ، ومع ظهور قانون 1990 أصبح رسما سنويا يفرض على كافة المحلات المخصصة للسكن والتي يشغلها أشخاص طبيعيين أو معنويين ، بإستثناء تلك المعفاة بموجب النص القانوني ويفرض الرسم السكني على أساس نوعية المباني والتي صنفها المشرع إلى ثلاث فئات :

— الدرجة الأولى : مباني مبنية من أدوات غير تقليدية وتتمتع بوسائل الراحة الحديثة .

– الدرجة الثانية : مباني تتمتع بوسائل راحة متوسطة مهما كانت الأدوات الداخلة في بنائها .

الدرجة الثالثة : مباني عديمة وسائل الراحة (الماء والكهرباء) ولكنها تركز على أساس .

وللمجلس البلدي كامل الحرية في تحديد معايير ترتيب البنايات على أن تكون المعايير المعتمدة معايير موضوعية كما له حرية مطلقة في إعطاء كل فئة من الفئات السابقة التعرفة التي يراها مناسبة على أن لا تتجاوز 15000 اوقية .

ب – المساهمة البلدية : تنص المادة 434 من القانون رقم 90/04 على أن للمجالس البلدية الحق في فرض مساهمة بلدية سنوية عن طريق مداوات المجلس البلدي على السكان المقيمين في الحدود الإقليمية للبلدية والذين لا يخضعون لضريبة الرسم السكني ، على أن لا يتجاوز سعر المساهمة 300 اوقية لأسرة سنويا . وتعتبر هزالة مردودية هذه المساهمة عن ضرورة مشاركة جميع المواطنين في نفقات البلدية كما ان هذا النوع من الضرائب يبرر التضامن بين الجماعات المحلية ومواطنيها .

ج – المساهمة العقارية على الأراضي الزراعية : عبارة عن ضريبة تفرض على الأراضي المخصصة لزراعة الخضروات والحبوب او الزهور ويتم وضع هذه الضريبة بناء على إحصاء سنوي يقوم به الأمناء العامون للبلديات بالنسبة لتلك التي لا تتوفر على مصالح للضرائب ويحدد المبلغ السنوي لهذه المساهمة بواسطة مداوات المجلس البلدي على ان تتجاوز 100 اوقية للهكتار الواحد .

د – الضريبة على المواشي : تعتبر هذه الضريبة من أقدم الضرائب في موريتانيا فقد سنت بموجب القانون 1959/160 وقبل أن تحدث البلديات وظلت مردودية هذه الضريبة تتأثر بعوامل الجفاف وإرتفاع منسوب الامطار ، فتارة تفعل وتارة أخرى تجمد ، وتتخذ هذه الضريبة من الحيوانات المحصية في موريتانيا مهما كان منشؤها وعاء لها وتحتسب على النحو التالي:

– البقر 100 اوقية لكل راس

– الخيول 60 اوقية لكل راس

– الإبل 150 اوقية لكل راس

– الضأن والمعز 20 اوقية لكل راس

ومن المفروض أن تكون هذه الضريبة حكرا على البلديات القروية بحكم أنعدام مواردها الذاتية .

هـ – الرسم البلدي : الرسم البلدي رسم شهري يفرض على جميع النشاطات الصناعية والحرفية والتجارية والخدماتية ، الممارسة على تراب البلدية والتي لا تخضع للضريبة المهنية ، ويعفى من هذا الرسم نشاطات المنظمات الإنسانية والخيرية التي ليست لها هدف نفعي ، وقد قسم المشرع النشاطات الخاضعة لهذا الرسم إلى ثلاث نشاطات (النشاطات التجارية والصناعية والخدماتية) وكل صنف من هذه الأصناف قسمه إلى ثلاث فئات في حين ترك للمجلس البلدي صلاحية تحديد التعرفة لكل فئة عن طريق مداواته ضمن نسبة تتراوح ما بين 50 و 6000 اوقية على ان يؤمن المقياس المعتمد بعض التدرج في الضريبة .

— ثانيا : الأجهزة المدبرة للجباية المحلية في موريتانيا :

يقصد بالأجهزة المدبرة للجباية البلدية تلك الأجهزة التي أوكل لها المشرع مهمة فرض الضريبة وصلاحيات تحديد سعرها وتصفيتها .

1- الأجهزة الإدارية :

وتتمثل الأجهزة الإدارية المكلفة بتدبير الجباية البلدية الموريتانية ، في المجلس البلدي والعمدة كرئيس لهذا المجلس ويتجلى دورهما من خلال السلطة التي منحها المشرع لكل من المجلس البلدي والعمدة ومساعديه الإداريين في تحديد أوعية وأسعار الجبايات المحلية والتمثلة في :

أ — على مستوى تحديد سعر الضريبة : تتجلى السلطة الممنوحة من خلال تحديد المشرع لسعر الحد الأعلى بالنسبة للضريبة على الاراضي الزراعية والرسم على السكن والمساهمة البلدية في حين اعتمد اسلوب الحد الأدنى والاقصى فيما يخص الرسم البلدي اما الضريبة على المواشي فقد حددتها سعر ثابت .

وبتالي فإن المجلس البلدي كسلطة إدارية محلية فهو إذن المسؤول عن تنمية الموارد البلدية .

ب — على مستوى إستخلاص الضرائب البلدية : يعتبر العمدة هو المسؤول عن إصدار أوامر التحصيل كما يعتبر الأمر بالصرف بالنسبة للبلدية وهو الذي يصدر السندات الإدارية وتعتبر أوامر التحصيل قرارات إدارية صادرة عن الأمر بالصرف وإلى المحصل البلدي قصد القيام بعملية الأستخلاص ، وتتضمن أوامر التحصيل بيانات تعرف بالملزم ومعلومات تقنية عن نوع الضريبة أو الرسم والمبلغ المستحق ورقم الميزانية وغلج جانب الأساليب الإعدادية للمادة الجبائية نجد اساليب فورية في التحصيل تشكل سندات الإدارة الجبائية وأداة الإثبات الإبراء بالنسبة للملزم ويتضمن هذا النوع من السندات إسم البلدية سبب الإصدار المبلغ بالأرقام والأحرف .

2- الأجهزة المالية :

يشرف على عملية تدبير الجبايات المحلية في جانبها المالي ، المحصل البلدي ووكيل الإيرادات وذلك على النحو التالي :

أ — دور المحصل البلدي في تدبير الجباية البلدية : يعتبر المحصل البلدي موظفا تابعا لوزارة المالية يتم تعيينه من قبل وزير المالية ، من ضمن سلك المحاسبين العموميين وتتجسد مهمته في :

— مسك محاسبة البلدية

— تحصيل أوامر الإيرادات الصادرة عن الأمر بالصرف بعد التحقق من شرعيتها

— القيام بالمتابعات

— تسديد الحوالات الصادرة عن الأمر بالصرف بعد التحقق من شرعيتها

— وفي نهاية كل سنة مالية يجب عليه أن يثبت مطابقة الحساب الإداري للأمر بالصرف مع حساب التسيير .

ويحصل المحصل البلدي على علاوة مالية يصوت عليها المجلس البلدي وله أيضا صوت استشاري كما يحضر لجلسات المجلس كما يعتبر المسؤول الأول عن الجباية ، وبالتالي يقع عليه العبء الأكبر حيث يقوم بتنفيذ جميع عمليات التحصيلية والصرفية في الميزانية ومن أجل القيام بذلك يمكنه استخدام الوسائل الجبرية مثلا يقوم بالحجز أو البيع أو الرهن .

ب - دور وكيل الإيرادات : يعتبر وكيل الإيرادات موظف جماعي يتم تعيينه من طرف العملة بعد تأشيرة المحصل البلدي ويتقاضى علاوة مسئولية شهرية قدرها 500 الى 20000 اوقية كما يحصل على مكافئة مردودية يشتغل وكيل الارادات لصالح المحصل البلدي حيث يقوم بتحصيل الضرائب البلدية ودفعها الى المحصل البلدي كما يقوم بمسك يومية الوكالة .

اما بالنسبة للضرائب التي يتولى جبايتها فانها تحدد في المقرر الذي يتم من خلاله انشاء الوكالة وتعيين الوكيل وبناء على ماسبق فان وكيل الارادات يقوم بجباية الضرائب والرسوم التي يجيل المحصل امر تحصيلها الا انه يملك صلاحية التنفيذ الجبري ولاحتى تاخير مواعيد التحصيل بل يجب عليه اخبار المحصل البلدي .

المحور الثاني : الجبايات المحلية في موريتانيا : الواقع وآفاق :

بعد أن تطرقنا في المحور الأول لطبيعة الجبايات المحلية والأجهزة المتدخلة في تدبيرها، سوف نحاولنا من خلال المحور الثاني ملامسة واقع تدبير هذه الجبايات لمعرفة مكامن الخلل الرئيسية التي تعترى المنظومة الجبائية المحلية والإدارة المشرفة على تدبيرها، والتي تحول دون حصول الجماعات المحلية على استقلالها المالي الكفيل بقيامها بالتدبير الجيد للشأن المحلي انطلاقا من المقولة الشهيرة “أعطني مالا أكثر أعطيك تدبيرا جيدا” (أولا) ، وإيجاد الحلول الكفيلة لتجاوز هذا الواقع (ثانيا) .

أولا : إكراهات الجباية المحلية في موريتانيا :

تتعرض الجبايات المحلية في موريتانيا لمجموعة من المعوقات تتخلل تدبيرها وبالتالي تحول دون تحقيق التنمية المنشودة وهذه الإكراهات يمكننا إجمالها في النقاط التالية :

— ضعف الإستقلال المالي للجماعات المحلية، حيث أن نسبة هذا الإستقلال لا تتجاوز في أحسن الحالات حسب هذه الدراسة 45، بينما يتم تمويل النسبة المتبقية من الموارد الإستثنائية التي يجب التقليل منها لأنها على الرغم من فائدتها المالية إلا أن لها انعكاسات أخرى خطيرة على استقلالية اتخاذ القرار المحلي .

— ضعف مساهمة الموارد الجبائية في تمويل الميزانية المحلية.

— استفحال ظاهرة الباقي استخلاصه في ظل قصور النص القانوني في التعامل مع هذه الظاهرة، حيث تمثل نسبة كبيرة تراوحت حسب هذه الدراسة بين 47% و 50% بالنسبة للرسوم البلدية؛ و 87% و 90% بالنسبة لضريبة السكن، وهو ما يفوت على البلدية مبالغ معتبرة وإمكانات تنموية مهمة.

— سوء التأسيس الجبايات المحلية وسوء توزيعها وتحصيلها، إضافة إلى اختلال النص القانوني المؤطر للتدبير الجبائي وقدمه وتشتته.

— عدم امتلاك الإدارة الجبائية لكوادر بشرية ووسائل مادية لتأدية وظيفتها على الوجه المطلوب.

ثانيا : آفاق الجبايات المحلية في موريتانيا :

ولتجاوز كل الإشكالات السابقة والتي تتعرض لها الجباية المحلية في البلد فإننا نقترح بعض من الحلول والتي نرى أنها كفيلة بتخطي هذه المرحلة التي تنهش من طاقة البلديات الموريتانية وتعرقل سير نموها، وأهم هذه الإقتراحات في النقاط التالية :

— إعادة تأهيل شامل للمنظومة القانونية المؤطرة للجبايات المحلية، سواء تعلق الأمر بالأمر القانوني رقم 289/87 أو الأمر القانوني رقم 04/90 وكل القوانين ذات الصلة بالتدبير الجبائي المحلي.

— تأسيس أوعية جبائية أكثر تناسبا مع المؤهلات الاقتصادية للجماعات المحلة وخاصة الريفية منها.

— إصلاح وتحديث الإدارة الجماعية عموما والجبائية خصوصا .

— منح مزيد من الحرية للمجالس الجماعية في اتخاذ القرار الجبائي المحلي واعتماد اللامركزية الجبائية بشكل فعلي.

— استصدار مدونة قانونية تجمع الشتات القانوني المنظم للجبايات المحلية وتعالجها بقدر كاف من التفصيل يزيل الغموض عن كثير من جوانب هذه الجبايات ويعمل على فك الارتباط التشريعي بين النظام الجبائي المحلي والنظام الجبائي الوطني .

— وأخيرا اعتماد أساليب التدبير والحكامة الجيدة في الشأن المحلي عموما والجبائي خصوصا. بما في ذلك خلق تواصل جيد وفتح حوار جبائي منفتح مع الملزم المحلي من أجل تغيير نظرتة السلبية للجباية. واستخدام وسائل إعلام قادرة على تكوين مدنية جبائية أو مواطنة جبائية عند الملزمين بالضرورية .

دور هيئة التحكيم في تدارك إخلالات حكم التحكيم



الأستاذ العربي زروق محامي

وباحث في القانون من تونس

أسند المشرع التونسي لهيئة التحكيم دورا هاما لتدارك بعض الإخلالات و التي ولئن كان المشرع لا يعتبرها من ضمن حالات الإبطال و رفض الاعتراف و التنفيذ فلأنه أعطى نظاما خاصا لتداركها. فعلى خلاف المشرع الإنكليزي الذي يعتبر غموض نص الحكم سببا للإبطال مثلا فإن المشرع التونسي يعتبره سببا يفتح الحق لمطالبة هيئة التحكيم بالتفسير عوضا عن الإبطال. و إذا كان نفس القانون يعتبر أن ارتكاب هيئة التحكيم خطأ ماديا موجبا للإبطال فإن هذا الخطأ في القانون التونسي لا يكون موجبا إلا للإصلاح⁽¹⁾. و إذا كان المشرعين الفرنسي و السويسري يعتبران من جهتيهما أن الحكم بأقل مما يطلبه الخصوم سببا من أسباب الطعن، فإن المشرع التونسي خير أن يكون هذا الخلل سببا يفتح الحق للأطراف للجوء من جديد إلى هيئة التحكيم لإكمال حكمها.

وانطلاقا مما تقدم تتبين أهمية دور هيئة التحكيم في المحافظة على القيمة القانونية للحكم باعتبار أن المشرع أو كلها مهمة تدارك أخطائها عوضا عن تسليط الجزاء. وهو ما يعكس لنا خيار المشرع في ضمان الحصانة القانونية لحكم التحكيم. و من هذا المنطلق يكون من المنطقي البحث في النظام القانوني لهذا الدور و هو ما يمكن التوصل إليه عن طريق التعرض إلى الإطار الموضوعي لهذا الدور (في فقرة أولى) ثم الإطار الإجرائي لهذا الدور (في فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : الإطار الموضوعي :

يقصد بالإطار الموضوعي المجال الذي يمكن لهيئة التحكيم أن تمارس فيه سلطة التدارك والذي يمكن تقسيمه إلى الإطار العام من جهة (1)، و الإطار الخاص من جهة أخرى (ب).

1- Ahmed Ouerfelli, art., préc., R.J.L Avril 2001, spéc., p.32

نص الفصل 32 من مجلة التحكيم بإحالة من الفصل 80 من مجلة التحكيم أنه يصدر حكم التحكيم داخل التراب التونسي و يكون له بمجرد صدوره نفوذ الأمر المقضي به بالنسبة لموضوع الخلاف الذي بت فيه.

و ينص الفصل 76-3 من جهته أنه " تنتهي مهمة هيئة التحكيم بحتم إجراءات التحكيم مع مراعاة أحكام الفصل 77 و الفقرة الرابعة من الفصل 78 من هذه المجلة".

ويتبين من هذين الفصلين أن سلطة هيئة التحكيم على النزاع تنتهي بمجرد صدور الحكم احتراماً لنفوذ الأمر المقضي فيه ومبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم على النزاع. والمقصود بمبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم على النزاع أنه بمجرد صدور الحكم تنتهي مهمة هيئة التحكيم و لا يمكنها فتح إجراءات جديدة والرجوع للحكم لتغيير منطوقه و فحواه(1). و المقصود بنفوذ ما اتصل به القضاء هو أن لا هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم، ولا هيئة تحكيم أخرى، و لا القضاء العدلي يمكنه أن يصدر حكماً في نفس الموضوع و بين نفس الأطراف و لنفس السبب في ما وقع البت فيه (2).

و تستجيب هذه القواعد لمطلب الاستقرار في الوضعية القانونية المكتسبة التي تعتبر الهدف من اللجوء إلى القضاء مهما كان نوعه، إذ أن العمل القضائي يفقد قيمته إذا كان من الممكن تغييره في كل وقت (3). وانطلاقاً من هذه الاعتبارات يكون من الجائز التساؤل عما إذا كان إصلاح الأخطاء المادية أو الشرح أو الإكمال يتعارض مع مبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم على النزاع، أو نفوذ الأمر المقضي فيه؟ يعطينا في هذا الخصوص الأستاذ R. Perrot توضيحاً لهذا الإشكال، إذ يعتبر أنه على غرار ما هو الشأن بالنسبة للقضاء العادي فإن المقصود برفع ولاية هيئة التحكيم عن النزاع تعني فقط أن هيئة التحكيم تفقد سلطة القضاء من جديد في موضوع النزاع. و يترتب عن ذلك أن هيئة التحكيم لا يمكنها أن تصدر حكماً جديداً في نفس الموضوع و لا يمكنها أن تفتح من جديد إجراءات التحكيم في شأنه. و بالتالي فإن السماح لهيئة التحكيم بإصلاح أخطائها المادية أو شرح حكمها أو إكمالها لا يمكن أن يعتبر مساً من مبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم عن النزاع. و لا يكون الأمر كذلك إلا إذا تجاوزت هيئة التحكيم مهمة الإصلاح أو الشرح أو الإكمال أي غيرت منطوق الحكم، بمعنى أعطت حكماً يختلف عن الحكم المقصود عند صدوره (4). و كنتيجة لذلك فإن مبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم عن النزاع ومبدأ نفوذ الأمر المقضي فيه لا يحول دون تعهيد هيئة التحكيم بالإصلاح أو الشرح أو الإكمال، بل حرمانها من مراجعة الحكم و تغيير منطوق الحكم الذي صدر عنها.

و يتبين مما تقدم أن مبدأ رفع الولاية عن النزاع ونفوذ الأمر المقضي فيه لا يتعارضان مع إمكانية الرجوع إلى اتفاقية التحكيم لتأويلها، أو إلى طلبات الأطراف أو إلى وثيقة المهام لتمكين من فهم الغموض و توضيحه ولتتفطن للخطأ

¹- V. en droit commun E. du Rusquec "interprétation rectification modification", J. cl. proc. civ Fasc. 510 spéc., p. 3 et 4; V. en matière d'arbitrage interne, Boisséson, op. cit., n° 393; V. Ph. Fouchard/ E. Gaillard/ B. Goldman, op. cit., n° 1114.

2- V. en droit commun, Annick Dorsnor-Dolivet, " A propos du recours en rectification...", R.T.D. Civ., 1989.205.

3- V.E. du Rusquec, art. préc., J. cl. proc. civ., fasc., 510, p. 3.

⁴- Roger Perrot, "l'interprétation des sentence arbitrales", Rev. arb., 1968. 7, spéc., p. 13.

المادي لتصلحه، أو لتتفطن للنقص دون أن يكون لها الاستجابة لطلبات جديدة أو تغيير منطوق الحكم على غير ما كان عليه. فمثلا قد يرمي مطلب التفسير إلى توضيح معنى القرار الذي قد يبدو غامضا ليس في نصه بالذات بل أيضا على ضوء المهمة التي تأسس عليها، وهو ما يفتح النقاش من جديد في ما قد سبق وأن تمت المناقشة فيه لذلك فإن هيئة التحكيم يجب أن تبقى وفيه لتأويل المهمة التي اقتنعت بها في الحكم الأصلي (1). وبناء على ذلك فإن هيئة التحكيم يجب أن تكتفي بضبط الطرق لحل صعوبة السهو و الشرح الذي هو الموضوع الأصلي. فهذه السلطة القضائية الممنوحة لهيئة التحكيم استثنائية بطبيعتها لا تمنح إلا للإصلاح والتفسير والإكمال ولا تملك سلطة التغيير وإلا تكون قد قضت دون وجود إتفاق على التحكيم.

و تأكيدا على ضرورة احترام مبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم عن النزاع ونفوذ الأمر المقضي فيه فقد حصر المشرع إمكانية تعهد هيئة التحكيم من جديد في إصلاح الأخطاء المادية و الشرح والإكمال وهو ما يمكن أن ترمز إليه بالإطار الخاص للتدارك.

ب - الإطار الخاص للتدارك :

لقد حصر المشرع إمكانية التدارك في إصلاح الأخطاء المادية (1) و الشرح والإكمال (2).

1 - إصلاح الأخطاء المادية :

إن وجود خطأ مادي بنص حكم التحكيم يثير العديد من الصعوبات المادية. فيكفي تصور وجود خطأ بنص الحكم ناتج عن خطأ في احتساب الأضرار ليتبين لنا بسهولة خطورة هذا الخطأ على حقوق الأطراف. إذ قد يجد أحدهم نفسه ملزما بأداء أكثر مما أرادته هيئة التحكيم، أو يجد نفسه محكوما له بأقل مما أرادته (2)، وهو ما يمكن أن يفتح المجال لانتقاد حكم التحكيم. و الملاحظ هو أن المشرع التونسي قد أورد بالفصل 77 من مجلة التحكيم حالات من الخطأ المادي على سبيل الحصر دون أن يعطي تعريفا عاما للخطأ المادي. و المعيار العام الذي يمكن هيئة التحكيم من معرفة ما إذا كان الخطأ قابلا للإصلاح و يمكن المحكمة المراقبة من التأكد من احترام هيئة التحكيم حدود الإصلاح. هو ضرورة أن يكون الخطأ ماديا. و تجد عبارة الخطأ المادي تكريسا لها في جل القوانين المقارنة و الأنظمة التابعة لمؤسسات التحكيم (3)، و نخص بالذكر الفصل 462 من المجلة المدنية الفرنسية الذي أحال عليه الفصل 1475 المتعلق بالتحكيم الداخلي (4). و المقصود بالخطأ المادي في الفقه الفرنسي الضد للخطأ الذهني (faute intellectuelle) الذي يحصل في ذهن القاضي مباشرة. في حين أن الخطأ المادي يعيب الحكم في وضعه المادي و ليس في جوهره. بحيث تضحى المفارقة واضحة بين إرادة القاضي الحقيقية و التي لم تظهر بنص الحكم و بين ما تم إعلانه. في حين أنه عند وجود الخطأ الذهني فإن الإتحاد يكون حاصلًا بين الإرادة الحقيقية والإرادة المعلنة، بحيث يظهر الخطأ الذهني حينما يطلب من هيئة التحكيم الإصلاح و تتفطن إلى أنه كان عليها اتخاذ القرار في وجهة دون أخرى

1- V. note J. Pellerin, sous Paris, 18 avr. 1991, Rev. arb., 1991. 631, spéc., p. 632

2- V. Ph. Fouchard/ E. Gaillard / B. Goldman, op. cit., n° 1426.

3- V. l'art. 36 de règlement de la CNUDCI.

4 V. aussi, l'art. 33 de la loi type de la CNUDCI.

مثلا. و بالتالي فإنه و لئن أمكن الإصلاح في صورة وجود خطأ مادي فإن التفتن لخطأ ذهني لا يمكن إصلاحه، و مثال ذلك الخطأ في تطبيق نص قانوني (1)، أو أن تتفتن هيئة التحكيم إلى أن اتفاقية التحكيم باطلة في حين أنها اعتبرت خطأ صحيحة. أو أن تتفتن إلى خطأ في تحديد المسؤولية. و في مثل هذه الحالات فإنه لا يمكن الإصلاح إذ أن إصلاح الخطأ الذهني من قبل هيئة التحكيم فيه مس من قوة ما اتصل به القضاء موضوع الفصل 32 من مجلة التحكيم و خرق لمبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم عن النزاع بمجرد ختم الإجراءات.

و يرى الأستاذ R. Perrot أن الخطأ المادي ليس فقط الضد للخطأ الذهني و إنما يجب إقامة الحدود بين الخطأ المقصود و الخطأ غير المقصود فإذا أخطأ " القاضي " و لكنه أراد النتيجة التي وصل إليها فإن الخطأ لا يمكن إصلاحه، و في مقابل ذلك إذا كان الخطأ ناجما عن سهو أو قلة انتباه بحيث وقع التعبير خطأ عن الإرادة الحقيقية " للقاضي " ففي هذه الحالة يمكن تدارك الخلل(2).

و انطلاقا من هذا المفهوم فإن الخطأ المادي يمكن أن يستوعب الخطأ في الحساب (3). و بناء عليه فإن الخطأ المادي يسمح بتفضيل الإرادة الحقيقية على الإرادة المعلنة للمحكم و هو ما يشكل نقطة الضعف و يمكن الخطورة، باعتبارنا سنتحول مما هو واضح (ظاهر) إلى ما هو غامض (باطن). فيجب إذا على هيئة التحكيم عند إجراء الإصلاح أن تنقل ما كان وضعته لو كانت أكثر انتباها و لا تحيد عنه و إلا تكون قد خالفت قوة ما اتصل به القضاء. و يختلف إصلاح الخطأ المادي عن الشرح في أنه بمناسبة الإصلاح فإن المحكم يغير الوضع المادي للنص الخاطيء في حين أنه بمناسبة الشرح يوضح المحكم نصا غامضا.

2 - الشرح و الإكمال :

لقد أعطى المشرع السلطة لهيئة التحكيم لأن تقوم بناء على طلب من أحد الأطراف لشرح حكمها. و يكتسي شرح الأحكام التحكيمية أهمية قصوى باعتبار أن الإقرار بإمكانية تقديم طلب في الشرح قد تحول دون طلب في الإبطال كأن يكون الهدف من الشرح هو وضع حكم التحكيم في إطار اتفاقية التحكيم. و يرى الأستاذ R. Perrot في إسناد شرح الأحكام التحكيمية لهيئة التحكيم احتراماً لإرادة الأطراف التي أرادت أن تسحب نزاعها من اختصاص محاكم الدولة. و هو حل ينسجم مع إرادة الأطراف (4). و الملاحظ هو أن المشرع لم يعط تعريفا للشرح و يعرفه الأستاذ R. Perrot بأنه توضيح حكم سبق النطق به (5). و يتبين من هذا التعريف أنه يشترط لإجراء التفسير وجود غموض بالحكم و يخضع تقدير وجود هذا الغموض إلى هيئة التحكيم بدرجة أولى و إلى محكمة الاستئناف بتونس إذا

1- V. aussi, Annick Dorner-Dolivet, art. préc., p. 213-214.

2- R. Perrot, " Quand le juge s'est trompé mais qu'il a voulu atteindre le résultat qu'il recherchait, cette erreur n'est pas rectifiable et ne pourra être corrigé que par l'exercice d'une voie de recours. En revanche si l'erreur commise par le juge provient d'une défaillance intellectuelle passagère, provenant d'une inattention qui a trahi l'intention profonde du juge, cette erreur peut faire l'objet d'une rectification ", l'arrêt d'appel", Gaz. pal., 1981,1 doct. p. 241.

3- Pour des exemples des fautes matérielles en droit commun V.E. du Rusquec, art. préc., spéc., p. 11.

4- R. Perrot, art. préc., Rev. arb., 1968, spéc., p.21.

5- R. Perrot, art préc. spéc., p.8.

سبق و أن تعهدت بدعوى في الإبطال. و بالتالي فإن الشرح آلية لرفع الغموض و ذلك بالتعبير بصورة واضحة عما كان في السابق في حالة غموض (1).

و يرى جانب من الفقه أن الغموض يجب أن يشمل نص الحكم دون أسبابه. بحيث لا يكون حكم التحكيم قابلا للتفسير إلا إذا كان الغموض يشوب نص الحكم و ليس أسبابه (2). إلا أن هذا الغموض يرتبط في غالب الأحيان بعيوب أخرى في الحكم كالتعارض بين أسباب الحكم ونصه (3). غير أن ذلك لا يعني بطبيعة الحال أنه يمكن تقديم طلب في تفسير أسباب الحكم بل أن طلب التفسير يستهدف نص الحكم أولا وأخيرا، و لا تكون أسبابه هدفا للتفسير إلا إذا كان لهذا الغموض تأثير على وضوح نص الحكم.

و يختلف التفسير عن إشكال التنفيذ باعتبار أن التفسير هو من اختصاص هيئة التحكيم في حين أن الإشكال التنفيذي هو من اختصاص محكمة الدولة (4). و إذا كان التفسير يعيد صياغة الحكم بطريقة أوضح، فإن الإشكال التنفيذي يسمح للقاضي باتخاذ كل ما هو ضروري لتنفيذ الحكم دون أن يعتمد إلى توضيح نصه. و قد يذهب الاعتقاد إلى أن الحكم التفسيري هو حكم آخر مستقل إلا أن الحقيقة خلاف ذلك، إذ أن الحكم التفسيري هو نفس الحكم الغامض وقع التعبير عنه بأكثر وضوح و هو ما جعل المشرع يعتبر أن الحكم الصادر في إحدى حالات الفصل 77 من مجلة التحكيم هو جزء لا يتجزأ من الحكم الأصلي (5).

وتكمن خطورة التفسير في أن المحكم يكون عليه على خلاف إصلاح الخطأ المادي صياغة حكمه بصورة أخرى أكثر وضوحا، و بالتالي يكون عليه إعادة التفكير في ما صرح به من جديد. و من هذا المنطلق يكون على المحكم عند إجراء التفسير المحافظة على نقل ما أراد التعبير عنه قبل ختم الإجراءات دون تحريف احتراماً لنفوذ الأمر المقضي فيه. و بناء عليه يجب على المحكم أن يفض الطرف عما كان يجب أن يكتب أو يقرر مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار كل الملابسات التي حفت بإصدار الجزء الغامض من نص الحكم (6).

و إلى جانب السلطة المخولة لهيئة التحكيم لشرح حكمها أعطاه المشرع سلطة إكماله بناء على طلب من أحد الأطراف إذا سهت عن إحدى الطلبات التي عرضت عليها. و يعرف الحكم بأقل مما يطلبه الخصوم بكونه سهو هيئة التحكيم عن البت في إحدى أو بعض الطلبات المعروضة عليها من قبل الأطراف (7). و مثال ذلك السهو عن

1- Annick Dorsnor-Dolivet, art. préc., Rev. trim. dr. civ., 1989, spéc., p 210.

2- V. Ph. Fouchard/ E.Gaillard/ B. Goldman, op. cit., n° 1415.

3- Annick Dorsnor -Dolivet, art. préc., spéc., p.222.

4- R. Perrot, art. préc., Rev.arb., 1968, spéc., p.15.

5- أنظر : الفصل 77-3 من مجلة التحكيم.

6- « Les juges ou les arbitres, saisis d'une contestation relative à l'interprétation d'une précédente décision, ne peuvent, sous prétexte d'en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de celles-ci, fussent-elles erronées. Stéphane Carre », cour de cassation française du 8 juillet 2009, rev. Arb., 2011 n° 1, p. 119, note L-M Pullebout ; « la délicate interprétation des jugements en présence d'une ambiguïté », Gaz. pal., 1995. 571-572.

7- V.Annick Dorsnor-Dolivet, art. préc., spéc., p.215

البت في الغرامات أو في الأضرار. و لئن جعلت العديد من التشريعات المقارنة حالة الحكم بأقل مما يطلبه الخصوم حالة موجبة للإبطال فإنه في القانون التونسي لا يمكن بأي حال أن يشكل حالة من حالات الإبطال. على أن هيئة التحكيم يجب أن تحترم نفوذ الأمر المقضي فيه و مبدأ رفع الولاية عن النزاع، وبالتالي يجب أن تتأكد من أن الطلب الذي وقع السهو عنه قد عرض فعلا و تم تبادل التقارير في شأنه دون أن يكون لها البت في مسألة لم تعرض من قبل و لم يتم في شأنها الدفاع بين الخصوم (1). غير أن حالة السهو عن إحدى الطلبات يجب تمييزها عن حالة عدم الرد على إحدى الدفوعات التي لا تعتبر حالة من حالات السهو (2).

و للتأكد من وجود السهو يكون من الضروري الرجوع إلى عريضة الدعوى و تقارير الأطراف المقدمة بصورة قانونية. و بناء عليه فإنه يجب من جهة أن تكون النقطة التي وقع السهو عنها قد تم طلبها و كانت مدعومة و علم بها الطرف الآخر و دافع عن مصالحه في شأنها بحيث لا تقبل أدلة جديدة ، و من جهة أخرى فإن الطلبات التي يدعي الأطراف سهوا في شأنها يجب أن يكون قد سبق تقديمها في الوقت القانوني وبصورة شرعية. فإذا سبق و أن قدمت هذه الطلبات خارج الاتفاق على التحكيم أو إذا قدمت هذه الطلبات بعد الأجل القانوني أو الاتفاقي - كما لو حدد الأطراف أجلا أقصى لإتمام طلباتهم أو تحويرها و تم تقديم الطلبات خارج الأجل الاتفاقي- فإنه لا يمكن مبدئيا اعتبار أن هيئة التحكيم قد سهت عن بعض الطلبات. على أن دور هيئة التحكيم يبقى خاضعا لنظام إجرائي مضبوط.

الفقرة الثانية : الإطار الإجرائي لدور هيئة التحكيم :

يمكن تقسيم الإطار الإجرائي إلى مرحلتين مرحلة التعهد من جهة (أ) و مرحلة ما بعد التعهد من جهة أخرى (ب).

أ - مرحلة التعهد:

لأهمية دور هيئة التحكيم في التدارك يكون من الضروري التعرض أولا إلى إجراءات التعهد (1) إلا إمكانية التعهد تشهد بعض الحدود (2)

1- إجراءات التعهد :

يمكن أن تتعهد هيئة التحكيم من تلقاء نفسها بالإصلاح و ذلك خلال ثلاثين يوما من صدور حكم التحكيم. و تنحصر سلطة التعهد التلقائي في إصلاح الغلطات المادية و ذلك بإصلاح غلط في الرسم أو في الحساب أو أي غلط مادي تسرب إلى الحكم (3). و بالتالي لا يمكنها أن تتعهد تلقائيا خارج هذه الحالات. فلا يمكنها أن تتعهد بالشرح أو أو إكمال الحكم تلقائيا و إلا فإنها تكون قد خرقت أحكام الفصل 76-3 من مجلة التحكيم.

وبالإضافة إلى ما تقدم يمكن لهيئة التحكيم أن تتعهد بالتدارك بطلب من أحد الأطراف خلال ثلاثين يوما من اتصاهم بالحكم، على أنهم يمكنهم الاتفاق على أجل غير الأجل المذكور سواء بالتمديد أو بالتقليص. و يمكن أن يكون موضوع الطلب إصلاح الغلط في الرسم أو في الحساب أو أي غلط مادي تسرب إلى الحكم، و يمكن أن يكون

¹ - Cass. Fran., 15 Juin 1976, Rev. trim. dr. civ., 1977.189 obs. Perrot

² - V.Ph Fouchard/E.Gaillard/B.Goldman, op .cit., n°1628.

³ - أنظر : الفصل 77-1 من مجلة التحكيم.

موضوع الطلب شرح جزء معين من الحكم، أو حتى إصدار حكم تكميلي في جزء من الطلب وقع السهو عنه في الحكم. ويتبين من ذلك أن مجال سلطة هيئة التحكيم في التدارك تتسع كلما كان الطلب مقديماً من الأطراف (1).

ولئن كان للأطراف و لهيئة التحكيم دور مباشر في التعهد بالإصلاح و الشرح والإكمال، فإن محكمة الإستئناف بتونس يمكن أن تلعب نفس الدور و لكن بصورة غير مباشرة. إذ يجوز لها عند الاقتضاء أن توقف إجراءات الإبطال لمدة تحددها تمكيناً لهيئة التحكيم من استئناف إجراءات التحكيم أو اتخاذ ما ترى من شأنه إزالة أسباب الإبطال. و تجدر الإشارة إلى أن الفصل 78-4 من مجلة التحكيم لم يحدد حيزاً زمنياً معيناً يمكن أن يتم فيه تقديم طلب للمحكمة المتعدهة بالإبطال في توقيف الإجراءات، بحيث يمكن أن يستنتج من ذلك أنه يمكن أن يتم تقديم المطلب المذكور ما دامت القضية منشورة أمام محكمة الإستئناف. إلا أن هذه الأخيرة تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في الاستجابة للطلب المقدم في الإذن لهيئة التحكيم بمواصلة إجراءات التحكيم. مع أن التساؤل يبقى مشروعاً حول مدى إمكانية الطعن بالتعقيب إذا كان رفض محكمة الإستئناف الاستجابة لطلب الأطراف في توقيف إجراءات الإبطال لتمكين هيئة التحكيم من تدارك الإخلالات غير معلل؟ إلا أنه من الضروري الإشارة في مقابل ذلك إلى أن السلطة التقديرية التي منحها المشرع لمحكمة الإستئناف تجدد مبررات منطقية، خاصة أن طلب توقيف الإجراءات قد يخفي سوء نية من قبل الطاعن بالإبطال الذي قد يكون الهدف من طلبه هو التطويل في الإجراءات و التنكيل و كسب الوقت للحيلولة دون تنفيذ الحكم.

و مهما كانت طريقة تعهد هيئة التحكيم فإنه وفي كل الأحوال يجب مراعاة حقوق الدفاع. فإذا قدم أحد الأطراف طلباً في الإصلاح أو الشرح أو الإكمال يجب أن يعلم الطرف الآخر حتى يمكن من إبداء ملاحظاته. ويبقى آخر أجل للإصلاح هو صدور حكم في طلب الإبطال عن محكمة الإستئناف بتونس.

وبالرغم من وضوح إجراءات تعهد هيئة التحكيم و بساطتها إلا أن تعهداً بالدور الموكل لها يجد بعض الحدود.

2 - حدود التعهد :

اقتضى الفصل 47 من مجلة التحكيم أن أحكام مجلة التحكيم باستثناء بعض الفصول لا تنطبق إلا إذا كان التحكيم واقعاً على التراب التونسي أو وقع اختيار أحكامها لتتطبق على إجراءات التحكيم.

ويؤخذ من ذلك أن أحكام الفصل 77 من مجلة التحكيم المتعلقة بالإصلاح و التفسير و الإكمال لا تنطبق إذا صدر حكم التحكيم على تراب دولة أجنبية دون إتباعه إجراءات مجلة التحكيم بالرغم من أن تنفيذه سيتم على التراب التونسي. و هو على ما يبدو الدافع الكامن وراء سكوت الفصل 81 من مجلة التحكيم عن إمكانية إذن محكمة الإستئناف لهيئة التحكيم لمواصلة إجراءات التحكيم أو اتخاذ ما ترى من شأنه إزالة أسباب الإبطال في طور الاعتراض على الإذن بالتنفيذ على خلاف ما هو الشأن بالنسبة للفصل 78-4 من مجلة التحكيم. و قد يكون من الجائز التساؤل عن المانع من تمكين المحكمة من الإذن بتوقيف البت في مطلب الاعتراض وتمكين هيئة التحكيم من استئناف إجراءات التحكيم أو اتخاذ ما ترى من شأنه إزالة أسباب رفض الاعتراف و التنفيذ إذا كان القانون

1- أنظر : الفصل 77-2 من مجلة التحكيم.

الإجرائي المعتمد هو القانون التونسي أو حتى قانونا أجنبيا يجيز الإصلاح و التفسير والإكمال خاصة و أن إشكالات الإكمال و الإصلاح و التفسير تطرح بصفة خاصة عند التنفيذ (1).

و بالرغم من أهمية الإصلاح و التفسير و الإكمال في المساهمة في ضمان الحصانة القانونية للأحكام التحكيمية. إلا أن المشرع لم يعط حلا في صورة عدم إمكان التثام هيئة التحكيم قبل تعهد محكمة الإستئناف بتونس بدعوى الإبطال أو عند تعهدها بذلك. و في مثل هذا السياق أقترح الأستاذان Robert و Morreau إمكانيتين: الأولى هو تعيين هيئة تحكيم بديلة أو إكمال تركيبتها، أما الإمكانية الثانية فهي إسناد الاختصاص للمحكمة الابتدائية لمكان التحكيم (2).

و في مقابل ذلك يرى الأستاذ Granjean أنه إذا أصدرت هيئة التحكيم الحكم و كان من غير الممكن اجتماعها من جديد أو استحالة اكتمالها، فإن الاختصاص يكون للمحكمة التي من المفروض أن تكون مختصة في حالة غياب اتفاقية تحكيم (3). وقد يعاب على هذا الموقف أنه يؤدي إلى الخوض من جديد في قواعد تنازع الاختصاص التي من المفروض أن يكون الأطراف قد استبعدوها بلجوتهم للتحكيم، و بالتالي لا وجود لأساس قانوني يبرر اختصاص محاكم الدولة (4).

و قد يكون التساؤل مشروعا في القانون التونسي حول إمكانية قيام محكمة الإستئناف بتونس بالدور الذي كانت هيئة التحكيم ستقوم به لو أمكنها أن تلتئم. ويبدو أن الإجابة تكون بالنفي في غياب نص صريح يجيز ذلك. و قد يرجع امتناع المشرع عن إقرار هذه الإمكانية إلى أن وجود اتفاقية التحكيم تتعارض مع إسناد اختصاص التفسير والإصلاح و الإكمال إلى محكمة الدولة، و بالتالي إحترام إرادة إسناد فض النزاع عن طريق التحكيم. وبالإضافة إلى ذلك قد يرجع هذا الامتناع أيضا إلى القناعة بأن الهيئة الوحيدة المؤهلة للإصلاح و التفسير و الإكمال هي الهيئة المصدرة للحكم، وهو ما جعل المشرع يسند الاختصاص مباشرة إلى هيئة التحكيم وحتى لو تم الطعن بالإبطال فإن المحكمة لا يمكنها أن تقوم بعمل هيئة التحكيم بل عليها أن توقف إجراءات الإبطال إلى حين البت في الإصلاح و التفسير و الإكمال. و قد يكون الأمر على خلاف ذلك و هو أن تلتئم هيئة التحكيم وأن تنظر في طلب الإصلاح و الشرح و الإكمال و تصدر حكمها.

ب - بعد التعهد :

بعد أن تتعهد يكون على هيئة التحكيم إحترام ضوابط معينة لإصدار حكمها (1) و يكون هذا الحكم قابلا للطعن فيه (2).

1- R.Perot art .préc., Rev.arb., 1968 spéc., p. 10.

2- Attitude cité par Nathalie Garnir, « interpréter, rectifier, et compléter les sentences arbitrales internationales », Rev. arb., 1995.565 spéc.,p. 571.

3- Grandjean, « la durée de la mission des arbitres », Rev. arb., 1995,p. 39.

4- Natalie Garnir, art. préc., Rev. arb., 1995, spéc., p. 575.

1 - إصدار الحكم :

اقتضى الفصل 77 من مجلة التحكيم أنه " إذا قدم أحد الأطراف خلال ثلاثين يوماً من اتصاله بالحكم مطلباً لهيئة التحكيم و أعلم به الطرف الآخر و لم يسبق الاتفاق على ما يخالف الأجل المذكور فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تباشر الأعمال التالية.."

و يتبين من هذا النص أن إجراءات الإصلاح و الشرح و الإكمال يجب أن يحترم فيها مبدأ المواجهة بين الخصوم. و بالتالي فإن إحترام حقوق الدفاع يبقى قائماً طالما لم تصدر هيئة التحكيم حكماً بخصوص مطلب الإصلاح و الإكمال و الشرح. إلا أنه و لئن كان يسهل الجزم بوجود إحترام حقوق الدفاع عندما تكون المبادرة بطلب من أحد الأطراف فإن الإشكال يبقى قائماً عندما تتولى هيئة التحكيم من تلقاء نفسها إصلاح الغلطات المادية المعينة بالفصل 77 من مجلة التحكيم. إذ أن المشرع لم يشر إلى ضرورة إحترام هذا المبدأ.

و تجدر الإشارة إلى أن هيئة التحكيم لا يمكنها عند التعهد أن تأذن بأعمال أبحاث جديدة و لا يمكنها أن تقبل أدلة جديدة أو طلبات جديدة. و تتمتع هيئة التحكيم بأجل شهر من تاريخ صدور حكم التحكيم لإصلاح حكمها إذا كانت تعهدت بالإصلاح من تلقاء نفسها (1). أما إذا كانت هيئة التحكيم قد تعهدت بالإصلاح من قبل أحد الأطراف فإنها تصدر الحكم الإصلاحي في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ التعهد و لا يمكنها التمديد في هذا الأجل (2). و إذا كان الطلب الذي تقدم به أحد الأطراف يرمي إلى الشرح أو الإكمال فإن هيئة التحكيم تتمتع بأجل أطول لإصدار حكمها و هو ستين يوماً من تاريخ التعهد، و يجوز لهيئة التحكيم التمديد عند الاقتضاء في أجل إصدار حكم الشرح أو الحكم التكميلي.

و يجدر التذكير بالإضافة إلى ما تقدم بأن المشرع قد أعطى للمحكمة المتعده بطلب الإبطال أن توقف إجراءات الإبطال لمدة تحددها تمكيناً لهيئة التحكيم من تدارك ما من شأنه إزالة أسباب الإبطال، و هو إجراء هام يستنتج من المعطى المضمن بالفصل 77 فقرة أخيرة من مجلة التحكيم الذي يعتبر أن الحكم الإصلاحي أو التفسيري أو التكميلي جزء لا يتجزأ من الحكم الأصلي. و هي طريقة قد تحول دون الوقوع في الإشكال الذي طرحه الفقه الفرنسي حول مآل الحكم التفسيري الصادر بعد الحكم برفض مطلب الإبطال (3). و يمكن أن يطرح الإشكال بهذا الخصوص حول إمكانية إعطاء هيئة التحكيم أجلاً يفوق الأجل القانوني لاتخاذ ما ترى من شأنه إزالة أسباب الإبطال. و يبدو أنه انطلاقاً من كون المشرع قد منح المحكمة سلطة تقديرية في تحديد هذا الأجل فإنه يمكن إعطاء أجل يفوق الأجل القانوني خاصة أن هيئة التحكيم نفسها تملك سلطة التمديد و هو ما يؤكد أن هذه الأجل ليست أمراً.

و بالإضافة إلى ما تقدم فإنه يمكن أن يتقدم أحد الأطراف إلى محكمة الإستئناف بتونس لتنفيذ حكم التحكيم، و يتقدم الطرف الآخر إلى هيئة التحكيم لإصلاح خطأ مادي أو لشرح الحكم أو إكمالها. فيطرح السؤال هنا عن مآل

1- أنظر : الفصل 77-1 من مجلة التحكيم.

2- أنظر: الفصل 77-2 ج" فقرة ثالثة التي أعطت إمكانية التمديد في حالة الشرح و الإكمال فقط دون الإصلاح.

3- V. Natalie Garni art. préc., Rev. arb., 1995, spéc., p. 577.

الحكم التفسيري أو الإصلاحي أو المكمل الذي يصدر بعد الإذن بالتنفيذ. فهل من الممكن طلب تنفيذه بصورة مستقلة و الحال أنه يعتبر جزءاً لا يتجزأ من الحكم الأصلي مع الاعتبار أن الإذن بالتنفيذ لا يتوقف عند وجود طلب في الإصلاح أو الإكمال أو الشرح؟ بل أن الإشكال قد يكون أهم من ذلك إذا تم الاعتراض على التنفيذ و أصدرت محكمة الإستئناف حكماً بشأنه يقضي برفض الاعتراض، فيكون التساؤل مشروعاً عن مآل الحكم الإصلاحي أو التفسيري أو المكمل الذي صدر بعد النطق برفض الاعتراض خاصة و أن الفصل 81 من مجلة التحكيم و على خلاف الفصل 78-4 من نفس المجلة- لا يعطي السلطة لمحكمة الإستئناف لتوقيف الإجراءات تمكيناً لهيئة التحكيم من اتخاذ ما ترى من شأنه إزالة أسباب الإبطال؟

ويبدو أن المشرع التونسي لا يشترط الإعلام بالحكم لسريان أجل الطعن في شأنه باعتبار أن سريان آجال الطعن تبدأ من تاريخ البت في مطلب الإصلاح أو الشرح أو الإكمال.

2 - الطعن :

أعتبر المشرع التونسي أن الحكم الصادر في إحدى الصور المحددة بالفصل 77 من مجلة التحكيم جزءاً لا يتجزأ من الحكم الأصلي. واعتبر من جهة أخرى أن الحكم الصادر على معنى الفصل 77 يقبل الطعن خلال ثلاث أشهر من يوم البت في المطلب، كما اعتبر من جهة ثالثة الفصل 78 أن المحكمة المتعهدة بالإبطال يمكنها أن توقف إجراءات الإبطال تمكيناً لهيئة التحكيم من إتخاذ ما من شأنه إزالة أسباب الإبطال.

ويؤخذ مما تقدم أن المشرع حرص على أن لا يتم الطعن في الحكم الصادر على معنى الفصل 77 إلا مصحوباً بالحكم الأصلي.

و ما يمكن أن يؤخذ من الفصل 78-3 من مجلة التحكيم هو أن تقديم طلب في الإصلاح أو الشرح أو الإكمال إلى هيئة التحكيم يعلق في الحقيقة آجال الطعن على خلاف ما هو الأمر بالنسبة للتحكيم الداخلي الذي أعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أن تقديم طلب في التفسير يقطع آجال الطعن و لا يعلقها (1).

و ما يمكن أن يعاب على هذا الموقف هو أنه يفتح باباً عريضاً للتنكيل، إذ أن آجال الطعن العادية لا تتجاوز الثلاث أشهر في حين أنه إذا قدم طالب الإبطال مطلباً في التفسير أو الإصلاح أو الإكمال فبعملية حسابية بسيطة يتبين أن آجال الطعن يمكن أن تتمطط. فالنأخذ حالة تقديم الطلب من قبل أحد الأطراف الذي يتمتع بأجل ثلاثين يوماً من يوم إتصاله بالحكم، نضيف لهم أجل الثلاثين يوماً الذي تتمتع به هيئة التحكيم إذا تعهدت بالإصلاح أو التفسير و الذي يمكن أن يصل إلى ستين يوماً في حال تقديم طلب في الإكمال، نضيف لهم الأجل الذي يمكن أن تضيفه هيئة التحكيم باعتبارها تملك سلطة التمديد التي لا تجد حدوداً، فإنه يتبين أن أجل الطعن يمكن أن يتجاوز الأربع أشهر من يوم الاتصال بالحكم. و يبدو أن اعتبار تقديم مطلب في الإصلاح أو التفسير أو الإكمال معلقاً لآجال الطعن

¹ - قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب ، عدد 1193 مؤرخ في 28 مارس 2002، مجلة القضاء و التشريع، عدد أبريل، ص.145

يذهب في الاتجاه المعاكس لضمان الحصانة القانونية لأحكام التحكيمية، خاصة أن آجال الطعن في القانون الفرنسي لا يمكن أن تتجاوز في كل الأحوال الثلاثين يوماً من يوم الإعلام بالحكم (1).

و تجدر الإشارة إلى أن الإشكال الذي طرح في فرنسا في التحكيم الداخلي و المتمثل في التساؤل عن مدى إمكانية اعتبار الحكم التفسيري نهائياً متى أصبح الحكم المفسر كذلك لا مجال لطرحه، باعتبار أن حكم التحكيم في التحكيم الدولي التونسي لا يمكن أن يضحى نهائياً إلا إذا مضت آجال الطعن في الحكم التفسيري أو الإصلاحي أو المكمل.

و بالإضافة إلى ما تقدم فإنه مثلما تبين ذلك فإن أهم حدود تفرض على هيئة التحكيم عند الشرح أو الإصلاح أو الإكمال هو ضرورة عدم المس من مبدأ قوة ما اتصل به القضاء من جهة، و مبدأ رفع ولاية هيئة التحكيم عن النزاع بمجرد إصدارها حكم التحكيم من جهة أخرى. إلا أنه قد يجد فرض إحترام المبدأين المشار إليهما بعض الصعوبات. فالملاحظ أن الطعن بالإبطال لا يبيح مراجعة أصل النزاع إذ يكون من الضروري لمراقبة مدى إحترام المبدأين المشار إليهما التطرق للأصل، و هو كما تمت الإشارة إلى ذلك مسألة محظورة هذا من جهة، و من جهة أخرى فلا بد من التذكير بأن حالات الإبطال وردت على سبيل الحصر و لم تذكر من بينها حالة خرق الفصل 76-3 و حالة خرق الفصل 32 من مجلة التحكيم.

إلا أنه لا بد من الانتقال من التساؤل عن إمكانية التطرق لمدى إمكانية الإبطال لمخالفة الفصلين 76-3 و 32 من جهة، و مدى إمكانية التطرق إلى أصل النزاع للبحث عن أساس آخر يمكن للمحكمة أن تعتمده. فالملاحظ من جهة أن سلطة هيئة التحكيم تجر مشروعيتها في التقيد بنفوذ الأمر المقضي فيه، كما أنه بمجرد إصدار الحكم تنتهي سلطة هيئة التحكيم و يكون لها فقط سلطة الإصلاح أو التفسير أو الإكمال مع ضرورة إحترام نفوذ الأمر المقضي فيه. بحيث إذا تم خرق هتين القاعدتين تكون قد انتصبت دون اتفاقية تحكيم باعتبار انتهاء مهمة البت في النزاع. و من هذا المنطلق فإن المحكمة يمكنها أن تراجع جميع عناصر النزاع فقط لتتأكد من مشروعية اختصاص هيئة التحكيم، إذ المتفق عليه أن المحكمة لا حدود لسلطتها في التأكد من اختصاص هيئة التحكيم إذ يمكنها أن تراجع جميع عناصر النزاع. إلا أنه يجدر التنبيه إلى أن إبطال الحكم الإصلاحي أو المفسر أو المكمل لا يؤثر على الحكم الأصلي بالرغم من اعتباره جزءاً لا يتجزأ منه باعتبار أن حكم التحكيم في مثل هذه الحالة يمكن أن يكون قابلاً للتجزئة على معنى الفصل 78-2 أولاً "ج". وبناء على ذلك فإن الحكم بإبطال الحكم الإصلاحي أو التفسيري أو المكمل لا يمكن أن يؤثر على الحكم الأصلي. فمثلاً إذا لم تحترم هيئة التحكيم حقوق الدفاع عند التعهد من جديد لا يمكن إبطال الحكم الإصلاحي أو التفسيري أو المكمل (2)، إذا كان الأصل سليماً طبعاً. و إذا خرقت هيئة التحكيم مبدأ نفوذ الأمر المقضي فيه فإن هذا الحكم هو وحده الذي يمكن إبطاله دون الحكم الأصلي (3). إلا أنه إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للحكم الصادر على معنى الفصل 77 فإن الأمر سيكون خلاف ذلك إذا أبطلت المحكمة حكم التحكيم الأصلي فإن الحكم الإصلاحي أو المفسر أو المكمل تنتفي الجدوى من بقائه و يزول بزوال الأصل.

1- V. l'art. 1505 du NCPC française.

2- V. Paris, 28 avr. 1988 Rev. arb., 1989. 280.

3- أنظر: الفصل 78-2 أولاً "ج"، و الفصل 81 أولاً "ج" من مجلة التحكيم.

الحماية القانونية للموظف إزاء طاعة الأوامر غير المشروعة : بحث مقارنة



صالح الزيداني : باحث دكتوراه

في القانون العام جامعة نانت - فرنسا

E-mail : dsaleh18@yahoo.com

المقدمة :

توجد في التشريعات المنظمة للوظيفة العامة قواعد قانونية تفرض على الرؤوس واجب الطاعة نحو رئيسه، وتهدف في ذات الوقت إلى حماية النظام الاجتماعي حرصاً على انتظام المرافق العامة وسيرها في أحسن حال لكي تستمر في تأدية خدماتها العامة للأفراد؛ لأن أي إخلال بواجب الطاعة في المجال الوظيفي بين الرئيس والرؤوس يؤثر على حسن انتظام وسير هذه المرافق مما يؤثر على تحقيق المصلحة العامة .

إلا أنه في مقابل التزام الرؤوس بضرورة طاعة أوامر رئيسه نجد هناك طائفة أخرى من القواعد القانونية تفرض على نفس الرؤوس بصفته كموظف عام أن يلتزم بطاعة القوانين واحترامها من أجل احترام حقوق وحرية الأفراد داخل المجتمع، أي أنه إذا صدر إليه أمر غير مشروع من رئيسه وجب عليه رفضه وهنا تثار مشكلة بين هاتين القاعدتين؛ أي بتعبير آخر التعارض بين التزام الرؤوس بواجب طاعة الأمر غير المشروع الصادر إليه من رئيسه وبين الالتزام باحترام القوانين التي تفرض عليه عدم تنفيذ مثل هذه الأوامر لأنها خروج على أحكام القوانين؟ بالتالي يقع الموظف في حيرة بين الالتزامين؛ نظراً لأن الترابط وثيق جداً بين هاتين القاعدتين؛ لأن كل قاعدة مصدرها المشرع، ولا يمكن إجراء مفاضلة بين القاعدتين باعتبار أن مصدرهما نظام قانوني واحد 1 .

أهمية الموضوع :

لهذا الموضوع أهمية بالغة بعد ثورة السابع عشر من فبراير التي تهدف إلى تحقيق الحرية والعدل والمساواة والقضاء على الفساد، وبناء دولة القانون والمؤسسات، والقطيعة مع الحقبة المظلمة في تاريخ الدولة الليبية خلال 42 سنة بما أنتجته من فساد سياسي وإداري ومالي .

لذا من خلال متابعتنا للوضع الحالي في الجهاز الإداري الليبي في ظل الحكومة الانتقالية الأولى اتضح وجود فساد وتبذير للمال العام تحت أشكال ومسميات مختلفة² وهنا تبرز أهمية هذا الموضوع ، لأن الواجبات والمحظورات الوظيفية تقوم بشكل أساسي على مدى مشروعية أو عدم أوامر الرؤساء داخل الجهاز الإداري للدولة. وبالتالي نريد من خلال هذا البحث الموجز أن نتوجه به مباشرة إلى الموظفين في جهازنا الإداري الجديد، الذي نريده جهاز يعكس بحق روح ثورة السابع عشر من فبراير ويسعى إلى تحقيق أهدافها وعلى رأسها القضاء على الفساد المالي . ولا ندعى بأن موضوع كهذا يمكن تسليط الضوء عليه بشكل كافٍ من خلال هذه الوريقات، فهو أكبر من أن نلم به في هذا المقال، ولكن يكفيننا شرف المحاولة فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي، ونسأله تعالى العون والتوفيق.

إشكالية البحث :

هل للموظف الحق في رفض طاعة أوامر رئيسه غير المشروعة ؟ وهل التذرع بطاعة أوامر الرئيس الإداري مبرراً للإفلات من العقاب ؟

خطة البحث :

للإجابة على هذه الإشكالية نبحث موقف المرؤوس من طاعة الأوامر الرئاسية غير المشروعة في الفقه الإسلامي في (المبحث الأول)، ثم نعرض للنظريات الفقهية التي تبين حدود التزام المرؤوس بطاعة الأوامر الرئاسية غير المشروعة في (المبحث الثاني)، من ثم نتقل للحديث عن واجب رفض طاعة الأوامر المتضمنة ارتكاب جريمة جنائية في (المبحث الثالث)، ونختتم البحث بعرض للتطور القضائي الذي يمثله مجلس الدولة الفرنسي ويؤسس فيه لنظرية واجب رفض الطاعة إن صح لنا أن نسميها بهذا الاسم في (المبحث الرابع) .

المبحث الأول - موقف المرؤوس من طاعة الأوامر الرئاسية غير المشروعة في الفقه الإسلامي.

ينبغي لكي يتسنى لنا الحديث عن موقف المرؤوس من طاعة الأوامر الرئاسية غير المشروعة في الفقه الإسلامي؛ أن نتحدث أولاً عن حدود طاعة أولى الأمر (الحاكم) في (المطلب الأول)، ثم ندرس ثانياً عدم طاعة الأوامر الرئاسية غير المشروعة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول- حدود طاعة أولى الأمر:

إن طاعة أولى الأمر في الإسلام لم تأت استقلالاً، وإنما جاءت تبعاً لطاعة الله وطاعة رسوله، فأولو الأمر لا ينفردون بالطاعة في كل ما أمروا به، ولكن يطاعون فيما هو طاعة لله، وإذا كان الرسول لا يأمر بغير طاعة الله، بل لا يتصور أن يأمر بغير طاعة الله، فإن من أولى الأمر من يأمر بغير طاعة الله؛ لذا فهم لا يطاعون في معصية الله تعالى³

فطاعة الحاكم الذي يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر تكون واجبة، ولكن في حدود القدرة و الاستطاعة،
 بدليل قول الله تعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ) 4 . وقوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) 5 وقوله: (إذا
 أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) 6 ويقول أيضاً عن الولاية (الحكام) (من أمركم منهم بمعصية فلا تطيعوه) 7 ويقول
 أيضاً: (على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة) 8

وورد في كتاب صحيح البخاري، أن النبي بعث سرية واستعمل عليهم رجلاً من الأنصار، فلما خرجوا وجد
 عليهم في شئ (أي غضب عليهم)، فقال لهم: أليس قد أمركم رسول الله ﷺ أن تطيعوني؟ قالوا: بلي، قال:
 فاجمعوا لي حطباً، ثم دعا بنار فأضرمها فيه (أي اشعل النار في الحطب)، ثم قال: عزمت عليكم لتدخلنها (أي
 اقسمت عليكم أن تدخلوا النار)، فقال لهم شاب منهم: إنما فررتم إلى رسول الله ﷺ من النار فلا تعجلوا (أي
 لا تتسرعوا في القيام به) حتى تلقوا رسول الله ﷺ فإن أمركم أن تدخلوها فدخلوها، فرجعوا إلى رسول الله ﷺ فأخبروه،
 فقال لهم: لو دخلتموها ما خرجتم منها أبداً . إنما الطاعة في المعروف (أي في الخير) 9

من هنا يمكن القول: أن طاعة الرؤساء ليست مُطلقة دون قيد أو شرط؛ إنما هي طاعة مقيدة بأن لا تكون في
 معصية؛ أي أنها طاعة مترتبة على مدى طاعتهم لله ولرسوله والتزامهم بأوامر الشريعة ونواهيها، وإلا كانت
 أعمالهم وتصرفاتهم باطلة ومن ثم غير مُطاعة 10

والإطار الذي يمكن للموظف فيه الخروج على مفهوم الطاعة هو ما أشار إليه القرآن الكريم في قول الله تعالى:
 (وَلَا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ) 11. أي إذا كان الحاكم فاسداً وظالماً يقيم
 الباطل على الحق، والظلم على العدل فيسقط حقه في السمع والطاعة.

الجدير بالذكر هنا أن طاعة ولي الأمر إنما تجب إذا كانت مُتصلة بشئون الحكم، أما إذا أمر بشئ يتعلق
 بشخصه، أو شخص المأمور، أو غيرهما من الأفراد من غير أن يكون راجعاً إلى مصلحة عامة فلا تجب طاعته 12. أي
 بعبارة أخرى؛ فإن كل ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية مُحَرَّم على المسلمين ولو أمرت به السلطة الرئاسية؛ لأنَّ
 حق هذه الأخيرة في التشريع مقيد بأن يكون موافقاً لنصوص الشريعة ومتفقاً مع مبادئها العامة وأهدافها؛ فإذا أمرت
 السلطة الرئاسية بما يخرج عن تلك المبادئ العامة والأهداف فمن واجب كل مسلم أن يمتنع عن تنفيذ هذه الأوامر
 13 لأن طاعة الحاكم أو ولي الأمر لها حدود وليست مُطلقة.

المطلب الثاني - الأوامر الرئاسية غير المشروعة في القرآن الكريم:

لم يترك القرآن الكريم صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها ولو بشكل مُجمل، ومن بين المسائل التي تحدث عنها
 القرآن الكريم الأوامر الرئاسية غير المشروعة حيث أورد قاعدة عامة في قوله تعالى: (وَمَا أَمْرٌ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ) 14 .
 نستنتج بمفهوم المخالفة: أن الأمر الرئاسي لا بد أن يتسم بالرشد الإداري؛ فهو خلاصة الحنكة والحكمة والدراية
 وسعة الأفق؛ وحسن التصرف التي يجب أن تجتمع في الرئيس الإداري وهو يصدر قراره. وتقول الآية القرآنية: (وَلَا
 تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ) 15. فهذه الآية تضع حداً للطاعة بالنسبة للأوامر غير المشروعة؛ والتي تخرج عن حدود الذوق
 والملائمة والخلق القويم، فتوقع المرءوس في حرج بالغ تنأى به عن طاعتها.

وتجد طاعة الرؤساء في الإسلام سندها الشرعي في قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا
 الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) 16. والمقصود بأولى الأمر جميع المسؤولين؛ سواء الحكام أو رؤساء الإدارات بمختلف

مراتبهم من رئيس الحكومة والوزراء إلى أصغر موظف في الجهاز الإداري 17 . وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّ فِي مَعْرُوفٍ مَعْرُوفٍ فَبَايِعْهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) 18 .

بناءً عليه : إذا اصدر الرؤساء أوامر تتضمن معصية الله صراحة فلا سمع ولا طاعة في تنفيذ هذه الأوامر، فإن فعل المرءوس ذلك تقع عليه المسؤولية وبأثم، ويتحمل العقوبة في الدنيا والآخرة مصداقاً لقوله تعالى: (يَوْمَ تُقَلَّبُ وُجُوهُهُمْ فِي النَّارِ يَقُولُونَ يَا لَيْتَنَا أَطَعْنَا اللَّهَ وَأَطَعْنَا الرَّسُولَ وَقَالُوا رَبَّنَا إِنَّا أَطَعْنَا سَادَتَنَا وَكُبْرَاءَنَا فَأَضَلُّونَا السَّبِيلًا رَبَّنَا آتِهِمْ ضِعْفَيْنِ مِنَ الْعَذَابِ وَالْعَنَهُمُ لَعْنًا كَبِيرًا) 19 . أي هم يتمنون أن لو كانوا في الدنيا ممن أطاع الله ورسوله □ وهي أمنية ضائعة لا موضع لها ولا استجابة في ذلك اليوم، فقد فات الأوان، إنما الحسرة على ما كان 20.

المبحث الثاني - النظريات الفقهية بشأن حدود التزام المرؤوس بطاعة الأوامر الرئاسية غير المشروعة

تثور المشكلة هنا عندما يأمر الرئيس مرؤوسه بتنفيذ أمر مخالف للقانون ولكن هذه المخالفة لاتصل إلى حد الجريمة الجنائية؛ كالقتل واختلاس وتبذير المال العام فيجد المرؤوس نفسه بين أمرين: إما احترام القانون وعصيان الأمر غير المشروع وفي هذا إهدار واجب الاحترام تجاه السلطة الرئاسية، وإما إطاعة الأمر وتجاهل القانون، ولا شك في أن هذا يؤدي إلى إهدار مبدأ المشروعية الذي يقضي بخضوع الدولة حكماً ومحكومين للقانون والتقييد بأحكامه ؟

حل هذه المشكلة برز خلاف كبير بين فقهاء القانون بشأن مدى التزام المرؤوس بتنفيذ تلك الأوامر المخالفة للقانون، وهل يلزم المرؤوس بأن يطيع تلك الأوامر غير المشروعة أو ينفذ حكم القانون وبالتالي يخالف أمر رئيسه؟ فظهرت ثلاث نظريات فقهية 21 في هذا الصدد للإجابة على هذا التساؤل المهم على النحو الآتي :

المطلب الأول - نظرية الطاعة المطلقة :

ترجع هذه النظرية تاريخياً إلى نظم الحكم المطلق التي تجبذ الطاعة للأمر دون اعتراض أو نقاش . حيث يقول Thomas hobbes : أن ما يأمر به الملك الشرعي يصبح شرعياً وعادلاً بمقتضى ذلك الأمر ، وما ينهى عنه يصبح غير قانوني بمجرد منعه، فإذا ترتب على ذلك ارتكاب الموظف جريمة بسبب طاعة الأوامر فلا جناح عليه طالما أن من اصدر الأمر كانت له السلطة الشرعية 22 .

النظرية تقوم على فكرة أساسية وهي: لكي نضمن سير المرافق العامة باضطراد يجب على المرؤوس الالتزام بطاعة أوامر رئيسه وتنفيذها؛ حتى لو كانت مخالفة لأحكام القانون شريطة ألا تصل إلى حد ارتكاب الجرائم المعاقب عليها قانوناً؛ وذلك منعاً لاختلال النظام الإداري، ويترتب على ذلك أن المسؤولية تنتقل إلى الرئيس باعتباره الشخص الذي اصدر الأمر غير المشروع 23 .

إذا مضمون هذه النظرية يقوم على : تغليب واجب طاعة الرئيس على واجب احترام القانون، وذلك لعدة أسباب ومبررات تتمثل في :

أولاً - قرينة المشروعية :

على أساس أن أوامر الرؤساء دائماً مشروعة؛ لأن القاعدة أن الرؤساء يقومون بعملية تفسير القوانين وإصدار القرارات وفق هذه التفسيرات، وأن الرؤوسون عليهم الالتزام بعملية تنفيذ تلك القرارات استناداً لإرساء مبدأ التسلسل الإداري، وذلك بإعلاء كلمة الرئيس على الرؤوس حتى تسير دفة العمل الإداري دون تعطيل .

ثانياً - الضرورات العملية :

تتمثل في أنه لو سمح للمرؤوسين حق الرقابة على مشروعية أوامر الرؤساء لتحوّل مجال العمل إلى صراع دائم بين الرؤساء والمرؤوسين، أو كما يقول الفقه : " سوف يؤدي ذلك إلى إعطاء القرار النهائي لا إلى المحكمة المختصة ولا إلى الوزير المختص وإنما إلى الموظف الذي يقوم بعملية التنفيذ فيصبح المرؤوسون قادة أو قضاة المشروعية في الدولة " 24.

بالرغم من وجهة النظرية بالنسبة للوظائف العسكرية التي تقوم على الانضباط والصرامة حيث لا يتم ذلك إلا عن طريق التزام الطاعة للأوامر وعدم مناقشتها، ومع كل ذلك، فإن هذه النظرية لا تبدو مقنعة في مجال الوظائف المدنية لاسيما اليوم بعد ثورات الربيع العربي المنادية بمبادئ الديمقراطية سواء في الحكم أو في الإدارة . لذلك تعرضت هذه النظرية لانتقادات منها :

1 - أنها تسلب من الموظفين روح التفكير، وتُضعف لديهم ملكة البحث عن الصواب وتُلغي منهم الشجاعة الأدبية، وبالتالي تُؤدي إلى بيروقراطية في الإدارة 25 .

2- أن هذه النظرية تتجاهل مبدأ المشروعية من خلال تفضيل إرادة الرئيس على حساب القانون، وبالتالي فهي تقوم على فكرة قهر الشعب بصفة عامة؛ لأنها تُعطي الغلبة لمنطق القوة وتمدح الانقلابات، فهي تفرض الطاعة ولو كانت أوامر الرؤساء ضد النظام الدستوري القائم داخل الدولة، فضلاً عن ذلك فهذه النظرية تعصف بالضمانات القانونية التي يمنحها لنا مبدأ المشروعية في الدولة القانونية الحديثة.

3- تستحسن هذه النظرية روح القهر والاستبداد والتحكم داخل الجهاز الإداري، وهو ما يؤدي للفساد السياسي والإداري والمالي ، وقطع الطريق أمام مواجهة هذا الورم داخل أجهزة الدولة ومؤسساتها السياسية والإدارية.

4- إن إلزام المرؤوس بالطاعة المطلقة دون تحفظ بالرغم من وضوح مخالفة الأوامر للمشروعية؛ يشجعه على انتهاك القانون والاعتداء على المصالح العامة.

5- هذه النظرية تُبدد وقت وجهد الإدارة، وذلك لأنّ الأوامر والتعليمات المخالفة للقانون تمس في الغالب مركزاً قانونياً لأحد الأفراد كثيراً ما يتظلم منها المضرور أو يقوم بالطعن عليها قضائياً؛ مما يؤدي إلى إرهاب الطرفين في الدفاع عن وجهة نظرهم. ولا يخفى ما في ذلك من جهد ووقت ضائعين من كلا الطرفين في أمر لو سمحنا للمرؤوس الاعتراض عليه لتجنبنا كل تلك الإجراءات والطعون، فضلاً عن وقوف السلطة الرئاسية موقف الخضم غير الشريف في قضية تعلم خسرانها مسبقاً، ولاشك في أن هذا الموقف يؤثر في نفسية الموظف مما ينعكس أثره سلباً على عمله كما ونوعاً .

6- إن الأوامر التي تصدر من الرؤساء تقوم كغيرها من وجهات النظر على عناصر محددة تبنى عليها، وقد يكون أمام الرؤساء بعض العناصر أو الأسباب التي دفعتهم إلى اتخاذ هذه الأوامر، ولكن لم يكن أمام نظرهم كل العناصر الضرورية في التقدير وإلا لما أصدروا هذا الأوامر المخالفة للقانون. فإذا أتيح للمرؤوس الاعتراض على هذه الأوامر أمكن للرؤساء تقدير العناصر الجديدة ووضعها في الحسبان وتعديل أوامرهم على ضوء ما انكشف لهم إزاء الظروف الجديدة، الأمر الذي يساعد على أن تصدر الأوامر والتعليمات في صورة ناضجة وسليمة 26.

المطلب الثاني - نظرية المشروعية :

مضمون هذا النظرية يتمثل في أن الأوامر غير المشروعة لا تتفق مع المبادئ العامة الأساسية للقانون ولا مع مبدأ المشروعية، ولذلك يصبح واجب طاعة الأوامر غير المشروعة غير ملزم بالنسبة للمرؤوس 27.

فدور السلطة الرئاسية يكمن أساساً في إصدار أوامر مطابقة للقانون بحيث يلتزم الموظفون بإطاعتها والانصياع إليها لا لكونها صادرة من الرؤساء، وإنما لأنها صادرة لتنفيذ أحكام القانون؛ فإذا صدر أمر مخالف للقانون تعين على المرؤوس رفضه وعدم إطاعته، أي ضرورة خضوع الرئيس والمرؤوس في جميع تصرفاتهم لمبدأ المشروعية. فكلما كان أمر الرئيس مخالفاً للقانون فقد مشروعيته، وبالتالي كان المرؤوس في حل من تنفيذه لأن طاعة القانون أولى من طاعة الرئيس 28.

وبالرغم من أن هذه النظرية تُرسى أسس المشروعية الإدارية وتوفر الضمانات وتمنع استبداد السلطات الإدارية، إلا أنها تعرضت كسابققتها لعدد من الانتقادات تمثلت في الآتي :

1- إن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى التأثير على حسن سير المرافق العامة؛ لأنها تُعطي فرصة للمرؤوسين في التهرب من تنفيذ الأوامر الرئاسية؛ بحجة ضرورة التأكد من مشروعية الأوامر الرئاسية، وتجعل لهم الفصل في مشروعية هذه الأوامر، وهم في الغالب أقل خبرة ودراية من الرؤساء في نطاق العمل الإداري 29 .

2- أن إعطاء الموظف المرؤوس الحق في مناقشة قانونية أو عدم قانونية أوامر رؤسائه تؤدي إلى تضييع لحظات ثمينة من العمل في جدل بين الآراء المتناقضة الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف بغير أدنى شك إلى اختلال سير المرفق العام 30 .

المطلب الثالث - النظرية الوسط :

نظراً لما تعرضت له النظريتين السابقتين من انتقادات؛ والتي كانت تدور بين الطاعة المطلقة من قبل المرؤوس سواء كان الأمر الرئاسي شرعي أو غير شرعي، وبين أن تكون طاعة المرؤوس للأوامر القانونية فقط ، ظهرت نظرية ثالثة توفق بين النظريتين السابقتين، هذه النظرية تقوم على ضرورة التزام المرؤوس من حيث المبدأ بتنفيذ الأمر غير الشرعي الصادر إليه من رئيسه؛ وذلك حرصاً على احترام مبدأ المشروعية، وللمحافظة على حسن سير المرافق العامة، إلا أنها اقترحت وضع قيود عند تنفيذ الأمر غير المشروع من قبل المرؤوس ، وذلك بالتوفيق بين واجب الطاعة من جانب، وواجب احترام القانون من جانب آخر 31 ومن أهم هذه القيود :

القيود الأول - يحق للمرؤوس إذا ما تلقى أمراً رئاسياً غير مشروع صادر إليه من رئيسه أن ينبه رئيسه ويبلغت نظره كتابة إلى أن هذا الأمر غير مشروع، فإذا أصر الرئيس عندئذ يلتزم المرؤوس بتنفيذ هذا الأمر غير المشروع ، وفي هذه

الحالة يُعفى الرؤوس من الجزاء ويتحمل الرئيس المسؤولية وحده 32 . وهذا ماتبناه المشرع الليبي في قانون الخدمة المدنية في مادته (79) حيث تنص : " .. ولا يعفى الموظف من العقوبة استناداً إلى أمر رئيسه إلا إذا أثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابةً إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر " 33 . و كذلك أخذ به التشريع المصري في المادة (2/78) من قانون العاملين المدنيين بالدولة حيث تنص بقولها : " .. ولا يُعفى العامل من الجزاء استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابةً إلى المخالفة ، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده " 34

لذا نرى أن المشرع بموجب نص المادة (79) لم يحمي مبدأ المشروعية بالقدر الكافي ، كما أنه لم يحمي المرءوس، وذلك من ناحيتين وهما :

الأولى - من ناحية التقصير في حماية مبدأ المشروعية :

فالنص السابق حول المرءوس حق مراقبة وفحص الأوامر الرئاسية والتأكد من مطابقتها للقانون، وكذلك الاعتراض عليها في حالة مخالفتها للقانون، لكنه أوجب على المرءوس تنفيذ هذه الأوامر بالرغم من مخالفتها للقانون واكتفى بنفي المسؤولية عن المرءوس وتحميل الرئيس وحده مغبة تنفيذ هذا الأمر في حالة توافر شرطين : الأول أن يكون أمر الرئيس مكتوب ولكن هناك أوامر شفوية في بعض الأحيان ، والأخر أن يقوم بتنبيه الرئيس كتابةً، واعتقد من الصعب تحققهما من الناحية العملية، وبالتالي نكون أمام خرق لمبدأ المشروعية .

الثانية - التقصير في حماية المرءوس :

لاشك أن النص السابق قصر في حماية المرءوس، وذلك عندما اشترط لنفي المسؤولية عنه عند تنفيذه لأمر رئاسي مخالف للقانون أن يكون الأمر مكتوباً؛ وأن يكون التنبيه بالمخالفة مكتوباً أيضاً. وهذا يعني أن الأمر الرئاسي المخالف للقانون لو كان شفويّاً تحمّل المرءوس المسؤولية حتى لو اعترض على هذا الأمر، بل ويمكن - في هذه الحالة - أن يتحمل المرءوس وحده المسؤولية كاملة في حالة تنصل الرئيس من ذلك.

بالرغم من هذا القصور التشريعي فالقضاء الإداري الليبي درج على الأخذ بنص المادة (79) السابق الإشارة إليها في كثير من القضايا التي عُرّضت عليه. حيث نجد المحكمة العليا الليبية في أحد قراراتها تقول : " .. لاعتقاد على من ينفذ أمر غير مشروع، مشروط حسب نص المادة المشار إليها بأن يكون هناك قانون يمنع منعاً باتاً الجدل في مشروعية الأمر الذي صدر من الرئيس إلى مرءوسه، وليس في قانون الاحتكارات الذي ينظم مصلحة التبغ، ولا قانون العمل أو الخدمة المدنية الذي ينظم علاقة العمال والموظفين بالمصلحة أي نص يمنع من الجدل في الأوامر التي تصدر من الرؤساء إلى مرءوسيه إذا كانت هذه الأوامر غير مشروعة، ولا يقبل من العامل أو الموظف درء المسؤولية أن يدفع بأن الجريمة قد ارتكبت تنفيذاً لأمر رئيسه إذ ليس للمرءوس أن يطيع رئيسه في أمر مُجرّم يعلم أنه مُعاقب عليه قانوناً، لأن طاعة الرؤساء لا ينبغي أن تمتد إلى الجرائم ... " 35.

إلا أن جانب من الفقه يرى : أن على المرءوس إذا كانت عدم المشروعية في الأمر ظاهرة (واضحة) أو جسيمة أن يمتنع عن تنفيذ ذلك الأمر وإلا عرّض نفسه للمسؤولية، وذلك للتوفيق بين المشروعية والطاعة المطلقة، فتعمل

على ضمان سير المرافق العامة بتنفيذ أوامر الرؤساء بعد التنبيه على عدم المشروعية، وتلزم الرؤوس بالامتناع عن التنفيذ تبعاً لجسامة عدم مشروعية الأمر الرئاسي 36.

القيد الثاني - يتعلق بالشكلية في الأمر الرئاسي؛ أي أن الرؤوس لا يمتنع عن تنفيذ أمر الرئيس إلا إذا كان غير شرعي من حيث الشكل؛ بحيث إذا اطمأن الرؤوس إلى استيفاء الأمر الرئاسي لشكله القانوني وجب عليه طاعته - حتى لو كان هذا الأمر مخالفاً للقانون من حيث الموضوع. وقد تحدث عن هذا القيد الفقيه الألماني Laband الذي يرى: أن حق الرؤوس في فحص الأمر الرئاسي ليس مطلقاً، فالرؤوس ملزم بإطاعة الأوامر الرئاسية إذا توافرت شروطها الشكلية دون البحث عن الشروط الموضوعية لصعوبة فحصها، ويرى أن واجب الرؤوس يكمن في التثبت من ناحية المشروعية الشكلية للأمر الرئاسي لمعرفة أن الأمر الرئاسي صدر ممن يملك سلطة إصداره أم لا؟ وهل يدخل في اختصاص الرؤوس تنفيذه، وهل استوف كل الشروط الشكلية، ومن ثم لا مسؤولية على الرؤوس إذا كان الأمر الرئاسي مخالفاً للقانون من الناحية الموضوعية 37.

يبدو لنا، أن نظرية الطاعة المقيدة هي الأقرب إلى احترام القانون وتجسيد المشروعية الإدارية والحفاظ على سير المرافق العامة، لكننا لا نتفق مع القيد الثاني المتعلق بالمشروعية الشكلية للأمر الرئاسي؛ لأنه إذا كان الأمر مشروع من الناحية الشكلية ومخالف للقانون من الناحية الموضوعية فإنه وفق هذه النظرية على الرؤوس تنفيذ مثل هذا الأمر، ولكن هذا في نظرنا غير مقبول في الحالة التي يأمر فيه الرئيس رؤوسه بارتكاب جريمة؛ أي أن مخالفة الأمر الرئاسي للقانون هنا يجب ألا تصل إلى حد ارتكاب جريمة جنائية؛ أي أن عدم المشروعية الموضوعية يجب ألا تصل إلى حد ارتكاب الجرائم، وهذا موضوع حديثنا في المبحث الثالث.

المبحث الثالث - واجب رفض طاعة الأوامر الرئاسية المتضمنة ارتكاب جرائم:

بالرغم من اختلاف الآراء وتعدد النظريات حول مدى تأثير طاعة الأوامر غير المشروعة على مسؤولية الرؤوسين؛ إلا أن أغلب الآراء تتفق على مسؤولية الرؤوس عن تنفيذه الأمر الذي يتضمن ارتكاب جريمة جنائية، والتي يكون فيها عنصر الجريمة واضحاً.

لذلك فعندما يكون الأمر الرئاسي غير مشروع لتضمنه ارتكاب جريمة يُعاقب عليها قانون العقوبات، فإن امتناع الرؤوس عن التنفيذ لا يعتبر عدم طاعة للأوامر الرئاسية 38 فالقاعدة: أن الأمر الرئاسي الذي ينطوي على ارتكاب جريمة بصورة واضحة وجلية لا يعد أمراً مشروعاً، وبالتالي لا يكون الرؤوس غير ملزم بتنفيذه وحسب؛ وإنما يفرض عليه القانون واجب رفضه وعدم طاعته دائماً 39.

المشرع الليبي أخذ بهذا الاتجاه في كل تشريعاته؛ حيث يلزم الرؤوس بتنفيذ الأوامر القانونية فقط، ويُقرر مسؤوليته في حال تنفيذ أوامر غير مشروعة. فعلى سبيل المثال تنص المادة (69) من قانون العقوبات على أن: " ... ويكون منفذ الأمر مسئولاً أيضاً ما لم يكن يعتقد بناء على خطأ في الوقائع أنه ينفذ أمراً مشروعاً ... " 40. وتنص المادة (11) من القانون رقم (12) لسنة 2010 بشأن علاقات العمل الذي حل محل القانون رقم (55) لسنة 1976 بشأن الخدمة المدنية في فقرتها الثالثة على: " ... وأن يلتزم بأوامر العمل إذا لم يكن فيها ما يخالف العقد أو القانون أو اللوائح أو الآداب العامة أو ما يعرضه للخطر ... " 41.

كما نصت المادة (5/61) من قانون الأمن والشرطة على ذلك بقولها: " .. أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر وذلك في حدود القوانين واللوائح المعمول بها " 42 .

العديد من التشريعات المقارنة تؤكد بالنص صراحة على أن المرؤوس لا يعفى من العقاب إذا نفذ أمراً يؤدي لارتكاب جريمة، فمثلاً القانون المصري ينص في مادته (63) الفقرة الثالثة: " ... وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت انه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة " 43. كما ينص قانون العقوبات الفرنسي الحالي في المادة (4-122) على: " ... لا يكون مسؤولاً جنائياً الشخص الذي يؤدي عملاً تسمح به الأحكام القانونية أو التنظيمية ، ولا يكون مسؤولاً الشخص الذي يؤدي عملاً بأمر من سلطة شرعية ، إلا إذا كانت عدم مشروعية هذا الأمر واضحة " 44.

أما على صعيد أحكام القضاء فقد استقرت أحكامه على تأكيد هذه المبادئ، فقضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بأنه: " لا يقبل من العامل أو الموظف درءاً لمسؤوليته أن يدفع بأن الجريمة قد ارتكبت تنفيذاً لأمر رئيسه إذ ليس للمرؤوس أن يطيع رئيسه في أمر محرم يعلم أنه معاقب عليه قانوناً، لأن طاعة الرؤساء لا ينبغي أن تمتد بأية حال إلى الجرائم " 45 . وتقول محكمة النقض المصرية: " من المقرر أن طاعة المرؤوس لرئيسه لا تكون في أمر من الأمور التي يجرمها القانون ... " 46.

إذاً فطاعة الرؤساء لا تمتد بحال من الأحوال إلى ارتكاب الجرائم كسرقة وتبذير المال العام، وبالتالي على الموظفين في أجهزة الدولة اليوم إذا ما توجس أن الفعل الذي أمر بتنفيذه يشكل جريمة أن يتمهل حتى يتثبت ويتحقق من مشروعيته، فإن وجدته يشكل جريمة، كان عليه أن يمتنع عن تنفيذه وإلا وقع تحت طائلة العقاب، دون أن يشفع له ذلك الأمر الصادر من رئيسه.

أما إذا شكّل أمر الرئيس مخالفة تأديبية؛ فقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه ليس ميسوراً دائماً على العامل اكتشاف مخالفة الأمر للقانون. ولهذا لا يتحلل العامل من واجب الطاعة إلا إذا كانت عدم المشروعية ظاهرة وصارخة بحيث يدركها الرجل العادي. وبهذا يتفق الوضع بالنسبة للأوامر التي تنطوي على جريمة جنائية أو مخالفة تأديبية، إذ يرتفع عن العامل واجب الطاعة متى كانت هذه أو تلك ظاهرة بينة، بحيث يدركها الرجل العادي المقدر للمسؤولية 47.

مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ألقى على عاتق الموظف واجباً جديداً هو واجب عدم إطاعة الأوامر الرئاسية المخالفة للقانون، فلا يصبح عصيان أمر الرئيس مجرد حق للمرءوس فقط ، بل ينقلب واجباً عليه. فتترتب على مخالفته المساءلة والجزاء للمرءوس الذي يطيع ذلك الأمر. ويشترط لذلك شروطاً سوف ندرسها في المبحث التالي .

المبحث الرابع - نظرية القضاء الفرنسي (واجب رفض الطاعة) :

مجلس الدولة الفرنسي تبنى موقفاً جديداً في شأن تلك المشكلة الشائكة التي تواجه كل دولة قانونية، حيث ابتدع حلاً في تقديرنا كان موفقاً في القضية الشهيرة للسيد Langneur بتاريخ 10 نوفمبر 1944، بفضل تقرير المفوض السيد Chenot وذلك على النحو الآتي :

أولاً - وقائع القضية :

تتمثل وقائع هذه القضية أنه بعد إعلان نتيجة انتخابات المجالس المحلية في بلدية Drancy وفوز أعضاء جدد في تلك الانتخابات، نسب أعضاء المجلس الجديد إلى أعضاء المجلس السابق اتهاماً حول الاستعانة بنفر من عمال شمال إفريقيا في المعركة الانتخابية، ومنحهم مبالغ مالية للدعاية أخذت من بند إعانات العاطلين عن العمل، وقد وجه الاتهام إلى السيد Langneur بصفته رئيساً لقسم البطالة في تلك البلدية لقيامه عمداً بقيد أشخاص في كشوف العاطلين عن العمل على خلاف الحقيقة، كما حامت حوله الشبهات في اختلاس تلك المبالغ لمنفعته الخاصة، وقد قامت النيابة العامة باتخاذ إجراءات التحقيق حياله بتهمة النصب وخيانة الأمانة. ولكن تلك التحقيقات أسفرت عن عدم ثبوت هاتين التهمتين في جانبه، فصدر أمران بالأول وجه لإقامة الدعوى الجنائية قبله. بيد أن الجهة الإدارية قد شرعت من جانبها في اتخاذ الإجراءات التأديبية ضد السيد Langneur، وقد ارتأى المجلس التأديبي أنه إذا كان قد ارتكب تصرفات غير قانونية تمثلت في القيد الخاطيء لأسماء بعض العاطلين عن خلاف الحقيقة، فإن ذلك لم يكن منه إلا طاعة لأمر رئيسه وهو رئيس المجلس البلدي، ومن ثم فهو معفى من المسؤولية التأديبية عن هذا الخطأ التأديبي. ولكن السلطة التأديبية لم تأخذ بهذا الرأي، والذي كان في طبيعته استشارياً، فصدر قرار بعزل السيد Langneur من منصبه نظراً لذبوع التهمة وعلم الكافة بها.

لذا تسأل المفوض Chenot في تقريره عن معنى ذبوع التهمة التي نسبت إلى السيد Langneur ، وأنه قد صدر لصالحه أمران بالأول وجه لإقامة الدعوى الجنائية في التهمتين اللتين أسندتا إليه، ثم ذكر بأن الوقائع التي أسندت إلى المخالف تتحصل في دعم مشروعية التسجيل الخاطيء لبعض الأفراد في كشوف العاطلين عن العمل. وقد ذهب مجلس التأديب الاستشاري إلى أن ذلك الخطأ كان امتثالاً لأمر رئيسه . كما اعترف المخالف نفسه بإجراء هذا القيد الخاطيء ولكنه بسبب واجب الطاعة لأوامر رئيسه. بل إنه قد أبدى من جانبه اعتراضه إلى رئيسه على ذلك القيد الخاطيء ؛ وأوضح له وجه المخالفة بشأنه ... واستطرد المفوض قائلاً بأنه يجب النظر بعين الاعتبار إلى أمرين :

الأول - فكرة المرفق العام التي تهيمن على قانون الوظيفة العامة، وحماية الموظفين من التحكم والاستبداد الإداري لضمان حسن سير المرفق العام . فالموظفون يمارسون عملهم من أجل المصلحة العامة وليس من أجل مصلحة شخصية .

الثاني - إذا كانت هناك أوامر رئاسية مخالفة للقانون أو لمصلحة المرفق، فلا نكون بصدد أمر رئاسي؛ ويتعين على الموظف أن يرفض طاعة ذلك الأمر. فإذا حدث وأن قام الموظف بإطاعة رئيسه في أمر غير مشروع فإنه يرتكب خطأ يستوجب المؤاخذة التأديبية، إذ لا يجوز للموظف أن يغض بصره عن عيوب المشروعية الظاهرة ، وأولى له أن يقاوم الأمر المشكوك فيه وبشجاعة أدبية، بدلاً من أن يُطيعه. واختتم تقريره قائلاً : بأنه إذا كان يوجد حل آخر لهذه المشكلة فإنه سيكون بالضرورة ضاراً بمصلحة المرفق وبكرامة الرؤوس. ومن أجل ذلك يصبح الجزاء الذي وقع على الطاعن في الدعوى الراهنة هو الجزاء العادل المشروع . أما الأمر الرئاسي الذي تذرع به الطاعن فلا يعتبر عاصماً له من الجزاء؛ إذ الامتثال له كان طاعة خاطئة، ومن ناحية أخرى فلا يشفع للطاعن أن يتمسك بما انتهت إليه التحقيقات الجنائية إذ يقتصر أثرها على مجال المسؤولية الجنائية وحدها، فلا يتعدى أثرها إلى النطاق التأديبي. وقد تبني

مجلس الدولة ذلك الرأي، فقضى برفض الطعن تأسيساً على أن ما بدر من الطاعن السيد Langneur يُشكل مخالفة لواجب يثقل كاهله هو واجب عدم الطاعة للأوامر الرئاسية غير المشروعة .

ثانياً - شروط تطبيق هذه النظرية :

يُستخلص من الحكم السابق والأحكام المتواترة في ذات الموضوع أن مجلس الدولة الفرنسي يتطلب توافر شرطين لقيام واجب رفض الطاعة وهما :

1- أن يكون الأمر مشوباً بعدم المشروعية الظاهرة :

فمجلس الدولة الفرنسي يتطلب في شأن عدم المشروعية التي تشوب الأمر الرئاسي أن تكون ظاهرة بشكل واضح ؛ فيكون في إمكان الرؤوس أن يدركها.

2- المصلحة المضرورة :

يتطلب واجب رفض الطاعة فضلاً عن عدم المشروعية الظاهرة في الأمر؛ أن يكون الأمر الرئاسي من شأنه أن يلحق ضرراً بالمصلحة العامة. فإذا تخلف أحد الشرطين فلا يكون أمام الموظف سوى طاعة الرئيس ولو توافر الشرط الآخر 48. وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (28) من القانون المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين بقولها " Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la "responsabilité propre de ses subordonnés. 49 .

خلاصة هذا الموقف القضائي : أن هناك واجب جديد على عاتق الموظف هو واجب عدم الطاعة للأوامر الرئاسية المخالفة للقانون. فلا يصبح عصيان أمر الرئيس مجرد حق للمرؤوس فقط، ولكنه ينقلب واجباً عليه فتترتب على مخالفته المساءلة والجزاء للمرؤوس الذي يطيع ذلك الأمر 50. ويؤيد غالبية الفقه الفرنسي اليوم هذه النظرية ويشترطون اجتماع كلا الشرطين معاً.

مما سبق يتضح لنا : أن موقف القضاء الإداري الفرنسي متطور جداً مقارنة بالقضاء الإداري الليبي في مسألة واجب رفض الطاعة؛ لأنه لا يوجد نص قانوني أو حكم قضائي ينظم المسألة في النظام القانوني أو القضائي في ليبيا، ومن هنا أدعو المشرع والقضاء الليبي إلى تبني هذه النظرية كونها رافد ودعامة جديدة لمبدأ المشروعية الإدارية وسيادة حكم القانون.

نخلص مما سبق بحثه إلى النتائج الآتية :

أن الوظيفة تكليف لا تشريف، وأمانة يضعها ولي الأمر عند المسؤول الذي يجب عليه أن يقدر هذه الأمانة. وبالتالي لا يجوز له أن يستعمل وظيفته بقصد تحقيق نفع شخصي له أو لغيره، سواءً كان النفع مادياً أو معنوياً؛ فيجب على الموظف أن يوظف هذه الصلاحيات لتحقيق المصلحة العامة، وما لم يكن كذلك لم يكن صحيحاً وناظراً شرعاً وقانوناً.

أن الشريعة الإسلامية عرفت واجب الطاعة للأوامر المشروعة، وواجب عدم الطاعة للأوامر غير المشروعة منذ أكثر من أربعة عشر قرناً.

فيما يتعلق بحدود طاعة الأوامر غير المشروعة، نجد أن هناك نظريات تناولت حدود الطاعة في القانون خلاصتها : أن الموظف يكون ملزماً بالامتثال لأوامر رئيسه وإن كانت غير مشروعة ما لم يكن وجه المشروعية فيها ظاهراً. أما في الفقه الإسلامي فالمرؤوس لا يلتزم بطاعة أوامر الرئيس غير المشروعة والتي تخالف الكتاب والسنة والإجماع، وكذلك القوانين التي تصدر بناءً على إرادة الأمة فيما لم يرد فيه نص (بطريق الاجتهاد) والمقيدة بروح الإسلام ومقاصده التشريعية؛ لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

إن أغلب الفقه الإداري سواء في ليبيا أو فرنسا يجمع على رفض طاعة الأوامر غير المشروعة

المتضمنة ارتكاب جريمة جنائية، وبالتالي تُعد جرائم سرقة واختلاس وتبديد وإهدار المال العام من أخطر الجرائم الاقتصادية والجنائية التي لا تبرر طاعة أوامر الرؤساء بشأنها من المساءلة التأديبية والجنائية عنها.

يتفق الفقه الإداري على حق المرؤوس في رفض الطاعة إذا كانت عدم المشروعية ظاهرة وصارخة؛ بحيث يدركها الرجل العادي وتعلق الأمر بارتكاب جريمة جنائية.

موقف مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري الفرنسي من واجب الطاعة متطور جداً مقارنةً بالقضاء الإداري الليبي؛ لأنه وضع التزام جديد على عاتق الموظف وهو واجب رفض الطاعة في قضية السيد Langneur منذ العام 1944 مفاده : أن رفض طاعة أمر الرئيس المخالف للقانون ليس مجرد حق للمرؤوس ؛ بل يصبح واجب عليه ، ويترتب على مخالفته من جانب المرؤوس المسألة والجزاء. وباعتقادنا أن القضاء الإداري الفرنسي بموقفه هذا أصبح أكثر اتفاقاً مع واجب الطاعة في الفقه الإسلامي الذي يقوم على قاعدة : لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق مقارنةً بالقضاء الإداري الليبي .

أدعو المشرع الليبي إلى إصدار قانون جديد للوظيفة العامة تحت أسم (قانون الوظيفة العامة) ، وينص فيه صراحة على واجب رفض طاعة الأوامر غير المشروعة، وأن توضع له ضوابط معينة؛ لأن ترك تقدير خطورة الأمر الرئاسي غير المشروع على المصلحة العامة ليس بالأمر السهل، وأن يمنح المرءوس ضمانات قانونية في مثل هذه الحالات من المسألة القانونية. وهذا يدعونا للاستفادة من التشريعات المقارنة كقانون الوظيفة العامة الفرنسي وقبل ذلك مايزخر به تراثنا الإسلامي الخالد في هذا الشأن.

إن بناء دولة القانون والمؤسسات وحقوق الإنسان يتطلب منا جميعاً وعلى وجه التحديد شريحة الموظفين في الجهاز الإداري للدولة الوقوف في وجه هذا الورم بالامتناع أو المساهمة بأي شكل من الأشكال في تنفيذ مثل تلك القرارات غير المشروعة، وهناك ضمانات قانونية وقضائية توفر للجميع الحماية من المساءلة من طرف رؤسائهم إذا محاول هؤلاء محاسبتهم أو مساءلتهم أو حتى تهديدهم في وضعهم الوظيفي، فالقانون موجود والقضاء بدأ يشق طريقه نحو إرساء قواعد العدالة والمساواة وإحقاق العدل بين أفراد المجتمع، وضرورة وضع إطار عمل مؤسسي لعلاج المشكلة، ومحاصرة الفساد بكل صوره وأشكاله - ولا سيما - أن الفساد الإداري والمالي هو في المحصلة النهائية انتهاك للمعايير الرسمية، وخروج على المصلحة العامة، إذ أنه يعكس خللاً في القيم، وانحرافاً عن قيم و أهداف الثورة، وهذا بدوره كفيل بإيقاف عملية إعادة الإعمار وتنفيذ خططها.

قائمة الهوامش :

- 1 أنظر . سرور أحمد فتحي : الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام) ، الجزء الأول ، 1981 ، ص 226 .
- 2 أنظر http://www.youtube.com/watch?feature=player_detailpage&v=jXKhf18yuds ؛ وكذلك أنظر <http://www.youtube.com/watch?v=PX8vuMiYgEQ>
- 3 أنظر . المراكبي جمال أحمد السيد جاد : الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة (رسالة دكتوراة) ، القاهرة : جامعة القاهرة ، ص . 212 .
- 4 سورة التغابن ، الآية : 16 .
- 5 سورة البقرة ، الآية : 286
- 6 أنظر . العسقلاني الإمام ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الجزء الثاني ، بيروت : دار المعرفة ، ص . 588 .
- 7 المرجع نفسه ، الجزء الثامن ، ص 60 .
- 8 المرجع نفسه ، الجزء الثالث عشر ، ص 121-122 .
- 9 أنظر . ابن حنبل أحمد بن محمد : مسند الإمام أحمد ، الجزء الأول ، القاهرة : دار الفكر العربي ، ص 94 .
- 10 أنظر . أبوزيد محمد عبد الحميد : سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعاً وقانوناً ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1984 ، ص 74-75 .
- 11 سورة الشعراء ، الآيات : 151-152 .
- 12 أنظر . مذكور محمد سلام : نظرية الإباحة عند الأصوليون والفقهاء ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1984 ، ص 234 .
- 13 أنظر . أبوزيد محمد عبد الحميد : سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعاً وقانوناً ، مرجع سابق ، ص 77-78 .
- 14 سورة هود ، الآية : 97 .
- 15 سورة الشعراء ، الآية : 151 .
- 16 سورة النساء ، الآية : 59 .
- 17 يطلق الفقه الإسلامي أسم العامل على ما يعرف اليوم بتعبير الموظف ، حيث عرف الفقه الإسلامي الوظيفة العامة وأطلق عليها اصطلاح الولاية العامة ، تعبيراً عن وظائف الدولة العليا بما فيها منصب الخليفة . أنظر . القاسمي ظافر : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي ، سوريا : دار النفائس ، الطبعة الثانية ، 1977 ، ص . 475 .
- 18 سورة الممتحنة ، الآية : 12 .
- 19 سورة الأحزاب ، الآيات 66-68 .
- 20 أنظر . قطب السيد ، في ظلال القرآن ، القاهرة : دار الشرق ، الطبعة السادسة عشر ، 1990 ، ص 2883 .
- 21 لم يقتصر الأمر على هذه النظريات ، فهناك رأي للفقيه الألماني LABAND يقول فيه : أن المرؤوس يجب أن يتحقق في الأمر الصادر إليه من الآتي : هل من سلطة الرئيس إصدار مثل هذا الأمر ؟ وهل يدخل الأمر به في واجبات وظيفية المرؤوس ؟ وهل صدر الأمر بالشكل الذي

يتطلبه القانون؟ فإذا تحقق من هذه الشروط الثلاثة، فلا يجوز للموظف أن يتعرض للأمر في موضوعه وعليه الطاعة، ولا مسئولية عليه، أما إذا افتقد الأمر هذه الشروط فللمرؤوس أن يمتنع عن التنفيذ. أبو رأس محمد الشافعي: القضاء الإداري، القاهرة: عالم الكتب، 1981، ص. 334.

EKKEHART Müller- Rappard, L'Ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné. paris, 22 1965, p.6

هذا عن المضمون العام لنظرية الطاعة المطلقة أو كما يسميها البعض بنظرية النظام، إلا أن بعض من أنصار هذه النظرية لم يكتف بهذا العرض العام، وأخذ يتعمق في تحليل فحواها، فذهب إلى تقسيم العمل غير القانوني الذي يأتيه المرؤوس إلى جزأين، نشاط الرئيس، أي عملية اتخاذ القرار، وفعل المرؤوس أي تنفيذ الأمر الرئاسي، واعتبرا أن عملية إصدار الأمر الرئاسي هي التي تعد عملاً غير قانوني، أما فعل المرؤوس فيعتبر عملاً قانونياً، لأنه يعد أداءً لواجب قانوني مفروض عليه، مما يلزم معه حمايته من المسئولية التي قد تترتب عليه.

24 أنظر. سرور أحمد فتحي: أصول قانون العقوبات، مرجع السابق، ص. 243.

25 أنظر. هيكل محمد أحمد الطيب: السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان (رسالة دكتوراة)، القاهرة: جامعة عين شمس، ص. 318، 319.

26 أنظر. الدماصي محمد السيد: الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي (حق إبداء الرأي، مقال)، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، 1972، القاهرة: الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، ص. 55.

27 أنظر. أبوزيد محمد عبد الحميد، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص. 228.

28 أنظر. شوايل عاشور سليمان، طاعة الأوامر الرئاسية ومسؤولية الرئيس والمرؤوس جنائياً وتأديبياً، سرت: مجلس الثقافة العام، 2008، ص. 113. وأيضاً؛ أنظر

DUGUIT léon, manuel de droit constitutionnel, éd panthéon, 2007, p. 86.

29 أنظر. سليمان حكمت موسى: طاعة الأوامر وأثرها في المسئولية الجزائية، بغداد، 1987، ص. 26. نقلاً عن شوايل عاشور سليمان، طاعة الأوامر الرئاسية ومسؤولية الرئيس والمرؤوس جنائياً وتأديبياً، مرجع سابق، ص. 113. وأيضاً أبوزيد محمد عبد الحميد: طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص. 229.

30 أنظر. هيكل محمد أحمد الطيب: السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، مرجع سابق، ص. 316.

31 أنظر. شوايل عاشور سليمان، طاعة الأوامر الرئاسية ومسؤولية الرئيس والمرؤوس جنائياً وتأديبياً، مرجع سابق، ص. 114 وما بعدها.

32 أنظر. السيد محمد صلاح عبد البديع، النظام القانوني للموظف العام في مصر تشريعاً وقضاءً وفقها (الجزء الأول)، القاهرة: دار النهضة العربية، 1996، ص. 198.

33 الفقرة الثانية من القانون.

34 انظر. قانون رقم (47) لسنة 1978 بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة، متاح على الموقع التالي بتاريخ 2013/1/5: <http://www.mohamoon.com/montada>

35 أنظر. الطعن الجنائي رقم (129) للسنة الثانية عشرة قضائية، مجلة المحكمة العليا - الجزء الثالث، من يناير إلى سبتمبر 1968، ص. 270، وكذلك حكمها في الطعن الإداري رقم (12) للسنة الثانية عشر قضائية، مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة، العدد (40)، يوليو 1970، ص. 40.

36 أنظر. سليمان حكمت موسى، مرجع سابق، ص. 46، نقلاً عن، شوايل عاشور سليمان، مرجع سابق، ص. 115.

37 مشار إليه لدى، شوايل عاشور سليمان، مرجع سابق، ص. 116.

38 من الوقائع التاريخية التي تبرز تمتع بعض المسؤولين والقادة العسكريين بحرية واسعة في اختيار الامتثال لأوامر الرؤساء غير المشروعة أو عدم الامتثال إليها؛ أن الجنرال (رومل) عندما كان قائداً للفيالق الإفريقية لدول المحور تلقى أمراً مكتوباً من (هتلر) صادر بتاريخ 18 تشرين الأول 1942م جاء فيه (منذ الآن يجب إبادة جميع الأعداء الذين يوجدون في مأموريات الكوماندوس سواء في أوروبا أو في أفريقيا عن آخرهم، إذا قبضت عليهم قواتنا، حتى ولو كانت لهم مظاهر الجنود من ناحية الملابس أو مظاهر عصابات الإغارة، وسواء أكانوا مسلحين أو لا، أثناء القتال أو بدون القتال، وسواء كانوا قد أتوا لتنفيذ عملياتهم عن طريق البحر أو الجو أو نزلوا بالمظلات، فلا فرق في المعاملة بسبب ذلك، ولا يقبل أي عفو من حيث المبدأ بالنسبة لهؤلاء الأفراد حتى ولو تظاهروا بالإذعان والخضوع وقت إلقاء القبض عليهم). ولم يمثل الجنرال رومل إلى هذا الأمر، وإنما احرقه في وقت كان النظام العسكري يقتضي منه أن يطيعه وينفذه. أشار إليه خالد محمد خالد: مسؤولية الرؤساء أو القادة أمام المحكمة الدولية الجنائية، رسالة ماجستير، الدنمارك: الأكاديمية العربية المفتوحة، 2008، ص. 78.

39 أنظر. سعيد محمد محمود، قانون الأحكام العسكرية، دار الفكر العربي، 1987، ص. 254.

40 متاح على الموقع التالي بتاريخ 2013/1/12: <http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=68>

⁴¹ أنظر . مدونة التشريعات ، العدد 7 ، لسنة 2010 ، ص . 268 .

⁴² متاح على الموقع التالي بتاريخ 2013/1/13 : <http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=ArabicLaw&ID=364>

⁴³ أنظر . موسوعة التشريعات المصرية (موسوعة الكترونية) ، متاح على الموقع التالي بتاريخ 2013/1/13 :

<http://www.4shared.com/file/1ti3G392/> - .html

⁴⁴ v. code pénal , éd 2009 , dalloz , p .146 . aussi. sordino marie-christine : droit pénal éd , 2009 , p . 240
général , 3^e

⁴⁵ أنظر . مجلة المحكمة العليا ، السنة الثالثة ، العدد 1 ، أكتوبر 1966 ، ص 30 .

⁴⁶ أنظر . مجموعة المكتب الفني ، السنة 15 ، نقض جنائي ، بتاريخ 14 ابريل ، سنة 1964 ، ص . 314 .

⁴⁷ V . jean- marie auby et jean-bernard auby et didier jean-pierre et antony taillefait : droit de la fonction

publique , éd 6 , dalloz 2009 , paris , p.365 . aussi , aubin emmanuel : droit de la fonction publique , éd 3 ,

Gualino éditeur , 2007 , paris . 243 .

⁴⁸ أنظر . على سبيل المثال الحكم الصادر بتاريخ 1964/1/4 في قضية LEMONIER ET AUTRES منشور في A.J.D.A سنة 1964 ،
الجزء الثاني ، ص . 447 .

⁴⁹ Loi n° 83-634 du 13 juillet : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr (le13/1/2013)

⁵⁰ v . Recueill dalloz , année 1945 , p . 87-89 . aussi v,LACHAUME jean-francois , PAULIAT hélène : droit

administrative (les grandes décisions de la jurisprudence) 14éd, 2007 , paris , p .620 .

استقلال الذمة المالية للزوجة من خلال الشروط الإدارية لعقد الزواج وأثارها في مدونة الأسرة - دراسة ناصيلية -



الدكتور الجيلالي سبيع : باحث في الفقه والأصول

- جامعة محمد الأول وجدة -

بسم الله الرحمن الرحيم. لقد نصت مدونة الأسرة المغربية على استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين في المادة 49، كما يستفاد ذلك من ضمنا وتبعاً من المواد 47 و48 وحتى المادة 40، وكلها تتحدث عن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين لنفسه أو كلاهما، وهي شروط ممهدة للحديث عن استقلال الذمة المالية للزوجين.

المادة 47 : الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً.

اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد، وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة، واتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على صحة الشروط التي يكون فيها تحقيق وصف مرغوب فيه، أو خلو المرأة من عيب لا يثبت الخيار في فسخ الزواج، واختلفوا في الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد، ولكنها لا تنافي حكماً من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد العاقدين، كاشتراط ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها، أو ألا يخرجها من دارها أو بلدها ونحوها.

فقال الحنابلة : إنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها.

وقال الحنفية : إنها شروط ملغاة، والعقد صحيح.

وقال المالكية : إنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها، بل يستحب فقط.

وقال الشافعية: إنها شروط باطلة، ويصح الزواج بدونها.

ورأي الحنابلة هو الذي أخذت به المدونة ولهم أدلتهم في ذلك⁽¹⁾.

وأما عن تأثير الشرط الفاسد على العقد، فذهب الحنفية إلى أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وإنما يلغي الشرط وحده، ويصح العقد⁽²⁾ والحنابلة يوافقون الحنفية فيما ذكر إلا في بعض الشروط فإنها تبطل العقد⁽³⁾، منها توقيت العقد، واشتراط طلاق المرأة في وقت معين، واشتراط الخيار في فسخ الزواج في مدة معينة وهذا هو النوع الثالث عندهم. أما عند الشافعية فإن الشرط الفاسد يفسد العقد⁽⁴⁾ لكن قال المالكية: يجب فسخ العقد مادام الرجل لم يدخل بالمرأة فإن دخل بها مضى العقد وألغى الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل⁽⁵⁾.

إذن يتبين أن المدونة أخذت في حكم هذه المادة بقول الأحناف في الموضوع، حيث اعتبرت مثلهم صحة العقد وبطلان الشرط الفاسد.

وقد ألحقت المدونة في هذه المادة حكم الشروط التي تخالف القواعد الآمرة للقانون بحكم الشروط التي تخالف أحكام العقد ومقاصده، وهذا اجتهاد من المدونة في هذا الباب.

المادة 48: الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطتها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين، إذ طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها العيني للمشرط مرهقا. أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاؤه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه.

رأينا في المادة السابقة - المادة 40 - أن المدونة سارت مع مذهب الحنابلة الذي يرى إلزامية الشروط التي تكون من مقتضى العقد، ولكمها لا تنافي حكما من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد العاقدين - وقد أصلنا لمذهب الحنابلة في هذه النقطة في المادة 40⁽⁶⁾.

المادة 49: لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه لا يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية.

¹ - أشارت المدونة إلى اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها في المادة 40، وهو اختيار لمذهب الحنابلة في الموضوع، وفي تأصيل الأمر نقول: قال ابن قدامة عن الشروط التي تشترطها الزوجة على زوجها: "إنها شروط صحيحة ملزمة يجب الوفاء بها لأنها شروط للمرأة فيها منفعة ولا تمنع المقصود من النكاح وهو الاستمتاع بالوطء". المغني ص 7/448، ط 1400 هـ، 1980 م، مكتبة الرياض الحديثة.

- قال ابن سلمون: "وأما ما لا يفسد بها النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك، فلا يخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة، فإن كانت مطلقة غير مقيدة استحباب للزوج الوفاء بها، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا ما استحلتم به الفروج". أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، تحت رقم 2721، ص 546، و مخطوط ابن سلمون ص 9.

- وقال ابن قدامة: "هذا قول عدد من الصحابة منهم عمر وابن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم، فكان إجماعا". المغني، ص 7/249.

- غير أن الإجماع الذي يتحدث عنه ابن قدامة منخرم باعتراض المذاهب الباقية، وباعتبار تضارب رأي بعض الصحابة في المسألة ومنهم عمر المذكور سابقا، والذي صدر عنه رأي مخالف في المسألة حيث روى البيهقي أن رجلا تزوج امرأة على عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه على شرط أن لا يخرجها، فوضع عنه عمر الشرط وقال المرأة مع زوجها". أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب الشروط في النكاح، ص 7/249.

² - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ابن مسعود الكاساني الحنفي، ص: 5/175، ط 2، 1402 هـ، 1999 م، دار الكتاب العربي، بيروت.

³ - المغني، ابن قدامة الحنبلي، ص 7/449.

⁴ - مغني المحتاج، الشربيني، ص: 3/227.

⁵ - البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، لأبي الحسن علي التسولي، ص: 1/435، ط 1418 هـ، 1998 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

⁶ - تنظر الصفحة 1 و 2 قبله.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر إذ لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

تطرق هذه المادة إلى ثلاث نقاط تخص العلاقة المالية بين الزوجين، وسناقش كل نقطة على حدة :

1- لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر.

وهذا يعني أن كل واحد من الزوجين حر في التصرف في ماله، أما ذمة الزوج المالية المستقلة فلا غبار عليها ولا نقاش حولها، وتبقى الذمة المالية المستقلة للزوجة محل نقاش⁽¹⁾ وإن كان جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم يثبتون للمرأة الرشيدة ذمتها المالية المستقلة فتملك بذلك التصرف في مالها مله بالتبرع والمعاوضة كيفما شاءت.⁽²⁾

ودليل ما ذهب إليه الجمهور من الكتاب قوله تعالى: "فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم".⁽³⁾

وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف يعد إيناس الرشد وهو لفظ عام يستغرق الذكر، والأنثى ولا يخص له.

كذلك يستدل بالآيات الآتية:

قوله تعالى: "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا".⁽⁴⁾

وقوله أيضا: "ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض، للرجال نصيب مما اكتسبوا، وللنساء نصيب مما اكتسبن وأسألوا الله من فضله، إن الله كان بكل شيء عليما".⁽⁵⁾

وقوله تعالى: "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين" ⁽⁶⁾.

قال الدكتور الحسن العبادي عند استدلاله بهذه الآيات: "وأصل هذه المسألة أن الإسلام مبني على المساواة في تمام الأهلية بين الرجل والمرأة، فالمرأة مثل الرجل تتمتع بالحقوق كقرينها الرجل، فلها أن تكسب المال بأسباب الكسب

1- قال المالكية والحنابلة في رواية: "يحجر على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة لصالح زوجها في التصرف بغير عوض كالهبة والصدقة... فيما زاد على ثلث مالها قياسا على المريض، ويكون تبرعا بزائد عن الثلث نافذا، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه على المشهور عند المالكية" الشرح الكبير للدردير ص:3/307، والقوانين الفقهية لابن جزي ص:212، وكشاف القناع للبهوتي ص:3/405، ط 2، 1402 هـ، 1982م، دار الفكر.

2- المغني لابن قدامة، ص:2/464.

3- سورة النساء، الآية 6.

4- سورة النساء، الآية:7.

5- سورة النساء، الآية:32.

6- سورة النساء، الآية:12.

الشرعية، كالإرث في الآية الأولى، أو بجميع أنواع الكسب حيث إن الآية الثانية عامة لأنواع الكسب من تجارة وصناعة وفلاحة وجميع أنواع المعاملات المالية المشروعة".⁽¹⁾

أما الآية الثالثة فتدل على نصيب الرجل في تركة زوجته وهذا يدل على أن تلك التركة كانت ملكا لها خاصا.

وفي إطار مناقشة الدكتور العبادي لمسألة الذمة المالية المستقلة للزوجة، استدلت أيضا بما سماه الأدلة الخاصة وهي إضافة إلى الآيات السابقة المستغرقة للذكور والإناث فقال: "ومن الأدلة الخاصة في القرآن الكريم قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به".⁽²⁾

وهذه الآية تدل على طلاق الخلع، فلو لم يكن لها مال تتصرف فيه، فلا تخلع نفسها من زوجها فتؤدي ثمن الخلع.⁽³⁾

أما أدلة استقلال الذمة المالية للزوجة من السنة المشرفة فمتعددة نذكر منها: قوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن"⁽⁴⁾ وأنهن تصدقن، فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل.

وهذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب في هبة المرأة لغير زوجها، أوعتقها إذا كان لها زوج، فهو جائز إذا لم تكن سفيهة، فإن كانت سفيهة لم تجز.

وكأنه بهذه الترجمة يرى أن الأصل في المرأة الرشيدة في التصرف في مالها حتى يثبت سفهها، قال ابن حجر، وأدلة ذلك في الكتاب والسنة كثيرة وهو مذهب الجمهور.⁽⁵⁾

كما أخرج البخاري في باب الهجرة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث)، عن عوف بن مالك بن الطفيل أن عائشة حدثت أن عبد الله ابن الزبير قال في بيع أو عطاء أعطته عائشة رضي الله عنها: والله لتنتهين عائشة أو لأخرجن عليها، فقالت: أهو قال هذا؟ قالوا: نعم، قالت: (هو له علي نذر أن لا أكلم ابن الزبير أبدا).

وهكذا بقيت تتصرف في أموالها بالعطاء والبيع والعتق وغيرها دون رقيب عليها.⁽⁶⁾

وفي باب فضائل أم المؤمنين زينب بنت جحش قال أصحاب التراجم: "وكانت امرأة صناع اليد أي حاذقة ماهرة لعمل اليدين، فكانت تدبغ الجلود وتخز وتصدق به في سبيل الله".⁽⁷⁾

قال الدكتور العبادي عقب استدلاله بهذه الأحاديث على استقلالية الذمة للمرأة.⁽⁸⁾

"وفي ضوء ما تقدم فإن المرأة المسلمة لها كامل الأهلية في التصرف في مالها كما تشاء، سواء في التبرعات أو المعاملات أو التنمية بجميع أشكالها، وما ذهب إليه الفقه المالكي من حجر الزوج عليها فيما زاد الثلث في التبرعات مبني على

1- عمل المرأة في سوس، الدكتور الحسن العبادي، ص: 14-15، ط 1، 1425 هـ، 2004 م، طوب بريس نشر وزارة الأوقاف.

2- سورة البقرة، الآية: 230.

3- عمل المرأة في سوس، د. العبادي، ص: 15.

4- أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب حديث رقم 1462، ص: 291، ط 1، 1417 هـ، 1997 م، دار ابن حزم.

5- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، العسقلاني، ص: 5/218، دار الفكر.

6- فتح الباري، ص: 6/533، و صحيح البخاري، باب الهجرة، رقم الحديث: 2725.

7- سيرة أعلام النبلاء، للحافظ شمس الدين الذهبي، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ص: 3/341، ص: 1، 1425 هـ-2004 م، دار الكتب العلمية، بيروت.

8- عمل المرأة في سوس، د. العبادي، ص: 18.

حديث أخرجه أبو داود في سننه عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يجوز لامرأة في مالها عطية إلا بإذن زوجها".⁽¹⁾

وقد حمل كثير من الفقهاء هذا الاستئذان على حسن المعاشرة، واستطابة نفس الزوج بذلك، وحتى فقهاء المالكية اختلفوا في ذلك، فقال الشيخ العدوي في "حاشيته على شرح الخرشبي للمختصر" وللمرأة الرشيدة المتزوجة أن تهب جميع مالها لزوجها، ولا اعتراض عليها في ذلك لأحد".⁽²⁾

2- استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة خلال فترة قيام الزوجية :

بعد أن أثبت الشرع الذمة المالية المستقلة لكلا الزوجين أباح لهما التعاون، والتشارك في استثمار أموالهما بصفة مشتركة، مع الحرية في الإنفاق على طريقة استثمارها وتوزيعها، ففيما يخص الاستثمار فلهما أن يستثمرا أموالهما كيفما شاءا مناصفة أو بنسب متفاوتة أو أحدهما بالمال والآخر بالمجهود والعمل وهكذا، وكذلك لهما الحرية في اختيار طريقة تقسيم وتوزيع تلك الأموال المكتسبة.

قال ابن عبد الرفيق التونسي في أجوبته: "مسألة: ذكر أن قضية المصامدة وفقهائهم حكموا بشركة المرأة مع زوجها، لأن عرف بعض البلاد أن الزوجة مع زوجها يتعاونان في جميع الأشغال إلا ما ثبت أن الزوج استبد به بصنعه، أو انفراد به من ميراث أو شراء يظهر أن المرأة لم يكن لها في شيء".⁽³⁾

فمذهب مالك⁽⁴⁾ وغيره أن الشركة في الأموال والأبدان جائزة إجماعاً، ولا تنعقد إلا باللفظ أو ما يقوم مقام الإذن بالتصرف فانعقد به.

ثم قسم ذلك إلى ثلاثة أوجه:

- الأول: أن يكون لكل واحد منهما مال، فالقضية واضحة بينهما.

- الثاني: أن لا يكون لهما مال، فيكون الربح بينهما بقدر العمل، ونقل هنا كلام ابن شاس في "عقد الجواهر" وابن أبي زيد في "مختصر النوادر" وابن حبيب في الواضحة، وأشار إلى حكم أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب في قضية عمرو ابن الحارث، وزوجته حبيبة بيت زريق التي ذكرت في "منتخب الأحكام" لابن أبي زمنين.

- ثم ذكر الوجه الثالث: وهو أن يكون لأحدهما مال دون الآخر، فينظر، فإن كان المال للزوجة فلا خلاف أن للزوج مؤونة سعيه وعنايته بمال زوجته، إذ ليس له أن يخدم مال زوجته باتفاق، وإن كان المال للزوج دون الزوجة، فالمشهور أنها لا تلزمها الخدمة الخارجة عن المنزل.

1- أخرجه ابن ماجه في سننه، في كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث رقم: 2388، ص: 4/57، سنن ابن ماجه، تحقيق بشار معروف، ط 1، 1418 هـ، 1998م، دار الجيل بيروت.

2- الخرشبي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، ص: 5/308، دار الفكر.

3- نقلا عن كتاب عمل المرأة في سوس، ص: 24 والذي نقل واختصر كلام ابن عبد الرفيق من مخطوطه الغير مرقم.

4- القوانين الفقهية لابن جزي، ص: 187 وحاشية العدوي على متن الرسالة من ص: 186 إلى ص: 2/191.

هذا وقد أباح الإسلام إقامة شراكة بين شخصين أو أكثر، بنصوص منها قوله صلى الله عليه وسلم، مبلغا عن ربه تعالى في الحديث القدسي: "أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإن خانه خرجت من بينهما فإذا خانه خرجت من بينهما".⁽¹⁾

ومن هنا ما رواه البخاري وغيره عن أبي عقيل زهرة بن معبد عن جده عبد الله بن هشام وكان قد أدرك النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير، فدعا له بالبركة قال: "كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهما، فيقولان له أشركنا، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد دعا لك البركة، فيشركهم، فرمى أصاب الراحلة كما هي، فبيعت بها إلى المنزل".⁽²⁾

هذا ومن أجل ضمان حقوق كل طرف فإن المدونة دعت إلى توثيق هذا الاتفاق الهادف استثمار أموال الزوجين، ويكون هذا التوثيق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وهذا الأمر يعد أيضا من الإجراءات الاحتياطية التي تضمن حق كل طرف في وقت فسدت فيه كثير من الذمم، وكإجراء احتياطي آخر طلبت المدونة من العدلين إشعار طرفي الزواج بالأحكام السالفة الذكر، أي إشعار كل طرف أن له ذمة مالية مستقلة وأن له الحق في استثمار أمواله مشاركة مع الطرف الآخر، ولهما الحرية في اختيار طريقة القسمة والتوزيع.

3- حق الكد والسعاية :

وفي حال ما إذا لم يكن هناك اتفاق بين الزوجين أو عقد شركة لتنمية أموال الأسرة، فإن المدونة ترد الأمر للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. ويدخل في قواعد الإثبات من الشهود والبينة والإقرار...

والمقصود هنا أن يثبت كل طرف عند النزاع حول أموال الأسرة أنه شارك في تنمية تلك الأموال وأنه قدم مجهودات وتحمل أعباء في هذا السبيل، وهذا ما يجعل خروجه صفر اليمين من هذه المائدة ظلم، ومنه فإن الفقهاء أولوا لهذا الأمر أهمية كبيرة فاهتموا بسعاية وكد- المرأة خصوصا- ومساهمتها في تنمية أموال الأسرة وأثبتوا لها نصيبها حسب ما تستحقه وحسب ما بدلته من جهد.

قال الأستاذ المختار السوسي: "ولذلك اعترف لها - أي المرأة الجزولية، بالسعاية والكد ومشاركة الرجل في المداخيل والأرباح، فالجزوليين حين تخدم المرأة، يعطون لها نصيبا في كل ما يدخل إلى المنزل إذ شاركت في تحصيله بأي وجه بعد تقويم العرفاء، وبهذا يحكم قضاتهم".⁽³⁾

وقال ابن عرضون: "إذا حدث ما يوجب الطلاق وطلقت بالفعل، يصبح للمرأة الحق في أن تطالب بحقوقها، يحكم لها القاضي بذلك، ويسمى هذا الحق لدى أهالي الجبال - بحق الشقا- ومعناه أن لها الحق في جميع الأعمال التي أدتها لزوجها، لا يختص بعمل دون الآخر".⁽⁴⁾

1- أخرجه الدار قطني في سننه في كتاب البيوع عن أبي هريرة، حديث رقم: 139، ص: 3/35، سنن الدار قطني، تحقيق عبد الله اليماني، ط 1387 هـ، 1966م، دار المعرفة بيروت.

2- أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام وغيره، حديث رقم: 2502.

3- المعسول لمحمد المختار السوسي، ص 42/42، المغرب.

4- ابن عرضون الكبير، حياته وأثاره: آراؤه وفقهه، د. عمر الجبدي، ص: 204 و 205، منشورات عكاظ.

وهذا يخص الأموال المكتسبة خلال مدة الزواج، ولا يتناول ما كان يملكه كل واحد منهما قبل إبرام العقد وكذا كل مال استفاده خلال مدة الزواج من هبة أو صدقة أو ميراث".⁽¹⁾

يقول الدكتور الحسن العبادي في كتابه "عمل المرأة في سوس" معرفاً السعاية بقوله: "السعاية مأخوذة من فعل سعى يسعى سعياً وسعاية أي قصد وعمل وكسب لعياله..."

ومن المعلوم أن طبيعة البلاد السوسية، خاصة القبائل الجبلية تجعل المرأة نشيطة عاملة تقوم بأعمال الحرث والحصاد وجني الثمار، والاحتطاب وجمع الحشائش، وتربية البهائم وسياستها بالعلف والسقي ورعاية النتاج وتربية الدواجن بالإضافة إلى القيام بصناعة أنواع النسيج والغزل كالزرابي والأكسية وغيرها الشيء الذي جعل الفقهاء النوازلين يعطون الأهمية الخاصة لعمل المرأة".⁽²⁾

هذه الأهمية الخاصة هي التي جعلتهم يفتون بحق المرأة في عملها وكدها، وذكر الدكتور العبادي نماذج كثيرة من أجوبتهم.⁽³⁾ نذكر منها جواب سيدي داود بن محمد التملي التونسي (ت 898 هـ)، ففي أجوبته التي أجاب فيها على أسئلة تلميذه سيدي حسين بن داود الرسموكي قال في جواب عن سؤال: "من كانت عنده أخت أو غيرها تشتغل له بشغل يمكن توليه بنفسه أو بأمته أو زوجته ثم بعد ذلك قامت عليه تطلب الأجرة؟، أها ذلك أم لا؟"

فأجاب مستدلاً بفتوى أبي إسحاق التونسي: "نعم لها الأجرة، وبه أفتى، ثم استدلت بحكم عمر في قضية حبيبة بنت زريق عمرو بن الحارث".⁽⁴⁾

والسعاية ليست أمراً محدثاً وإنما لها أصلها كما جاء في هذه النازلة، حيث قضى بها سيدنا عمر بن الخطاب في قصة حبيبة بنت زريق التي كان زوجها عمر بن الحارث قصاراً يتاجر في الأثواب، وكانت تساعد في ترقيعها حتى اكتسب مالا كثيراً فمات عمرو وجاء ورثته واستحوذوا على مفاتيح المخازن والأحنة واقتسموا المال بينهم، فأقامت عليهم حبيبة دعوى بقسمة المال إلى نصفين، أخذت منه حبيبة النصف، وشاركت الورثة في النصف الآخر بحققها منه، كتركة تركها زوجها. ولهذا قال الدكتور العبادي مؤصلاً للسعاية: "قال أبو زيد الجشمي في منطوقه" باب المهر والسعاية.

أما السعاية فأصل أمرها *** أم حبيبة قضى لخيرها
كما أتى عند الخليفة عمر *** ففي نوازل الجبال قد ظهر

1- الدليل العلمي لمدونة الأسرة لوزارة العدل، ص: 44 و 45.

2- عمل المرأة في سوس، ص: 22.

3- أنظر ذلك في الكتاب المذكور من الصفحة 26 إلى 30 .

4- عمل المرأة في سوس، ص: 22.

وقد تم التأصيل للمسألة في رسالة في مسألة السعاية لعمر ابن عبد العزيز الكرسيفي الأُرغي وغيرهم (1) وقضية أسماء بنت أبي بكر في سياسة فرس زوجها(2) و قضية سيدتنا فاطمة رضي الله عنها وشكواها مما تلقى من الرحي(3).

هذا إذن هو رأي الفقهاء وأدلتهم في مسألة استحقاق الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية ويبدو أن المدونة أخذت فتاوى الكد والسعاية التي تعطي للزوجة، ولأي طرف متضرر الحق بالمطالبة بحقه في الأموال التي اكتسبتها الأسرة وكانت له مساهمة في تنميتها ليرسخ مبدأ استقلال الذمة المالية لطرفي الزواج.

1- عمل المرأة في سوس، د. العبادي ص: 20.
 2- روى البخاري ومسلم عن أسماء بنت أبي بكر أنها قالتك "تزوجني الزبير وما له في الأرض من مال، ولا مملوك ولا شيء غير ناضح، وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأكفيه مؤنته وأسوسه، وأدق النوى لناضحه وأعلفه، وأستقي الماء وأخرز غربه(أي دلوه)، وأعجن وأنقل النوى من أرض الزبير على رأسي... حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم فكفتني سياسة الفرس فكانما أعتقني" أخرجه مسلم في كتاب السلام، باب إرداف المرأة الأجنبية، إذا أعيت في الطريق، حديث رقم 2182، ص: 4/1716، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط 2، 1972م، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
 3- عن علي كرم الله وجهه قال: "كانت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحب أهله إليه وكانت عندي، وإنها جرت بالرحى حتى أثرت في يدها، واستقت بالقريبة حتى أثرت في نحرها وقشت أي كنست البيت حتى أغبرت ثيابها وأوقدت القدر حتى دكنت-اتسخت-ثيابها وأصابها من ذلك ضرر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم خدم فقلت: أو أتيت أباك فسألتيه خادما، فأنته فوجدت عنده حداثا -أناس يتحدثون-فرجعت، فأتاها من الغد فقال: ما كان حاجتك؟ فسكنت-فأخبره علي بأمرها-فقال: اتقي الله يا فاطمة، وأدي فريضة ربك، واعلمي عمل أهلك، وإذا أخذت مضجعتك، فسبحي ثلاثا وثلاثين، واحمدي ثلاثا وثلاثين وكبري أربعاً وثلاثين، فتلك مائة فهو خير لك من خادم، قالت رضي الله عنها رضيبت عن الله وعن رسوله، ولم يخدمها"، أخرجه أبو داود في كتاب الأدب باب في التسبيح عند النوم حديث رقم: 5063 ص: 193-194/5، سنن أبي داود، تحقيق عزت الدعاس وعادل السيد، ط 1، 1418 هـ، 1997م، دار ابن حزم.

صندوق التكافل العائلي



من إعداد : الأستاذ محمد لشقار

باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق طنجة

email : Prof.lachkar@gmail.com

مقدمة :

يعد صندوق التكافل العائلي مشروعاً اجتماعياً متميزاً، يهدف إلى تحقيق مجموعة من المرتكزات الأساسية، التي تهدف إلى تحقيق الاستقرار الاجتماعي عن طريق حل العراقيل المادية والاجتماعية، التي تعترض الحياة اليومية للأسر المعوزة، من جملة هذه المشاكل: مسألة نفقة المطلقة وأبنائها، والتي استفحلت بشأنها القضايا المعروضة أمام القضاء، مما جعل منها ظاهرة عويصة العلاج، لم تنفع معها الحلول التشريعية التي جاءت بها مدونة الأسرة لسنة 2004.

وأمام تفاقم العضلات الاجتماعية التي واجهتها الأسر المغربية المعوزة، من جهة، والأم المطلقة في ظل صعوبات التنفيذ التي تحد من فعالية الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة، من جهة ثانية، حاول المشرع المغربي تجاوز هذه المشاكل من خلال إحداث صندوق التكافل العائلي، وذلك استجابة للدعوة الملكية التي وجهها صاحب الجلالة الملك محمد السادس من خلال الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة القضائية يوم 29 يناير 2003، حيث حث بمقتضاها الجهات المعنية على دراسة متأنية لمشروع صندوق التكافل العائلي ليكون مؤسسة رائدة تتكفل ببعض الشرائح الاجتماعية التي تعيش ظروفًا صعبة، خاصة الأمهات والأطفال القاصرين الذين لا يتم الإنفاق عليهم.¹

وهو ما أكد عليه مرة أخرى من خلال الخطاب الملكي لافتتاح الدورة البرلمانية، حيث دعا جلالته إلى إحداث الصندوق، وأمر بفرض رسوم جديدة من أجل تمويله.²

¹ * الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة القضائية بتاريخ 29 يناير 2003.
² * الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة للبرلمان يوم 10 أكتوبر 2003.

وُترجمت هذه الدعوة من خلال المادة 16 من قانون المالية لسنة 2010 التي نصت في فقرتها الأولى والثانية على أنه " يحدث ابتداء من فاتح يناير 2011 حساب خصوصي للخزينة يسمى "صندوق التكافل العائلي".

يتعين قبل التاريخ المذكور أعلاه، صدور تشريع يحدد على الخصوص الفئات المعنية بعمليات الصندوق، وكذا الشروط والمساطر الواجب استيفاؤها للاستفادة من موارد الصندوق".

وتفعيلا لمنطوق المادة 16 من قانون المالية المذكور، صدر القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي²، المكون من أربعة عشر مادة، موزعة بالإضافة إلى الأحكام العامة، على ثلاثة أبواب.

من ثم، وأمام ما تعيشه بعض الأمهات المطلقات من وضعيات صعبة بسبب ما يظلهن، وكذا أطفالهن من إهمال وتعسف، نتيجة إحجام المحكوم عليه عن مواصلة تحمل التزاماته بالإنفاق على أبنائه، مما يؤدي بالكثير إلى التشرد والانحراف³، فإن ما يثور بخصوص هذا الموضوع من إشكاليات يتعلق أساسا بإجراءات ومساطر الاستفادة من الصندوق من جهة، وبسقف الاستفادة والموارد المالية للصندوق من جهة ثانية.

لمعالجة هذه الإشكاليات وغيرها سأقسم هذا الموضوع إلى :

أولا: شروط ومساطر الاستفادة من الصندوق

ثانيا: المخصصات المالية للصندوق وسبل تدبيره

أولا: شروط ومساطر الاستفادة من الصندوق

سأحاول في البداية تحديد شروط الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي (1)، على أن أتطرق لمسطرة الاستفادة في مرحلة لاحقة (2).

شروط الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي :

إن استقراء مواد القانون رقم 41.10، يوضح بجلاء أن الاستفادة من صندوق التكافل العائلي تقوم على أساسين اثنين: أولهما أن يندرج طالب الاستفادة في الفئة المحددة قانونا على وجه الحصر، ثم أن تتوفر في صاحب الطلب الشروط النظامية المنظمة بمقتضى مواد القانون السالف الذكر.

الأشخاص المستفيدين من صندوق التكافل العائلي :

حصر المشرع المغربي الفئات التي يمكنها الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، في حال عدم التوفر على ما ينفق عليهم من مال، وتعذر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة لعسر المحكوم عليه أو لغيبته، في المادة

¹ * قانون المالية رقم 48.09 لسنة 2010، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.243 بتاريخ 13 محرم 1431 الموافق 30 دجنبر 2009، الجريدة الرسمية عدد 5800، الصادر بتاريخ 14 محرم 1431 الموافق 31 دجنبر 2009، ص: 6096.

² * قانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.191 بتاريخ 7 محرم 1432 الموافق 13 دجنبر 2010، الجريدة الرسمية عدد 5904، الصادر بتاريخ 24 محرم 1432 الموافق 30 دجنبر 2010، ص: 5567.

³ * الكلمة التقديمية لمشروع القانون رقم 41.10 التي تقدم بها وزير العدل أمام مجلس النواب يوم 02 نونبر 2010، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع القانون رقم 41.10، دورة أكتوبر 2010، ص: 02.

الأولى من القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، وتتمثل هذه الفئات في الآتي :

الأم المعوزة المطلقة

مستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية

بالتأمل في نص المادة السالفة الذكر، يظهر بجلاء تميز المشرع المغربي لصالح الأم المعوزة المطلقة بدون مربر معقول على حساب الأم المعوزة غير المطلقة من جهة، والتي أمسك عنها زوجها النفقة لسبب من الأسباب، أو غاب عنها غيبة يصعب معها تحديد مكان غيبته، والمرأة التي مازالت قضية طلاقها أمام المحكمة من جهة أخرى.

كما أن هذا الحصر للفئات المستفيدة من صندوق التكافل العائلي، كان كذلك على حساب المطلقة التي لا أبناء لها رغم عوزها خلال أجل العدة، وعوزها وانعدام من تجب عليه نفقتها من الوالدين بعد انصرام أجل هذه الأخيرة.

ثم إن الاستثناء من الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، قد طال كذلك الأرملة التي توفي عنها زوجها وعن أبنائها، أو كانت بدون أبناء.

وبهذا النهج، يكون المشرع المغربي قد سلك منوال قرينه التونسي، الذي أقر من خلال الفصل الثاني من قانون 5 يوليوز 1993، المتعلق بصندوق النفقة وجراية الطلاق، أن الاستفادة من خدمات الصندوق تكون فقط للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهن أحكام باثة تتعلق بالنفقة أو بجراية الطلاق، وتعذر تنفيذها لتلد المدين.

وبالرجوع إلى القانون رقم 34 لسنة 2005 المتعلق بإحداث صندوق النفقة، يتضح أن المشرع البحريني كان أذكى من قرينه المغربي والتونسي، عندما جعل بنص المادة الأولى من القانون المذكور الاستفادة من صندوق النفقة حقا لكل من تجب لهم النفقة أو من ينوب عنهم بما في ذلك الزوجة والمطلقة والأولاد والوالدين.

وهو نهج لم يخرج عنه المشرع المصري عندما جعل الاستفادة من الصندوق شاملة لكل من المطلقة والزوجة والأبناء والأقارب، ذلك من خلال المادة 71 من القانون رقم 1 لسنة 2005 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.¹

وفي مقابل ما ذهب إليه كل من المشرعين المصري والبحريني، كان الأخرى بالمشرع المغربي أن يساير نهجهما ويوسع من نطاق الفئات المستفيدة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي ليشمل كل من تجب لهم النفقة، سواء تعلق الأمر بالزوجة أو بالأصول أو الفروع.

وأمام الإقصاء من دعم الصندوق الذي تعرضت له فئات اجتماعية كثيرة، تقاطرت الأسئلة بشأنه على قبة البرلمان من طرف العديد من النواب حول جدوى هذا القانون، إذا كان سيجسد الإقصاء، ويضرب عرض الحائط

¹ * أحمد أولاد عيسى "قراءة في القانون رقم 41.10 على ضوء التشريعات المقارنة" منشورات الموقع الإلكتروني www.marocdroit.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2012/11/18 على الساعة 20:00، ص: 2 وما بعدها.

كل التصورات التي كانت تعلق عليه¹، خاصة إذا كانت المادة 203 من مدونة الأسرة² قد ألزمت الأبناء بالإنفاق على أبائهم بحسب يسرهم لا بحسب إرثهم.

وجوابا على تلك الاستفسارات، برر وزير العدل حصر الفئات المستفيدة من الصندوق في الأم المطلقة المعوزة ومستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية، بحرص المشرع المغربي على تلافي فشل الصندوق، مضيفا أن المشرع المغربي تبنى في منهج إحداث صندوق التكافل العائلي مبدأ التدرج، وذلك بحصر الفئات التي توجد في حاجة ماسة للمساعدة، إذ بذلك ستضمن للصندوق قاعدة صلبة يتمكنه فيما بعد من استيعاب فئات أخرى يمكنها الاستفادة من خدماته³، وهو نفسه التبرير الذي أكده الوزير المنتدب لدى وزير الاقتصادية والمالية المكلف بالميزانية السيد إدريس الأزمي⁴.

وتبرير كل من وزير العدل ووزير المنتدب لدى وزير الاقتصاد والمالية المكلف بالميزانية، لا يخرج عما أجابت به وزيرة الشؤون الاجتماعية التونسية عن فحوى ومغزى هذا التحديد الذي خصه المشرع التونسي، مبررة ذلك بأن توسيع مجال تدخل الصندوق ليشمل كل الفئات التي سبق ذكرها، من شأنه أن يتقل كاهل الصندوق ماديا ويتطلب موارد مالية إضافية هامة⁵.

وما يثير التساؤل بخصوص الفئات المستفيدة من صندوق التكافل العائلي، هو مدى أحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق.

جوابا على هذا السؤال، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع التونسي لم يعتد بشرط الجنسية في الاستفادة من صندوق النفقة وجراية الطلاق، وذلك من خلال الفصل 32 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية، الذي أكد على أحقية المطلقة التونسية من زوج أجنبي والمطلقة الأجنبية من زوج تونسي في الاستفادة من الصندوق على حد سواء بشرط الإقامة في تونس.

أما بالنسبة للأبناء، فيكفي أن يكون أحد الأبوين تونسيا ليتمتع الأبناء بخدمات الصندوق، الذي يواصل صرف نفقاتهم إلى حين استحقاق شرط سقوطها عنهم.

وعليه، وبالرجوع للنص القانوني المغربي، لا نجد ما يمنع من استفادة الفئات التي تحدثنا عنها آنفا من صندوق التكافل العائلي إذا تحقق شرط الإقامة بالمغرب، سواء تعلق الأمر بالأزواج أو الأبناء.

وإذا كان المشرع المغربي قد حصر الاستفادة من الصندوق موضوع الدراسة في الأم المطلقة المعوزة ومستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال رابطة الزوجية، مخالفا بذلك قيم التكافل والتآزر التي قام عليها هذا

¹ * المناقشة العامة للقانون رقم 41.10 أمام مجلس المستشارين، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع القانون رقم 41.10، دورة أكتوبر 2010، ص: 13.

² * القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22.04.1 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية عدد 5184، الصادر بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004، ص: 418.

³ * عرض السيد الوزير أمام مجلس المستشارين، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع القانون رقم 41.10 يتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، السنة التشريعية 2010/2011، دورة أكتوبر 2010، ص: 09 وما بعدها.

⁴ * إدريس الأزمي، الوزير المنتدب لدى وزير الاقتصادية والمالية المكلف بالميزانية، مداخلة حول صندوق التكافل العائلي بالبرنامج الإذاعي دنيا الاقتصاد، الذي يقدمه عبد الله جبير ولطيفة سبأ على أمواج الإذاعة الوطنية، حلقة حول مشروع قانون المالية لسنة 2013، الخميس 15 نونبر 2012، على الساعة 19:00.

⁵ * أحمد أولاد عيسى، مرجع سابق، ص: 09.

الصندوق، فإنه كذلك قيد الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق بجملة من الشروط سنحاول الوقوف عندها في العنوان الموالي.

شروط الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي :

نظم المشرع المغربي شروط الاستفادة من صندوق التكافل العائلي بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 41.10 التي جاء في نصها "يستفيد من المخصصات المالية للصندوق إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه وبعد ثبوت حالة عوز الأم

الأم المعوزة المطلقة

مستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية."

إن الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي مرهونة بتحقيق شروط حصرتها المادة السالفة الذكر في الآتي:

أن تكون صاحبة طلب الاستفادة مطلقة: ويراد بالمطلقة والحالة هذه كل امرأة صدر في حقها حكم بات بجل رابطة الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية، إما بطلب منها أو بطلب من زوجها طبقاً لأحكام مدونة الأسرة، وأشهد على ذلك لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، وذلك إعمالاً لأحكام المادة 138 من المدونة المذكورة..

أن تكون صاحبة الطلب أما: ويتحقق شرط الأمومة الشرعية بالنسبة لطالبة الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي، حسب المادة 147 من مدونة الأسرة بواقعة الولادة وبإقرار الأم أو بصور حكم قضائي بها.

ولصاحبة الطلب أن تثبت أمومتها لأبنائها أمام رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بإصدار المقرر القضائي المحدد للنفقة، بالإدلاء بنسخ موجزة من رسم الولادة لأطفالها وبشهادة الحياة لكل واحد منهم.

أن تكون صاحبة الطلب معوزة: لم يعرف المشرع المغربي حالة العوز، مما أمكن معه تعريف العوز بالألا تجد الأم المطلقة ما تنفقه بعينه على نفسها وأبنائها، وليس لها ما تبيعه، سواء كان منقولاً أو عقاراً لتستخلص منه نفقتها على نفسها وعلى أبنائها.

ويعتبر العوز شرطاً جوهرياً للاستفادة من الصندوق، إلا أن هذا الشرط يثير الكثير من التساؤلات حول المعيار الذي يمكن إعماله لتحديد حالة العوز.

وحسب المادة الثانية من المرسوم رقم 2.11.195،¹ فإن إثبات حالة العوز يكون بالإدلاء ببطاقة المساعدة الطبية المنصوص عليها في المرسوم رقم 2.08.177 الصادر في 28 رمضان 1429 الموافق 29 شتنبر 2008 بتطبيق الكتاب الثالث من القانون 65.00 المتعلق بنظام المساعدة الطبية، وبصفة استثنائية وإلى حدود

¹ * مرسوم رقم 2.11.195 الصادر بتاريخ 7 شوال 1432 الموافق 6 شتنبر 2011 المتعلق بتطبيق أحكام القانون رقم 41.10 يتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، الجريدة الرسمية عدد 5978، الصادر بتاريخ 16 شوال 1432 الموافق 15 شتنبر 2011، ص: 4595.

تعميم نظام المساعدة الطبية على كل جهات المملكة، بشهادة عوز مسلمة من طرف الوالي أو العامل أو من ينوب عنه وبشهادة عدم الخضوع للضريبة تسلمها مصلحة الضرائب بموطن طالب هذه الشهادة.

وعليه، فإن حالة العوز لا يمكن إثباتها إلا ببطاقة المساعد الطبية في الأصل، واستثناء وإلى غاية تعميم نظام المساعدة الطبية على جميع جهات المملكة، لا يتم إثبات حالة العوز إلا بالإدلاء بشهادتين هما: شهادة العوز تسلمها الوالي أو العامل أو من ينوب عنهم للمعني بالأمر، وشهادة عدم الخضوع للضريبة تسلمها مصلحة الضرائب بموطن طالب الشهادة.

ولابد من القول في إطار التعليق على المادة السالفة الذكر، أن إسناد مهمة إصدار شهادة العوز للسلطة المحلية، سيخرج هذا القانون عن تحقيق أهدافه المنشودة، وسيعرقل عملية الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، كما أنه قد يشجع صرف أموال هذا الصندوق لغير مستحقيها لعدة اعتبارات، منها أن حالة العوز من الوقائع المادية التي يصعب إثباتها في ظل غياب معيار موضوعي لتحديد ما إذا كانت صاحبة الطلب معوزة أم لا، ثم إن السلطات المحلية تعتمد في الإشهاد بالعوز من عدمه على إفادة عون السلطة، الذي يفتقد لكل الآليات والميكانيزمات التي من شأنها أن تمكنه من إثبات أو نفي عوز المعنية بالأمر، وفي ظل ما يثار من صعوبات أمام إثبات حالة العوز، إضافة إلى ما تعرفه بعض الإدارات العمومية من فساد، سيكون طلب المطلقات الحصول على شهادة العوز أرضا خصبة للتحايل على القانون والرشوة والاستفزاز من قبل بعض عديمي الضمير من مواطنين وموظفين في الإدارات العمومية.

وأمام هذا الوضع، كان الأحرى بالمشرع المغربي أن يسند أمر تحديد حالة العوز أو عدمها إلى خبرة قضائية، تقوم بناء على طلب رئيس المحكمة المعنية بإصدار المقرر القضائي المحدد للنفقة، بالبحث والمعاينة اللازمين لتحديد ما إذا كانت طالبة الاستفادة تعاني العوز أم لا، وتعد تقريرا بذلك لرئيس المحكمة الذي يصدر بناء عليه مقرر الاستفادة من عدمها.

تأخر أو تعذر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة: ويقصد بالتنفيذ كل عملية تجريبها السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته بناء على طلب الدائن (الزوجة) بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت من المدين (الزوج) جبرا عنه.

ولا يعتد بقبالية الحكم للتنفيذ إلا إذا كان صادرا بالإلزام وباتا أو حائزا لقوة الشيء المقضي به أو مشفوعا بالتنفيذ المعجل، بالإضافة إلى تذييله بالصيغة التنفيذية، ومن ثم، لا يكتسب الحكم القوة التنفيذية إلا من يوم تبليغه للزوج المحكوم عليه.¹

ويثير تنفيذ الحكم بالنفقة عدة مشاكل، حيث يصعب في بعض الأحيان استخلاصها، الأمر الذي سمح معه المشرع المغربي بنص الفصل 160 من قانون المسطرة المدنية للمحكمة بتحديد الوسائل الممكنة لتنفيذ الحكم بالنفقة الصادر عنها، مع تفضيله اللجوء إلى مسطرة الحجز على أموال المنقولة للمحكوم عليه.

¹ * حميد بالمكي "طرق التنفيذ الجبري للأحكام المدنية" منشورات الموقع الإلكتروني www.tpin.on.ma، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2009/10/17 على الساعة 01:00، ص: وما بعدها.

ورغم الإمكانات التي مكن منها المشرع المغربي المحكمة بخصوص تنفيذ الحكم بالنفقة، فإن هذا الأخير أي التنفيذ يعرف مجموعة من الصعوبات التي تعتبر شرطا من شروط الاستفادة من مدخرات الصندوق وهي: تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة.

تعذر تنفيذ المقرر القضائي لعسر المحكوم عليه.

تعذر تنفيذ المقرر القضائي لغياب أو عدم العثور على المحكوم عليه.

وفي كل الأحوال، وحسب المادة الثالثة من القانون رقم 41.10، يجب إثبات حالة التأخر في تنفيذ المقرر القضائي أو تعذره بحضور محرره المكلف بالتنفيذ.

مستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية: تنص المادة 71 من مدونة الأسرة المغربية على أن انحلال عقد الزواج لا يكون إلا بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع.

وعليه، فإن المشمولين بالاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي، هم الأطفال الناتجين عن كل علاقة زوجية قبل انحلالها بالوفاة أو الطلاق أو التطليق.

وفي هذا السياق، لا بد من التساؤل حول أحقية الزوجة وأبنائها في النفقة بعد حل ميثاق الزوجية بالفسخ أو الخلع.

أحقية الزوجة وأبنائها في النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالفسخ :

بالرجوع إلى أسباب الفسخ في مدونة الأسرة المغربية، نجد أن عقد الزواج يفسخ لأسباب عدة، منها فسخ العقد لبطلانه أو مفسدته.

فأما فسخ عقد الزواج لبطلانه، فقد نصت المادة 57 من مدونة الأسرة على أن الزواج يكون باطلا في الحالات التالية :

إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من المدونة.

إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 39 من المدونة.

إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

وبالتالي، فإذا توافر أحد الشروط السالفة الذكر، واطلعت عليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من يعنيه الأمر، كان لها أن تحكم ببطلان عقد الزواج وفسخه، وذلك حسب المادة 58 من مدونة الأسرة.

وإذا كان الأصل في النسب حسب المادة السالفة، أنه يلحق بالزوج في الزواج الباطل، متى كان الزوج حسن النية جاهلا بأسباب بطلان عقد الزواج، فإن نفقة الزوج على أبنائه من زواجه الباطل واجبة بعد فسخ الأخير، لثبوت رابطة النسب بينه وأبنائه بطريق شرعي طبقا لأحكام المادة 197 من مدونة الأسرة، التي توجب نفقة الأبوين على أبنائهما.

وبالتالي، فليس هناك ما يمنع استفادة الأبناء المترتبين عن الزواج الباطل من صندوق التكافل العائلي، متى تحقق شرط حسن النية في أبويهما إلى جانب باقي الشروط الأخرى.

وتجدر الإشارة، إلى أن الأطفال المترتبين عن الزواج الباطل الذي عقده أبواهما عن سوء نية، لا ينسبون لأبيهم إعمالاً للقاعدة الفقهية "لا يجتمع حد ونسب" ويعتبرون في حكم أبناء الزنا، إلا ما استثني عن هذه القاعدة بنص شرعي¹، وبالتالي لا نفقة لهم على أبيهم.

وبما أن القانون يفرض على الأب إرجاع المبالغ المدفوعة من قبل الصندوق لمطلقاته وأبنائه بعد تنفيذ حكم النفقة عليه، فإن مبدأ التضامن والتكافل يفرض استفادة هؤلاء الأطفال من المخصصات المالية للصندوق على اعتبار أنهم لم يختاروا حالتهم التي هم عليها، ثم كونهم في حالة صعبة بعد أن تنصل لهم الأب والأم من الإنفاق عليهم مستغلين الشرع في ذلك.

وللصندوق بعد ذلك الخيار بين العودة على الأبوين معا أو أحدهما باسترجاع ما أنفقه على أبنائهما، أو التنازل عن الرجوع عليهما برد المبالغ المدفوعة، لكونها غير ملزمين بالنفقة على ما ترتب عن زواجهما الباطل من أبناء، ونظراً لكونهما زانيين وجب في حقهما حد الزنا الذي لا يطبق في المغرب.

وبعد الحديث عن أحقية الأبناء المترتبين عن الزواج الباطل في الاستفادة من الصندوق، كان لابد من الإشارة إلى أنه لا حق لمن ارتبطت برجل رابطة زوجية باطلة في الاستفادة من هذا الصندوق، لانتفاء شرط المطلقة عنها، لكننا لا نرى مانعاً من استفادتها من الصندوق وإنزالها منزلة المطلقة إن كانت حسنة النية في زواجها الباطل.

وفي مقابل الزواج الباطل نجد الزواج الفاسد الذي نظمته المشرع المغربي في المواد من 59 إلى 64 من مدونة الأسرة.

والزواج الفاسد حسب المادة 59 من المدونة المذكورة هو كل زواج اختل فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و 61 بعده، والزواج الفاسد حسب نفس المادة إما فاسد قبل البناء ويصح بعده، أو فاسد قبل البناء وبعده.

وإذا كان الزواج الفاسد لا ينتج أي أثر قبل البناء حسب المادة 64 من المدونة، فإن له آثار العقد الصحيح من صداق ونفقة ونسب وإرث إلى أن يصدر الحكم بفسخه، باستثناء الزواج المقترن بأجل أو شرط، أو الذي اعتراه إكراه أو تدليس.

ومن ثم، فإن الأطفال المترتبين عن عقد الزواج الفاسد يستحقون الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق متى توافرت فيهم الشروط النظامية المحددة قانوناً. كما أنه ليس هناك ما يمنع أمهم من الاستفادة إن هي استوفت الشروط القانونية.

¹ مريم الحاسي وبدر الهنجل "الزواج غير الصحيح وآثاره" منشورات الموقع الإلكتروني www.startimes2.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2012/11/24 على الساعة 03:00، ص: إلكترونية.

أحقية الزوجة وأبنائها في النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالخلع:

نظم المشرع المغربي الطلاق الخلعي أو الطلاق بالخلع في المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة المغربية، حيث يستفاد من هذه المواد أن الطلاق بالخلع هو كل اتفاق بين الزوج والزوجة بطلب من الأخيرة على الطلاق، مقابل عوض لا يتعلق به حق الأطفال أو نفقتهم تلتزم به الزوجة اتجاه الزوج، مقابل أن يطلقها وينهي علاقتها الزوجية به، وقد يكون هذا العوض من مالها الخاص أو مهرها المعجل أو المؤجل أو نفقة عدتها أو جميع حقوقها الزوجية أو جزء منها أو أي مال آخر من ملكها الخاص.

مع ضرورة الإشارة إلى أنه، وطبقا لأحكام المادة 117 من مدونة الأسرة، الطلاق الخلعي ينزل منزلة الطلاق متى كان نتيجة إكراه أو إضرار من الزوج للزوجة، وللأخيرة الحق في استرجاع كل ما دفعته للزوج مقابل طلاقها.

ويرتب الطلاق الخلعي جملة من الآثار فيما يتعلق بالنفقة، حيث إن نفقة الأم المختلعة وأبنائها تقع عليها في الأصل بموجب المادة 119 من المدونة، وعلى الزوج استثناء في حال عسر الزوجة، وله أن يرجع عليها بما أنفق بعد انتفاء حالة العسر.

وعليه، فإن الحديث عن استفادة الأطفال المترتين عن علاقة الزواج المنحلة بالخلع من المخصصات المالية للصندوق يفرض استحضار جملة الاعتبارات، في مقدمتها انعدام الحكم بالنفقة الذي يمكن أن يتأخر أو يتعذر تنفيذه، لأن النفقة على الأبناء في الطلاق الخلعي واجبة على الزوجة المختلعة لا على الزوج، ولا يمكن إلزام الزوج بالنفقة كما سبق القول إلا في حال عسر الزوجة، وله الحق في الرجوع على الزوجة باسترجاع ما أنفق.

ومن ثم، تكون الأم المختلعة المعوزة وأطفالها قد حُرِّموا من الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، وهذا في نظرنا فيه حيف وتقصير في حق هذه الفئة من قبل المشرع المغربي، خاصة إذا اقترن عوز الأم المختلعة بعسر الزوج أو عوزه أو غيابها، والذي عول عليه المشرع المغربي في ضمان نفقة الأم المختلعة وأبنائها في حال عسرها. مما يطرح عدة تساؤلات عن مصير هذه الأم وأبنائها.

وإذا كان الطلاق الخلعي حقا شرعيا للزوجة تمارسه طبقا لأحكام المدونة متى توافرت الشروط الشرعية لذلك، حيث يرتب استحقاقه سقوط واجب الزوج في النفقة على مختلعه وأبنائها، وأن الزوجة لم تمارس سوى ما أعطها الشرع من حقوق، فإنه كان الأحرى بالمشرع المغربي أن ينزلها هي وأبنائها، من حيث الاستفادة من الصندوق، في حال عوزها منزلة الأم المطلقة المعوزة، بدل أن يسلك منهج حرمانها ومعاقبتها وأبنائها على ما أقدمت عليه من ممارسة حق كفله الشرع لها، وعلى اعتبار أن من واجب الدولة أن تنفق على رعاياها الفقراء والمحتاجين.

وتجب الإشارة إلى أن ممارسة الزوجة لحقها في الخلع مكرهة أو إضرارا بها من قبل الزوج، يوجب تنفيذ الخلع على أنه طلاق، ويرتب بالتالي آثار الطلاق بالنسبة لنفقة الزوج على مطلقتها وأطفالها، وبالتالي للزوجة وأبنائها، متى توافرت الشروط النظامية، الحق في اللجوء إلى طلب الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق.

وتجب الإشارة إلى أن الأطفال الذين تم تعداد حالاتهم سابقا، لا تشملهم الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي، إلا إذا توافرت فيهم مجموعة من الشروط إلى جانب الشروط النظامية المنصوص

عليها في المادة الثانية من 41.10. من هذه الشروط حسب المادة 198، أن يكون الذكور من الأطفال دون سن الرشد، أو بعده إلى نهاية التعليم على ألا يتجاوز سنهم الخامسة والعشرين سنة. أما بالنسبة لاستفادة البنت التي لا مكاسب لها، فإن استفادتها من الصندوق تتواصل إلى أن تجب على زوجها بالدخول، وبخصوص الأبناء المعاقين العاجزين عن الكسب، فإنه يتواصل صرف مستحقاتهم من الصندوق بغض النظر عن سنهم.

وختاماً، وأمام حصر المشرع المغربي حق الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي في الأطفال بعد انحلال رابطة الزوجية، يكون قد استثنى فئة عريضة من الأطفال هم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية عن طريق استهدافهم بمخدرات الصندوق، من هؤلاء الأطفال: الأطفال في وضعية صعبة، والأطفال المتخلى عنهم، والأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة.

وبعد العرض بالدراسة والتحليل للفئة المستفيدة من المخصصات المالية للصندوق وشروط الاستفادة منه، سنحاول العرض بالدراسة والتحليل لمسطرة الاستفادة منه.

إجراءات الاستفادة من صندوق التكافل العائلي

نظم المشرع المغربي إجراءات الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي بمقتضى المواد من 3 إلى 13 من القانون رقم 41.10، فضلاً على المرسوم التنظيمي رقم 195.11.2 المتعلق بتطبيق أحكام القانون السالف الذكر، والمنشور الوزاري بشأن إجراءات الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي، الموجه لرؤساء المحاكم الابتدائية.

وباستقراء هذه المقترحات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصندوق موضوع الدراسة، يظهر بجلاء أن المشرع المغربي قد خص رئيس المحكمة الابتدائية المصدرة للمقرر المحدد للنفقة أو المحكمة المكلفة بالتنفيذ أو من ينوب عنه باختصاصات هامة، سواء تعلق الأمر بالبنت في طلبات الاستفادة من مخصصات الصندوق بعد التأكد من تحقق شروطها،¹ أو في تقرير أحقية الاستمرار في الاستفادة منها،² أو في الفصل في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ المقرر.³

وعليه، سنحاول معالجة هذا الشق من الموضوع بالتطرق بداية للإجراءات المتعلقة بصندوق مقرر الاستفادة (أ)، ثم فيما بعد للإجراءات اللاحقة لصندوق المقرر القضائي (ب).

الإجراءات القانونية لصندوق مقرر الاستفادة

طبقاً لأحكام المادة الرابعة من القانون رقم 41.10، للأمم المعوزة المطلقة أو الحاضن أو المستحق من الأبناء إذا كان راشداً الحق في تقديم طلب الاستفادة من الصندوق إلى رئيس المحكمة الابتدائية المصدرة للمقرر القضائي أو المكلفة بالتنفيذ أو من ينوب عنه في حال تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذره، وذلك بعد شهرين من تقديم طلب تنفيذ المقرر القضائي في مواجهة المحكوم عليه حسب المادة الخامسة من القانون المذكور.

¹ نص المادة السابعة من القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي.

² نص المادة 12 من القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي.

³ نص المادة 10 من القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي.

وألزم المشرع المغربي طالب الاستفادة من الصندوق بمقتضى المادة السادسة من القانون رقم 41.10 إرفاق طلبه بمجموعة من الوثائق، التي حصرتها المادة الثانية من المرسوم رقم 2.11.195 بالنسبة للأم المعوزة في: نسخة من المقرر القضائي المحدد للنفقة.

المخضر المحرر من طرف المكلف بالتنفيذ الذي يثبت تعذر أو تأخر التنفيذ كلياً أو جزئياً. عقود ولادة الأطفال لإثبات الأمومة. شهادة إثبات العوز.

نسخة من رسم الطلاق أو الحكم بالتطليق. شهادة الحياة.

وبالنسبة لمستحقي النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية، حُدثت الوثائق الواجب إرفاقها مع الطلب بنفس المادة السالفة في: نسخة من المقرر القضائي المحدد للنفقة.

المخضر المحرر من طرف المكلف بالتنفيذ الذي يثبت تعذر أو تأخر التنفيذ كلياً أو جزئياً. عقود ولادة الأطفال المحكوم لهم بالنفقة. شهادة الحياة للأطفال المذكورين أعلاه. شهادة وفاة الأم أو ما يفيد عوزها.

وتجب الإشارة إلى أن لائحة هذه الوثائق يمكن تغييرها كلما دعت الضرورة لذلك بقرار مشترك لوزير العدل ووزير المالية.

وعند تقديم الطلب أمام المحكمة يفتح له ملف خاص ويقيّد في سجل معد لهذا الغرض بكتابة ضبط المحكمة بقسم قضاء الأسرة، ويمنح له رقم تسلسلي مستقل ومميز عن باقي الملفات التي يتولى رئيس المحكمة البت فيها، ويحتفظ بهذا الملف لدى كتابة الضبط المذكورة بنفس الرقم الذي سيصبح المرجع الموحد بين المحكمة وصندوق الإيداع والتدبير في جميع الإجراءات سواء تلك التي تسبق صدور المقرر أو التي تليه.¹

وبعد توصل المحكمة بطلب الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق وفقاً للإجراءات المشار إليها أعلاه، يبت رئيس المحكمة الابتدائية المختصة في طلب الاستفادة من الصندوق داخل أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ تقديم الطلب بمقتضى مقرر نهائي لا يقبل أي طعن وينفذ على الأصل ولا يحتاج إلى تبليغ، وذلك حسب أحكام المادة السابعة من القانون رقم 41.10.

¹ * منشور وزير العدل والحريات بتاريخ 04 أبريل 2012 إلى رؤساء المحاكم الابتدائية بشأن إجراءات الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي، منشورات الموقع الإلكتروني لوزارة العدل والحريات، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/07/06 على الساعة 00:00، ص: إلكترونية.

وقد عمد وزير العدل والحريات من خلال منشوره الموجه إلى رؤساء المحاكم الابتدائية، إلى لفت انتباه رؤساء المحاكم أو من ينوب عنهم إلى ضرورة تضمين المقرر القضائي المحدد للنفقة مجموعة من البيانات الضرورية هي: رقم الملف - اسم رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينوب عنه في إصدار مقرر الاستفادة - هوية مقدم الطلب وصفته وعنوانه ورقم بطاقته الوطنية للتعريف - اسم الملمزم بالنفقة وعنوانه وآخر عنوان معروف له ورقم بطاقته الوطنية في حال توفره - أسماء الأطفال المستحقين للنفقة وتواريخ ميلادهم - مراجع الحكم القاضي بالنفقة - مراجع المحضر المنجز من طرف المكلف بالتنفيذ المثبت لتعذر أو تأخر التنفيذ - مبلغ المخصص المالي لكل مستفيد وكذا المبلغ الإجمالي الواجب أدائه من قبل الصندوق في حال تعدد المستفيدين في الأسرة الواحدة بالأرقام والحروف - تاريخ بداية صرف المخصص المالي - توقيع رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينوب عنه في إصدار المقرر مشفوعاً ببطابع المحكمة.¹

وبعد إصدار المقرر القضائي المحدد للنفقة من قبل رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه، وتسليمه للمستفيد، وجب على هذا الأخير أن يسلك إجراءات صرف المخصص المالي المحدد في المقرر القضائي.

الإجراءات القانونية لصرف المخصص المالي :

يجب حسب المادة التاسعة من القانون رقم 41.10، على المستفيد الصادر لصالحه المقرر القضائي المحدد لمبلغ المخصص المالي، وبعد توصله بالمقرر، أن يقدم طلب صرف المخصص لصندوق التكافل العائلي، حيث يجب أن يتضمن هذا الطلب بعض المعلومات التي تهتم الطرف المستفيد، والطرف الملمزم بالنفقة، وكيفية سحب المخصص المالي،² وذلك وفقاً للنموذج المعد لهذا الغرض،³ ويتم إيداعه بكتابة ضبط المحكمة المصدرة للمقرر المحدد للمخصصات المالية مرفقاً بنفس المقرر وبصورة شمسية مشهود بمطابقتها للأصل من بطاقة التعريف الوطنية، وفي حال ما إذا كان المستفيد متوفراً على حساب بنكي يمكنه إرفاق طلبه بشهادة بنكية تحمل رقم التعريف البنكي، وتقوم كتابة ضبط المحكمة المختصة بتوجيه الطلب بمرفقاته فوراً إلى الهيئة المكلفة بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي، وهي صندوق الإيداع والتدبير.

وبعد توصل هذه الأخيرة بطلب صرف المخصص المالي، تقوم بدراسته وصرف المخصص المالي للمستفيد، حيث يتم الأداء بصفة دورية آخر كل شهر حسب المبلغ المحدد في المقرر الصادر عن رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينوب عنه، كما تقوم كذلك في نفس الوقت بتوجيه إشعار للمستفيد ببداية صرف المخصصات المالية، التي يمكنه تسلمها من أية وكالة تابعة لمؤسسة البريد بنك، هذا ويمكن للمستفيد الذي يتوفر على حساب في مؤسسة بنكية، وسبق له أن أدلى بشهادة بنكية تتضمن رقم تعريفه البنكي، تسلم هذه المخصصات عن طريق تحويلها إلى حسابه المصرفي.⁴

وتجب الإشارة إلى أن إثارة الصعوبة في تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة لا يوقف إجراءات صرف المخصص المالي من قبل صندوق الإيداع والتدبير، ما لم يأمر رئيس المحكمة المختصة بتنفيذ المقرر بوقف إجراءات التنفيذ.

¹ * منشور وزير العدل، مرجع سابق، ص: إلكترونية.

² * منشور وزير العدل، مرجع سابق، ص: إلكترونية.

³ * للإطلاع على النموذج، ينظر منشور وزير العدل، مرجع سابق، ص: إلكترونية.

⁴ * منشور وزير العدل، مرجع سابق، ص: إلكترونية.

ومن ثم، تواصل الهيئة صرف المخصص المالي للمستفيد إلى حين سقوط حق المحكوم له في النفقة، أو ثبوت تنفيذها من قبل المحكوم عليه.¹

وفي حال تنفيذ النفقة من قبل المحكوم عليه، يتوقف صرف النفقة من قبل صندوق الإيداع والتدبير، على أن يستأنف صرفها بناء على طلب المستفيد في حال توقف المحكوم عليه عن التنفيذ بعد شروعه فيه، شريطة أن يثب الطالب تعذر التنفيذ أو التأخر فيه، وذلك طبقاً لأحكام المادة 11 من القانون رقم 41.10.

كما يتعين على المستفيد حسب أحكام المادة 12 من القانون المذكور موافاة رئيس المحكمة المختصة بعد انصرام كل سنتين ابتداء من تاريخ صدور مقرر الاستفادة بالوثائق المنصوص عليها في المادة الثانية من المرسوم رقم 2.11.195، والتي تم التطرق إليها آنفاً في معرض الحديث عن إجراءات الاستفادة من مدخرات الصندوق، والتي أي الوثائق المحددة بنص المادة الثانية من المرسوم المذكور، يعتمدها رئيس المحكمة في إصدار مقرر الاستفادة من عدمها.

هكذا، وبعد تحقق شروط الاستفادة من مخصصات الصندوق المالية، وسلوك المسطرة المقرر لذلك، وصدور المقرر القضائي المحدد للمخصص المالي، فإن السؤال يثور حول سقف الاستفادة من الصندوق وحالات سقوط الحق في الاستفادة، فضلاً عن المصادر التمويلية لصندوق التكافل العائلي وسبل تدبيره.

وهو ما سنحاول الجواب عنه من خلال المحور الموالي.

ثانياً: المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي و سبل تدبيره

إن دراسة موضوع هذا المحور تفرض معالجته في نقطتين، الأولى تتعلق بمبلغ الاستفادة من الصندوق وموارده المالية(1)، والثانية تتجلى في سبل تدبير الصندوق ومراقبة ماليته(2).

سقف الاستفادة من الصندوق وموارده المالية

إذا كانت الغاية الأسمى من سن هذا القانون هي تحقيق التضامن والتكافل العائلي والأسري، فإن المشرع المغربي عمد إلى تحديد المخصصات المالية التي يمكن لرئيس المحكمة المختصة أو من ينوب عنه الحكم بها، كما أن الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي ليست على إطلاقها أو أبدية، وإنما يسقط حق المستفيد فيها بتحقيق حالات وشروط محددة قانوناً (أ)، هذا فضلاً على أن المشرع المغربي قد سعى سعياً حثيثاً من خلال قوانين المالية للسنوات 2010 و 2011 و 2012 إلى تحديد الموارد المالية لصندوق التكافل العائلي، التي تنقسم حسب القوانين المذكورة إلى موارد داخلية وأخرى خارجية(ب).

سقف الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي وسقوط الحق فيه :

عمد المشرع المغربي إلى تحديد سقف الاستفادة من صندوق التكافل العائلي بمقتضى نص تنظيمي، كما أنه حدد حالات سقوط حق الاستفادة بنص قانوني صريح، وهو ما سنحاول الوقوف عنده من خلال النقاط الموالية.

¹ * المادة العشرة من القانون رقم 41.10.

سقف الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي :

أشار المشرع المغربي إلى سقف الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي في المادة الثانية من القانون رقم 41.10، التي نصها " يحصر الرئيس المخصص المالي الذي يجب صرفه من طرف الصندوق في حدود المبلغ المحكوم به، على ألا يتجاوز المخصص المالي السقف الذي سيحدد بنص تنظيمي".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع المغربي رهن تحديد سقف الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق بصور نص تنظيمي، وهو ما سيتحقق بعد سنة من صدور هذا القانون، حيث صدر المرسوم رقم 2.11.195 الذي حدد من خلال المادة الرابعة منه سقف الاستفادة من الصندوق في مبلغ 350 درهم لكل مستفيد عن كل شهر على ألا يتعدى مجموع المخصصات المالية لأفراد الأسرة الواحدة 1050 درهما.

وتعرض تحديد وحصر سقف الاستفادة في 1050 درهم في الأقصى و 350 درهم في الأدنى لمجموعة من الانتقادات نظرا لزهده المبلغ مقابل الظروف المعيشة للأسرة المغربية، وما تتطلبه من احتياجات كثيرة تدخل في صلب الضروريات الأساسية للحياة اليومية من غذاء وكسوة ومسكن وعلاج، وغير ذلك مما يقتضيه الشرع.

وعلى هذا الأساس، كان الأجدد بالمشرع المغربي لتجنب انتقادات الأوساط الحقوقية والمجتمع المدني، أن يرفع سقف الاستفادة إلى المستوى الذي يتوافق مع الحد الأدنى للأجور المعمول به في المغرب حفظا لكرامة المطلقة، وصونا لكرامة أطفالها وحقهم في النفقة والحضانة والتربية، ولما لشملة الأسرة التي تحتضنها المطلقة المعوزة.

وهو ما تنبه له المشرع التونسي عندما حدد سقف الاستفادة من صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق في 76 دينار عن كل فرد في الشهر.

كما أن المشرع البحريني صار على نفس نهج المشرع التونسي وحدد سقف الاستفادة من صندوق النفقة، حسب المادة التاسعة من القرار رقم 44 لسنة 2007 المتعلق بإصدار اللائحة الداخلية لصندوق النفقة، في مائتي دينار، وقد يتجاوز القاضي هذه السقف شريطة وجود حكم بالنفقة يتجاوز الحد، وأن تكون موارد الصندوق كافية وأن يوافق مجلس إدارة الصندوق، علما أن الحد الأدنى للأجور المعمول به في البحرين هو 150 دينار¹.

هكذا، فإن تعزيز الحماية الاجتماعية للأسر المغربية، وتطبيقا لما أقرته مدونة الأسرة من مكاسب حقوقية للأسرة المغربية، وصيانة لكرامة المطلقة وأبنائها، تفرض تفعيل دور الصندوق والأهداف السالفة الذكر بشكل يتناسب ومتطلبات الأسر الاجتماعية والاقتصادية.

سقوط حق الاستفادة من مخصصات صندوق التكافل العائلي :

نظم المشرع المغربي حالات سقوط الحق في الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي من خلال المادة العاشرة من القانون رقم 41.10 التي جاء فيها "...تواصل الهيئة المختصة صرف المخصص المالي للمستفيد منه إلى حين سقوط حق المحكوم له في النفقة أو إلى حين ثبوت تنفيذها من لدن المحكوم عليه".

¹ * عيسى الدرازي "نشاط: صندوق النفقة خطوة مهمة لكن ال 200 دينار غير كافية" منشورات يومية الوقت www.alwaqt.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/23 على الساعة 7:00، ص: إلكترونية.

وحسب المادة المذكورة، فإن حق الاستفادة من مخصصات الصندوق يسقط عموماً بسقوط الحق في النفقة أو بتنفيذ الحكم بالنفقة.

سقوط الحق في الاستفادة من الصندوق بسقوط الحق في النفقة :

ويسقط الحق في النفقة بالنسبة للزوجة المطلقة برجعها إلى بيت الزوجية، أو إذا امتنعت عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية، أو إذا تزوجت بزواج آخر غير مطلقها، حيث تجب نفقتها على زوجها الجديد لا على صندوق التكافل العائلي.

كما يسقط حق المطلقة في المخصصات المالية للصندوق بانتفاء شرط الأمومة بوفاة المحضون وغيره، وزوال حالة العوز كذلك.

أما بالنسبة للأبناء، فيسقط حقهم في الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق ببلوغهم سن الرشد القانوني، أو بإتمامهم الخامسة والعشرين سنة إذا كانوا لازالوا يتابعون دراستهم.

كما يسقط حق البنت في الاستفادة إذا كان لها مال تنفق منه على نفسها أو توفرت على مال تكسب منه نفقتها أو أصبحت نفقتها واجبة على زوجها.¹

أما الأبناء المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب، فإن نفقتهم على الصندوق بغض النظر عن سنهم أو إلى حين تنفيذ الحكم بالنفقة على المحكوم عليه.

سقوط الحق في الاستفادة من الصندوق بتنفيذ حكم النفقة من قبل المحكوم عليه :

في البداية تجب الإشارة إلى أن التنفيذ هو عملية تجريها السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين جبراً عنه.²

ونظمه المشرع المغربي من خلال القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية تحت عنوان "طرق التنفيذ" من المادة 410 إلى 510.

وإذا كان الزوج المحكوم عليه بالنفقة غالباً ما يبادر إلى التنفيذ العيني بلجونه إلى قسم التنفيذ أو إلى مكتب العون القضائي لأداء ما بذمته.

فإنه، وفي حال إمتناع الزوج عن التنفيذ العيني، للمحكمة السلطة في تحديد الوسائل الكفيلة بتنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، ويمكن الأمر باقتطاع النفقة من منبع الربيع والأجر الذي يتقاضاه المحكوم عليه بالنفقة، كما يمكنها سلوك مسطرة التنفيذ الجبري على أموال المحكوم عليه لاستخلاص مبالغ النفقة.

أما في حال عدم وجود ما ينفذ عليه من أموال المحكوم عليه، للمحكمة وبناء على طلب المستفيدة اللجوء إلى مسطرة الإكراه البدني لإجبار المنفذ عليه على التنفيذ العيني للحكم الصادر ضده بالنفقة.

¹ * المادة 198 من مدونة الأسرة المغربية.

² * حميد بلمكي، مرجع سابق، ص: 02.

وعليه، فإنه وبتنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة بالنفقة طواعية من قبل المحكوم عليه، أو جبرا عليه من قبل المحكمة بالوسائل التي أتحها لها القانون، يسقط حق كل من الزوجة المطلقة وأبنائها في المخصصات المالية للصندوق.

ولضبط وضعية الزوجة المطلقة وأبنائها، ومدى استمرارية توافر الشروط الموجبة لاستفادتها من مخصصات الصندوق، ألزم المشرع المغربي المستفيد بمقتضى أحكام المادة 12 من القانون رقم 41.10 بتزويد رئيس المحكمة المختصة بعد انصرام كل سنتين ابتداء من تاريخ صدور مقرر الاستفادة بالوثائق المحددة في المادة الثانية من المرسوم 2.11.195، والتي على أساسها يتعين على رئيس المحكمة إصدار المقرر القضائي باستمرارية الاستفادة من المخصص المالي للصندوق من عدمه، ويعد المقرر نهائيا ولا يقبل أي طعن وينفذ على الأصل ولا يحتاج إلى تبليغ.

الموارد المالية لصندوق التكافل العائلي

إذا كان المشرع المغربي قد عمد إلى إحداث صندوق التكافل العائلي بمقتضى المادة 16 المكررة من القانون المالي رقم 48.09 للسنة المالية 2010، فإنه قد اكتفى من خلال نفس المادة بالإشارة إلى أن مداخيل الصندوق ستحدد بمقتضى أحكام قانون المالية لسنة 2011، وهو ما تم فعلا من خلال القانون المالي رقم 43.10 للسنة المالية 2011 الذي حدد الموارد المالية للصندوق من خلال المادة 19 منه، كما نهج المشرع المغربي نفس النهج من خلال المادة 23 من القانون المالي رقم 22.12 للسنة المالية 2012.

وباستقراء المواد السالفة الذكر يتضح أن مداخيل صندوق التكافل العائلي هي إما مداخيل خارجية أو مداخيل داخلية.

الموارد الخارجية لصندوق التكافل العائلي :

نظم المشرع المغربي المداخيل الخارجية لصندوق التكافل العائلي من خلال المادة 19 من القانون المالي رقم 43.10 للسنة المالية 2011، والمادة 23 من القانون المالي رقم 22.12 للسنة المالية 2012.

وتتجلى المداخيل الخارجية للصندوق من خلال المادتين المذكورتين في:

20% من حصيللة الرسوم القضائية :

نظم المشرع المغربي الرسوم القضائية بمقتضى قانون استخلاص الأداءات والصوائر العدلية في المسائل المدنية والتجارية الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم 851.65 بتاريخ 22 أكتوبر 1966، والذي سيغير ويتم بمقتضى القانون المالي لسنة 1984، الذي ألزم من خلال فصله الخامس كل شخص يقيم دعوى أمام المحاكم أو يطلب تحرير عقد قضائي أو يطلب تسلم نسخة أو ترجمة أو يلجأ بوجه عام إلى كتابة الضبط بأحد المحاكم أو إلى أحد مكاتبها من أجل إجراء مهما كان نوعه أو الاستفادة من خدماتها، بأداء رسم يدعى الرسم القضائي.¹

¹ * عبد المجيد أنير والحسن القضاوي "الرسوم القضائية والحسابات" عرض منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة التجارية بمراكش www.cacmarrakch.ma، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/20 على الساعة 17:00، ص: 03.

ويراد بالرسم القضائي لغة المقابل الذي يأخذه أعوان الدولة عن المبيعات أو عن الأشياء التي تدخل إلى السوق قصد عرضها للبيع، وهو ما يصطلح عليه بالمكس¹.

أما في الاصطلاح القانوني، فإن الرسم القضائي هو كل أداء مادي يدفعه الملتزم مقابل إجراء قضائي مهما كان نوعه وكل إجراء غير قضائي سواء كان مدنيا أو تجاريا أو إداريا،² إلا ما استثني من إلزامية أداء الرسم القضائي بقوة القانون أو بنص خاص.³

ولا بد من الإشارة إلى أن احتساب مبلغ الرسم القضائي في القضايا المدنية والتجارية والإدارية يتم بناء على نوعية المقال، بحيث يحتسب بناء على نسب محددة أو برسوم ثابتة بمقتضى القانون.⁴

ومن ثم، فإن المشرع المغربي حدد نسبة 20% من الحصيلة السنوية للرسوم القضائية لصالح صندوق التكافل العائلي، حيث تقدر الحصيلة السنوية للرسوم القضائية ب 200.000000 درهم لسنة 2010 حسب القانون المالي لنفس السنة، وب 160.000000 لسنة 2011 حسب القانون المالي لنفس السنة.

وبالنظر إلى هذه الأرقام سيوضح في صندوق التكافل العائلي ما يفوق 32000000 الدرهم التي ستحصل من الرسوم القضائية سنويا، إلا أن الملاحظ أن الحكومة لا تحترم هذه النسبة عندما تضخت في صندوق التكافل العائلي فقط 160.000000 درهم كمحصل من الرسوم القضائية لفائدة الصندوق، وذلك حسب القوانين المالية للسنوات 2012/2011 ومشروع قانون المالية لسنة 2013.

الموارد التي يمكن رصدها لفائدة الحساب بموجب تشريع أو تنظيم، بحيث يمكن هذا البند الجهة الساهرة على تدبير موارد الصندوق، وبتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أن يسنوا موارد أخرى بمقتضى نص قانوني أو تنظيمي لصالح الصندوق، وذلك إما عن طريق إحداث ضرائب جديدة لفائدة الصندوق، أو فتح مجالات أخرى غير ضريبية لتمويل الصندوق.

وفي هذا الباب كان الأجدر بالحكومة أن توسع من دائرة المصادر التمويلية لصندوق التكافل العائلي كما فعلت مع صندوق التماسك الاجتماعي الذي عدت من مصادره التمويلية بشكل يتناسب والمهام المنوطة به.⁵

الهبات والوصايا

الهبات: الهبة في اللغة هي مطلق التبرع والتفضل سواء كانت بالمال أو بغيره، وفي الاصطلاح الفقهي عرفها ابن عرفة بأنها تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض، فالهبة تمليك لذات بلا عوض، فإن كانت لوجه الله وثواب الآخرة فهي صدقة، وإن كانت لوجه القابض دون قصد ثواب الآخرة فهي هبة.⁶

¹ * محمد أوراغ " مدونة الأسرة والرسوم القضائية بين الإعفاء والإلزامية الأداء" منشورات مدونة القانون المغربي www.droitmaroc.ma.blogspport.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/21 على الساعة 17:00، ص: إلكترونية.

² * محمد الدغري "العمليات المحاسبية التي تقوم بها كتابة الضبط لدى محاكم المملكة" عرض منشور على صفحات الموقع الإلكتروني www.afj.ma، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/20 على الساعة 17:00، ص: 06.

³ * محمد الدغري، مرجع سابق، ص: 06.

⁴ * محمد أوراغ، مرجع سابق، ص: إلكترونية.

⁵ * لمزيد من التفصيل ينظر للمادتين 18 من القانون المالي لسنة 2012 و25 من مشروع القانون المالي لسنة 2013.

⁶ * عبد الرحمن حموش "الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي" منشورات الموقع الإلكتروني www.droitmaroc.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/22 على الساعة 20:00، ص: 01.

ولم ينظم المشرع المغربي عقد الهبة إلا بصدر القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية،¹ حيث كانت خاضعة لأحكام الفقه المالكي.

وتعرف المادة 273 من مدونة الحقوق العينية عقد الهبة بأنه تملك العقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.

وإذا كان التعريف السالف الذكر ينحصر في التبرع بالحقوق العقارية والحقوق العينية العقارية، فإن الهبة موضوع الدراسة لا تنحصر فقط في الحقوق الأخيرة. بل تتعدها لتشمل كل ما يمكن أن يتبرع به الواهب لصالح مالية صندوق التكافل العائلي من عقارات ومنقولات وحقوق أخرى.

الوصايا: تعرف الوصية في الاصطلاح الفقهي حسب ابن عرفة المالكي بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده، وهي عند الشافعية تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان الموصى به عينا أو منفعة.²

ولم يأخذ المشرع المغربي إلا بتعريف ابن عرفة من خلال المادة 277 من مدونة الأسرة، حيث عرف الوصية بأنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.

وإذا كانت كل من الوصايا والهبات مصدرين من مصادر تمويل صندوق التكافل العائلي، فإن ما يجب أن نركز عليه في معرض حديثنا عنهما ضرورة إعفاء هذين المصدرين من الضريبة بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 63 من مدونة الضرائب، والنص بشكل صريح على إعفاء التفويتات بغير عوض لصالح صندوق التكافل العائلي من الضريبة العامة ومن واجبات التسجيل والتبر، لكونها تسعى لتحقيق مصلحة عامة واجتماعية، ولا يراد من ورائهما تحقيق ربح تجاري أو مدني معين.

الموارد الداخلية لصندوق التكافل العائلي :

أشار المشرع المغربي إلى الموارد الداخلية لصندوق التكافل العائلي من خلال المادة 19 من القانون رقم 43.10 بمثابة قانون المالية لسنة 2011، والمادة 23 من القانون رقم 22.12 بمثابة قانون المالية لسنة 2012.

فضلا على المادتين 13 و 14 من القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي.

وتتمثل الموارد الداخلية للصندوق في:

حصيلة استرجاع التسبيقات المدفوعة من قبل الصندوق، حيث تسترجع الهيئة المختصة بتدبير صندوق التكافل العائلي من الملزم بالنفقة المخصصات المالية المؤداة بمقتضى المقرر القضائي القاضي بالنفقة للأُم المعوزة المطلقة.

¹ القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998، الصادر بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 الموافق ل 24 نونبر 2011، ص: 5587.

² * محمد حمزة بن علي بن المنتصر الكتاني "الوصية الواجبة في القانون المغربي" منشورات الموقع الإلكتروني www.hawassdroit.ibda3.org، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/22 على الساعة 21:00، ص: إلكترونية.

وقد يعمد المدين أي الزوج المحكوم عليه بالنفقة إلى استرجاع ما تم إنفاقه من قبل الصندوق على مطلقة وأبنائه عن طيب خاطر، إلا أنه وفي غالب الأحيان قد يتعنت عن سلوك مسطرة الأداء الاختياري، مما أتاح معه نص المادة 14 من القانون المذكور لهيئة تدبير الصندوق سلوك مسطرة تحصيل الدين العمومي لإجبار الزوج المحكوم عليه بالنفقة على إرجاع ما بذمته من أموال الصندوق لهذا الأخير.

وتجب الإشارة إلى أن التحصيل حسب مدونة تحصيل الديون العمومية هو مجموع العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل مديني الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية إلى تسديد ما بذمتهم من ديون بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل أو ناتجة عن أحكام وقرارات القضاء، أو عن الاتفاقات.¹

وإذا كانت مسطرة تحصيل ديون الصندوق لا تثير أي إشكال إذا تعلق الأمر بموظف أو أجير أو متقاعد، حيث يتم اللجوء إلى الاقتطاع من الراتب الشهري وفاء لدين بذمة المعني لصالح الصندوق، فإن الأمر قد يكون مستحيلا كلما تعلق الأمر ببعض الأزواج الذين لديهم القدرة على التهرب من الأداء، أو هم في حالة عسر يصعب عليهم معها الأداء، كما أن هناك أزواجا على استعداد للاعتقال لعدم قدرتهم على الوفاء أو قصد الإضرار بالزوجة المطلقة، كما أن هناك من يتخلى عن عمله حتى لا يتم الاقتطاع من راتبه تسديدا لدين الصندوق.²

استرجاع المخصصات المالية غير المستحقة، إذ ألزم المشرع المغربي من خلال المادة 13 من القانون رقم 41.10 كل من تسلم من صندوق التكافل العائلي مخصصات مالية، يعلم أنها غير مستحقة، باسترجاعها تحت طائلة غرامة مالية تقدر بضعف المبلغ المخصص، والمتابعات الجنائية.

من خلال هذا النص حاول المشرع المغربي معالجة مسألة التحايل على الصندوق، الذي قد يلجأ إليه الزوجان أو الأبناء من أجل تحصيل نفقة غير مستحقة من الصندوق، كأن يتم الطلاق صوريا أو الحصول على شهادة العوز بالطرق غير الشرعية قصد الاستفادة من الصندوق، أو كأن يلجأ الأطفال إلى الإدلاء بوثائق تثبت استمرارية حقهم في الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق رغم انتفاء وسقوط ما تثبته الوثائق.

وعليه، يبقى أمر مطالبة المطلقة باسترجاع الأموال التي صرفت لصالحها بدون وجه حق غير مجدي، الأمر الذي يستدعي تعديل مقتضيات المادة 13 من القانون المذكور بشكل يضمن حماية المخصصات المالية للصندوق.

وهكذا، وفي ظل ما تدارسناه أنفا، يتضح أن الموارد الداخلية للصندوق التي تم التطرق إليها لا يمكن التعويل عليها في تمويل الصندوق، نظرا لما يعترى مسطرة استنفائها من اختلالات تهدد مالية الصندوق بالإفلاس في جانب مهم من موارده، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لوضع ضمانات قانونية كفيلة بإقرار نجاعة الموارد الداخلية للصندوق، راعيا في ذلك كل ما قد يعترض تحصيل هذه الموارد.

تحصيلات استثمار موارد الصندوق، حيث لم يتطرق المشرع المغربي لإمكانية استثمار أموال الصندوق، سواء تعلق الأمر بقوانين المالية التي تطرقت لصندوق التكافل العائلي، أو بالقانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر

¹ المادة الأولى من القانون رقم 97.15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175، بتاريخ 28 محرم 1421 الموافق ل 3 ماي 2000، الجريدة الرسمية عدد 4800، الصادر بتاريخ 28 صفر 1421 الموافق ل 1 يونيو 2000، ص: 1256.

² * زينبات الجريري " مشروع قانون صندوق النفقة... وهذه الملاحظات" منشورات الموقع الإلكتروني أمان www.amanjordan.org، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/11/23 على الساعة 20:00، ص: إلكترونية.

الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، رغم أن تدبير مالية الصندوق قد أسندت للمؤسسة مالية ذات تجربة استثمارية كبيرة، ولها من الإمكانية المادية والبشرية والتقنية ما يؤهلها لأن تحقق موارد مالية مهمة للصندوق، الشيء الذي فوت على هذا الأخير ملايين من الدراهم التي كانت ستساهم بشكل واضح في توسيع دائرة المستفيدين من صندوق التكافل العائلي.

وبالإضافة إلى الموارد الخارجية والموارد الداخلية للصندوق، أشار المشرع كذلك إلى ما سماه بالموارد المختلفة دون أن يحدد طبيعتها، الأمر الذي ترك معه الباب مفتوحا لتزويد الصندوق بأي مورد مالي ممكن.

تدبير ومراقبة صندوق التكافل العائلي :

إن الرجوع إلى النصوص القانونية المؤسسة لصندوق التكافل العائلي، خاصة المادة 19 من القانون المالي رقم 43.10 لسنة 2011، والمادة الأولى من القرار المشترك لوزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية،¹ يتضح بجلاء أن المشرع المغربي قد أسند مهمة تدبير وتسيير صندوق التكافل العائلي إلى كل من وزير العدل وصندوق الإيداع والتدبير (أ)، تحت مراقبة المؤسسات المالية والقضائية والسياسية الكفيلة بضمان تحقيق الأهداف التي أسس لأجلها هذا الصندوق (ب).

تدبير صندوق التكافل العائلي :

كما بينا سابقا، فإن المشرع المغربي قد جعل تدبير صندوق التكافل العائلي من اختصاص كل من وزير العدل باعتباره الأمر الرئيسي بصرف وقبض المخصصات المالية للصندوق، وصندوق الإيداع والتدبير الذي عهد إليه وزير العدل والحريات تدبير عمليات الصندوق بمقتضى الاتفاقية المبرمة بينه، أي صندوق الإيداع والتدبير والدولة، والموقع عليها بقرار مشترك بين وزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية.

وزير العدل :

أسند المشرع المغربي بمقتضى المادة 19 من القانون المالي رقم 43.10 لسنة 2011 اختصاص استخلاص موارد الصندوق وصرف نفقاته إلى وزير العدل.

وعليه، فإن وزير العدل طبقا لأحكام المادة المذكورة يعد أمرا بالصرف، وهو أي الأمر بالصرف حسب منطوق الفصل الثالث من المرسوم الملكي رقم 2,330.66 هو كل شخص مؤهل باسم منظمة عمومية لرصد أو إثبات أو تصفية أوامر باستخلاص دين أو أدائه.

وبالرجوع إلى نص الفصل 64 من المرسوم المذكور، يتضح أن وزير العدل يعد أمرا بالصرف رئيسا فيما يتعلق بمداخيل ونفقات صندوق التكافل العائلي، على اعتبار أن هذا الصندوق قد أحدث في إطار الحسابات الخصوصية للخزينة لصالح وزارة العدل لدعم الأم المعوزة ومستحقي النفقة من الأطفال بعد انحلال رابطة الزوجية.

¹ * قرار مشترك لوزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية رقم 852.12، المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي المبرمة بين الدولة وصندوق الإيداع والتدبير، الصادر في فاتح ربيع الثاني 1433 الموافق 23 فبراير 2012، الجريدة الرسمية عدد 6043 الصادر بتاريخ 08 جمادى الآخرة 1433 الموافق 30 أبريل 2012، ص: 2946.

² * المرسوم الملكي رقم 330.66، المتعلق بالنظام العام للمحاسبة العمومية، الصادر بتاريخ 10 محرم 1387 الموافق 21 أبريل 1967، الجريدة الرسمية عدد 2843، الصادر بتاريخ 15 محرم 1387 الموافق 26 أبريل 1967، ص: 810.

ولوزير العدل باعتباره الأمر بالصرف وطبقا للفصل 64 المذكور، أن يفوض اختصاص الأمر بقبض موارد الصندوق وصرف نفقاته إلى مساعديه بواسطة مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية ليأخذوا صفة أمرين بالصرف مفوضين، وذلك بعد مصادقة الوزير المكلف بالمالية.

كما للأمين بالصرف المفوضين أن يعينوا طبقا لنفس الشروط أمرين بالصرف ثانويين يفوضون إليهم سلطاتهم ضمن الحدود المالية والترابية التي يبينونها، كما أنه وفي حالة ما إذا تعذر على الأمين بالصرف والأمين بالصرف المفوضين والأمين بالصرف الثانويين مزاولة مهامهم لأي سبب من الأسباب، كان لهم تفويض اختصاصهم للأمين بالصرف المساعدين.

وتتجلى مهمة وزير العدل باعتباره الأمر بقبض موارد صندوق التكافل العائلي في إثبات المداخل، بحيث يبحث قانونية المداخل المراد استفاؤها عن طريق التأكد من ورودها ضمن الموارد المالية المحددة في نص القانون المالي، وكذا في القوانين المؤطرة لصندوق التكافل العائلي، واستبعاد تحصيل كل مدخول غير مدرج ضمن القوانين السالفة الذكر، وغير متوفر على نص قانوني يمنحه شرعية التحصيل، وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 20 من المرسوم الملكي.

وبعد إثباته للمداخل يعمل وزير العدل، باعتباره أمرا بقبض موارد الصندوق، على تصفية المداخل عن طريق تحديد قيمتها الحقيقية، على أن يصدر الأمر باستخلاصها بعد ذلك عن طريق تحديد أسس عملية التصفية وكل العناصر التي من شأنها التحديد الدقيق لدائي الصندوق.

أما فيما يتعلق بكون وزير العدل أمرا بصرف المخصصات المالية للصندوق، فإنه وطبقا لأحكام الفصل 32 من المرسوم الملكي المذكور، يلتزم الوزير بالنفقة، ويقوم بتصفيته عن طريق التأكد من حقيقة مبلغ النفقة وحصره، على أن يأمر بصرف وأداء مبلغ النفقة وفقا لما هو معمول به في هذا النوع من الأوامر وبعد سلوك المسطرة السالفة الذكر.

هكذا، وبعد الوقوف عند اختصاصات وزير العدل في تدبير مالية صندوق التكافل العائلي، سنحاول العرض بالدراسة والتحليل لصندوق الإيداع والتدبير الذي أجاز القانون لوزير العدل أن يفوض له تدبير عمليات الصندوق موضوع الدراسة.

تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي من قبل صندوق الإيداع والتدبير :

أكد المشرع المغربي من خلال المادة الأولى من القانون رقم 41.10 على ضرورة تفويض تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي إلى هيئة خاضعة للقانون العام بموجب اتفاقية تبرم بين الدولة وهذه الهيئة، يصادق عليها بنص تنظيمي.

وهو الأمر الذي لم يغفله المشرع كذلك في المرسوم رقم 2.11.195 المتعلق بتطبيق أحكام القانون 41.10، حيث جاء في مادته الأولى "يصادق على الاتفاقية المبرمة بين الدولة والهيئة المختصة، باعتبارها الجهة المعهود إليها بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي، بقرار مشترك بين وزير العدل والوزير المكلف بالمالية".

وتطبيقا للمقتضيات القانونية السالفة الذكر، احتضن مقر وزارة العدل والحريات بالرباط يوم 22 فبراير 2012، حفل توقيع القرار المشترك بين وزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية، المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الدولة وصندوق الإيداع والتدبير لتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي.

حيث أكدت المادة الأولى من القرار المذكور على المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي المبرمة بين الدولة وصندوق الإيداع والتدبير كما هي ملحقه بأصل هذا القرار المشترك.¹

ويعد صندوق الإيداع والتدبير مؤسسة عمومية، أحدثت بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.59.074 بشأن إحداث صندوق الإيداع والتدبير، حيث تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي حسب الفصل الأول من الظهير المذكور.

ويتولى صندوق الإيداع والتدبير حسب الفصل الثالث من الظهير المنظم له تدبير الشؤون المالية والمحافظة على القيم الجارية على ملك الصناديق أو المنظمات الملزمة به أو الراغبة فيه، كما يعمل على تلقي الأمانات الإدارية والقضائية والضمانات، ثم أنه يعمل على تدبير شؤون الصناديق أو المصالح الخصوصية التي يعهد إليه بتسييرها.

وبالإضافة إلى تفويت تدبير صندوق التكافل العائلي لصندوق الإيداع والتدبير، باعتباره من الصناديق الخصوصية التي سمح له القانون بتدبيرها، فإن صندوق الإيداع والتدبير يضطلع بدور أساسي في المجال الاجتماعي بالمغرب، حيث يتولى تدبير الودائع وأموال التوفير الخاصة، وأموال الاحتياط الجماعي وحمايتها، كما يتولى كذلك تدبير أموال الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وصندوق التوفير الوطني والنظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد والصندوق الوطني للتقاعد والتأمينات.

أما على المستوى الاستثماري والاقتصادي، فإن دور صندوق الإيداع والتدبير يتمثل في تلقي وتخزين وإدارة موارد الادخار، والتي بحكم طبيعتها وأصلها تتطلب حماية خاصة، وفي هذا الإطار، فإن الصندوق يدير ما يعادل 35% من الادخار المؤسساتي، ويحقق حوالي مئة مليار درهم كأصول نشيطة، وبفضل وضعيته هذه يعتبر بمثابة المستثمر الرئيسي في سندات الخزينة ب 50% من أصولها.

وبالإضافة إلى دوره كمؤسسة مهمة في سوق السندات الأولية، فإن الصندوق يتولى تدبير ما يعادل 18% من رأسمال البورصة، مما يجعله على العموم عنصرا أساسيا ومركزيا في تحويل الادخار.²

هكذا، وبعد الوقوف عند الورقة التعريفية للمؤسسة التي عهد إليها تدبير صندوق التكافل العائلي، لابد من الإشارة إلى الإشكالية المتعلقة بمراقبة تدبير مالية صندوق التكافل العائلي، وما تطرح من تساؤلات من قبيل مدى فعالية المراقبة الداخلية لتدبير مالية صندوق التكافل العائلي في الحفاظ على أمواله وضمان تحقيق الأهداف المرجوة منه؟ ثم إلى أي حد يمكن القول إن تدبير الأموال العمومية لصندوق التكافل العائلي من طرف صندوق الإيداع والتدبير، هو تدبير خاضع لآليات الرقابة المالية الخارجية؟

سنحاول الجواب عن هذه الأسئلة وغيرها من خلال العنوان التالي :

مراقبة تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي :

¹ * القرار المشترك لوزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية رقم 852.12، المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي المبرمة بين الدولة وصندوق الإيداع والتدبير، الصادر في فاتح ربيع الثاني 1433 الموافق ل 23 فبراير 2012، الجريدة الرسمية عدد 6043، الصادر بتاريخ 08 جمادى الثانية 1433، الموافق 30 أبريل 2012، ص: 2946.

² * لمزيد من الإطلاع على أنشطة الصندوق ينظر لموقعه الإلكتروني www.cdg.ma.

رغم ما تثير مراقبة مالية الحسابات الخصوصية للخزينة من إشكاليات قانونية وواقعية، أثارت حفيظة الدارسين والمهتمين بالمالية العمومية وآليات مراقبتها، فإن تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي يخضع لمجموعة من الآليات الرقابية، يمكن التمييز فيما بينها بين آليات الرقابة الداخلية، وأخرى خارجية.

الرقابة الداخلية

تعتمد الرقابة الداخلية لتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي على جملة من الآليات الرقابية، في مقدمتها المجلس الإداري لصندوق الإيداع والتدبير باعتباره الهيئة الساهرة على تدبير شأن الصندوق، وفي السياق ذاته يؤكد محمد البقالي على محدودية المجلس الإداري في مراقبة صندوق الإيداع والتدبير، نظرا لكون أعضائه في غالب الأحيان غير متفرغين ويطغى عليهم موقعهم في المنظومة التيقنوبيروقراطية المتسمة بالتحفظ والانضباط إلى الهرم الإداري، الذي يؤدي إلى الانبطاح لرئيس المؤسسة، حيث إن القرارات الكبرى تتخذ من خارج المجلس.¹

كما يخضع صندوق الإيداع والتدبير في تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي للجنة المراقبة² المحدثة بمقتضى القانون التأسيسي لصندوق الإيداع والتدبير، والتي تجتمع بصفة دورية أربع مرات في السنة، وتعتمد على لجنة الافتحاص والمخاطر، التي بدورها تعتمد على مراقبة بنك المغرب، بالإضافة إلى مراقبة وزارة المالية،³ التي تتم عن طريق الهيئات الرقابية التابعة لها، والمتمثلة في المفتشية العامة للمالية والمراقب العام والخازن العام، فضلا على المفتشية المركزية لوزارة المالية.

ورغم ما تتمتع به الرقابة الداخلية بتنوع آلياتها من أهمية رقابية لا يمكن إغفالها من الناحية القانونية والتشريعية، حيث تتجلى هذه الأهمية في شمولية الرقابة في الجانب النظري لجوانب التسيير والتدبير المالي.

فإن الرقابة الداخلية لسبل تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي من قبل صندوق الإيداع والتدبير من جهة، وباعتباره أي صندوق التكافل العائلي حسابا خصوصيا للخزينة من جهة ثانية، تعرف عجزا وجمودا بنيويا ووظيفيا، يتجلى بالأساس في افتقاد مؤسسات الرقابة الداخلية لمخطط رقابي واضح يجعل عملها ذا طبيعة دائمة ومستمرة

¹ * سعاد الرودي "صندوق الإيداع والتدبير بنك المخزن" منشورات الموقع الإلكتروني لجريدة المساء www.almassaepress.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2012/11/22 على الساعة 23:00، ص: إلكترونية.

² * أحدثت هذه اللجنة بمقتضى الفصل الثالث من الظهير المؤسس لصندوق الإيداع والتدبير، حيث جاء فيه "تؤسس لدى صندوق الإيداع والتدبير لجنة للحراسة تتألف كما يأتي: عضوان اثنان من أعضاء المجلس العلى يعينهما وزير العدل، وزير الاقتصاد الوطني أو ممثله، وزير المالية أو ممثله، مدير معهد الإصدار".

ونظم اختصاصاتها بأحكام الفصل الرابع من نفس الظهير والتي تحدد في كونها تتلقى دوريا بيان حالة الصندوق المذكور وتحاط علما بنشاطه، وتكلف أحد أعضائها مرة واحدة في الشهر على الأقل بمباشرة التحقق من الأموال الموجودة لديه نقدا أو بمحفظه السندات المالية، وتقدم إلى المدير العام الملاحظات والآراء التي تراها ضرورية، ويرفع المدير جميع القضايا التي يرى فائدة في تقديمها إلى اللجنة ويعرض عليها نظرياته لتحسين سير المصلحة، وتستشار لزوما كلما تعلق الأمر بإسناد اختصاصات جديدة إلى صندوق الإيداع والتدبير، وكذا فيما يخص بعض العمليات المحددة بموجب مرسوم، وتتنظر في ميزانية المصاريف الإدارية التي يقدمها إليها كل سنة المدير العام بشأن السنة الموالية قبل المصادقة عليها بموجب قرار من وزير المالية، وتحاط اللجنة المذكورة علما بتنفيذ تلك الميزانية، كما تقدم كل سنة إلى الملك تقريرا عن التسيير المالي ونشاط الصندوق وينشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية.

³ * من كلمة مدير صندوق الإيداع والتدبير أنس العلمي أمام لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب، نقلا عن "المدير العام ل. سي. دي. جي. يمثل أمام لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب" مقال منشور دون ذكر صاحبه على الموقع الإلكتروني www.chaabpress.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2012/12/11 على الساعة 21:00، ص: إلكترونية.

ويخولها سلطة التدخل التلقائي وفق رؤية مندمجة وإستراتيجية واضحة، كما يظل عملها ونشاطها الميداني هامشيا ومحدود الأثر.¹

وعليه، لا بد من التأكيد على محدودية ضعف أداء المراقبة الداخلية لتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي من قبل صندوق الإيداع والتدبير، مما يبعث على التساؤل عن فعالية آليات المراقبة الخارجية في ضمان حماية أموال صندوق التكافل العائلي أمام قصور الرقابة الداخلية عن تحقيق هذه الحماية.

الرقابة الخارجية :

تقوم الرقابة الخارجية لصندوق التكافل العائلي أساسا على آليتين رئيسيتين هما الرقابة البرلمانية والرقابية القضائية.

الرقابة البرلمانية :

تمت المراقبة البرلمانية لتدبير المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي من خلال مجموعة من الإمكانيات، التي خولها الدستور المغربي للمؤسسة التشريعية، حيث يراقب البرلمان مالية الصندوق من خلال مراقبة قبلية تتم بمناسبة مناقشة مشروع قانون المالية من قبل اللجان النيابية والتصويت عليه، وكذا عند دراسة الميزانية الفرعية لوزارة العدل والحريات، حيث للجنة الساهرة على دراسة الميزانية الفرعية إمكانية استدعاء وزير العدل والحريات، وكذا وزير المالية والاقتصاد ومدير صندوق الإيداع والتدبير باعتباره مدير الهيئة المديرة لعمليات صندوق التكافل العائلي قصد دراسة مداخيل ونفقات الصندوق، ومساءلة الأطراف المعنية وإبداء الملاحظات والمقترحات بخصوصها.

كما للمؤسسة التشريعية أن تراقب تدبير مالية الصندوق موضوع الدراسة مراقبة بعدية من خلال مساءلة واستفسار الحكومة والجهات الوزارية المعنية كلما دعت الضرورة لذلك، وعن طريق محاسبة الحكومة بمناسبة مناقشة قوانين التصفية للسنوات المالية المنصرمة.

هذا بالإضافة إلى ما أتاحه الدستور لها من تكوين لجان نيابية استطلاعية من أجل تقصي الحقائق حول مالية الصندوق.

إلا أنه ورغم كل الإمكانيات الرقابية، التي أتاحتها الدستور للمؤسسة التشريعية من أجل مراقبة الحسابات الخصوصية للخزينة، بما فيها صندوق التكافل العائلي، فإن المراقبة البرلمانية تبقى قاصرة عن ضبط الأنشطة المالية للصندوق، التي تبقى من اختصاص صندوق الإيداع والتدبير.

ورغم محاولة لجنة المالية والتنمية الاقتصادية التابعة للمؤسسة التشريعية، وتطبيقا لأحكام الفصل 102 من الدستور استدعاء مدير هيئة تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي بمناسبة مناقشة مشروع قانون المالية لسنة 2013 قصد مساءلته حول حصيلة المؤسسة السنوية وتدبيرها المالي، فإنها تظل قاصرة عن تحقيق الرقابة المنشودة لعدة أسباب، من جملتها شكلية المراقبة بالنسبة للمؤسسات المالية العمومية من قبل البرلمان، والطبيعة التقنية لعمليات هذه الهيئة، والتي يصعب على أعضاء اللجنة الوقوف على حقيقتها، هذا فضلا على الموقع الاعتباري الذي يتمتع به مدير المؤسسة، حيث يمكن له التحلل من المساءلة البرلمانية عن طريق عدم تلييته الدعوة لجلسة المساءلة.

¹ * نقلا بتصرف عن عبد اللطيف بروحو "أزمة مراقبة المال العام" منشورات موقع الإلكتروني لجريدة هسبريس www.hespress.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2012/11/26 على الساعة 20:00، ص: إلكترونية.

الرقابة القضائية :

تعتبر مؤسسة المجلس الأعلى للحسابات إحدى آليات الرقابة القضائية التي أفرد لها الدستور المغربي الباب العاشر منه، حيث جعل منها بمقتضى الفصل 147 هيئة عليا لمراقب المالية العمومية بالملكة وضمن استقلاليتها، كما خصها باختصاصات ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين ما هو رقابي وقضائي.

وعليه، وبناء على الفصل السالف الذكر يتولى المجلس الأعلى للحسابات ممارسة الرقابة العليا على تنفيذ قوانين المالية، ويتحقق من سلامة العمليات المتعلقة بمداخيل ومصاريف الأجهزة الخاضعة لمراقبته بمقتضى القانون، وقيم كيفية تدبيرها لشؤونها، ويتخذ عند الاقتضاء عقوبات عن كل إخلال بالقواعد السارية على العمليات المذكورة، أي أنه يقوم بالتدقيق في الحسابات ومراقبة التسيير والتأديب المالي.

وبالتالي، فإن مراقبة المجلس الأعلى للحسابات مالية صندوق التكافل العائلي، لا تتم إلا من خلال التدقيق في الحساب الخصوصي المتعلق بالصندوق ومراقبة تدبير عملياته، واتخاذ الجزاءات التأديبية في حق المخلين بالسير العادي للصندوق.

كما أنه واستنادا إلى أحكام الفصل 148 من الدستور، للمجلس الأعلى للحسابات أن يقدم المساعدة للبرلمان، ويجيب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بالبرلمان في مجال مراقبة وتقييم مالية صندوق التكافل العائلي، مع ضرورة تنويره وتزويده بالمعلومات والتقارير التي من شأنها أن ترفع من عمله الرقابي والتقييمي للصندوق.

وفي ذات السياق، للجن البرلمانية المختصة، إمكانية الاستعانة بقضاة المجلس الأعلى بصفتهم كملاحظين يقدمون التوضيحات والاستشارات متى طلبت منهم، أثناء مساءلتها للمسؤولين عن تسيير عمليات صندوق التكافل العائلي.¹

وعطفا على ما سبق، يمكن للمجلس أن يقدم المساعدة للحكومة في إطار مراقبتها لمالية صندوق التكافل العائلي وسبل تدبيرها.

ويرفع المجلس تقاريره بشأن مراقبة صندوق التكافل العائلي إلى كل من الملك وإلى رئيس الحكومة ورئيسي مجلسي البرلمان في إطار التقرير السنوي كما ينشر في الجريدة الرسمية.

وفي ختام الحديث عن المجلس الأعلى للحسابات باعتباره آلية من آليات الرقابة المالية، لا بد من الإشارة إلى أن دور هذا المجلس في حماية مالية صندوق التكافل العائلي، يظل قاصرا ودون جدوى في ظل الجمود الذي تعرفه مدونة المحاكم المالية، إذ يحتم الواقع الجديد بعد صدور دستور فاتح يوليوز 2011 تعديل هذه المدونة بما يتناسب وينود هذا الأخير، التي أعطت سلطات واسعة للمجلس الأعلى للحسابات فيما يتعلق بمراقبة المال العام بصفة عام، ومالية صندوق التكافل العائلي بصفة خاصة.

¹ * محمد براو "المجلس الأعلى للحسابات في دستور 2011" منشورات الجريدة الإلكترونية لكم www.lakome.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2012/12/11 على الساعة 01:00، ص: إلكترونية.

إذا كانت قيم التكافل والتآزر هي إحدى القيم النبيلة التي ميزت المجتمع المغربي، فإن المشرع المغربي حاول أن يجسد هذه القيم من خلال إحداث صندوق التكافل العائلي، وذلك من أجل معالجة الاختلالات الاجتماعية والمعيشة التي تعرفها الأسر المغربية من جهة، وضمانا لكرامة المرأة المطلقة وحماية لحقوق أطفالها.

ورغم أهمية إحداث صندوق التكافل العائلي من الناحية الاجتماعية والحقوقية، فقد أثرت بشأنه كثير من الإشكاليات ترتبط أساسا بالفئات المستفيدة من مدخرات الصندوق وإجراءات الاستفادة، وكذا سقف الاستفادة والموارد المالية للصندوق، والتي سنوردها كلا على حدة.

الفئات المستفيدة من المخصصات المالية للصندوق، حيث حصر المشرع المغربي الفئات المستفيدة من الصندوق في الأم المطلقة المعوزة ومستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية، ومن ثم لا بد من التأكيد على أن المشرع المغربي لم يكن منصفاً في تقديره هذا على أساس أنه تحيز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات اجتماعية كثيرة هي في أمس الحاجة إلى الدعم والمساعدة، من قبيل الأم المعوزة غير المطلقة، والأرامل والأطفال في وضعية صعبة والآباء والأمهات المعوزين والمتخلى عنهم.

وعليه، كان على المشرع أن يجعل الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق غير قاصرة على من حصرهم بنص المادة الثانية من القانون رقم 41.10، وتتعداهم لتشمل كل من تجب لهم النفقة من الأصول والفروع والأزواج.

مسطرة الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، إذ أن أكثر ما ميز هذه المسطرة هو التعقيد وطول إجراءاتها التي قد تظل شهوراً، ولا نجد تفسيراً لهذا التعقيد سوى حرص المشرع على عدم ضياع المخصصات المالية للصندوق ودفعها لغير مستحقيها، على حساب تمتيع منهم في أمس الحاجة إلى النفقة.

وبالإطلاع على شكلية مسطرة الاستفادة، والتي على كثرتها وتنوعها لاشك أنها عامل حاسم في عرقلة الغاية التي أحدث لأجلها صندوق التكافل العائلي، خاصة عندما يصبح طالب الاستفادة مجبر على سلوك نفس المسطرة عندما يتعلق الأمر بطلب الاستفادة بعد توقف المحكوم عليه عن تنفيذ حكم النفقة بعد الشروع فيه.

كما تتجلى طبيعة التعقيد التي اتسمت بها المسطرة، من خلال حرص المشرع على إدلاء طالب الاستفادة بشهادة العوز وبشهادة عدم الخضوع للضريبة أو بطاقة المساعدة الطبية، وهي وثائق كما يعلم الجميع ليس بالهين الحصول عليها من قبل طالب الاستفادة، خاصة إذا كان أمياً ومعوزاً ويعاني التهميش والإقصاء، فضلاً على طول إجراءات الحصول على هذه الشواهد، إذ لا يمكن لطالبا الحصول عليها إلا بعد سلوكه مساطر متنوعة وتنقله بين مكاتب إدارية عديدة، وقد يكون الأمر أكثر صعوبة إذا ما اعترضت سبيل المعني بالأمر سلوكيات استفزازية من قبل بعض الموظفين عديمي الضمير قصد الضغط عليه لإرشاءهم.

وعطفاً على كل ما سبق، لا بد من الإشارة إلى أن إسناد مهمة تقديم شهادة العوز إلى السلطات المحلية أمر مناف للواقع، على أساس أن تقديم السلطات المحلية لهذه الشهادة يكون بناء على إفادة عون السلطة، الذي يفتقد لأي تكوين اجتماعي واقتصادي يمكنه من المعايير التي على أساسها يحدد حالة عوز طالب الإفادة من عدمها، الشيء الذي

كان معه على المشرع أن يعتمد على آليات أخرى لتحديد حالة العوز كالخبرة القضائية وشهادة إهمال الأسرة، أو أن يلجأ إلى إصدار قانون يلزم الإدارات المحلية بتكوين أعوانها في الجانب الاجتماعي المرتبط بموضوع الدراسة.

سقف الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، حيث إن تحديد المشرع المغربي مبلغ الاستفادة من صندوق التكافل العائلي في 350 درهم شهريا لكل فرد على ألا يتعدى مجموع المخصصات المالية لأفراد الأسرة 1050 درهم شهريا، هو تحديد ينطوي على حيف وتقصير اتجاه الأسر المغربية المعوزة، إذ كيف لمبلغ زهيد كهذا أن يلبي حاجيات الأسر المعوزة المستهدفة بالمخصص المالي، ويحقق اكتفائها الذاتي.

ومن ثم، لا يمكن وصف هذه المخصصات إلا بالهزيلة وعدم رقيها للمستوى الاجتماعي الذي يضمن كرامة الأسرة ويحمي حقوق أفرادها.

وعليه، على المشرع المغربي رفع سقف الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق بشكل يحترم الحد الأدنى للأجور المعمول به في المغرب، كما عليه كذلك أن يعطي للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير مبلغ المخصص المالي، خاصة إذا علمنا أن هناك من الأزواج من لهم دخول مرتفعة، وبالتالي من العيب والعار أن نلزم مطلقتهم وأبناءهم بنفقة أدنى من مستواهم الاجتماعي الذي كانوا يعيشونه.

الموارد المالية لصندوق التكافل العائلي، إذ أن الرجوع إلى قوانين المالية للسنوات 2011 و2012 ومشروع قانون المالية لسنة 2013، يوضح أن المشرع المغربي لم يكن يتعدى مبلغ 160 درهم فيما يرصد لصندوق التكافل العائلي من دعم، الأمر الذي يؤكد هزالة المبالغ المالية المرصود لمالية صندوق التكافل العائلي مقارنة بأهدافه الاجتماعية.

إضافة إلى أن باقي المصادر التمويلية التي جاءت بها قوانين المالية السالفة الذكر، هي مصادر ضعيفة ولا يمكن التعويل عليها في تحقيق ما رصد له الصندوق من دعم للأم المطلقة المعوزة ومستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال رابطة الزوجية.

كما أن المشرع قد أغفل موردا ماليا مهما، كان له أن يساهم في تنمية مالية الصندوق، وهو استثمار أموال الصندوق من قبل الهيئة التي عهد إليها بتدبير عملياته، خاصة أنها مؤسسة مالية عمومية تتمتع بالإمكانيات التقنية والمالية والبشرية الكفيلة بتحقيق قيم مضافة مهمة للصندوق.

ولم يبقى لنا في ختام هذا الموضوع، إلا الإشارة إلى أن إحداث صندوق التكافل العائلي لا يعكس حقيقة الاسم الذي يحمله، والذي يجد أساسه في قيم التآزر والتكافل والتضامن العائلي بين الأسر المغربية، ما دام قد أقصى فئات وشرائح اجتماعية عريضة من دعمه والاستفادة من مخصصاته المالية.

النفيش في الجريمة الجمركية



قوادي صامت جوهر أستاذة مساعدة قسم "ب" بكلية الحقوق

والعلوم السياسية- جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف- الجزائر

البريد الإلكتروني : droit.chlef@yahoo.com

مقدمة :

لقد أخذ الإجرام طريقه إلى الاقتصاد منذ زمن بعيد ، وذلك بولوجه إلى قطاعات متعددة ومتنوعة من النشاط الاقتصادي، مما أدى إلى التأثير على النظام العام ، والإضرار بالدخل القومي للدولة ، ومن هنا تبرز خطورة الجريمة الاقتصادية ، وتأثيرها على الاقتصاد الوطني وحركة السوق والائتمان للنشاط الاقتصادي (المالي والتجاري والمصرفي) ، لاسيما بعد دخولها ميدان العولة الاقتصادية التي تشجع انتقال الأموال والبضائع أو السلع بدون قيود جمركية أو سياسية أو إدارية (1) .

ونظرا لحجم الخسائر التي يخلفها الإجرام الاقتصادي - لاسيما الجريمة الجمركية - على المستويات المالية والاقتصادية والاجتماعية ، وذلك بتضرر مداخيل الخزينة العامة جراء ضياع مبالغ الرسوم الجمركية ، وكذا إغلاق الوحدات الانتاجية وتسريح العمال ، وبالتالي نفاذ المستثمرين الأجانب ، وهروب رأس المال الوطني ، هذا فضلا عن المخاطر الصحية للمواد المهربة والمخدرات ..إلخ (2) ، فإنه وجب على إدارة الجمارك وضع رقابة شديدة ، ومحاربة شتى صور الجريمة الجمركية بالطرق القانونية المتوفرة حرصا على حماية المنتجات الوطنية ، والحفاظة على ثروة البلاد وعلى توازن الميزان التجاري وميزان المدفوعات .

¹ عبد القادر عبد المحافظ الشخلي ، الجهود والاتفاقيات العربية والدولية لمكافحة الجريمة الاقتصادية ، كلية التدريب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2007 ، ص 2 و3 .

² عبد اللطيف ناصري ، وظائف إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ومجال ممارستها للشرطة القضائية ، إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ، الرباط ، 2012 ، ص 4 .

ولعل أهم تلك الطرق القانونية المتبعة في تحقيق الجريمة الجمركية " التفتيش " ، إذ يعتبر هذا الموضوع بالغ الأهمية من الناحية العملية ، لأنه من الروافد الأساسية التي تزود القضاء بالدليل ، سواء كان دليل إدانة أو دليل براءة .

فالتفتيش من أشد الإجراءات القانونية خطورة ، سواء نظرنا إليه في ذاته ، أو من حيث ما قد يسفر عنه من نتائج ، فهو إهدار حرمة ، أي أنه مساس خطير في ذاته ، لمساسه بالحرية الشخصية أو بجرمة المسكن ، وهو فضلا عن ذلك منتج للدليل ، وهذا وجه آخر من أوجه الخطورة ، فقد تبنى الإدانة على هذا الدليل ، ومن ثم عرف التفتيش كما يلي :

" ذلك الإجراء الذي رخص الشارع فيه التعرض لحرمة الشخص بسبب جريمة وقعت أو ترجح وقوعها منه ، وذلك تغلبا للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة ، واحتمال الوصول إلى دليل مادي يفيد في كشف الحقيقة " (1) .

كما سبق يمكن طرح التساؤلات التالية :

- هل يخضع التفتيش في الجريمة الجمركية للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، أم أن المشرع الجزائري خصه بقواعد خاصة ؟

- من هم الأشخاص المؤهلين قانونا لإجراء التفتيش بمناسبة البحث والتحري عن الجريمة الجمركية ؟

سنتولى الإجابة عن هذه التساؤلات في مداخلتنا ، باتباع المنهج التحليلي ، وذلك بالتطرق لنصوص قانون الجمارك فيما يخص إجراء التفتيش ، وكذا نصوص قانون الإجراءات الجزائية متى استلزمت الدراسة ذلك ، من خلال بحث المحاور التالية :

- مفهوم الجريمة الجمركية .

- مفهوم التفتيش .

- الأعوان المؤهلون للقيام بإجراء التفتيش .

- النطاق المكاني لأعوان الجمارك في إجراء التفتيش .

- النطاق الإجرائي .

أولا : مفهوم الجريمة الجمركية .

يعرف التهريب الجمركي بأنه " إدخال البضائع إلى البلاد أو إخراجها منها بصورة مخالفة للتشريعات المعمول بها ، دون أداء الرسوم الجمركية والرسوم والضرائب الأخرى كليا أو جزئيا ، أو خلافا لأحكام المنع والتقييد الواردة في هذا القانون أو في القوانين والأنظمة الأخرى " (2) .

¹ عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، دراسة نقدية ، مطابع السعدي ، مصر ، 2006 ، ص 1 .

² نبيل صقر ، الجمارك والتهريب نصا وتطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 ، ص 5 .

والتهريب الجمركي أنواع: تهريب حقيقي، تهريب حكومي، تهريب ضريبي وتهريب غير ضريبي، والتهريب الحقيقي هو الصورة الغالبة، سواء وقع الاعتداء على مصلحة الدولة الضريبية أو غير الضريبية، ويتحقق هذا النوع من التهريب بإدخال بضاعة تستحق عليها ضريبة جمركية إلى البلاد، أو بإخراجها منها بطريقة غير مشروعة دون أداء هذه الضريبة، أو باستيراد أو تصدير بضاعة يحظر القانون استيرادها أو تصديرها (1).

وبالتالي تكمن عناصر الركن المادي لهذه الجريمة في القيام بالأفعال التالية:

- إدخال البضائع إلى إقليم الدولة أو إخراجها منها.
- أن يتم ذلك بطريقة غير مشروعة.
- عدم أداء الضرائب الجمركية والضرائب الأخرى، وعادة ما يقترن إدخال البضائع أو المواد الأخرى أو إخراجها بطرق احتيالية.

وبغض النظر عن صورة التهريب الجمركي، فقد اهتم المشرع الجزائري بهذه الجريمة وخصها بإجراءات قانونية تتسم بنوع من البساطة، وذلك بالنظر إلى طبيعتها الفنية والدقيقة وخطورتها على النشاط الاقتصادي، ومن أبرز وأهم الإجراءات المتبعة للبحث والكشف عن الجريمة الجمركية: إجراء التفتيش، وهو ما سنتولى توضيح مفهومه في العنصر التالي.

ثانياً: مفهوم التفتيش.

يتنوع مفهوم التفتيش على حسب الغاية منه كإجراء إلى ثلاثة أنواع: تفتيش إداري وتفتيش وقائي وتفتيش قضائي (إجرائي)، وجوهر التفتيش في كل حال هو البحث في مستودع أسرار الشخص عن أشياء تفيد الغرض من التفتيش، وهو إجراء من إجراءات التحقيق يقوم به من خوله القانون سلطة الضبطية القضائية، بهدف البحث والتقيب عن الأدلة المادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل خاص (2)، وفيما يلي عرض مختصر لصور التفتيش.

صور التفتيش:

أ- التفتيش الوقائي: وهو تفتيش يهدف لحفظ الأمن وسلامة الشخص، تملية ضرورة معينة بشرط أن لا يتجاوز قدرها، فالضرورة تفرض تجريد الشخص مما يحتمل أن يكون معه من أسلحة أو آلات قد يستخدمها في المقاومة، أو في العدوان على نفسه أو غيره (3).

ب- التفتيش الإداري: هو إجراء من الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى تحقيق بعض الأغراض الإدارية العامة أو الخاصة التي يحددها القانون أو اللائحة التي يضعها رب العمل، ويستمد هذا التفتيش سلامته قانوناً إما من من إجازة القانون، وإما من قبول الشخص نفسه لهذه اللائحة، بشرط أن لا يتعدى حدود الغرض الذي من أجله أقره

¹ نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 6.

² محمد عبد الكريم مزهر، القيمة القانونية والفنية في إجراء الكشف والمعاينة في مسرح الجريمة، نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، 2010، ص 26.

³ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، الطبعة الثامنة، 2008، ص 204.

القانون (1) ، ومثال ذلك تفتيش زائر السجن ، وهو إجراء تقتضيه متطلبات حفظ الأمن والنظام داخل السجون ، وأيضا تفتيش المارين من الدوائر الجمركية الحدودية ، وذلك لمنع عمليات التهريب التي تضر بالاقتصاد الوطني (2) .
والغاية من التفتيش الإداري هي الاستيثاق من التزام من يراد تفتيش شخصه أو المكان الذي ييسط عليه
حيازته بأحكام طائفة معينة من القوانين واللوائح ، توافرت شروط انطباقها فيه (3) .

ج- تفتيش قضائي (إجرائي) : وهو التفتيش الذي يقوم به ضابط الشرطة القضائية على شخص المتهم المقبوض عليه بحثا عن دليل يثبت ارتكابه للجريمة التي قبض عليه بسببها (4) .

وإن كان التفتيش من اختصاص سلطة التحقيق أصلا - باعتباره إجراء تحقيق - إلا أنه يمكن لرجال الضبط القضائي القيام به استثناء ، إما بناء على ندب قضائي أو من تلقاء أنفسهم في الحالات التي حددها القانون (5) ، وذلك بغرض استقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها ، سواء كانت تلك الجرائم مقررة في قانون العقوبات أو في القوانين المكملة له ، ولما كان موضوع بحثنا هو التفتيش في الجريمة الجمركية ، فإنه أولى بنا تحديد الأشخاص المؤهلين للقيام بتفتيش الجريمة الجمركية ، فهل هم أنفسهم رجال الضبط القضائي أم هناك فئة خاصة حولها المشرع ذلك بموجب قانون الجمارك ؟

ثالثا : الأعوان المؤهلون للقيام بالتفتيش في الجريمة الجمركية .

إذا كانت معاينة الجرائم في القانون العام هي من اختصاص الشرطة القضائية المكلفة بالبحث والتحقيق وجمع الأدلة ، فإن المخالفات الجمركية تعين بالدرجة الأولى من فئة خاصة مؤهلة للقيام بذلك ، من خلال السلطات المخولة لها قانونا لأداء مهامها ، حيث تعتبر هذه الفئة عوناً للقضاء بهدف محاربة الجرائم ، وحماية اقتصاد الدولة (6) ، فتتضمن المادة 241 من قانون الجمارك الجزائري رقم 79-07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 على أنه " يمكن أعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية وأعوان مصلحة الضرائب وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش ، أن يقوموا بمعاينة المخالفات الجمركية وضبطها " .

من استقراء نص المادة المذكور أعلاه ، يتبين لنا أن أعوان الجمارك - بغض النظر عن رتبهم - يتمتعون بأهلية البحث وملاحظة المخالفات الجمركية لمباشرة إجراء الحجز ، والذي يخول هؤلاء - في إطار مكافحة الجريمة الجمركية - مجموعة من السلطات في مواجهة البضائع وحتى الأشخاص ، كحق التحري الذي يعتبر إجراء التفتيش أهم سلطة فيه ، إضافة إلى حق ضبط الأشياء ، حيث نجد أن المواد من 41 إلى 47 من القسمين الرابع والخامس من الفصل الثالث من قانون الجمارك رقم 79-07 ، قد تطرقت إلى الحق في تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل ،

¹ محمد زكي أبو عامر ، المرجع نفسه ، ص 201 .

² محمد عبد الكريم مزهر ، المرجع السابق ، ص 27 ، محمد زكي أبو عامر المرجع السابق ، ص 201 ، 202 ،

³ عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 319 .

⁴ محمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص 204 .

⁵ جوهر قوادري صامت ، رقابة سلطة التحقيق على أعمال الضبطية القضائية في القانون الجزائري والمقارن ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2010، ص 52.

⁶ رحمان حسبية ، البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، فرع قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، ص 5 .

وحق تفتيش المنازل ، ونلاحظ أن هذا الحق مخول لأعوان الجمارك دون غيرهم من ضباط الشرطة القضائية ، طبقا للمواد المذكورة أعلاه وكما سيتم تفصيله في العناصر اللاحقة ، أي أن أعوان الجمارك يتمتعون بصفة عون في الضبطية القضائية وفقا للمادة 27 من قانون الإجراءات الجزائية ، كما يعتبرون من رجال الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي المحدد ، ونقصد به تولي رجال الضبط القضائي ذي الاختصاص الخاص القيام بمهام الضبط القضائي في الجرائم الخاصة التي ترتبط بالوظيفة التي يباشرونها ، إذ لا يباشرون هذه الأعمال خارج نطاق الجريمة الخاصة بهم (1) .

رابعا: النطاق المكاني - الاختصاص المكاني لأعوان الجمارك -

بين قانون الجمارك النطاق المكاني الذي يمكن لموظفي الجمارك مباشرة سلطتهم فيه ، ومن ثم لا يكون لهم حق تفتيش الأشخاص والأماكن والبضائع ، ووسائل النقل خارج هذا النطاق بحثا عن مهربات ، ويقع باطلا بالتالي كل إجراء يصدر عنهم خارج ذلك النطاق ، إلا ما يقرره القانون استثناء (2) ، فالجريمة الجمركية تختلف عن غيرها من الجرائم - خلافا لجرائم القانون العام - أنها تقع على حدود الدولة الجمركية ، وهو ما يعبر عنه بالخط الجمركي ، ولا تقع داخل الدولة إلا استثناء ، فإذا اجتازت البضائع نطاق الرقابة الجمركية ، فإن هذه الحالة لا تصلح لأن تكون محلا لجريمة التهريب ، باستثناء بعض صور التهريب التي تعرفها القوانين الجمركية ، ويمكن أن تقع على امتداد إقليم الدولة .

وقد ميز قانون الجمارك رقم 79-07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 بين الإقليم الجمركي ، والخط الجمركي ، والمنطقة الجمركية ونطاق الرقابة الجمركي .

1 - الإقليم الجمركي : يقصد به بشكل عام " الأراضي والمياه الإقليمية الخاضعة لسيادة الدولة " ، حماية فهو إقليم الدولة داخل حدودها السياسية وفقا لتحديداتها دوليا ، ويشمل ذلك الإقليم البر والبحر والجو على حد سواء .

2- الخط الجمركي : هو الخط الذي تخضع فيه البضائع والأموال في حال دخولها إلى إقليم الدولة أو خروجها منه ، لمجموعة من النظم والإجراءات الجمركية التي تضعها الدولة ، بهدف تنظيم تدفق السلع والأموال من وإلى أسواقها الوطنية ، وعلى طول هذا الخط يوجد عدد من المكاتب ونقاط المراقبة ، بقصد مراقبة وتنظيم عمليات الاستيراد والتصدير ، ويمتد الخط الجمركي على جانب الحدود البرية والبحرية ، فيشكل خطا جغرافيا يمثل حدود الدولة .

3- المنطقة الجمركية : هي تلك المنطقة التي يوجد بها مكتب الجمارك ، سواء على الحدود البرية أو في الموانئ البحرية والجوية ، والأرض المحيطة بها ، حيث يتم شحن وتفريغ ونقل وتخزين البضائع الواردة والصادرة ، لإتمام الإجراءات الجمركية عليها وتكون غالبا محاطة بأسوار لها أبواب تحت حراسة عمال وحرس شرطة دائرة الجمارك (3) .

¹ جوهري قوادري صامت ، المرجع السابق ، ص 37 .

² كمال حمدي ، جريمة التهريب الجمركي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 117 .

³ نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 26،27 .

4- النطاق الجمركي : وهو منطقة خاصة للمراقبة على طول الحدود البحرية والبرية طبقا لقانون الجمارك (1) ، أي عبارة عن مساحة محددة من قبل المشرع داخل حدود الدولة ، تملك فيها إدارة الجمارك امتيازات خاصة ، وصلاحيات واسعة من رقابة وتفتيش ، وإقامة مركز الحراسة والكمائن ، وهو شريط من الأرض متاخم للحدود مع الخارج ، يحظر فيه تداول وحياسة ونقل البضائع الممنوعة ، والخاضعة للضريبة دون مبررات مقبولة .

ويشمل النطاق الجمركي البري الأراضي الواقعة ما بين الشواطئ أو الحدود البرية من جهة ، وخط داخلي من جهة ثانية تحدد بقرار من الوزير المختص ، وينشر في الجريدة الرسمية ، وهو في القانون الجزائري 30 كيلومتر وفقا للمادة 29 من قانون الجمارك الجزائري ، اعتبارا من الخط الجمركي الفاصل بين حدود الدولة أو بداية الشاطئ (2).

خامسا : النطاق الإجرائي .

نتناول فيه سلطة أعوان الجمارك في إجراء التفتيش (أ) ومحل التفتيش في الجريمة الجمركية (ب) .

أ- سلطة أعوان الجمارك في إجراء التفتيش .

لأعوان الجمارك سلطات واسعة في البحث والتحري عن الجرائم الجمركية الواقعة في نطاق اختصاصهم المكاني كما تم بيانه سابقا ، وأهم سلطة خولهم إياها القانون هي " التفتيش " ، وذلك وفقا لمواد القسمين الرابع والخامس من الفصل الثالث من قانون الجمارك الجزائري ، حيث تنص المادة 41 منه على ما يلي " يمكن أعوان الجمارك في إطار الفحص والمراقبة الجمركية ، تفتيش البضائع ووسائل النقل والأشخاص مع مراعاة الاختصاص الإقليمي لكل فرقة " ، وتنص المادة 47 من نفس القانون على أنه " للبحث عن البضائع التي تمت حيازتها غشا داخل النطاق الجمركي ، وقصد البحث في كل مكان عن البضائع الخاضعة لأحكام المادة 226 أدناه يمكن أعوان الجمارك المؤهلين من قبل المدير العام للجمارك القيام بتفتيش المنازل بعد الموافقة الكتابية من الجهة القضائية المختصة ، على أن يرافقهم أحد مأموري الضبط القضائي " .

يستفاد من نص المادتين المذكورتين أعلاه ، أن المشرع الجزائري خول أعوان الجمارك سلطة تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل ، وكذلك المنازل ، غير أن هذه السلطة منوطة بمراعاة جملة من الشروط نتولى في العنصر التالي تحديدها ، وذلك بتحديد محل التفتيش في الجريمة الجمركية .

ب- محل التفتيش في الجريمة الجمركية .

قد ينصب إجراء التفتيش الذي يقوم به أعوان الجمارك بصددهم معابنتهم للجريمة الجمركية إما على الأشخاص ، أو البضائع أو وسائل النقل ، أو المنازل ، نتولى تفصيل كل عنصر في نقاط متتالية .

1 - تفتيش الأشخاص : منح قانون الجمارك لموظفي الجمارك أثناء تأديتهم لوظائفهم في البحث عن الغش الجمركي ، حق تفتيش الأشخاص العابرين في الدائرة الجمركية ، مثلما وضحته المادة 42 منه بقولها " في إطار ممارسة حق تفتيش الأشخاص وعند وجود معالم حقيقية يفترض من خلالها أن الشخص الذي يعبر الحدود ، يحمل مواد مخدرة

¹ المادة 2 من القانون رقم 06-20 المؤرخ في ديسمبر 2006 يتضمن الموافقة على الأمر 06-09 المعدل والمتمم للأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب .

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/01/30 ، في الملف رقم 105714 ، مشار إليه في مؤلف : نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 384 .

خبأة داخل جسمه ، يمكن أعوان الجمارك إخضاعه لفحوص طبية للكشف عنها ، وذلك بعد الحصول على رضاه الصريح .."

يتضح من هذا النص أن هذا الحق في التفتيش ليسا مطلقا ، بل يجب أن يمارسه المخاطبون به في نطاق ما يصادفهم من حالات تنم عن شبهة توافر الغش أو التهريب الجمركي ، بمعنى أنه يكفي أن يقوم لدى العون المنوط بالمراقبة والتفتيش داخل الدائرة الجمركية ، أو في حدود نطاق الرقابة الجمركية ، حالة تثير شبهة في توافر الغش الجمركي فيها حتى يثبت له حق الكشف عنها (1) ، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الشبهة كما يلي : " هي حالة ذهنية تقوم بنفس رجل السلطة العامة ، يصح معها القول عقلا بقيام مظنة حيازة الشخص شيئا يحرص على إخفائه عن أعين المختصين ، وتقدير قيام الشبهة منوط بالقائم بالتفتيش تحت إشراف محكمة الموضوع " (2) ، فإذا هو عشر أثناء التحقيق الذي يجريه على دليل يكشف عن جريمة غير جمركية ، يعاقب عليها في القانون العام ، فإنه يصح الاستدلال بهذا الدليل أمام المحاكم في تلك الجريمة (3) ، وهذا ما قرره المادة 42 من قانون الجمارك الجزائري في فقرتها الأولى .

ولما كان جوهر التفتيش في كل حال ، هو البحث في مستودع أسرار الشخص عن أشياء تفيد في الغرض من التفتيش، فإنه لا يكون مشروعاً إلا إذا وقع برضا الشخص نفسه ، إذ أن رضاه ينفي عن التفتيش فكرة المساس بالحرية الشخصية ، وإما بإجازة القانون نفسه ، حيث نصت المادة 42 على أنه " يمكن لأعوان الجمارك إخضاعه لفحوص طبية للكشف عنها وذلك بعد الحصول على رضاه الصريح ، وفي حالة رفضه يقدم أعوان الجمارك لرئيس المحكمة المختصة إقليمياً طلب الترخيص بذلك " .

هذا وقد منح القانون أعوان الجمارك سلطة إجراء التفتيش الجسدي أو ما يسمى بالتفتيش الذاتي في حق الأشخاص الذين يحتمل أنهم يحملون على أجسادهم بضائع محل غش ، تطبيقاً للفقرة الأخيرة من المادة 42 من قانون الجمارك ، وذلك بتفتيش الشخص المعني تفتيشاً دقيقاً ، كتجريده من ملابسه - إن اقتضى الأمر - داخل غرف مخصصة لذلك ، متى احتتمل أنه يخفي بضائع محل غش في جسده (4) ، غير أن هذا الأمر منوط باحترام ومراعاة تطبيق نص المادة 40 من قانون الجمارك ، الذي ينص على أنه " يجب على أعوان الجمارك أثناء ممارستهم وظائفهم أو آدائهم مهامهم أن يسهروا لزوماً على احترام كرامة الأشخاص " بدنياً أو معنوياً ، فلا يجوز حصول التفتيش بعنف لا تستوجبه الظروف ، كتمزيق ملابس الشخص ، أو باستخدام وسائل جارحة للكرامة الإنسانية (5) .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى تفتيش الأنثى ، حيث أن قانون الجمارك لم يشر إلى هذه النقطة ، شأنه شأن قانون الإجراءات الجزائية ، ومن ثم يجب علينا المبادئ العامة المتفق عليها فقها وقضاء بهذا الخصوص ، والتي تقرر عدم جواز تفتيش رجل الضبط القضائي للأنثى ، حيث أن كل تفتيش يقع على موضع من جسدها ، يعد عورة من

¹ رحمانى حسبية ، المرجع السابق ، ص 15 .

² عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 328 .

³ محمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص 203 .

⁴ عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 271 ، 272 .

⁵ رحمانى حسبية ، المرجع السابق ، ص 16 .

عورتها ، وبالتالي تفتش بواسطة أنثى مثلها ، وهذه القاعدة من النظام العام وتمثل ضمانا من ضمانات التفتيش (1) .

2- تفتيش البضائع : منح قانون الجمارك بموجب المادة 41 منه لأعوان الجمارك ، صلاحية تفتيش البضائع ، وذلك في إطار الفحص والمراقبة الجمركية ، وقد عرفت المادة الخامسة من هذا القانون في فقرتها ج البضاعة بأنها " كل المنتجات والأشياء التجارية وغير التجارية ، وبصفة عامة جميع الأشياء القابلة للتداول والتملك " ، وهو نفس التعريف الذي ورد في المادة الثانية فقرة ج ، من القانون رقم 06-20 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-09 المعدل والمتمم للأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب .

وإن كان لفظ البضائع بهذا الشكل لفظ عام وشامل ، حيث ينصرف إلى كل شيء مادي يمكن تداوله ، وحيازته وتملكه من جانب الأفراد ، سواء كان ذا صفة تجارية أو غير تجارية ، أي للاستعمال الشخصي ، ويعد من قبيل البضائع كل من الذهب وال نقد والمصوغات ، والمخدرات والأسلحة والذخائر والتبغ ، الأمر الذي قد يوحي بأن صور التهريب المشار إليها تخضع لأحكام قانون الجمارك أو قانون التهريب ، غير أنه يمكننا القول في هذا الصدد أن قانون الجمارك يعد - في مجال التهريب - بمثابة القانون العام ، إذ يشمل كافة صور التهريب ، ومن ثم نكون أمام عدة قوانين أحدهما عام ، والآخر خاص ، وعملا بالقاعدة العامة من قواعد التفسير ، والتي تقضي بأن الخاص يقيد العام ، فإن حالات التهريب المشار إليها تفلت من نطاق أحكام قانون الجمارك ، وتطبق بشأنها الأحكام الخاصة التي قررها المشرع في القوانين الخاصة التي تحكمها ، (تهريب الذهب والنقد والمصوغات ، وتهريب المخدرات والأسلحة والذخائر) (2) .

3- تفتيش وسائل النقل : سمح قانون الجمارك الجزائري في إطار البحث عن البضاعة محل الغش ، لأعوان الجمارك بتفتيش وسائل النقل ، بموجب المادة 41 السالفة الذكر ، وقد عرفت المادة الثانية فقرة د ، من القانون رقم 06-20 المعدل والمتمم للأمر 06-09 المتعلق بمكافحة التهريب ، عرفت وسائل نقل البضائع المهربة كالتالي : " كل حيوان أو آلة أو مركبة أو أي وسيلة نقل أخرى استعملت بأي صفة لنقل البضائع المهربة ، أو كانت ستستعمل لهذا الغرض " ، حيث يخضع سائق وسيلة النقل وجوبا لأوامر أعوان الجمارك ، ويمثل لها سواء تعلق الأمر بالتوقف أو السماح لهم بمراقبة وتفتيش البضائع ، بحيث يشكل أي إخلال بهذا الالتزام مخالفة جمركية ، تخول أعوان الجمارك استعمال شتى الوسائل المادية لسد الطريق قصد توقيف وسائل النقل ، وهذا تطبيقا لحكم المادة 43 من قانون الجمارك الجزائري .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 44 من قانون الجمارك قبل تعديلها بالقانون 98-10 ، كانت تخول أعوان الجمارك حق تفتيش كل سفينة تقل حمولتها الصافية عن 100 طن ، أو تقل حمولتها الإجمالية عن 500 طن ، متى وجدت في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي ، غير أن هذا الاختصاص منح بعد التعديل ، إلى أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ ، إثر توزيع صلاحية الرقابة في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي ، بين أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحرس الشواطئ ، عندما يتعلق الأمر بالنقل بحرا ، كما مكنت المادتين 45 و 46 هذه الفئة الأخيرة من تفتيش السفن الموجودة في الموانئ للنطاق الجمركي ، والبقاء فيها إلى غاية تفريغها أو خروجها من النطاق

¹ رحمان حسيبة ، المرجع نفسه ، ص 16 ، عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 261 .

² نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 6 ، أحسن بوسقيعة ، القانون الجنائي الخاص ، دار هومة ، الجزائر ، الجزء الثاني ، 2004 ، ص 157 وما بعدها .

الجمركي ، كما ألزم المشرع ربانة السفن - فيما يخص البواخر المرساة - بمساعدة أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ ، وكذا أعوان الجمارك في تفتيش محتوى السفن الراسية (المادة 3/45) ، وكذلك إجراء تفتيش للمنشآت والأجهزة الموجودة في هذه المنطقة ، وكذا وسائل النقل التي تساعد على استغلال ثرواتها الطبيعية ، طبقا للمادة 46 من نفس القانون .

4- تفتيش مكاتب البريد وقاعات الفرز ذات الاتصال المباشر مع الخارج :

لأعوان الجمارك الحق في مراقبة مكاتب البريد ، بما في ذلك قاعات الفرز ذات الاتصال المباشر مع الخارج ، للبحث ومراقبة المظاريف المحظورة الاستيراد والتصدير ، والمظاريف الخاضعة لحقوق ورسوم تحصلها إدارة الجمارك ، والمظاريف الخاضعة لقيود وإجراءات عند دخولها أو خروجها ، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون الجمارك ، دون أن تمس هذه العملية بسرية المراسلات (1) .

5- تفتيش المنازل :

من المبادئ المستقرة في القانون أن للمنازل حرمة ، فلا يجوز دخولها بغير إذن من أهلها ، سواء كان الدخول بقصد تفتيشها أو بأي قصد آخر ، فقد أضفى عليها الدستور - وكذا القانون - حماية خاصة (المادة 40 من الدستور ، المادة 295 قانون عقوبات) ، فأفرد لكل من يقتحمها عقابا

هذا وقد قررت المادة 47 من قانون الجمارك حق أعوان الجمارك المؤهلين من قبل مدير إدارة الجمارك القيام بتفتيش المنازل ، من أجل البحث عن البضائع التي تمت حيازتها غشا ، داخل النطاق الجمركي ، وذلك وفقا لمجموعة من الشروط القانونية ، كما تضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري شروطا معينة لتفتيش المنازل ، سواء بناء على حالة التلبس بالجريمة (المادة 44 ومابعدھا ق إ ج ج) ، أو أثناء التحقيق الابتدائي (المواد من 79 إلى 83 ق إ ج ج) (2) .

والسؤال المطروح هو مدى تطابق القواعد الخاصة بالتفتيش في الجريمة الجمركية مع قواعد القانون العام (قانون الإجراءات الجزائية) ؟ هذا ما سنوضحه في ما يلي :

- شروط تفتيش المسكن :

أ- من حيث الأشخاص المؤهلون للقيام بالتفتيش : يتضح من المادة 47 من قانون الجمارك ، أن أعوان الجمارك المؤهلين من قبل المدير العام للجمارك وحدهم من لهم الحق في تفتيش المنازل ، وذلك بغض النظر عن رتبهم أو درجاتهم .

ب - إذن من الهيئة القضائية المختصة : يضمن الدستور في المادة 40 منه عدم انتهاك حرمة الأماكن ، بحيث لا يجوز تفتيشها إلا بمقتضى القانون ، و في إطار احترامه ، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة ، وأعطى القانون الجمركي للأعوان المؤهلين للبحث عن البضاعة محل الغش ، سلطة تفتيش المنازل ، واحتياطيا لعدم

¹ رحمان حسيبة ، المرجع السابق ، ص 17 .

² جوهري قوادري صامت ، المرجع السابق ، ص 64 ومابعدھا .

تجاوز السلطة ، نص في المادة 47 منه صراحة على اشتراط الحصول على إذن كتابي من الهيئة المختصة ، ورغم سكوت المادة على تحديد شروط الإذن ، عدا شرط الكتابة ، فإنه يجب أن يكون متضمنا تاريخ إصداره ، والشخص المصدر له ، اسمه وصفته وختمه وتوقيعه ، وأن يكون صريحا في الدلالة على عملية التفتيش ، محدد المسكن المراد تفتيشه ، ويستوي بعد ذلك تحديد عون الجمارك المكلف بإجرائه تعيينا دقيقا ، أو بصفته الوظيفية .

ج - حضور مأمور الضبط القضائي : تعتبر مرافقة مأمور الضبط القضائي لأعوان الجمارك أثناء عملية تفتيش المساكن أمرا ضروريا وواجبا قانونا ، بصريح المادة 47 من قانون الجمارك ، حيث عليه الاستجابة لطلبهم ، ويقصد بمأمور الضبط القضائي ، أحد ضباط الشرطة القضائية الوارد ذكرهم في المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية على سبيل الحصر (1) ، ذلك أنه في حال امتناع المعنيين عن فتح الأبواب يلجأ هذا الأخير إلى استعمال القوة العمومية (2) .

د- التفتيش في حدود الوقت المقرر قانونا : تنص الفقرة الأخيرة من المادة 47 من قانون الجمارك على ما يلي : " يمنع التفتيش المنصوص عليه في الفقرات السابقة ليلا ، غير أن التفتيش الذي شرع فيه نهارا يمكن مواصلته ليلا " ، ووفقا للمادة 1/47 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي فإنه لا يجوز البدء في التفتيش قبل الساعة الخامسة صباحا ، أو بعد الساعة الثامنة ليلا ، ويجوز استثناء الخروج عن هذا الميقات في حالة طلب صاحب المنزل ذلك ، وفي حالة توجيه نداءات من الداخل ، أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانونا (3) .

هذا وتجدر الإشارة إلى مضمون الفقرة الثانية من المادة 47 من قانون الجمارك ، والتي تقرر ما يلي :

" غير أنه قصد البحث عن البضائع التي تمت متابعتها على مرأى العين ، دون انقطاع حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 250 أدناه ، والتي أدخلت في منزل أو في أية بناية أخرى توجد خارج النطاق الجمركي ، يؤهل أعوان الجمارك لمعاينة ذلك و إبلاغ النيابة العامة فورا " .

يتضح من هذه المادة أن القانون الجمركي حول أعوان الجمارك معاينة الجريمة الجمركية خارج النطاق الجمركي في حالات محددة منها حالة البحث عن البضائع الخاضعة لأحكام المادة 226 من نفس القانون وهي البضائع الحساسة للتهريب أو الغش ، وكذلك حالة متابعة البضائع على مرأى العين ، على أن تبدأ هذه المتابعة داخل النطاق الجمركي ، وتستمر بدون انقطاع إلى أن تدخل البضائع إلى منزل أو أية بناية أخرى توجد خارج النطاق الجمركي ، وذلك دون اشتراط الحصول على إذن من السلطة المختصة ، أو حتى مرافقة أحد ضباط الشرطة القضائية لهم ، غير أنه ولصحة التفتيش الذي يباشرونه في هذه الحالة ، اشترط المشرع عليهم إبلاغ النيابة العامة فورا (4) .

كما سبق ، يمكننا أن نستخلص النتائج التالية فيما يخص الفرق بين تفتيش المنازل وفقا لقانون الإجراءات الجزائية ، وبين تفتيشها في إطار قانون الجمارك ، وهو كالاتي :

¹ كان ضابط الشرطة القضائية يسمى في ق إ ج ج يسمى مأمور الضبط القضائي وقد تم استبدال هذه التسمية بموجب المادة 3 من القانون رقم 85 - 2 .

² رحمان حسية ، المرجع السابق ، ص 25 .

³ جوهر قوادري صامت ، المرجع السابق ، ص 66 .

⁴ م / بودهان ، قضاء المحكمة العليا في المادة الجمركية ، الملكية للإعلام والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 1995 ، ص 242 وما بعدها .

أولا : أجاز قانون الجمارك لأعوان الجمارك تفتيش المنازل رغم عدم تمتعهم بصفة ضابط للشرطة القضائية ، في حين منح قانون الإجراءات الجزائية هذا الحق لضباط الشرطة القضائية دون غيرهم من الأعوان ، وفقا لما تقتضيه المادة 44 منه .

ثانيا : لم يشترط المشرع في قانون الجمارك على أعوان الجمارك في حالة المتابعة على مرأى العين السابق بيانها ، استصدار إذن كتابي يحولهم تفتيش المنازل من السلطة المختصة قانونا ، ولا ضرورة مرافقة أحد ضباط الشرطة القضائية لهم ، مكتفيا بضرورة إبلاغهم للنيابة العامة فورا (1) ، ولعل في عدم اشتراط المشرع للإذن المكتوب في هذه الحالة إخلالا بالقاعدة الدستورية التي تقرر " لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة " (المادة 2/40 من الدستور) ، مما يثير نقطة عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 47 من قانون الجمارك .

خاتمة :

يتضح مما سبق دراسته ، أن تحقيق التوازن بين حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالاته للمصلحة العامة (حماية الاقتصاد الوطني من مخاطر الجريمة الجمركية) ، وبين صيانة حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة المتمثلة في الحرية الشخصية وحرمة المسكن ، يعد من أسمى أهداف القانون ، باعتبار هذا الأخير الأداة التي يسعى من خلالها المشرع إلى تنظيم المجتمع ، ذلك أنه غالبا ما يحدث التوتر بين هاتين المصلحتين : تحقيق عدالة جنائية فعالة ، وحماية الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان .

ولما كان التفتيش أشد الإجراءات خطورة ، ومساسا بالحرية الشخصية وحرمة المسكن ، كان لزاما على المشرع أن ينظم قواعده وضوابط ممارسته تنظيما محكما ، ينتفي معه قيام أي لبس من شأنه إعاقة تنفيذ العدالة من جانب ، وإهدار حقوق الأفراد من جانب آخر ، ولما كانت القواعد العامة بشأن تفتيش الأشخاص غير واضحة المعالم ، كون المشرع الجزائري أغفل دراستها بموجب قانون الإجراءات الجزائية ، مكتفيا بتحديد شروط تفتيش المساكن ، وهو ما فعله أيضا في صياغته لقانون الجمارك ، فإنه حري بنا أن ندعو مشرعنا الإجمالي من هذا المنبر إلى :

1- ضرورة إعادة النظر في موضوع تفتيش الأشخاص سواء في الجرائم المذكورة في القانون العام ، أو تلك الوارد ذكرها في القوانين الخاصة بالجريمة الجمركية .

2- إعادة النظر في المادة 2/47 من قانون الجمارك ، تفاديا لمشكلة عدم دستورتيتها ، وإن كانت الطبيعة الفنية الدقيقة للجريمة الجمركية ، وما تتسم به من سرعة وتطور في أساليب ارتكابها هي ما دفته لاتخاذ هذا الإجراء .

وإن كان المشرع قد وضع شروطا وضوابط معينة تتعلق بالتفتيش في الجريمة الجمركية ، وفرض على القائمين به احترامها، فإن عدم مراعاة بعض هذه الشروط أو كلها، يجعل إجراء التفتيش باطلا أو قابلا للإبطال كجزاء لتخلف شروط صحته ، إذ يعتبر البطلان الجزاء الإجرائي الذي يلحق بالإجراءات التي تؤتى بالمخالفة للقانون ، مما يضيف عليه صفة اللامشروعية (2) ، وبالتالي عدم الاعتداد بالأدلة الناتجة عن التفتيش الباطل ، وهو ما تقرره المادة 48 من

¹ رحمان حسية ، المرجع السابق ، ص 26 .

² فايز السعيد للمساوي ، أشرف فايز للمساوي ، موسوعة الجمارك والنهيب الجمركي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 630 .

قانون الإجراءات الجزائية ، كأن يجري تفتيش المساكن بغير إذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة في الأحوال التي يتطلبها القانون ، أو إجراؤه خارج الميعاد القانوني (1) .

قائمة المراجع :

المؤلفات العامة :

- أحسن بوسقيعة ، القانون الجنائي الخاص ، دار هومة ، الجزائر ، الجزء الثاني ، 2004 .
- جوهر قوادري صامت ، رقابة سلطة التحقيق على أعمال الضبطية القضائية في القانون الجزائري والمقارن ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2010 .
- عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، دراسة نقدية ، مطابع السعدني ، مصر ، 2006 .
- محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، الطبعة الثامنة ، 2008 .
- محمد عبد الكريم مزهر ، القيمة القانونية والفنية في إجراء الكشف والمعاينة في مسرح الجريمة ، نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين ، 2010 .

المؤلفات الخاصة :

- رحمانى حسبية ، البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، بدون ذكر سنة المناقشة .
- عبد القادر الحافظ الشخلي ، الجهود والاتفاقيات العربية والدولية لمكافحة الجريمة الاقتصادية ، كلية التدريب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2007 .
- عبد اللطيف نصري ، وظائف إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ، ومجال ممارستها للشرطة القضائية ، إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ، الرباط ، 2012 .
- فايز السعيد اللمساوي ، أشرف فايز اللمساوي ، موسوعة الجمارك والتهرب الجمركي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .
- كمال حمدي ، جريمة التهرب الجمركي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- م.بودهان ، قضاء المحكمة العليا في المادة الجمركية ، الملكية للإعلام والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 1995 .
- نبيل صقر ، الجمارك والتهرب نصا وتطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 .

¹ جوهر قوادري صامت ، المرجع السابق ، ص 237 وما بعدها .

القوانين والأوامر :

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حسب آخر تعديل له في نوفمبر 2008 .
- القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك ، المعدل والمتمم بالقانون رق 98-10
- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .
- القانون رقم 06-20 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-09 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب .

الإصلاحات السياسية الأخيرة في موريتانيا^٥ قراءة في الأبعاد القانونية والسياسية



فضيلة الأستاذ المصطفى ولد احمد ديدة

استاذ القانون العام بجامعة نواكشوط

مقدمة :

يثور موضوع الإصلاح دائما في ظل الأوضاع الاستثنائية، التي تولد ظروفًا تسود فيها المعاناة والحرمان، وينخر فيها الفساد جسم المجتمع، وبالتالي تظهر عدم فعالية المؤسسات السياسية، بما ترمز إليه من تجانس المصلحة العامة للمجموعة، وانتشار الوعي بكيان مشترك للجميع بحكم الانتماء الوطني، بحيث نتحدث عن دولة هزيلة الأداء، وهكذا يكون الفساد هو الحقيقة الأكثر ثباتًا، من هنا أيضا تثور المخاطر التي تهدد كيان المجموعة، ليس فقط بضياع الحقوق والحريات وتكميم الأفواه وانهيار قنوات التواصل ذات المصدقية والمشروعية في تجسيد التنوع الاجتماعي والثقافي، ولكن حيث يظهر الخلل الكبير في الحياة السياسية للمجموعة من خلال انعدام الشفافية في بناء المؤسسات السياسية، وسيادة منطق الهيمنة والدكتاتورية.. وهنا يبدأ الجميع مطالبًا بتحمل مسؤولياته في ضوء المخاطر التي تهدد الكيان المشترك للأمة، والتي يصعب توقعها و تتولد هكذا نذر التغيير .

لقد مثل الربيع العربي في 2011 مرحلة تجاوزت التوقعات وولدت نتائج فاقت الآمال المعقودة علي كل حسم منتظر للوضع المتأزمة في غالبية البلدان العربية، وذلك لصالح التحول الديمقراطي، وكان للرأي العام كلمته بهذا الخصوص، من خلال الحراك الاجتماعي الذي رافق ذلك الربيع، وبشكل ملفت من خلال آليات للضغط والتأثير كان لها دورها في رسم مسار تطور الأحداث لصالح التغيير والإصلاح.

^٥- مداخلة مقدمة في ندوة: الحكامة والاصلاحات السياسية في المغرب العربي،مراكش 28 فبراير - 2 مارس 2012.

كان لموريتانيا نصيبها من التحولات السياسية خلال العقدتين الأخيرين، فقد جاء دستور 20 يوليو 1991 لينظم الحياة السياسية في موريتانيا، مبرزاً أهم الخصائص التي تميز النظام شبه الرئاسي، باعتباره أحد النماذج الكبرى لتطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات، وتظهر روح الديمقراطية الليبرالية في الدستور الجديد من خلال اعتماد الانتخابات كآلية لبناء المؤسسات السياسية، وتبني التعددية السياسية، وتوفير الضمانات الأساسية للحقوق والحريات العامة، بالرغم من كل ذلك فإن الممارسات السياسية الأولى في ظل الجمهورية الثانية، كانت انتكاسة حقيقية للتجربة الديمقراطية في موريتانيا، وهو ما سيثبت بكل تأكيد، بعد موجة الانقلابات التي عرفتها البلاد بدءاً من 2003 والتي كان آخرها انقلاب 9 أغسطس 2008 الذي أطاح برئيس منتخب بأسلوب ديمقراطي..، وهو ما كان سبباً في تفاقم الأوضاع نحو الأسوأ. وخلال مراحل عدم الاستقرار التي ترافقت وهذه الأوضاع، اتسمت التجاذبات السياسية بالاحتكام إلى الديمقراطية في آلياتها من خلال الحوار، والمناداة بالتمسك بالدستور والقوانين، والاستناد إلى نتائج الانتخابات (2)، وقد توجت هذه المرحلة بإجراء الانتخابات الرئاسية الأولى في مارس 2007 والثانية في يوليو 2009، وما يميز هذه الانتخابات الرئاسية هو ما جسده من حلول للخروج من أزمات حادة عرفتها البلاد، وبدي وكان الموريتانيين يعيشون ربيع التحولات الديمقراطية بمدة وذلك قبل قيام الربيع

العربي في 2011، ومع ذلك لم تحجب تجربة التحولات الهادئة تلك، رياح الربيع العربي عن موريتانيا، فقد بدي الحراك الاجتماعي مواكبا لتلك الثورات ومتأثراً بها ومسائراً لتطلعاتها وتمثلاً لشعاراتها إلى حد بعيد، سبيلاً لترسيخ قيم المشاركة والشفافية والعدالة، وكانت استجابة الفاعلين السياسيين للوضع الجديد من خلال الحوار والاتفاق علي إجراء إصلاحات دستورية وسياسية هامة ينتظر أن تسهم في تعزيز مسار التحول الديمقراطي في موريتانيا.

هكذا تظهر من جديد أهمية الوعي بالإصلاحات السياسية كأسس هامة لتوجيه الحياة السياسية، بما يجسده الإصلاح من وعي بالحاضر وعقباته وتوجه نحو المستقبل وطموحاته، وبغض النظر عن الأبعاد النظرية التي تفسر أهمية الإصلاح، وبالنظر إلى التحولات التي تعرفها الأنظمة السياسية في المنطقة العربية بشكل خاص، فمن المؤكد اليوم أن الإصلاح لم يعد عملية تجميل يقوم بها الحكام لمواجهة مطالب التغيير التي تنادي بها الشعوب، بسبب الانتهاكات الخطيرة للقانون، والتهميش والمعاناة، وغير ذلك من ملامح الفساد السياسي، لقد أصبح الإصلاح السياسي رؤية وضرورة تعكس عملية متكاملة من شأنها ترسيخ أسس دولة القانون، من خلال الاحتكام إلى صناديق الاقتراع، وتوفير الضمانات اللازمة لحرية التعبير، في ضوء ثقافة الاعتراف بالآخر وسيادة القانون.

فنحن إذن أمام مشروع سياسي حديث لبناء دولة عصرية في موريتانيا (3)، علي أسس قوية وبمشاركة ملحوظة من مختلف القوي السياسية بشكل مباشر أو من خلال المعارضة الفعالة التي لم يكن بالإمكان تجاهل مواقفها وآرائها حول الخطوط العريضة التي تعطي للإصلاح بعده الوطني وفي كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ويمكن ان نشير في البداية الي بعض من المعطيات الهامة التي في ضوئها تبرز التفاعلات السياسية الأخيرة في موريتانيا:

- فهناك من جهة مجموعة عريضة من المجتمع الموريتاني تعلق الآمال علي قطار التحول الديمقراطي كآلية لإنصافها و لتجسيد طموحاتها وآمالها وفي مواجهة هذه المجموعة تبدو شرعية النظام السياسي علي المحك..

- ونحن نجد من جهة اخرى نخبة سياسية تحاول باستماتة كبيرة ان لا تفقد ثقة الشعوب وهي في سبيل ذلك تضع النقاط علي الحروف اذا تعلق الأمر بالقرارات والسياسات الكفيلة بتحقيق الاصلاح والتحول الديمقراطي

- كما ان وضعية عدم الاستقرار السياسي، التي عرفتها موريتانيا في الفترة من 2003 وحتى 2008، وما رافقها من انقلابات شكلت خروجاً سافراً علي مقتضيات الشرعية، وولدت إحساساً جماعياً بالخطر المحدق بالبلاد، كان القلق من تلك الوضعية دافعاً لإيجاد حلول مقبولة لدي الأطراف لتجاوز الوضعية المذكورة، وكان الاستناد الي وسائل مدنية وسلمية بهذا الشأن لافتاً للرأي العام وللمراقبين (4)..

- ولعل الاسترشاد بالتجارب المشابهة في الدول المغاربية بشكل خاص (5) يدعم عملية بناء الاصلاح السياسي والتحول الديمقراطي في موريتانيا بما يوفره من خبرة ايجابية تمثل تسهيلات وحلولاً لمسار الاصلاح السياسي .

في ضوء المعطيات السابقة تحاول الدراسة الوقوف علي الأبعاد السياسية التي حملها الاصلاح السياسي الاخير في موريتانيا، فكيف تطور مفهوم الاصلاح السياسي في موريتانيا وما هي الياته ومدخله؟ ثم ما هي الضمانات التي تبدو أساسية لفعالية واستمرارية عملية الاصلاح؟

سنحاول الإجابة عن هذه الاسئلة وبعض متعلقاتها، من خلال محورين نتعرض في الأول منهما لملامح الاصلاح السياسي في موريتانيا: اخذين في الاعتبار المعطيات الأساسية التي أنتجت الإصلاحات السياسية الاخيرة، ومضامينها القانونية والسياسية، ونتعرض في المحور الثاني لمداخل وضمانات الاصلاح السياسي في موريتانيا، وهو ما يمكن من استخلاص اهم الجوانب التي انبني عليها الاصلاح والتي تجسد إثراء لتجربة التحول الديمقراطي وتنوعاً يبرز درجة من الوعي باولوياته ومتطلباته، ويبدو التفكير في توفير الضمانات الموضوعية لنجاح عملية الاصلاح موضوعاً علي قدر من الاهمية بالنسبة لفعاليتها واستمرارية، وستكون الخاتمة عبارة عن استنتاجات للبحث.

المحور الأول - ملامح الإصلاح السياسي في موريتانيا :

أولاً- تطور مفهوم الإصلاح السياسي :

ثلاث ملاحظات تبدو لافتة في أي تناول لمفهوم الإصلاح :

1- من أكثر المفاهيم تداولاً، وهو يثير جدلاً كبيراً بين المثقفين و يحمل أبعاداً تتعدد باختلاف الأوضاع والمواقف وتذهب الدول الغربية ومؤسسات التمويل الدولية بهذا الخصوص إلي حث الدول النامية علي بناء نظم تستند علي مبادئ المنافسة والمشاركة والشفافية وتوفير الضمانات القانونية اللازمة لترسيخ هذه القيم في ظل عدالة قوية ومستقلة، وبالرغم من انتشار الأفكار والسياسات الإصلاحية لا تزال بعض الدراسات المتحفظة في الدول النامية، تنظر لهذه الإستراتيجية الإصلاحية بشيء من الريبة، في ظل ظروف اجتماعية واقتصادية معقدة، تتميز بانتشار الامية والفقر والبطالة والانتماآت الضيقة والانقسامية، والتهميش..، وتبقي هذه النظرة مبررة وان كانت متجاوزة بحكم التطورات التي عرفتھا المنطقة العربية بموجب الربيع العربي والتي بموجبها كان مطلب الإصلاح والتحول الديمقراطي هو الأكثر انتشاراً، وهنا تجد الدول الغربية نفسها مرغمة علي دفع ثمن الإصلاح السياسي في دول الجنوب وبصفة خاصة اذا ما تعلق الأمر بالدول العربية وذلك لتجنب المخاطر السياسية للثورات (6).

2 - مفهوم الإصلاح كذلك هو مفهوم معقد، فهناك اختلاف حول المضمون الذي يحمله، وحول متطلباته، فالإصلاح عملية شاملة، ومع أن الإصلاح السياسي يتجسد في مجموعة من العمليات التي تعكس التحول الديمقراطي في النظام السياسي، فإن هذا المصطلح تراجع ليسود بدلا عنه مصطلح "الحكامة" بما يعنيه هذا المصطلح الجديد من تعدد في أوجه إصلاح النظام السياسي وتوجه نحو بناء نظام مختلف عن النظام القائم، الذي يمثل في نظر المعنيين مرحلة يجب تجاوزها، وهكذا حظيت السياسات العامة والمؤسسات السياسية بمكانة خاصة في الحراك الاجتماعي الجديد، وبأهمية كبيرة في رسم مسار التطور المنشود.

3 - من دواعي الإصلاح استئراء الفساد، والوعي بالمخاطر التي قد تقود إليها هذه الوضعية الاستثنائية، مما يستدعي القيام بالإصلاح، فاصل الكلمة في اللاتينية، reformare، والتي تعني إعادة البناء أو الإنشاء لشيء ما بما يفيد إحداث تغيير عميق وجذري علي ذلك الشيء (7)، وهو ما يعني بالنسبة لمؤسسات الحكم تحسين وتفعيل الأداء، مما يحتم القيام بمبادرة إصلاح "جذري"، ويبدو ان مفهوم "الحكامة" "la gouvernance" هو الأكثر دلالة علي هذه الرؤية في تفعيل دور المؤسسات كما انه الأكثر تداولاً ودقة هنا للدلالة علي ما يجري من تحولات علي الساحة السياسية المحلية الموريتانية و المغربية بوجه خاص.

لقد شاع تداول مصطلح "الحكامة" في البداية في الحقل التنموي منذ نهاية الثمانينات، غير ان فشل سياسات الإصلاح الهيكلي التي فرضتها مؤسسات التمويل الدولية وما نتج عن ذلك من تفاقم للأوضاع الاجتماعية وعجز في الأداء الاقتصادي وانتشار لصور المعاناة، كل تلك الأمور قادت الي القول بان الخلل يعود الي النظم والمؤسسات والعلاقات في الدول المعنية، مما يحتم إعادة بناء الدولة علي اسس جديدة، فمن جهة تجسد الحكامة مستوي من التفاعل السياسي الايجابي بين مجموعة من الفاعلين الاجتماعيين بما فيهم الدولة، وهنا تبدوا الحكامة وكأنها تعبر عن قدرة المجتمعات الانسانية علي انشاء نظم تمثيلية ومؤسسات، لإدارة نفسها بنفسها وبارادتها الحرة، وهي من جهة اخري تبعدنا من الضبابية التي تكتنف تحكم الحكام في مسار تطور النظام السياسي، وهو ما يجعل من الإصلاحات حلولاً انية تمثل ردة فعل علي أحداث بذاتها، وهكذا تبدوا الحكامة كآلية للخروج من الازمة بما هي تغيير في نمط الحكم يدفع الي ايجاد نموذج للسلطة العامة يستند علي مبادئ الفعالية والشرعية والمشاركة الشعبية.

ثانيا - كيف تطور مفهوم الإصلاح السياسي في موريتانيا؟

1- السياق العام للإصلاحات السياسية الاخيرة :

لقد عرفت الحياة السياسية في موريتانيا تقلبات هامة منذ سنة 2005 كان السبب المباشر لذلك الاحتقان السياسي الكبير في عهد الرئيس ولد الطابع، وما قاد اليه من توتر في العملية السياسية الداخلية، فقد ادي الوضع الاجتماعي والاقتصادي المتردي الي انتشار موجة من العنف والخروج علي الآليات الدستورية في التناوب علي السلطة، وكانت الانقلابات والانقلابات المعاكسة هي الطابع العام للفترة من 2003 وحتى 2008، مع قيام انتخابات رئاسية خلال هذه المرحلة وصفت حينها بالظاهرة الحاسمة في تجاوز مرحلة الانقلابات غير ان تبعات تلك المرحلة اخذت تتسلل شيئاً فشيئاً الي علاقات الفاعلين السياسيين ليظهر انقلاب 2008، وبالنظر الي التطورات التي عرفتها البلاد خلال هذه المرحلة فاننا يمكن ان نتحدث عن بعض الملامح الاساسية التي طبعت الحياة السياسية والدستورية للبلاد :

1- كانت الازمة السياسية علي اشدها في ظل نظام ولد الطابع وهو ما بدي جليا من جهة من خلال الاحباط الكبير في التغيير والاصلاح (8)، ومن جهة اخري بعودة البلاد الي التغيير بانتهاج العنف ومن خلال الانقلابات العسكرية، وهو ما مثل نذير شؤم لتجربة الديمقراطية في موريتانيا، لقد نجح انقلابيو 3 اغشت 2005 في الاطاحة بنظام ولد الطابع، فكان تعطيل العمل بالدستور والغاء المؤسسات الدستورية القائمة، و تحت ضغط الحراك السياسي المحلي مدعوما بمناخ دولي رافض للانقلابات العسكرية و بمساعدة بعض الاطراف الدولية شرع "المجلس العسكري للعدالة والديمقراطية" (9) في القيام ببعض الاجراءات التي من شأنها اعادة الحياة الدستورية للبلاد، (10)، هكذا كان العمل علي اصدار بعض القوانين الخاصة بتنظيم الحياة السياسية حيث تم انشاء اللجنة الوطنية المستقلة للانتخابات، و اقرار التعديلات الدستورية المقترحة علي اثر استفتاء شعبي اجري في 25 يونيو 2006 ثم كان تنظيم الانتخابات البلدية والتشريعية في 09 نوفمبر 2006، وتوجت هذه المرحلة باجراء الانتخابات الرئاسية في 11 مارس بالنسبة للشوط الأول و 25 مارس 2007 بالنسبة للشوط الثاني (11).

ولعل مايميز هذه المرحلة هو اعتماد ترسانة قانونية كان لها الاثر المباشر في استعادة الحياة الدستورية للبلاد (12)، ثم ان الانتخابات التي شهدتها المرحلة تميزت عن الانتخابات السابقة بقدر من الثقة (13) في النتائج الانتخابية، وهو امر قد يعود الي فقدان العديد من الفاعلين السياسيين لمراكزهم و لتأثيرهم في الساحة السياسية، بالاضافة الي حساسية المرحلة وما تتطلبه من الوقوف علي مسافة من الممارسات السياسية والانتخابية التي سادت في ظل النظام القديم، وقد اضافت هذه المرحلة ملمحا جديدا الي الحياة السياسية المحلية، فلاول مرة يشاهد الموريتانيون الجيش وهو يسلم مقاليد السلطة لرئيس منتخب، في حفل عام علني احتضنه قصر المؤتمرات بانواكشوط في 19 - ابريل - 2007، وهو ما ولد فرحة خاصة، وبدت هذه التجربة في نقل السلطة سلميا فريدة علي المستوي الاقليمي، بل ومثالا يحتذي في شبه المنطقة، لكن المراقبين لهذه المرحلة لم يخفوا تخوفهم من طبيعة القواعد الانتخابية التي دعمت المترشحين الاساسيين وبشكل خاص المرشح سيدي ولد الشيخ عبدالله الفائز في الانتخابات والذي بدي وكان الجيش يزكيه كرجل للمرحلة، بالاضافة الي بعض التحالفات السياسية التي ابرمها الرجل مع شخصيات واحزاب سياسية خرجت من الدور الثاني للانتخابات .. ثم المرشح احمد ولد داداه الذي جاء في المركز الثاني، والذي يستند علي قاعدة شعبية تنظر الي التحول من زاوية توليه للسلطة.

ب- يمكن ان نقرء من التحالفات والاوزاع التي رافقت الانتخابات الرئاسية الاخيرة مقدمات الازمة السياسية اللاحقة والتي انفجرت بقيام انقلاب 6 اغشت 2008، وهو الانقلاب الذي اعاد السلطة من جديد الي الجيش بعد ازاحته الرئيس سيدي ولد الشيخ عبدالله، ليتولي "المجلس الاعلي للدولة" قيادة البلاد حتي تشكيل "حكومة وحدة وطنية" منبثقة عن اتفاق داكار والذي شكل مخرجا لازمة سياسية ولدها الانقلاب المذكور، وقد تولت هذه الحكومة الائتلافية الاشراف علي الانتخابات الرئاسية في يونيو 2009 (14) التي فاز بها المرشح محمد ولد عبد العزيز، وبالرغم من الضمانات التي رافقت هذه الانتخابات والتي اعطت مصداقية في النتائج فان الأوضاع ما لبثت ان راوحت مكانها، حيث لم يعترف المرشح الخاسر بنتائج الانتخابات، وتشكلت جبهة معارضة جديدة ضمت بعض احزاب المعارضة التقليدية في الوقت الذي تشكلت جبهة أغلبية قوية حول المرشح الفائز، و بدي التوتر يطغي علي الحياة السياسية الموريتانية، وكان الجميع في ريبة مما قد تؤول إليه الأمور، مع تماهي أطراف الأزمة في التمسك بمواقفهم، وبشكل خاص في ضوء المعطيات المحلية والإقليمية التي قادت في تجارب مماثلة، الي خروج الازمة عن السيطرة والي التدخل الاجنبي.

ج - لقد أسهمت التطورات الاجتماعية والسياسية التي رافقت قيام الربيع العربي 2011 في انفراج الازمة السياسية في موريتانيا ، حيث كانت الاصلاحات الجديدة نتيجة لعملية حوار سياسي مباشر بين اطراف هامة من النخبة السياسية الوطنية ، في الفترة مابين 17 سبتمبر وحتى 19 اكتوبر 2011 وجمعت أحزاب (الاجلبيية الرئاسية) وبعض (احزاب المعارضة) (15) و قد ناقش المؤتمرون للحوار أحد عشر موضوعا في ست ورشات كانت على النحو التالي:

- ترسيخ الديمقراطية والحريات العامة ، والإعلام العمومي ، ودور ومكانة المعارضة الديمقراطية وإصلاح القضاء.
- المدونة الانتخابية والآجال الانتخابية والمسلسل الانتخابي التوافقي.

- الوحدة الوطنية والانسجام الاجتماعي.

- الحكم الرشيد وحياد الإدارة ومهنتها.

- التداول السلمي على السلطة و دور الجيش ، والوقاية من التغييرات اللادستورية.

- التحديات الأمنية ومكافحة الإرهاب.

وقد أسفر هذا الحوار عن الاتفاق على وثيقة تتضمن جملة من الإصلاحات السياسية والدستورية (16) التي جسدت توجهها للإصلاح العام للنظام السياسي ، سواء تعلق الأمر باليات بناء المؤسسات الديمقراطية وتدعيم المشاركة الشعبية، وتحقيق التوازن بين السلطات، او التعاطي الايجابي مع الحقوق والحريات العامة .

2 - مضمون الاتفاق الاخير واهم النتائج التي تربت عنه :

توصلت الأطراف السياسية المشاركة في الحوار إلي اتفاق نهائي حول بعض النقاط التي كانت محل خلاف ومن بينها :

- رفع عدد نواب الجمعية الوطنية ، وترسيخ مبدأ مسؤولية الحكومة أمام البرلمان.

- إنشاء وكالة مستقلة تشرف على الانتخابات وتوكل لها مختلف العمليات المتعلقة بها .

- زيادة صلاحيات الوزير الأول.

- كما تم الاتفاق على لائحة خاصة بالنساء في البرلمان.

من حيث المبادئ السياسية والدستورية العامة، كان الاتفاق علي تجريم الانقلابات، وتجريم العبودية، والتأكيد علي التنوع الثقافي للمجتمع الموريتاني كاساس للحممة الوطنية.

وبغض النظر عن الموقف من الاطراف المشاركة، فان نتائج هذا الحوار قد لبت العديد من المطالب السياسية والقانونية التي شغلت المهتمين بالحياة السياسية الوطنية، مما يوحي بإسهامها المنتظر في بعث اجواء من الثقة في العملية السياسية ، وبشكل خاص بعد دمج مختلف المحاور المتعلقة بنتائج الحوار في المنظومة القانونية، واكتسابها للشرعية القانونية المطلوبة (17) ، ولا يخفي ما لهذا الجانب من اهمية في اطار التزام وجدية الاطراف المتحاوره من

جهة، وترسيخ الشروط والمبادئ الأساسية لتفعيل الساحة السياسية من جهة أخرى، ويمكن ان نتحدث عن بعض النتائج الهامة التي تتعلق بدعم التوجهات الديمقراطية في موريتانيا .

1- ففيما يتعلق باليات بناء المؤسسات الديمقراطية وتدعيم المشاركة الشعبية: مثلت مسالة التداول السلمي علي السلطة احد مصادر القلق في النظام السياسي الموريتاني، الذي عاني من الانقلابات العسكرية المتكررة، والتي مثلت الوسيلة السائدة لتداول الحكم (18) بعد ان تتازم الاوضاع السياسية ويسود القلق حياة المواطنين ، وهكذا اقر المتحاورون مبدا التداول السلمي للسلطة كالية لبناء المؤسسات السياسية للدولة من خلال الانتخابات الحرة والشفافة ، ومبدا تجريم الانقلابات (19)

ولتعزيز هذا المسار تم اسناد مهمة الاشراف علي العمليات الانتخابية الي هيئة مستقلة " اللجنة الوطنية للانتخابات "، التي تتمتع بالصلاحية في الاشراف علي العملية الانتخابية من بدايتها وحتى النهاية، وقد جاءت تشكيلة اللجنة لتعكس التوازنات السياسية للمتحاورين ، ولتحظي بقدر من المصادقية بعد اعتماد بعض الشروط الموضوعية في انتقاء اعضائها ، وليكون لها دور ايجابي في العملية السياسية المنتظرة والمتعلقة بالانتخابات المحلية والتشريعية (20) .

ب- اما بخصوص التوجه نحو تحقيق التوازن بين السلطات : فان الامر يتعلق بشكل خاص بالية توازن السلطات في النظام شبه الرئاسي بين الحكومة والبرلمان ، وبهذا الخصوص اقرت الاصلاحات الجديدة مبدا مسؤولية الحكومة امام البرلمان ، وهو ما يعزز من قدرة البرلمان في مراقبة الحكومة، وقد اقر هذا الاجراء الدستوري بموجب نص المادة 42 من الدستور التي تنص علي ما يلي: "يقدم الوزير الأول برنامجه أمام الجمعية الوطنية في أجل أقصاه شهر واحد بعد تعيين الحكومة، ويتعهد بمسؤولية الحكومة عن هذا البرنامج" (21)، ويتعزز دور البرلمان في الاصلاحات الجديدة من خلال دعم قدرة النائب علي النهوض بأعباء مأموريته وذلك بتشكيل لجنة دعم، من اشخاص مؤهلين للقيام بدور الدعم المنشود، كذلك توسيع التمثيل البرلماني من خلال زيادة اعضاء الجمعية الوطنية (22)

ج- وفي إطار التعاطي مع الحقوق والحريات العامة: يمكننا القول بان تعزيز هذا المجال مثل احد الانشغالات الخاصة للفاعلين السياسيين ، ونشطاء حقوق الانسان والمجتمع المدني ، وقد حظيت بعض الملفات التي توصف بانها شائكة بنصيب من النقاش الجاد في المنتديات الاخيرة ، وتناولتها الاصلاحات الاخيرة بمعالجات، وصفت بانها قطعت اشواطاً في وضع الحلول القانونية للملفات المعروضة، ويتعلق الامر بشكل خاص بملف العبودية في موريتانيا ، وما اصبح يعرف بملف الارث الانساني، يضاف الي ذلك الاهتمام بقضايا المرأة، وتدعيم ضمانات المشاركة السياسية الفعالة .

- بخصوص ملف العبودية: تم التاكيد في ديباجة الدستور، علي توصيف اعمال الاسترقاق بانها تشكل جرائم ضد الانسانية، يعاقب عليها القانون، وهو ما يشكل دعماً قوياً لاستكمال منظومة قانونية تعالج هذه القضية القديمة الجديدة بتبعاتها المختلفة التي تشكل احد ابعاد السياسات العامة الوطنية .

- بينما حظي ملف الارث الانساني: بلفتة قوية، تؤكد علي اهمية التنوع العرقي كعامل قوة لتعزيز الوحدة الوطنية (23)، ويعزز هذا النص سياسات عامة بهذا الخصوص، تحاول تجاوز مخلفات النزاعات العرقية التي عرفتها مكونات المجتمع الموريتاني ، بشكل خاص في عقد الثمانينات من القرن العشرين .

- وقد برز الاهتمام بتعزيز دور المرأة: في المشاركة السياسية وتعزيز مكانتها في السلطات العامة في الإصلاحات الجديدة ، فقد زادت حصة تمثيل النساء في الماموريات الانتخابية وذلك باضافة لائحة وطنية خاصة بالنساء في الوظيفة البرلمانية ، ويدعم هذا النص الجديد سياسات تعزيز مكانة المرأة في شغل المناصب العامة ، كما يعزز الاستراتيجية الوطنية التي تهدف الي اعطاء المرأة الموريتانية مكانتها اللائقة في الحياة السياسية ، ويغير من النظرة الاجتماعية بهذا الصدد. (24)

ان قراءة في الابعاد التي انتجتها الإصلاحات الاخيرة تجد اهميتها كذلك في طبيعة الاليات التي اعتمدت في تقريرها واقرارها ، وفي الاولويات التي تبنتها ، وكذلك الضمانات التي بدي وكانها تستند عليها .

ثانيا : مداخل و ضمانات الإصلاح السياسي في موريتانيا :

في ضوء الظروف والتحولات التي يعرفها المجتمع الموريتاني ، والتي تتبلور من خلالها مطالب عديدة تنادي بضرورة إعادة بناء المؤسسات السياسية القائمة ، علي نحو يستجيب لمتطلبات الواقع الجديد وتطلعاته ، وبالنظر الي تعدد مداخل و أولويات الإصلاح ، فان ما نحتاج إليه بالفعل في وقتنا الحاضر هو أجندة للإصلاح السياسي ، بموجبها تكون عملية الإصلاح عملية متكاملة المداخل ، لقد تغيرت الظروف مع تنامي العناصر الاجتماعية والاقتصادية ، ذات التفاعل الخاص في إنتاج شروط ومتطلبات عملية الإصلاح ، دعونا نستعرض عنصرين أساسيين أسهما بشكل لافت في بلورة مداخل الإصلاح السياسي في موريتانيا ، وتحدد من خلالهما ملامح الإصلاح المنشود:

أول هذه العناصر المستجدة هو الحديث عن أن مبادرة الإصلاح قادها (المجتمع) ، من خلال الدور الريادي للأفراد العاديين ولنظمات المجتمع المدني ، و كأنما أصبح المدخل الذي يقول بإصلاح المواطن ، كمدخل لتحقيق الإصلاح السياسي ، متجاوزا إلي حد كبير ، بل إن القول به يعد مخاطرة سياسية والتفافا علي مطالب الحراك الاجتماعي. (25)

لقد تأثرت الساحة السياسية المحلية بقوة بريح التحول الديمقراطي ، التي أنتجها الربيع العربي ، ، وتشبعت هذه الساحة ، بمطالب واليات جديدة ، لم تكن معروفة من حيث تنظيمها وعفويتها وفعاليتها ، في التعبير عن مصالح وطموحات الأفراد والمجموعات ، وبشكل خاص في مواجهة الحكام والطبقة السياسية ، لنقل في مواجهة اسلوب ممارسة السلطة ، وكان الحراك الاجتماعي الذي ترافق وهذه المرحلة واضحا في التعبير عن عدم الرضا ، إن لم نقل السخط علي مظاهر الفساد السياسي ، و علي تكريس قدرات الدولة لتحقيق مصالح فئات ضيقة في المجتمع ، في الوقت الذي يعاني السواد الأعظم من المجتمع من الفقر والبطالة والحرمان..وقد كان دور الشباب رئيسيا في تفعيل هذا الحراك ، وانبرت لذلك أقلام ورؤى ، علي وسائط التواصل الاجتماعي ، وعبر وسائل الإعلام المختلفة ، أظهرت كلها خطابا جديدا ..كما استخدمت آليات جديدة لتجسيد هذا الحراك ، وبشكل خاص الاحتجاجات والإضرابات والاعتصام في الأماكن العامة ، وأمام القصر الجمهوري وعند مكاتب الوزراء ..بما يعني مقارعة رأس السلطة وتحميله المسؤولية المباشرة ، عن أسباب وتبعات ما يجري علي الساحة الوطنية من أحداث ، وما يتطلبه الوضع من مبادرات وحلول ، تلي مطالب الإصلاح الشامل.

أما ثاني هذه العناصر فهو ما يدي وكأنه تكامل بين مطالب الإصلاح المحلي وخطاب عالمي يتبني الإصلاح السياسي..ولعل التطور الذي أبرزته التحولات الجديدة هو أن الإصلاح مطلب محلي ، هذه الشعوب انتفضت بنفسها ، وهي تقدم التضحيات الجسام للوصول إلي غاياتها ، صحيح أن العولة تحمل في طياتها (الصراع) وهو ما يعني

إحياء نظرية التآمر وعولمة نهج إيديولوجي ديمقراطي غربي..ولعل هذا الملمح هو ما يبرر التحفظات، التي تسوقها بعض الأطراف السياسية المحلية، بشأن مقتضيات الإصلاح وان لا يكون موجة يتم استغلالها لفرض نماذج وأولويات قد لا تكون هي الاستجابة المطلوبة للوضع الحالية ، ولتحقيق الإصلاح ، لكن الواقع الجديد يظهر توجهها كبيرا لضرورة الحسم في بعض الأمور التي تمثل هموم الطبقة السياسية والمواطنين (26)

كانت خصوصيات الإصلاح السياسي في بلدان المغرب العربي، متميزة، فلكل تجربة سياسية ولكل مجتمع مغاربي تجربته الخاصة في الإصلاح، ولا ينع هذا الأمر بطبيعة الحال من الحديث عن بعض المبادئ العامة في إطار ظاهرة الإصلاح. بما تعنيه من آليات ومرجعيات. (27)

هكذا يمكن أن نقرأ في تجربة الإصلاح السياسي لهذه الدول، بعض النتائج الهامة فمن جهة هناك ضرورة تحتم الاستجابة الفعلية لتطلعات الشعوب المغاربية في الإصلاح السياسي والاقتصادي والاجتماعي، والانفتاح والمشاركة في العملية السياسية، وهناك حاجة لتجسيد نتائج ملموسة بهذا الخصوص علي ارض الواقع، ومن جهة اخري تبدو اجندة الاصلاح في غالبية الدول المغاربية مستنلة علي نموذج للاصلاح يقوم علي التدرج، وتجنب الانزلاق إلي العنف..، والمحافظة علي استمرارية الدولة.

اولا- مداخل واولويات الاصلاح السياسي في موريتانيا :

يمثل الاصلاح عملية شاملة، ذات مداخل (28) واولويات نجد بينها تكاملا مطلوبا، واعتمادية في حدود ذلك التكامل واولوياته، والسؤال الذي يفرض نفسه بخصوص الأوضاع الحالية هو أي إصلاح وأية مداخل مطلوبة وبأية وسائل؟، كيف نقرأ أجندة الإصلاح السياسي في موريتانيا كما تبدو من معطيات الواقع وتطلعات المستقبل وفعالية الوسائل والإمكانات المتاحة؟؟ وكيف تسهم هذه المداخل في تحقيق التحول الديمقراطي؟

دعونا نقول في البداية بان تحديد مداخل لاصلاح السياسي هي عملية تتطلب تكامل بعض من العوامل منها: إرادة الحاكم، ومشاركة النخبة السياسية، ومشاركة الأفراد العاديين، فالإصلاح عبء يجب أن يتحمله الجميع، والمصالحة الوطنية أساسية لتضافر الجهود لتحقيق عملية الإصلاح السياسي التي تمثل نقطة المفاضلة في الإصلاح الشامل.

ان التطورات الأخيرة تمكن من قراءة بعض مداخل الإصلاح السياسي في موريتانيا ويمكن أن نحدد بهذا الشأن ثلاثة مداخل أساسية هي:

- تعزيز الحوار والاتفاق..

- توسيع النخبة السياسية..

- تعزيز مكانة البرلمان..

1- تعزيز الحوار والاتفاق :

لقد أسهمت الظروف السياسية المتقلبة التي عرفتها البلاد منذ 2005 في خلق آليات جديدة، لمد جسور التواصل السياسي بين الأطراف السياسية الموريتانية، وهو ما جعل من الحوار مجالا مهما للمشاركة في عملية إعادة بناء المؤسسات السياسية، ووسيلة حيوية بفضلها تحطت البلاد بشكل ما مصاعب وانحرافات المرحلة المذكورة، التي

أدت إلي تراجع التطور الديمقراطي اليسير الذي ترافقت ورئاسيات 2007 (29)، كانت التجاذبات السياسية تبرز صراعاً مريراً علي السلطة، جندت له كل الوسائل الممكنة للفوز، وهو ما يمثل خطراً حقيقياً علي العملية الديمقراطية، وفي ظل محيط سياسي متوتر بشكل عام، استندت النخبة السياسية إلي الحوار للخروج من أتون الأزمة السياسية، والحوار يتضمن اعترافاً بالآخر، وتعلقاً بأدوات الديمقراطية.. وهو مصدر لقوة القرارات ولصدقيتها.

كان الحوار وسيلة لتقارب الرؤى و لتجاوز الخلافات، من اجل تهيئة الظروف المناسبة لمعالجة القضايا الاجتماعية والاقتصادية، التي برزت بقوة علي الساحة الوطنية، وبفعل عوامل محلية وخارجية، ودوغماً استئذان من أية جهة سياسية.. وهو ما وضع النخبة السياسية أمام مسؤولياتها في مواجهة عدد من التحديات.. كانت البداية باتفاق دكار في 3- يونيو -2009 الذي جمع الأقطاب السياسية الموريتانية، وكان الأخير منها في شهر 10-2011.. وكان من اهداف الحوار وضع إطار لإعادة هيكلة الحياة السياسية، وتعزيز الحكامة الحزبية والانتخابية و البرلمانية، وتعزيز شروط الممارسة الموضوعية للحقوق والحريات العامة، وذلك في ضوء إطار اجتماعي واقتصادي يحقق التنمية ويخفف المعاناة الاجتماعية.

وهكذا يمكن أن نقرأ في اتفاق دكار تصميم الأطراف علي المشاركة الفعالة، بدء من المشاركة الفعلية في تسيير المرحلة الانتقالية، وانتهاء بوضع الضمانات الموضوعية للمحافظة علي مكتسبات الحوار، وبشكل خاص العودة للحياة الدستورية، من خلال الاحتكام إلي نتائج انتخابات عامة، يجب أن تحاط بمختلف الشروط الموضوعية لضمان شفائيتها وتجسيدها لإرادة الناخبين، كما أن العملية التنافسية تتطلب حياداً من الإدارة، ومساواة في الفرص و في الحضور أمام الرأي العام.. وهكذا حملت النخبة السياسية نص اتفاقية دكار، هموم الإصلاح السياسي المنشود وأبعاده التي من بينها (30):

- اعتماد الحوار كوسيلة لترسيخ أسس العملية الديمقراطية .

- وترقية الحكامة السياسية..

مثل اتفاق دكار مخرجاً مؤقتاً من الازمة السياسية والمخاض التي جرتها للبلاد وقد اثرت بشأن هذا الاتفاق بعض الملاحظات عن مواطن القصور التي اعترته وبصفة خاصة ما بدي وكانه محاصصة بين اطراف العملية السياسية في اتفاق دكار ، وان كان الدافع وراء ذلك، هو ضمان الثقة بين الاطراف من خلال تحمل المسؤولية العامة في تلك الظروف الاستثنائية، وذلك بتشكيل حكومة وحدة وطنية للاشراف علي الانتخابات ، واسناد الاشراف الفني للجنة مستقلة للانتخابات .

كانت مرحلة الحوار الثانية بعد اتفاق دكار بفترة وبالتحديد في اكتوبر 2011 وجمعت أحزاب (الاجلبيية الرئاسية) وبعض (احزاب المعارضة) و قد ناقش المؤتمرون للحوار مواضيع اساسية تشغل الحياة السياسية الوطنية ،خاصة التداول السلمي علي السلطة ، وتعزيز حقوق الانسان والوحدة الوطنية .وقد توصلت الأطراف السياسية المشاركة في الحوار إلي اتفاق نهائي حول العديد من قضايا الحوار(كما سبقت الاشارة).

جاء الاتفاق الاخير ليعطي صورة اكثر جدية لتجسيد ارادة المتحاورين للمجتمع ولهمومه ومشاكله ،خاصة فيما يتعلق بضمانات التناوب السلمي للسلطة ..وتقديم الحلول المنصفة لبعض القضايا الاجتماعية :الاعتراف بالآخر ،العبودية ، المشاركة السياسية ،دعم المؤسساتية كنهج لترسيخ دولة القانون .

وبالنظر الي الظرفية الخاصة التي اجري فيها الحوار الاخير، فان بعض الفعاليات السياسية التي لم تشارك في الحوار، وجدت فيه التفافا علي مطالب الإصلاح، في الوقت الذي ارتأت الأطراف المتحاوره انها حققت بالحوار مكتسبات هامة في إطار إعادة بناء دولة القانون.

وهكذا يمكن ان نلاحظ أهمية الحوار كمدخل ممكن لتحقيق الإصلاح السياسي بين الفرقاء السياسيين وذلك بالنظر إلي المواضيع الخلافية التي يثيرها، والتي تمثل في النهاية موضوعا للاتفاق، وبشكل خاص بالنظر إلي أهميتها في تحقيق تطور سياسي مقبول، وتبقي المحاذير التي تتعلق بهذا المدخل مرتبطة بمدي جدية والتزام المشاركين في الحوار ونظرتهم الموضوعية للإصلاح السياسي و متطلباته.

2- توسيع النخبة السياسية :

ان من متطلبات الإصلاح السياسي في موريتانيا توسيع النخبة السياسية (31)، بما يمكن من تمثيل مختلف التيارات السياسية، والميول الاجتماعية، في صناعة عملية الإصلاح السياسي ، وهو ما يترجم عمليا بتوسيع مشاركة المرأة، وما يمكن ان يسمى المعارضة السياسية المحترفة، بالإضافة الي المجتمع المدني، ويدخل في نفس التوجه تعزيز دور ومكانة الأحزاب في العملية السياسية(32) ، ويولي هذا المدخل بشكل عام مطالب الحراك الاجتماعي الحالي في توسيع المشاركة الديمقراطية في الحكم، من خلال اشتراك اكبر قدر من الفاعلين في عملية التحول السياسي.

وقد تكون البدائل المنظورة، في ظل التغيرات الحالية، هي تغيير الوجوه وبعث دماء جديدة في النخبة السياسية ، التي توصف بان الفساد السياسي يستشري في أوصالها، لكن التجربة علمتنا ان هذا التوجه، وفي ضوء العديد من العوامل التي تكتسح الساحة السياسية، قد يقود إلي الانزلاق عن مسار الإصلاح، و إلي تشتت الجهود، وهو في ذات الوقت لا يحمل ضمانة أكيدة علي جدارة وكفاءة البدائل..

وهكذا يمكن أن نقرأ في توجهات الإصلاح السياسي ان توسيع النخبة السياسية، بمعنى إشراك قاعدة عريضة من الفاعلين السياسيين، من شأنه ان يعطي حيوية معينة لعملية الإصلاح، وقد يكون احد المداخل المقبولة الذي تتأسس عليه عملية الإصلاح السياسي الحالي، وقد ينظر إلي هذا المدخل علي انه جزء من الحلول طويلة الأمد، غير أن ما يبرر حديثنا عنه هو النظر إلي الإصلاح السياسي كإستراتيجية متكاملة المداخل، يجب أن تلعب النخبة السياسية مكانة متميزة في توفير الأرضية الملائمة لذلك، وفي تحديد الأولويات المناسبة للتحول السياسي، وبصفة خاصة في محيط اجتماعي يعرف نسبة مرتفعة من الأمية، ومستويات متدنية لدخول الأفراد، ونسبة فقر كبيرة، فهو بحاجة إلي من يضع اللمسات المطلوبة لأولويات التغيير المناسب، التي ترتب بالضرورة تطورا يجب أن يحظي به مجال إدارة السلطة السياسية ، و علي نحو يستجيب لمتطلبات الحرية والعيش الكريم.. التي ينشدها هذا المجتمع والتي بدت بموجب التحول وكأنها ضرورة لامناص منها..

3 - تعزيز مكانة البرلمان :

تلعب البرلمانات أهمية خاصة في تحقيق التطور الديمقراطي، نظرا لمكانتها في تجسيد الديمقراطية وفي تمثيل إرادة الشعب.. ولم يعد التساؤل مطروحا اليوم حول هذه المكانة، ولكن النقاش الدائر علي الساحة السياسية المحلية يتعلق بكيفية تعزيز مكانة البرلمان ليكون احد المداخل والضمانات المقبولة لتحقيق الإصلاح السياسي.

إن الإشكال يثور بعمق بصدد الحالة الموريتانية ، فلطالما كانت الآمال معقودة علي أن يمثل البرلمان المنبر الحر الذي يحقق التوازن مع السلطة التنفيذية، ويضمن الحقوق والمصالح العامة.. ليعكس بذلك تناغما مقبولا يمثل إرادة الشعب في تجلياتها المختلفة ، غير أن رجحان الكفة لصالح رئيس الجمهورية في نظام شبه رئاسي، وبالنظر إلي واقع اجتماعي يتميز بكثير من الانتظام التقليدي حول رأس السلطة ، هي عوامل من بين أخرى أثرت كثيرا في التجربة البرلمانية الموريتانية، فقد تميز دور البرلمان بكثير من السلبية في مجال بناء وتطوير السلطة السياسية، و تدخلت عوامل مختلفة لتلقي بظلالها علي هذا الدور، ومن هذه العوامل بشكل خاص تحكم السلطة التنفيذية في الانتخابات البرلمانية(33) ، حيث جاءت تشكيلة البرلمانات المتعاقبة ، لتعكس واقعا مترديا للعملية السياسية، وكانت آليات بناء المؤسسة البرلمانية(كغيرها من المؤسسات الدستورية)، مثالا يساق عند الحديث عن الفساد السياسي، لقد مثل البرلمان حينها عقبة أمام التطور الديمقراطي، غير أن التطورات التي عرفتها البلاد منذ 2005 حملت معها ملامح جديدة للحياة البرلمانية الموريتانية، فقد جاءت تشكيلة البرلمان ممثلة إلي حد كبير لألوان الطيف السياسي المحلي، كما أن اليد الطولي للسلطة التنفيذية - وعلي الصورة المعهودة - في تحديد التشكيلة البرلمانية بدت وكأنها تتراجع، لصالح منحي جديد، وهو أمر يعزي حينها إلي عوامل منها انشغال النخبة السياسية التي افرزتها الانقلابات المتلاحقة بالصراع الداخلي، وهي غفلة أسهمت إلي حد ما في تنوع التشكيلة البرلمانية، بالإضافة إلي الأخذ بنظام جديد للانتخابات البرلمانية، وهكذا واجهت هذه التشكيلة البرلمانية واقعا متقلبا أفصح أمامها المجال للعب دور نسبي في تحديد ملامح المرحلة، لقد كانت البداية هي الضغط علي الحكومة من خلال التلويح باستخدام ملتزم الرقابة (34) مما اضطر حكومة السيد يحي ولد محمد الوقف علي الاستقالة، أما في المرة الثانية فكانت المواجهة مباشرة مع الرئيس، وبالرغم من أن هذا النشاط البرلماني كان نتاجا لتحالفات سياسية، قادها الجيش للإطاحة بالرئيس المنتخب.. إلا أنه أعطي صورة حية عما يمكن أن تلعبه البرلمانات من دور فعال في تحديد طبيعة التطور السياسي للبلاد.. وهكذا فان التقلبات السياسية، بالإضافة إلي العوامل المستجدة علي الساحتين المحلية والخارجية، أبرزتا دورا جديدا للبرلمان، أعاد إلي الأذهان ذلك الأمل الذي تشكل عند بداية العقد الماضي، والذي بموجبه كان ينظر إلي البرلمان كمؤسسة لها دورها في تحقيق الإصلاح. ان المراقب لتطور هذا الدور يلاحظ أن جلسات البرلمان الموريتاني أصبحت منبرا للتجاذبات السياسية التي تعرفها الساحة الوطنية، علي اختلاف مواقفها وآرائها كما أن هذه المداولات البرلمانية المنقولة عبر الأثير تلقي متابعة لها تأثيرها في الرأي العام... لقد حملت هموم المرحلة في متطلباتها ومطالبها ومحاذيرها، وكانت قبة البرلمان افقاً هاماً يمكن من خلاله قراءة التطورات المختلفة المتعلقة بالإصلاح .

ان العمل البرلماني هو احد الضمانات الأساسية لتعزيز الإصلاح السياسي.. لقد كان هذا المنحي بارزا في المفاوضات الأخيرة، ومن خلال أجندة الحوار، حيث كان التأكيد علي ضرورة شفافية العملية الانتخابية، وهو ما أنتج من الناحية العملية الاتفاق علي إنشاء مؤسسة انتخابية مستقلة.. فالعملية الانتخابية يجب أن تعكس إرادة الشعب، وهكذا يكون البرلمان هو الحيز الذي من خلاله تتجسد بشكل كبير استمرارية هذه الإرادة، كما كان الاتفاق علي توسيع عضوية البرلمان، وهو عامل يسهم في توسيع النخبة السياسية، ويمد البرلمان بعناصر جديدة ينتظر أن تعطي دفعا للعمل البرلماني، وكان العامل الثالث المهم في تفعيل دور برلماني جديد - يستجيب لمتطلبات التطور السياسي - هو تعزيز مكانة البرلمان في إطار العلاقة بين السلطات، حيث تم التأكيد علي آلية برلمانية هامة وهي مسؤولية الحكومة أمام البرلمان من خلال مسالة الثقة.

إن تعزيز دور البرلمان يتطلب أيضا توفير الكفاءة الموضوعية لهذه المؤسسة الهامة وذلك باعتماد إجراءات من قبيل :

تثقيف النواب وذلك من خلال تنمية المعارف المساعدة علي تأدية مهامهم..وهي متنوعة قانونية ، فنية،سياسية اقتصادية ..مع ضرورة ربط علاقات مع المؤسسات البرلمانية الاخري لتبادل الخبرات ، وكسب المهارات..
توفير المعلومات اللازمة لأداء مهمة البرلمان في التشريع والرقابة وهو أمر يتطلب تعاوننا من الجهاز التنفيذي
تأطير العمل البرلماني الداخلي بما يضمن فعالية الأداء وتجانسه

خلق آلية جديدة تربط النواب بالناخبين، وتجعل من المؤسسة البرلمانية أداة تعبر عن هموم وطموحات الشعب،
ترجم في أعمال وتصرفات تحتل مكانها في العلاقة بين السلطات وفي وظيفة الدولة وأدائها.(35)

ولا يخلو هذا المدخل بطبيعة الحال من بعض جوانب القصور، ذلك أن الميول الانتخابية تجعل إرادة النواب رهن
بالضغوط الاجتماعية الضيقة، وتحول في الغالب دون أن يعكس البرلمان إرادة وتوجهات الأمة ، كما أن الفساد
السياسي والرغبة في تحصيل الأموال وتبوء المكانة الاجتماعية، هي عوامل تؤثر في سلوك وتوجهات النواب ..وهكذا
فان المؤسسة البرلمانية بحاجة إلي الإصلاح لتلعب دورها بفاعلية في عملية إدارة التحول الديمقراطي.

ثانيا - ضمانات الإصلاح السياسي في موريتانيا :

بالرغم من تعدد الضمانات التي يمكن الحديث عنها هنا، فان الحالة الموريتانية تحتكم إلي ضمانتين أساسيتين
لعملية الإصلاح هما:

1- دمج المكاسب الخاصة بتطوير النظام السياسي في المنظومة القانونية :

لقد تعززت النظم الديمقراطية علي الدوام من خلال مرجعياتها التي تستند عليها، وقد مثل الاطار القانوني (ال
السداتير والقوانين واللوائح وكذلك مدونات ومواثيق السلوك) ،ضمانة هامة يحتج بها في إطار التعاطي السياسي
،والالتزام بالأنساق الاجتماعية المطلوبة لتحقيق التحول،و من هذه الزاوية وتكريسا للمكتسبات الجديدة، يبدو
ضروريا ترسيخ مقتضيات هذه الآليات والمداخل في المنظومة القانونية، وهو نهج يبدو عليه الاتفاق، من خلال الحوار
السياسي الذي شكل أساسا لوضع أولويات الإصلاح السياسي، ولعل مقتضيات الظروف الحالية ، التي توصف بأنها
استثنائية، ومتغيرة، تفرض بدورها وسائل قانونية استثنائية ، من شأنها ترجيح مقتضيات الحوار، وتعزيز مكانة
الاتفاق والإرادة السياسية للإطراف ، ورؤيتها للحلول والضمانات المقبولة لتحقيق عملية التحول السلمي ،دون
التمسك بالإجراءات القانونية المعقدة،هكذا كانت دعوة البرلمان للانعقاد، وللتداول حول بعض من مشاريع القوانين
التي تركز الآليات الإصلاحية التي اتفق عليها المتحاورون، كما عملت الحكومة علي اقتراح مشاريع القوانين ، التي
من شأنها تكريس بنود الحوار في المنظومة القانونية .

2- تحقيق نتائج ملموسة علي مستويات اجتماعية غاية في الأهمية لتعزيز مصداقية الإصلاح السياسي :

لم يغب عن موضوعات النقاش والحوار، احد المطالب الأساسية التي شكلت دافعا هاما لمطالب التغيير
والإصلاح ،،ويتعلق الأمر بالمعاناة الاجتماعية التي تنعكس في مظاهر الحرمان والفقير وفي واقع اقتصادي واجتماعي
مزر، وتذهب مختلف التحليلات الي ان واقعا بهذه الدرجة من الترددي يشكل بؤرة خطيرة علي الاستقرار والسلم
الاجتماعي ، وهو يولد ارتدادات سلبية، في هذا الإطار ظهرت علي السطح العديد من الظواهر الاجتماعية السلبية

كالإرهاب وانتشار الجريمة المنظمة.. لكن الحراك الاجتماعي الجديد بدي وكأنه يعبر عن نفسه بأسلوب أكثر واقعية ، فكانت المطالبة بخلق فرص للعمل... ومكافحة الفقر.. وتوفير الضمانات لممارسة الحقوق وبشكل خاص حق الانتخاب والترشح والتشغيل.. وحرية التعبير والمساواة.. وقد بدت الحقوق الاقتصادية والاجتماعية هما كبيرا لمرحلة التحول ، وهكذا فان أي إستراتيجية للإصلاح يجب ان تخلق الإطار الاجتماعي الذي يوازي شروط نجاحها وتطورها، بالنظر إلي إلحاح القضايا الاجتماعية وأهمية الوفاء بها في إعطاء مصداقية لعملية الإصلاح السياسي، وبالنظر الي ان الحراك الاجتماعي الجديد كان ثورة علي الاستبداد والفقر.

استنتاجات :

يمكن في الختام أن نؤكد علي أمرين أساسيين بشأن الاصلاح السياسي في موريتانيا :

- فهناك ضرورة لاستيعاب النخبة السياسية لمطالبات الواقع الجديد، وتحملها لمسؤولياتها بهذا الخصوص..بالنظر إلي خصوصية التجربة ومتطلبات المرحلة.
- كما أن هناك حاجة لتطوير مجال السياسة ليستجيب لمطالبات الوعي الديمقراطي الذي بدي جليا في الاحتجاجات والتظاهرات..التي رافقت هذه المرحلة وهو ما يتطلب من بين أمور أخرى إشراك المواطن في العملية السياسية .

المصادر والهوامش :

- 1 - خلال تاريخها الحديث عرفت موريتانيا نظام حكم الحزب الواحد من 1961 حتي الانقلاب العسكري 1978 ، لتدخل البلاد في فترة الحكم العسكري حتي قيام حكم مدني جديد في ظل دستور 1991 ، وقد عرفت البلاد عودة لحكم الجيش مع انقلابي 2005 ، و 2008 ثم جاءت الانتخابات الرئاسية 2009 لتدشن مرحلة جديدة من العودة للحياة الدستورية
- 2- عرفت النخبة السياسية دورات حوار هامة تقررت علي اثرها نتائج وقرارات ، واجهت بقدر من الجدية الازمات السياسية التي عرفتتها موريتانيا ومثلت اضافة لتجربة التطور الديمقراطي، كان اتفاق دكارفي 3-06 - 2007 واتفاق انواكشوط في شهر 10-2011.
- 3 - قد يكون من الانصاف التذكير هنا بان الاصلاح هو عملية معقدة وتراكمية وهي تعكس بشكل عام اهم مراحل التطور السياسي للبلد لكن التطورات التي تسهم بها مرحلة بحكم معطيات معينة تجعل التطور يبدوا مسارا ايجابيا وبالاتجاه الصحيح ، الامر الذي يعكس اهمية التطورات الاخيرة
- 4- وذلك بملاحظة حالات مماثلة في الدول الافريقية (الكامرون ثم ليبيا..)،وبالنظر الي ما قد تؤول اليه تلك الوضعية الاستثنائية من انهيارات في الكيان المشترك، ومن الوقوع تحت ضغوط وحسابات ضيقة محلية واجنبية
- 5- ظل الموريتانيون يتابعون بجزر كبير تجارب التحول الديمقراطي ونتائج الربيع العربي في الدول المغاربية وبهذا الخصوص يمكن ملاحظة التحول الهادئ نسبيا والايجابي الذي عرفته بعض الدول كما حدث في تونس والمغرب ، ومثل استجابة لمطالبات الواقع الجديد ، علي عكس الحال في ليبيا التي عرفت انتشارا للعنف ولتصفية الحسابات الضيقة ..

6 - وهنا يبدو منطقيا الدعم المادي والرقابة المنتشرة للممارسة الانتخابية في بلدان الربيع العربي وفي التجارب الانتخابية التي عرفتھا المنطقة مؤخرا، وتأخذ موريتانيا مكانتها في هذا المجال ، وهي بلد يعرف نهضة قوية في الصناعات الاستخراجية التي تشمل اهم المواد الاولية المحركة للاقتصاد والتجارة الدولية،بالاضافة الي الموقع الذي تحتله في اطار الامن الاستراتيجي الاقليمي وارتباطاته العالمية

7- كما تشير بعض المعاجم المحكمة la Rouse

8- فاز الرئيس ولد الطابع بنتائج الانتخابات الثلاثة التي اجريت في عهده : خلال سنوات : 1992، 1997، 2003،

9 - اصدر المجلس المذكور ميثاقا دستوريا بتاريخ 2005/8/06 ، اكد فيه سيطرة القوات المسلحة علي الحكم ،وذلك لفترة مناسبة تمكن من اجراء انتخابات ديمقراطية ، وقد اسغرق الامر فترة 19 شهرا ،وفي اعقاب الانتخابات الرئاسية بتاريخ 25 مارس 2007 ،سلم الجيش السلطة للرئيس المنتخب سيدي ولد الشيخ عبد الله .

10 - اجري المجلس تعديلات دستورية من بينها ، النص علي تعارض مهمة الرئيس مع قيادة حزب سياسي،و حصانة مبدا التناوب الديمقراطي علي السلطة وتقليص مدة الرئاسة إلى خمس سنوات ،وقد تمت المصادقة علي التعديلات الدستورية علي اثر استفتاء شعبي في 25 يونيو 2006

11 - ليتم تنصيب الرئيس المنتخب يوم 2007/04/19، بينما تم انتخاب أعضاء مجلس الشيوخ في 21 يناير سنة 2007

12 - الملاحظة الرئيسية بهذا الخصوص تشير الي اعتماد الآلية القانونية لترسيخ التوجهات الجديدة وهو ما يثير لدي الكثيرين المخاوف من تجسيد إرادة الحاكمين و رؤاهم وتوجهاتهم في ظل الظروف الاستثنائية التي عرفتھا البلاد

13 - شارك في مراقبة هذه الانتخابات الاتحاد الافريقي والجامعة العربية ،والاتحاد الاوروبي ، بالاضافة للمراقبين المحليين ، وقد حظيت نتائج الانتخابات بتزكية مشهودة من مختلف المراقبين ..

14 - وقع الاتفاق في داكار في 2 يونيو 2009 بين فرقاء الازمة السياسية في موريتانيا ، وبرعاية دولية ، وقد وصفت الانتخابات التي اجريت حينها بالظاهرة الحاسمة في تجاوز مرحلة الانقلابات غير ان تبعت تلك المرحلة اخذت تتسلل شيئا فشيئا الي علاقات الفاعلين السياسيين ليظهر انقلاب 2008 ، ولتبدأ مرحلة جديدة لها مميزاتھا الخاصة

15 - بالاضافة الي احزاب الاغلبية الرئاسية شاركت اربعة من احزاب المعارضة هي: التحالف الشعبي التقدمي ، وحزب الوئام وحزب الصواب وحزب حمام

16 - ويلاحظ في هذا السياق أن قضية تعديل الدستور احتلت مساحة شاسعة في النقاش الدائر حول الإصلاح السياسي، و تعددت الآراء بهذا الشأن ، فهناك من يدعوا ، إلي عدم العبث بالدستور بالتعديل والتغيير، و ذهب البعض إلي عدم إضفاء الجمود و القدسية علي أحكامه بحيث يصبح عقبة أمام مواكبة التطور والإصلاح..وهناك من

يتفادى هذا النقاش بالدعوة إلى تحقيق مقتضيات الدستور الحالي في الانتخابات الحرة وفي التعددية وفي العلاقات بين السلط.. وفي كل ما من شأنه تطبيق الدستور..

17 - تطبيقا لنتائج الحوار الوطني الذي دار بين الاغلبية الرئاسية وبعض احزاب المعارضة، تم اصدار بعض القوانين الهامة، خاصة:

- احكام القانون الدستوري رقم 015-2012 الصادر بتاريخ 20 مارس 2012،

- ومشاريع القوانين المطبقة له.

- مشروع قانون يقضي بمعاقة جرائم الاسترقاق والتعذيب بوصفها جرائم ضد الإنسانية.

مشروع قانون يقضي بعقاب جرائم الانقلابات و غيرها من أشكال تغيير السلطة المنافي للدستور بصفتها جرائم ضد أمن الدولة

وقد تمت المصادقة علي هذين المشروعين في اعقاب اجتماع مجلس الوزراء ليوم الخميس 29 - 11 - 2012)

18 - منذ تسلم الجيش للسلطة في موريتانا في 10 - يوليو 1978 وكان الاستثناء الوحيد هو التناوب السلمي علي اثر الانتخابات الرئاسية التي اجريت في مارس 2007، ويرد التنبيه هنا علي ان الانتخابات التي عرفتها البلاد في الفترة من 1992 وحتى التاريخ المذكور كانت نتائجها عبارة عن تحصيل حاصل، من خلال اعادة انتخاب الرئيس ولد الطابع وقد عرفت الكثير من التزوير وتغييب الارادة الحرة في التعبير عن الراي وفي الانتخاب الحر

19 - انظر نص المادة الثانية من الدستور التي تنص علي ما يلي: " تكتسب السلطة وتمارس وتنقل في إطار التداول السلمي وفقا لأحكام هذا الدستور وتعتبر الانقلابات وغيرها من أشكال تغيير السلطة المنافي للدستور جرائم لا تقبل التقادم ويعاقب أصحابها والمتماثلون معهم سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين بموجب القانون".

20- تملك اللجنة اقتراح مواعيد الاستحقاقات المقبلة في ضوء توفر الظروف المطلوبة لقيامها وبصفة خاصة اكتمال تنفيذ مشروع الحالة المدنية الجديدة بما تتضمنه من ضوابط ينتظر ان تشكل مرجعا مقبول لمصادقية الانتخابات

21 - وباتي التركيز في الاصلاحات الجديدة علي تدعيم مكانة البرلمان في ضوء الصلاحيات الفريدة التي يتمتع بها رئيس الجمهورية والتي في ظلها كانت الحكومة تحظى بحصانة كبيرة عطلت اليات التوازن المطلوب بين الهيئتين

22 - كان عدد اعضاء الجمعية الوطنية 95 نائبا بعد إضافة لائحة وطنية خاصة بالأحزاب السياسية من 14 مقعدا وبموجب الإصلاحات الجديدة تمت زيادة عدد أعضاء اللائحة الوطنية، وذلك على النحو التالي:

نائب واحد للدوائر الانتخابية التي يقل عدد سكانها عن 31 ألف نسمة

نائبان عن الدوائر الانتخابية التي يزيد عدد سكانها عن 31 ألف نسمة

ثلاثة نواب عن الدوائر التي يزيد عدد سكانها عن 90 ألف نسمة

أربعة نواب عن الدوائر التي يزيد عدد سكانها عن 120 ألف نسمة

20 نائبا في اللائحة الوطنية

- نائبا في اللائحة الوطنية للنساء

23 - "إن الشعب الموريتاني الذي توحدته عبر التاريخ قيم أخلاقية وروحية مشتركة وطموح إلى مصير واحد ، يعترف ويعلم تنوعه الثقافي الذي هو أساس وحدته الوطنية ولحمته الاجتماعية .."

24- كان الأمر القانوني رقم 029/2006 الصادر بتاريخ 2006/8/22 يحدد للنساء نسبة 20% على الأقل من الوظائف الانتخابية، وهي أول مرة يحدد فيها القانون نسبة لمشاركة النساء في هذه الوظائف.

25- ومن هنا يمكن الحديث عن محيط اجتماعي يمثل قوة دفع وتفعيل لها دورها في تحديد ملامح الإصلاح السياسي..ولا يمكن بطبيعة الحال أن نتغاضى عن التحفظات التي تترتب علي هذه النتيجة ،والتي من شأنها توضيح حدود الإسهام المنتظر للحراك الاجتماعي في عملية الإصلاح السياسي،لكن دعونا نقول بان ثمة وفاقا علي ضرورة إعادة بناء المؤسسات السياسية بما يحقق التحول ويواكب التغيرات الاجتماعية.

26- اكد رئيس حزب الاتحاد من اجل الجمهورية وهو الحزب الحاكم في موريتانيا ان حزبه يتابع باهتمام كبير ما جرى - ويجري - من تغييرات سياسية في المنطقة العربية ضمن حراك " الربيع العربي " وما انبثق عنه من أحداث وثورات"، قد تكون البداية لتعزيز التطور الديمقراطي، انظر أخبار انواكشوط ، إصدار بتاريخ - 17 - 02 - 2012

27 - تشترك معظم تجارب الإصلاح السياسي في دول المغرب العربي ببعض الخصائص التي نذكر منها : اختيار التدرج في التحول المحافظة علي كيان الدولة ، والمناداة بسيادة القانون والعدالة الاجتماعية ،وكانت التجربة الليبية في التحول استثناء علي هذه الصورة .

28- انظر،الإصلاح السياسي في الوطن العربي، مركز دراسات وبحوث الدول النامية،القاهرة 2006

29 - وذلك بالنظر الي التحفظات التي تبديها بعض الأطراف السياسية ،عن أن الرئيس الفائز بتلك الانتخابات لم يكن سوي مرشح من الجيش وحلفائه، وان اختياره كان يلي متطلبات مرحلة انتقالية قصيرة تمثل جزء من إستراتيجية استعادة السلطة لمن بادر في الأصل إلي الاستيلاء عليها ..

30 - انظر نص اتفاقية دكار.

31- كانت الريادة للعسكر في تكوين هذه النخبة، وذلك منذ سيطرة الجيش علي مقاليد الحكم بعد انقلاب 10 - 07 - 1978، ثم تشكلت النخبة السياسية لتعكس طبيعة التحالفات الاجتماعية القبلية والجهوية والعرقية، بالإضافة إلي إدخال الناشطين من الحركات السياسية والأيديولوجية من حين لآخر ،كما أن لأصحاب رأس المال مكانتهم في توجيه دفة السلطة،هدا بالإضافة إلي المكانة التي يحتلها الاداريون والتي تضمن لهم المشاركة الفاعلة في الحكم..

32 - بموجب التعديلات

الاحيرة تم حظر الترشح المستقل في جميع الانتخابات ما عدي الانتخابات الرئاسية، وفي ذات الوقت يفقد كل منتخب (نائب أو شيخ أو مستشار بلدي) منصبه عند استقالته من الحزب

33 - اجريت الانتخابات النيابية في اعوام 1992 ، 1996 ، 2001 ، وهي الولاية التي لا تزال تشهد تمديدا بحكم الظروف السياسية التي تربت عن الانقلابات المتلاحقة ، ثم بحكم الظروف الموضوعية التي تتعلق باستكمال ضبط الحالة المدنية

34 - اقدمت اغلبية من النواب على تقديم ملتمس رقابة ضد حكومة يحي ولد أحمد الواقف في 30 يناير 2008

35 - انظر، الاصلاح السياسي في الوطن العربي، مركز دراسات وبحوث الدول النامية ، مرجع سبق ذكره

القواعد الإجرائية التي نذكر مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها ونوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة



عبد العزيز خنفوسي : أستاذ مساعد قسم (أ) بكلية الحقوق

والعلوم السياسية - جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة - الجزائر.

العنوان الإلكتروني : azizkhanfouci@yahoo.fr

الملخص:

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية أن نستعرض أحد أهم موضوعات التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال الوقوف على القواعد الإجرائية التي تتناول مسألة الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، وكذا آليات الطعن فيها، وهذا كله في ظل التشريع الجزائري، والقوانين المقارنة (المصري والفرنسي)، والصكوك القانونية الدولية، والاتفاقيات الدولية المختلفة.

ولا يتأكد ذلك إلا بالتكلم عن دور الهيئة المكلفة بالتحكيم التي ينتهي دورها بمجرد إصدار الحكم التحكيمي، والذي ينتقل بعد ذلك إلى مرحلة الاعتراف به وضرورة إضفاء الصبغة التنفيذية عليه حتى يصبح قابلاً للتنفيذ، ومن خلال هذه المرحلة سنحاول أن نتعرض إلى قواعد الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، وآليات تنفيذ حكم التحكيم الدولي (التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية، التنفيذ الجبري للأحكام التحكيمية).

وبعد معرفة كيفية الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي وتنفيذه، نتحول مباشرة إلى التفصيل في جل الإجراءات المتخذة من أجل الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية بموجب طرق الطعن (الطعن بالاستئناف، الطعن بالبطان، الطعن بالنقض) التي نص عليها المشرع الجزائري والتشريع المقارن، وكذا التشريع الدولي.

التحكيم التجاري الدولي، الاعتراف بالأحكام التحكيمية، تنفيذ الأحكام التحكيمية، آليات الطعن في الأحكام التحكيمية، التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، التحكيم التجاري الدولي في التشريع المقارن " المصري والفرنسي"، الصكوك القانونية الدولية.

Summary:

We will try through this paper to review one of the main topics of international commercial arbitration, and that by standing on the procedural rules that address the issue of the recognition provisions arbitration and implementation, as well as mechanisms challenged, and all this under Algerian law, and the laws comparison (Egyptian and French), and instruments international legal, and various international conventions.

Not sure that only speak about the role of the body in charge of arbitration, which ends its role Once a verdict award, which then moves to the stage of recognition and the need to give the dye executive until it becomes enforceable, and during this phase we will try to exposed to the rules of recognition governing arbitration International, and mechanisms for the implementation of the rule of international arbitration (voluntary implementation of the provisions of the arbitration, the forced implementation of the provisions of the arbitration).

After learning how to recognize the judgment award and implementation of international, turn directly to the detail in most actions taken in order to appeal arbitration under international methods of appeal (appeal to appeal, the appeal of invalidity, cassation appeal) stipulated by Algerian legislature and comparative legislation, as well as international legislation.

Keywords:

International Commercial Arbitration, the recognition of arbitral judgments, the implementation of the arbitration provisions, mechanisms to challenge the arbitration provisions, international commercial arbitration in the Algerian legislation, international commercial arbitration in comparative legislation "the Egyptian and French", international legal instruments.

مقدمة :

إن نمو التجارة الدولية وتشابك المصالح الاقتصادية وثورة الاتصالات التي جعلت العالم قرية واحدة، وسهولة انتقال رؤوس الأموال في شكل استثمارات ضخمة وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الإنشاءات وعقود التجارة الدولية وعقود النقل الجوي والبحري والبري وعقود التأمين والعقود المصرفية للبنوك، كل ذلك أوجد الحاجة الماسة لتطوير آلية التحكيم التجاري الدولي ليكون الوسيلة الفعالة والمناسبة، بل والملاذ الآمن للرجوع إليه في حسم أي خلافات تنشأ بين الأطراف المتعاقدة. فلهذا أصبح التحكيم يشكل عصباً مهماً في مجال الاستثمار.

إذ أن فعالية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، والتجارة الدولية عموماً تكمن في مدى شرعية الحقوق والحفاظ على مصالح من صدر الحكم التحكيمي لصالحه ويكون ذلك بتنفيذه، وقبل الاعتراف به في الدولة التي يصدر فيها وينفذ فيها، أو ينفذ فيها إذا كان صادراً في بلد غير بلد التنفيذ، وإلا فما الفائدة من اللجوء إليه وجعله بديلاً لقضاء الدولة؟ لهذا فنحن أمام مرحلة حاسمة، فبعد استكمال إجراءات التحكيم يصدر الحكم، إلا أن هذا الإجراء يكون بإتباع مراحل معينة ومحددة حسب ما إذا كان في إطار التحكيم الخاص أو المنظم، إذ ينبغي احترام الإجراءات المتفق عليها أو المنصوص عليها في الهيئات المتخصصة، وإلا كان الحكم قابلاً للطعن فيه طبقاً للقانون، ونظراً لأهمية هذه المرحلة التي ستكشف لا محالة على مدى مصداقية التحكيم، فإننا سنعالج مسألة الجوانب القانونية الأساسية للحكم التحكيمي، وهذا بالتطرق إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بالاعتراف بالأحكام التحكيمية وإنفاذها هذا من جهة، ومن جهة أخرى نتناول كيفية الطعن فيها حسب ما جاء في النصوص القانونية المختلفة.

وعليه فبعد صدور الحكم التحكيمي مرتباً آثاره فرض القانون بعض الإجراءات والشكليات لتنفيذه حيث ينفذ إرادياً طبقاً لاتفاق التحكيم، لكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات تجعل كل ذي مصلحة يستنجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذه في إقليمه، وهنا نكون أمام التنفيذ الجبري بدل التنفيذ الطوعي، مما ينبغي إتباع شكليات أخرى أمام هذا القضاء لتحسين الحكم التحكيمي.

وبالتالي سوف نعالج هذه الورقة البحثية في محورين اثنين، حيث نتطرق في المحور الأول إلى جل القواعد القانونية التي تحكم آلية الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، أما المحور الثاني فسيكون دارساً لمرحلة ما بعد الاعتراف والتنفيذ، والتي تتمثل في إتباع إجراءات الطعن التي تخول لطرفي التحكيم استخدامها في حالة ما إذا تبين أن هناك سبب يدفع إلى إبطال هذا الحكم، هذا وسنحاول أن نحصر موضوعنا البحثي في كل من : التشريع الجزائري، والقوانين المقارنة (التشريع المصري والفرنسي)، وكذا الصكوك القانونية الدولية المتعددة في حقل التشريع الدولي.

المحور الأول : القواعد الإجرائية المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها.

بعد أن تقوم الهيئة المكلفة بالتحكيم بدراسة ومعالجة حيثيات النزاع المعروض عليها تقوم بإصدار حكم تحكيمي نهائي ملزم لجميع الأطراف، هذا الحكم الذي يجب أن يعترف به من قبل الجهات القضائية المختصة بذلك حتى يدخل النظام القانوني الوطني من خلال إضفاء الصبغة التنفيذية عليه.

كما أن أهمية التحكيم وقيمتها تتضح جليا بمدى تنفيذ أحكامه، ففي مرحلة التنفيذ يظهر أثر كل ما تم بشأنه التحكيم بداية من الاتفاق الحاصل بشأنه نهاية إلى صدور حكم محكمة التحكيم المنهي للنزاع الذي و إن كان يعد بمثابة ثمرة التحكيم، إلا أن قيمته لا أثر لها دون الاعتراف به، وتنفيذه وهي المسألة التي سنتناولها وفق النقاط الآتية⁽¹⁾:

أولاً: الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي.

لم يرق المشرع الجزائري سواء في القانون رقم (157/66)⁽²⁾، أو في القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بتعريف الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، لكنه قام فقط بتبيان أهم الشروط الواجب توافرها حتى يعترف بها، وعليه نصت المادة (1051) من قانون (09/08) على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"، كما نصت كذلك المادة (1052) من نفس القانون على ما يلي: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"، والمادة (1053) بقولها: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

وعليه يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر إلى مدى توفر مجموعة شروط هي:

1/ ضرورة قيام المتمسك بأحكام التحكيم الدولية بإثبات صحة وجودها حسب الكيفية التي حددتها المادة (1052)، وفي هذه الحالة يجب على المعني أو المتمسك بالحكم التحكيمي تقديم أصل الحكم الصادر من محكمة التحكيم مرفوقا باتفاقية التحكيم، وفي حالة ما إذا تعذر على المعني أو المتمسك بالحكم تقديم الأصل، فإنه يجوز له الاقتصار على نسخة من كليهما تستوفيان صحتها، وتودع مباشرة بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف الذي يهمه التعجيل.

2/ أن يكون الاعتراف الممنوح لهذه الأحكام غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط في حدود دائرة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم، أو من رئيس محكمة محل التنفيذ في حالة ما إذا كان الحكم قد صدر في خارج التراب الوطني⁽³⁾.

1- شروط الاعتراف:

يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر إلى مدى توافر مجموعة من الشروط التي أشارت إليها المواد (1051، 1052، 1053) من القانون (09/08)، وكذلك ما جاءت به وما تضمنته اتفاقية نيويورك المصادق عليها من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في: 10/06/1958، والمتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم (233/88) المؤرخ في: 05/11/1988.

ومن خلال قراءتنا لهذه الاتفاقية نجد أنها تحدد لنا إجراءات الإشراف والتنفيذ لقرارات التحكيم الدولي حسب ما نصت عليه المادة الرابعة والخامسة من هذه الاتفاقية⁽⁴⁾.

هذا وتضيف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أثناء دورتها التاسعة والثلاثين المنعقدة بتاريخ

7 تموز/يوليه 2002 بأن الاعتماد الواسع النطاق لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها المبرمة في نيويورك في 10 حزيران/يونيه 1958 كان انجازا هاما في تعزيز سيادة القانون، ولاسيما في ميدان التجارة الدولية.

وإذ تستذكر لجنة الأمم المتحدة أن مؤتمر المفوضين الذي أعد الاتفاقية، وفتح باب التوقيع عليها اعتمد قرارا ينص في جملة أمور على أن المؤتمر يرى أن من شأن ذلك زيادة توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم أن تعزز ما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص.

وإذ تضع في اعتبارها التفسيرات المختلفة لاشتراطات الشكل التي تنص عليها الاتفاقية، والناجمة جزائيا عن الاختلافات في التعبير بين نصوص الاتفاقية الخمسة المتساوية في الحجية، وإذا تأخذ في اعتبارها الفقرة (1) من المادة السابعة من الاتفاقية التي كان من بين أغراضها التمكين من إنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية إلى أقصى مدى ممكن، وخصوصا من خلال الاعتراف بحق أي طرف ذي مصلحة في أن يستفيد من قانون أو معاهدات البلد الذي يلتمس فيه الاعتماد على قرار التحكيم، مما في ذلك البلد الذي يوفر فيه ذلك القانون أو توفر فيه تلك المعاهدات نظاما أكثر مؤاتة من الاتفاقية.

كما أنها تأخذ في اعتبارها الصكوك القانونية الدولية مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بصيغته المنقحة لاحقا خاصة فيما يتعلق بالمادة 7، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية.

وإذا تأخذ في اعتبارها أيضا سن تشريعات داخلية، وكذلك سوابق قضائية أكثر مؤاتة من الاتفاقية فيما يتعلق باشتراط الشكل الذي يحكم اتفاقات التحكيم وإجراءات التحكيم وإنفاذ قرارات التحكيم، وإذا ترى أنه ينبغي لدى تفسير الاتفاقية مراعاة الحاجة إلى تشجيع الاعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها⁽⁵⁾.

كما نجد كذلك أن قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في عام 2006 أنه قد أشار في المادة 35(1) إلى ضرورة الاعتراف بأي قرار تحكيم، وبصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه باعتباره ملزما وقابلا للإنفاذ، وهنا وعملا بأحكام المادة 35(2) والمادة 32، واستنادا إلى الاعتبار المذكور أعلاه والمتعلق بمحدودية أهمية مكان التحكيم في القضايا الدولية، وإلى الرغبة في التغلب على القيود الإقليمية لم تدرج المعاملة بالمثل كشرط للاعتراف والإنفاذ، هذا ولا يضع القانون النموذجي التفاصيل الإجرائية للقوانين والممارسات الإجرائية الوطنية، حيث يكفي القانون النموذجي بوضع شروط معينة للحصول على الإنفاذ بموجب المادة 35(2).

2- الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب الاعتراف:

ما هي المحكمة المختصة للنظر في الطلب بالاعتراف؟

لم تنص المادة (1051) من القانون (09/08) على المحكمة المختصة فيما يتعلق بالاعتراف، ولذا فإذا كان طلب الاعتراف فرعي أي أنه مرتبط بالطلب بالتنفيذ فإن الاعتراف يتم من طرف نفس المحكمة.

أما إذا كان طلب الاعتراف أصلي فيتم الاعتراف من طرف المحكمة التي ستنفذ القرار التحكيمي في دائرة اختصاصها.

وعلى هذا الأساس فتحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم⁽⁶⁾، فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص، أما إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر فرئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص.

وبالنسبة لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في 2006 فقد أشار في المادة 35(1) إلى أن طلب الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها يقدم إلى المحكمة المختصة، والتي تكون مرتبطة بمقر التحكيم.

ثانيا : تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

يعتبر التنفيذ في مجال التحكيم التجاري الدولي امتداد لدور القاضي إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، إذ أن أحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية التي تحوّلها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري، فهي لوحدها لا تعتبر سندات تنفيذية إلا بعد صدور أمر قضائي من الجهة المختصة أي الصيغة التنفيذية.

وعليه فإن إضفاء الصيغة التنفيذية يمثل في حد ذاته اعترافا من القضاء المختص بصلاحيته الحكم، وإمكانية تنفيذه جبرا بكافة الطرق المتاحة قانونا، ومن هنا ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة في الحكم لتنفيذه من دون التدخل في الموضوع، فالقاضي هنا لا يملك سلطة التحقق من عدالة الحكم المراد تنفيذه باعتباره أنه لا يعد هيئة استئنافية⁽⁷⁾، ولكن يملك سلطة التأكد من صحة إجراءاته وإمكانية تنفيذه دون أن يتعارض مع القانون الوطني أو يخالف النظام العام.

1- الرقابة السابقة على صدور القرار التحكيمي:

تنص بعض القواعد التحكيمية الدولية على قيام المحكمين في التحكيم المؤسساتي بإعداد مسودة، أو مشروع قرار يعرض على جهة معينة داخل محكمة التحكيم، وذلك لمراجعة القرار التحكيمي وإبداء الملاحظات التي تراها مناسبة، وبعد موافقتها عليها يصدر القرار التحكيمي من قبل المحكمين⁽⁸⁾، الأمر الذي يرجع إلى أن هذه القواعد قد عنيت بإخضاع حكم التحكيم قبل إصداره لرقابة سابقة تباشرها هيئة التحكيم الدائمة حيث يجوز لها إدخال أي تغييرات عليه تراها مناسبة من حيث الشكل، وتوجيه انتباه المحكم إلى بعض النقاط الموضوعية لضمان إمكان تنفيذ الحكم المنهي للخصومة التحكيمية، وتفادي الطعن فيه. وبهذا يمكن تفادي صدور قرارات تحكيمية غامضة أو مبهمّة أو معيبة بخلوها من الفصل في بعض الطلبات الموضوعية، مما قد يحتاج معه تفسير قرار التحكيم أو تصحيحه أو تكملته قبل إصداره.

وقد عالج كل من المادة (21) من نظام غرفة التجارة الدولية، والمادة (24ف4) من نظام الغرف التجارية العربية الأوروبية هذه الرقابة السابقة.

إلا أن بعض الفقه الحديث يرى أن هذه الرقابة السابقة على القرار التحكيمي تعتبر نوع من التدخل في عمل وسلطة المحكم في الفصل في النزاع، والذي يؤدي إلى التشكيك في صحة النظام التحكيمي وحقيقته.

فالإشكال الذي تطرحه هذه السلطة أنها تمثل تدخلا في السلطة التي يتمتع بها المحكم، والتي تحوّل له قول الحق والفصل في النزاع كقاضي من نوع خاص من جهة، ومن جهة أخرى هي تمس بنظام التحكيم برمته والمبادئ التي

يقوم عليها، والتي تؤدي في نهاية المطاف إلى انتقاء الكلمة من اللجوء إلى التحكيم ومدى فاعلية القرارات التحكيمية، وهنا يكمن العجز الذي يعتبر مرفوضا وقاتلا لنظام التحكيم.

غير أن الاتجاه المؤيد لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يرى أن الرقابة السابقة التي تقوم بها محكمة التحكيم طبقا لنص المادة (21) من هذا النظام تساهم في تحسين نوعية المنتج التحكيمي "القرار التحكيمي" قبل تقديمه إلى المستهلكين لدى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وذلك نظرا للتجربة الكبيرة التي يتمتع بها هذا الجهاز الدولي في مجال التحكيم وقدرته على تنبيه المحكمين إلى المسائل التي يمكن إغفالها⁽⁹⁾.

2- التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية.

الأصل أن تنفذ الأطراف الحكم التحكيمي عن طواعية، وبالرجوع إلى فترة ما قبل صدور المرسوم التشريعي الجزائري (09/93) كانت المؤسسات الوطنية الجزائرية تنفذ الأحكام التحكيمية التي كانت طرفا فيها عن طواعية من خلال تطبيق القانون الجزائري، وبالتالي لم تجد أي عقدة في تنفيذها. وعليه يمكن القول بأننا لم نستطع الحصول على أحكام تحكيمية فيها أطراف جزائرية لبيان كيفية التنفيذ في الجزائر، مما يجعلنا نقول بأن الأحكام في هذه الحالة الأخيرة كانت تنفذ إراديا⁽¹⁰⁾.

وقد تجسد التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية في الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1983 عندما نصت المادة (07/17) على أنه:

La sentence arbitral est défini five et en acceptant le recours à l'arbitrage, les " parties s'engagent à exécuter la sentence dent le délai fixé par le collège arbitral conformément aux dispositions du paragraphe 17/04 du présent règlement et à "renoncer à tout recours" (11).

CCI وفي العقود التي أبرمتها شركة سوناتراك مع الشركات الأجنبية كانت في معظمها ترجع إلى نظام

كما أدى ببعض الفقهاء إلى القول عن التنفيذ الطوعي على أنه:

des %0 En règle générale, la sentence est exécutée spontanément plus de 9 " sentences le sont de cette manière" (12)

أما المرسوم التشريعي الجزائري (09/93) فقد أكد على أن التنفيذ الطوعي هو الأصل، إذ تنص المادة (458) مكرر (2/16) على أنه: "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة (458 مكرر 2/17)، وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي".

أما بعد صدور قانون (09/08) الجديد نجد أن المادة (1051 ف2) منه تنص على أنه: "تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني". وعليه يستشف من فحوى هذه المادة أن

المشرع الجزائري قد تخلى عن فكرة التنفيذ الطوعي، واكتفى فقط بالتنفيذ الجبري الذي يفهم من عبارة "بأمر" التي تفيد الإلزام والجبر في التنفيذ سواء داخل الجزائر أو خارج الإقليم الوطني.

هذا ونجد كذلك أن مبدأ التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية قد تدعم في الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي انضمت إليها الجزائر، وكذا الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في بداية 1990⁽¹³⁾.

لكن قد يحصل أن لا يقوم من يقع عليه واجب التنفيذ بدوره فيتقاعس عن تنفيذ الحكم التحكيمي، ومن ثم يدفع الطرف ذي المصلحة إلى الاستعانة بالقضاء وذلك من أجل تنفيذ الحكم جبرا، فما هي شروط وإجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي عن طريق القضاء؟

3- التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي.

بعد انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958 تكون قد قبلت بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي موضحة الاتفاقية الفرق بين تنفيذ الحكم والاعتراف به، إذ الاعتراف هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية من أجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي يحوزه، ولإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها، أما التنفيذ فلا يقتصر في الاعتراف فقط بل يمتد إلى طلب الجهات المخول لها ذلك، وهنا يكون التنفيذ نتيجة للاعتراف، ولو أن كثيرا من القوانين من تستعمل المصطلحين معا.

وبصدد التنفيذ الجبري أكدت المادة (458 مكرر 2/16) من المرسوم التشريعي الجزائري (09/93) على أنه: "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 (الفقرة الثانية)..."

أما المادة (1051 ف2) من القانون (09/08) فتتضمن على أنه: "تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة..."

وعليه لنا أن نتساءل عن كيفية إخطار قاضي التنفيذ، وكذا الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حتى يأمر القاضي بتنفيذه؟

أ/كيفية إخطار قاضي التنفيذ.

إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا تختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في الخارج، وقد تعرضت المادة (458 مكرر 2/17) من المرسوم التشريعي الجزائري (09/93) لمسألة الجهة القضائية المختصة بذلك بقولها: " وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر من طرف رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية "

كما نجد كذلك المادة (1035 ف1) من القانون (09/08) قد أشارت إلى هذه النقطة بقولها: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها،

ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل..."، والمادة (1051 ف2) من نفس القانون التي جاءت كالآتي: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

وعليه نستنتج حالتين هما:

1/ - إذا صدر الحكم التحكيمي في الجزائر.

إذا كان مقر التحكيم في الجزائر، فإن طلب التنفيذ عن طريق القضاء من طرف المعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي تمت اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيها الحكم التحكيمي، وهو نفس الموقف لدى المشرع الفرنسي في المادة (1/1477) من ق.ا.م.ف⁽¹⁴⁾.

أما المشرع المصري فقد عهد هذا الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر، وهذا سواء جرى التحكيم في مصر أو في خارجها⁽¹⁵⁾.

2/ - إذا صدر الحكم التحكيمي خارج الجزائر.

إذا كان مقر التحكيم خارج الإقليم الوطني حسب المادة (1051 ف2) من ق.إ.م.وإ.د.ج الجديد، فإن اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ الجبري يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ، أما المشرع الفرنسي والمصري فلا يفرقان بين الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ سواء صدر الحكم في فرنسا أو مصر أو خارجهما، وإنما أخضعوا إجراءات التنفيذ لنفس الشروط والشكليات.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه الفرنسي والمصري فيما يخص الشروط الواجب توافرها لتنفيذ الحكم التحكيمي جبرا، فما هي هذه الشروط يا ترى؟

ب- الشروط الواجب توافرها من أجل التنفيذ.

حتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ في الجزائر أخضعه المشرع الجزائري لنفس الشروط مع اختلاف الجهة القضائية المختصة حسب الحالة.

وعليه نصت المادة (458 مكرر 1/17) من المرسوم التشريعي الجزائري (09/93) على أنه: "يتم الاعتراف في الجزائر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"، ومن جهة أخرى نجد كذلك نص المادة (1051) من قانون (09/08) التي جاءت بما يلي: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

واحد للاعتراف والتنفيذ، وهو « *Condition matérielle* » لقد وضعت كلا المادتين شرط مادي

إثبات وجود الحكم التحكيمي، ولكن كيف يتم التمسك بوجود الحكم؟

هنا أجابت المادة (**458 مكرر 18**) من المرسوم التشريعي الجزائري (**09/93**) بالنص على أنه: " يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق تتوفر فيها الشروط المطلوبة لإثبات صحتها"⁽¹⁶⁾، وأيضا المادة (**1052**) من القانون (**09/08**) بقولها: " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"

وعليه إذا لم يتمكن الطرف المعني من الحصول على الوثائق الأصلية فإنه يقدم النسخة المصادق عليها أو النسخ التي تمت ترجمتها إلى لغة بلد التنفيذ، وهذا بشرط أن تصدر عن مترجم رسمي حسبما أكدت عليه اتفاقية نيويورك، ورغم أن المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي (**09/93**) والقانون (**09/08**) لم يتطرق إلى مسألة اللغة العربية التي هي اللغة الرسمية والمعمول بها في الجهاز القضائي الجزائري، لذلك يتم ترجيح نص اتفاقية نيويورك وفق المادة **2/04**⁽¹⁷⁾ لكون هذا النص يعلو على نص المرسوم التشريعي (**09/93**) والقانون (**09/08**).

ووضعت كذلك كل من المادة (**458 مكرر 1/17**) من المرسوم التشريعي الجزائري، والمادة (**1051**) من القانون (**09/08**) شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، وهو يقع على عاتق الجهة القضائية التي تكون ملزمة بتفحص الحكم للتأكد من عدم خرقه للنظام العام الدولي، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط تنطبق على الاعتراف وفي نفس الوقت على التنفيذ، وكثيرا ما يتم دمج المفهومين في نفس الشروط، كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي، وكذا اتفاقية جنيف لسنة **1927** واتفاقية نيويورك لسنة **1958**.

يظهر من خلال الفقرة السابقة أن دور القاضي المختص يقتصر على فحص الحكم التحكيمي من عدم مخالفته للنظام العام الدولي، وهنا إما أن يقبل الاعتراف أو يرفض، ولا يمتد دور القاضي إلى مراجعة الحكم التحكيمي.

ومن هنا نقول بأن مسألة الشروط تحتوي على شرط مادي، وهو إثبات وجود الحكم التحكيمي من خلال تقديم المستندات اللازمة وفقا للمادة (**458 مكرر 18**) من المرسوم التشريعي (**09/93**) مع إيداعها لدى الجهة القضائية المختصة حسب الحالة، وهذا وفقا للإجراء المنصوص عليه في المادة (**458 مكرر 19**)

التي نصت على أن: " يودع الوثائق المذكورة في المادة **458 مكرر 18** لدى الجهة القضائية المختصة أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل، يتحمل النفقات المتعلقة بإيداع العرائض أطراف النزاع"، وكذلك المادة (**1035**) من القانون (**09/08**) بقولها: "...ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل.

يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم"، والمادة (**1053**) من نفس القانون بقولها: " تودع الوثائق المذكورة في المادة **1052** أعلاه بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد وضع إجراء آخر يتمثل في وضع الملف لدى الجهة القضائية المختصة مع تحمل المصاريف.

بتوفر هذه الشروط جميعها تصدر المحكمة المختصة أمر بالتنفيذ الذي هو إجراء يصدر من القاضي المختص، ويأمر بمقتضاه إعطاء القوة التنفيذية للحكم التحكيمي، وبالتالي يكون نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام⁽¹⁸⁾.

وفي الأنظمة القضائية المختلفة يمثل وجوب إصدار الأمر بالتنفيذ قبل تنفيذه أو الطعن فيه قاعدة خاصة بأحكام المحكمين غير معمول بها في القضاء العادي، ومن ثم يكون الأمر بالتنفيذ أداة للرقابة القضائية للحكم التحكيمي⁽¹⁹⁾.

أما عن الشكل الذي يأخذه الأمر بالتنفيذ فإما أن يكون في ذيل أصل الحكم التحكيمي أو في هامشه، حيث يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة منه موهورة بالصيغة التنفيذية، وبهذا نصت المادة (458 مكرر 20) من المرسوم (09/93) على أنه: " تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامشه، ويتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة منه موهورة بالصيغة التنفيذية"⁽²⁰⁾، كما قد يكون كذلك بموجب نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية لأصل الحكم يقوم بتسليمها رئيس أمناء الضبط حسب ما نصت عليه المادة (1036) من القانون (09/08) بقولها: " يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".

ج- الأسباب التي تحول دون تنفيذ الحكم التحكيمي.

لم يتطرق المرسوم التشريعي (09/93)، ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى أسباب رفض الأحكام التحكيمية، ولهذا نتعرض لهذه الأسباب وفقا لما جاء في اتفاقية نيويورك سنة 1958، إذ نصت المادة (05) منها على الأسباب التي تؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم التحكيمي أو الاعتراف به، وهي حالات يمكن أن نرجعها إلى الأسباب التالية:

ج/1- حالة انعدام أهلية أطراف التحكيم: فقد نصت المادة (1/5) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: "لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 02 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية...".

إذ يدخل في حالة الانعدام حالة وجود نقص أو انعدام الأهلية بناء على العوارض المقررة قانونا، وهذا ما وضحته المادة (1/36) من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في 2006 بقولها: "...بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده، إذا قدم هذا الطرف إلى المحكمة المختصة المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ دليلا يثبت: أن طرفا في اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (07) يفتقر إلى الأهلية...".

إذا توفر هذا السبب وجب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، وهذا بتقديم من له مصلحة في عدم التنفيذ ما يثبت أن أحد الأطراف كان عديم الأهلية أو تنقصه أو شابها عارض من العوارض المنصوص عليها في القانون المطبق عليها، وهو القانون الشخصي عادة⁽²¹⁾.

ج/2- الأسباب المتعلقة باتفاق التحكيم ذاته: يمكن رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا توفر في اتفاق التحكيم أحد الأسباب الآتية:

*عدم قابلية النزاع للتحكيم: حيث نصت المادة (1/5/أ) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في جزئها الأخير على أنه: "...أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، أو إن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار".

كما وقد أشارت كذلك المادة (2/5/أ) من نفس الاتفاقية إلى أن النزاع إذا كان مما لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم فيمكن رفض الاعتراف والتنفيذ.

*عدم صحة اتفاق التحكيم: كما يرفض الحكم التحكيمي إذا قدم الخصم الذي له مصلحة ما يثبت أن اتفاق التحكيم معيب وفقا لقانون الإرادة أو وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة.

*تجاوز هيئة التحكيم المهام المسندة إليها وفقا لاتفاق التحكيم: وهذا ما نصت عليه الفقرة ج من المادة (1/5) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بقولها: إن القرار يشمل خلافا غير ذلك المذكور في اتفاق التحكيم أو أنه لا يدخل في عداد توقعات البند التحكيمي أو ينطوي على قرارات تتجاوز حدود اتفاق التحكيم أو البند التحكيمي...". وبالتالي يجب على المحكم أن يلتزم بنطاق الخصومة المعروضة عليه، وإذا تجاوز ذلك رفض الحكم التحكيمي (22).

ج/3- الأسباب المتعلقة بإجراءات التحكيم: يمكن أن ترفض الأحكام التحكيمية إذا توفرت بعض الأسباب المتعلقة بإجراءات التحكيم، وحسب اتفاقية نيويورك يمكن أن نرجعها إلى سببين هما:

*وجود عيب في تشكيل الهيئة التحكيمية: إذا أثبت الخصم أن تشكيل الهيئة التحكيمية كان غير صحيح أي مخالفا لقانون الإرادة أو قانون مكان التحكيم.

*مخالفة الإجراءات: إذا ما خالفت الهيئة إجراءات التحكيم المتفق عليها في اتفاق التحكيم كان لمن له مصلحة رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، وقد نصت المادة (1/5/د) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على حالة خرق الإجراءات أو مخالفة طريقة تشكيل الهيئة وفق ما يلي: " أو أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف، أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم".

وهو نفس السبب الذي أخذ به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في 2006 في المادة (4/36/أ)، وهو أن يكون الحكم مخالفا لإجراءات التحكيم إذا لم تحترم المواعيد أو حقوق الدفاع والشكليات المتفق عليها وغيرها (23).

د/الأسباب التي تتعلق بالحكم التحكيمي.

حيث نصت المادة (1/05/ها) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: " إن القرار لم يكتسب صفة الإلزامية للأطراف، أو أنه ألغته أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو صدر حسب قانونه".

ونفس المعنى نجده في المادة (5/36) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بصيغته المعدلة في 2006، فإذا أثبت من له مصلحة أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو تم إلغاؤه أو إيقاف تنفيذه من طرف السلطات المختصة في البلد الذي صدر فيه، فيمكن رفض الاعتراف والتنفيذ⁽²⁴⁾.

هذا وإذا لاحظت الجهة القضائية المختصة أن الحكم يخالف النظام العام في البلد يمكنها أن ترفض إصدار الأمر بالتنفيذ.

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن هذه الأسباب معتمدة لدى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، وهذا وفقاً للمادة (05) التي أصبحت منذ 1988 جزءاً من النظام القانوني الجزائري، وهي نفسها المادة (36) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بصيغته المعدلة في 2006.

المحور الثاني: طرق الطعن في الحكم التحكيمي.

تنتهي مراحل التحكيم بصدور الحكم التحكيمي، وتبدأ بعد ذلك مرحلة ما بعد الحكم، وفيها يبرز موضوع بطلان الحكم التحكيمي، أو استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي، وقد أخضع المشرع الجزائري الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان لنفس الأسباب أو الحالات، أما المشرع المصري فقد أخضع بطلان الحكم التحكيمي إلى المادة (53)، هذا ونجد أن الاستئناف لم يرد أي نص بصدده حسب ما جاء في المادة (1/52) بقولها: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"⁽²⁵⁾.

وعليه سوف نتطرق إلى الطعن بالاستئناف كعنصر أولي، ثم الطعن بالبطلان كعنصر ثاني، ومادام المشرع الجزائري قد انفرد بطريق طعن آخر دون غيره من التشريعات كالتشريع المصري والفرنسي فسوف نتحدث عن الطعن بالنقض مع تبيان مدى توفيقه في ذلك.

أولاً: الطعن بالاستئناف في أوامر القضاء.

يوجه الاستئناف ضد الأمر الصادر من الجهة القضائية سواء تضمن الأمر الاعتراف والتنفيذ أو رفضهما، ولهذا فقد نصت المادة (458 مكرر 22) من المرسوم التشريعي (09/93) على أنه: " يكون القرار الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ قابلاً للاستئناف"، ومن جهة أخرى نصت المادة (458 مكرر 23) من نفس المرسوم التشريعي بأنه: " لا يجوز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية...". وعليه يمكن القول بأن المادة الأولى خاصة باستئناف الأمر الرفض للاعتراف والتنفيذ، أما المادة الثانية فهي خاصة بالأمر المؤيد للاعتراف والتنفيذ⁽²⁶⁾.

هذا ونجد أن القانون (09/08) قد أكد نفس ما تضمنته المادتين (458 مكرر 22 و 458 مكرر 23) من المرسوم التشريعي السابق، حيث نجد أن المادة (1055) من القانون (09/08) جاءت على النحو التالي: " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف"، وكذلك المادة (1056) من القانون (09/08) نصت بقولها: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية...".

لكن من جهة أخرى نجد أن المادة (458 مكرر 2/25) من المرسوم (09/93) قد نصت على أنه: " لا يكون الأمر الذي يسمح بتنفيذ هذا القرار التحكيمي قابلاً لأي طعن، غير أن الطعن بالبطلان يترتب عليه بقوة القانون، وفي

حدود تسلم المجلس الدعوى الطعن في الأمر الصادر من قاضي التنفيذ أو سحب الدعوى من هذا القاضي"، أما المادة (1058 ف02) من القانون (09/08) جاءت كالتالي: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تحلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه".

يفهم من كلتا المادتين أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بالجزائر لا يقبل أي طعن ماعدا الطعن بالبطلان، وبالتالي مادام لم يذكر مصطلح "الاعتراف" يمكن أن نفهم بأن أمر التنفيذ هو الذي لا يقبل الاستئناف، أما أمر الاعتراف بالحكم التحكيمي سواء الصادر في الجزائر أو خارجها يمكن أن يخضع للاستئناف، وكذلك الأمر بالتنفيذ الصادر في الجزائر هو الآخر يمكن أن يخضع للاستئناف، في حين أن الأمر بالتنفيذ الصادر في الجزائر لا يخضع للاستئناف، وإنما يخضع للبطلان فقط.

وقد يفهم أن المشرع أدمج المصطلحين (التنفيذ والاعتراف) في نفس المعنى أو أنه أغفل إدراج مصطلح الاعتراف سهواً⁽²⁷⁾.

1- حالات الطعن بالاستئناف.

نصت المادة (458 مكرر 23) من المرسوم التشريعي (09/93) على حالات قبول الطعن بالاستئناف في الأمر الخاص بالاعتراف أو التنفيذ أو عدمهما، وهي:

أ- إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها.

ب- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.

ج- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون.

د- إذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة إليها.

ه- إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة على المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب.

و- إذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف.

ز- إذا لم تسبب محكمة التحكيم أو لم تسبب بما فيه الكفاية أو إذا وجد تضارب في الأسباب.

ي- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي⁽²⁸⁾.

لكن بعد صدور القانون (09/08) نجد أن هذه الحالات قد تقلصت إلى ستة حالات فقط، وهذا ما نصت عليه المادة (1056) من هذا القانون بقولها: لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1/ إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2/ إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3/إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4/إذا لم يراع مبدأ الوجاهية⁽²⁹⁾.

5/إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6/إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

لقد حدد المشرع الجزائري أسباب الاستئناف على سبيل الحصر سواء من خلال المرسوم التشريعي (09/93) والقانون (09/08)، وفي تقديرنا كان بالإمكان إدماج المادة (1055) مع المادة (1056) بصدد الاستئناف، ثم إننا لا نجد مبررا في إخضاع الطعن بالاستئناف ضد الأوامر والطعن بالبطلان ضد الأحكام التحكيمية لنفس الحالات، مع العلم أن اختيار طريق الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي مباشرة أفضل وأجبع من الطعن بالاستئناف ضد الأمر الرفض أو المؤيد للاعتراف والتنفيذ، وأخيرا لا نجد مبررا كذلك في إخضاع حالات الطعن بالاستئناف ضد أمر صادر عن قاضي وطني، في حين أن الحالات المذكورة في المادة (1056) من القانون (09/08) تخص الحكم التحكيمي في حد ذاته، أو في إجراءات التحكيم، أو في الهيئة التحكيمية وغيرها من الحالات، ماعدا حالة مخالفة النظام العام الدولي فقط، لذلك يبقى الإشكال المطروح بصدد توحيد حالات الاستئناف ضد الأوامر مع حالات الطعن بالبطلان ضد الأحكام التحكيمية الصادرة سواء في الجزائر أو خارجها؟

2- المحكمة المختصة بنظر الاستئناف وميعاد رفعه.

أما عن الجهة القضائية المختصة بنظر الطعن بالاستئناف فقد نصت المادة (458 مكرر 24) من المرسوم التشريعي (09/93) على أنه: " يرفع الاستئناف المنصوص عليه في المادتين 458 مكرر 22 و 458 مكرر 23 أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع"، أما المادة (1059 ف1) من القانون (09/08) فقد نصت على أنه: " يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم".

فالقاضي المختص الذي ينظر في الاستئناف هو قاضي المجلس القضائي الذي ينتمي إليه القاضي الذي أصدر الأمر المؤيد أو المعارض للاعتراف والتنفيذ (أي المجلس القضائي الذي يمتد اختصاصه للمحكمة التي أصدرت الأمر).

أما في فرنسا فإن الاستئناف يرفع أمام محكمة الاستئناف التي يمتد اختصاصها إلى المحكمة التي أصدرت الأمر، أي التي نظرت في أمر التنفيذ أو الاعتراف، وهذا طبقا للمادة (1503) من ق.إ.م.ف.

وقد أحال المشرع الفرنسي إلى الطعن بالاستئناف وحده في حالة النص عليه بين الأطراف في الاتفاق، حيث ينظر قاضي محكمة الاستئناف كمفوض بالصلح إذا كانت هذه المهمة مخرولة للمحكمن وفقا لنص المادة (1483) من ق.إ.م.ف، مع العلم أن المشرع الفرنسي قد انفرد بهذا الموقف لنفسه، مما يجعل التحكيم التجاري الدولي أكثر فعالية.

أما ميعاد تقديم الطعن بالاستئناف فقد نصت عليه المادة (458 مكرر 24) من المرسوم التشريعي (09/93) بقولها: " يمكن تأسيسه خلال شهر ابتداء من تبليغ قرار القاضي"، وأما المادة (1059 ف1) من القانون (09/08)

فتنص على أنه: " لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ". هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أخذ بنفس الميعاد في المادة (2/1486) من ق.إ.م.ف.

وعند رفع الطعن بالاستئناف فإن من آثاره وقف تنفيذ الحكم التحكيمي أو الاعتراف به طبقا للمادة (458 مكرر) من المرسوم التشريعي (09/93) بقولها: "يوقف أجل تقديم الطعون المنصوص عليها في المواد 458 مكرر 22، و458 مكرر 23 و458 مكرر 25 تنفيذ الأحكام التحكيمية، وللطعن المقدم في الأجل أثر موقف كذلك"، وكذلك المادة (1060) من القانون (09/08) بقولها: "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم".

أما المشرع الفرنسي فقد تناول هذه المسألة هو الآخر من خلال المادة (3/1486) من ق.إ.م.ف.

ثانيا: الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي.

يوجه هذا الطعن ضد الحكم التحكيمي مباشرة، حيث يجد أساسه في المادة (458 مكرر 25) من المرسوم التشريعي (09/93) بقولها: " يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 أعلاه"، وأيضا المادة (1058 ف1) من القانون (09/08) بقولها: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

إن هذه النصوص تجد مصدرها في المادة (1504) من ق.إ.م.ف، وكذا المادة (1/5ها) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

وبالرجوع إلى المرسوم التشريعي (09/93)، وكذا القانون (09/08) نجد أن المشرع الجزائري قد أحال بصدد الحالات التي يستند إليها لرفع دعوى البطلان إلى نفس الحالات التي يستند إليها لرفع الاستئناف، وهذا ما نستنتجه من الإحالة إلى المادة (458 مكرر 23) من المرسوم التشريعي (09/93)، والإحالة إلى المادة (1056) من القانون (09/08)، حيث عدد المشرع الجزائري الحالات على سبيل الحصر.

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي أحال من المادة (1504) إلى المادة (1502) من ق.إ.م.ف، أما المشرع المصري فقد جعل الطعن بالبطلان كطريق وحيد، ولذلك عدد الحالات التي تتشابه في معظمها مع الحالات المنصوص عليها في المرسوم التشريعي أو في القانون الفرنسي الجديد.

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة (458 مكرر 1/25) من المرسوم التشريعي (09/93)، والمادة (1058 ف1) من القانون (09/08) أن الطعن بالبطلان يخص فقط الأحكام التحكيمية في مجال التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الجزائر هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (458 مكرر 25) تقضي بأن الطعن بالبطلان يرتب بقوة القانون الطعن في الأمر الصادر بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي أو سحب الدعوى من قاضي التنفيذ.

ويذهب جانب من الفقهاء⁽³⁰⁾ بصدد علاقة الطعن بالبطلان بالطعن بالاستئناف إلى القول بأنه: "مادام الطعن بالبطلان يكون ضد الحكم التحكيمي مباشرة والطعن بالاستئناف يكون ضد القرار الصادر بقبول أو رفض

الاعتراف والتنفيذ، ومادام أن أسباب الطعن موجودة في كلا الطريقتين، فإن نص المادة (458 مكرر 2/25) التي تقضي بأنه: "لا يكون الأمر الذي يسمح بتنفيذ هذا القرار التحكيمي قابلاً لأي طعن، فهذا يعني بعبارة أخرى أن اللجوء إلى طريق الطعن بالبطلان يعطل كل احتمال اللجوء إلى الطعن بالاستئناف، وهذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة 458 مكرر 23".

أما القانون (09/08) فنجد من خلاله أن الطعن بالبطلان (المادة 1058 ف2) يرتب بقوة القانون الطعن في الأمر الصادر بشأن التنفيذ أو تخلي المحكمة عن دورها فيما يخص الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه.

وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يوحد حالات الطعن بالاستئناف وحالات الطعن بالبطلان فقط، بل وحد كذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن، وكذا المحكمة المختصة والمواعيد.

وبالتالي فإن المحكمة المختصة بالنظر في الطعن بالبطلان حسب المادة (458 مكرر 26) من المرسوم التشريعي (09/93)، والمادة (1059 ف1) من القانون (09/08) هي إما المجلس القضائي الذي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصه أو المجلس الذي يمتد اختصاصه إلى المحكمة التي أصدرت أمر الاعتراف والتنفيذ أو عدمهما (المادة 458 مكرر 24 من المرسوم 09/93).

وفي الأخير نستطيع الجزم بأن المشرع الجزائري قد قام بتوحيد طرق الطعن من حيث الاختصاص القضائي بنظر الطعن، وهي مأخوذة من المواد (1486 و1505) من القانون الفرنسي.

أما من حيث المواعيد المقررة لذلك، فقد نصت المادة (458 مكرر 2/26) من المرسوم التشريعي (09/93) على قبول هذا الطعن ابتداء من النطق بالقرار التحكيمي على أن يكون في خلال شهر من تبليغه، وأن يكون من المصرح بقباليته للتنفيذ.

أما المادة (1059) من القانون (09/08) فقد نصت على أنه: "...ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ"، وقد أخذ المشرع الفرنسي بنفس المواعيد في المادتين (2/1505) و(2/1486) من ق.إ.م.ف.

وفي أنظمة التحكيم الدولية اختلفت مواعيد رفع دعوى البطلان فتأخذ اتفاقية واشنطن الخاصة بنظام

بمدة 120 يوم لرفع دعوى البطلان ابتداء من يوم النطق بالحكم التحكيمي إلا إذا كان طلب (CIRDI)

البطلان قائماً على عدم الصلاحية، ففي هذه الحالة يجب تقديم الطلب خلال 120 يوماً من تاريخ اكتشاف عدم الصلاحية أو خلال ثلاث سنوات التي تلي صدور الحكم (المادة 2/52)، أما القانون النموذجي فينص على الطعن بالبطلان في ميعاد لا يتجاوز ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الحكم التحكيمي، أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة (33) أو وفقاً للمادة (3/34)، كما تأخذ اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي بمدة 60 يوماً من تاريخ استلام الحكم التحكيمي طبقاً للمادة (2/34).

وبالنسبة لآثار الطعن بالبطلان فقد نصت المادة (458 مكرر 27) من المرسوم التشريعي (09/93) على أنه: "يوقف أجل تقديم الطعون المنصوص عليها في المواد 458 مكرر 22، 458 مكرر 23 و458 مكرر 25 تنفيذ الأحكام التحكيمية، وللطعن المقدم في الأجل أثر موقف كذلك"، كما نجد كذلك المادة (1060) من القانون (09/08) التي نصت على أنه: "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم".

من خلال هذه النصوص القانونية نستنتج الآثار التالية للبطلان:

1/ لا تنفذ الأحكام التحكيمية إلا بعد انقضاء المدة المحددة للطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي أو الطعن بالاستئناف ضد أمر التنفيذ أو أمر رفض التنفيذ، وبانقضاء هذه المهلة دون تحريك الطعن يصبح الحكم التحكيمي حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

2/ إذا رفع الطعن بالاستئناف ورفض يصبح كذلك الحكم التحكيمي حائزا للقوة التنفيذية إن لم يكن موضوع أمر التنفيذ سابقا، وإذا كان الحكم التحكيمي حائزا أمرا بالتنفيذ فرفض الاستئناف، فإنه يؤدي إلى نهاية الحكم التحكيمي.

3/ عند رفع دعوى البطلان فإن هذا الطعن يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي إلى حين صدور قرار المجلس لتأييد الطعن أو رفضه.

ثالثا: الطعن بالنقض في الحكم التحكيمي.

تكون القرارات الصادرة بالاستئناف والطعن بالبطلان قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا الجزائرية، وهو ما ذهبت إليه المادة (1061) من القانون (09/08) بقولها: "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد (1058، 1056، 1055) أعلاه قابلة للطعن بالنقض"، ومن هنا يمكننا التساؤل حول أي وجه من الوجوه يمكن أن تؤسس الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، فهل يكون ذلك وفق الأوجه المنصوص عليها في المادة (1061)، أو على أساس الأوجه الواردة في المادة (358)؟

فرغم سكوت المشرع عن الإجابة عن هذا السؤال، إلا أنه يمكننا أن نستنتج أن الأوجه التي جاءت بها المادة (358) هي التي سيؤخذ بها مادام أن الطعن بالنقض موجه لقرارات قضائية صادرة عن مجالس مختصة داخل الجزائر.

يتعلق الطعن بالنقض بالأحكام الصادرة بمناسبة الطعنين السابقين، أي ضد الحكم الصادر من الجهات القضائية الصادرة بمناسبة الطعن بالاستئناف أو البطلان، وتكون المحكمة العليا الجزائرية هي صاحبة الاختصاص بالنظر في هذا الطعن بموجب المادة (1061) من القانون (09/08)، وهذا بعد توفر حالات وأسباب الطعن في القرار التحكيمي.

1- حالات الطعن التي تتعلق باتفاق التحكيم.

أما الحالات التي تبرر طلب البطلان أو الاستئناف فتتجسد أولا في تمسك الهيئة التحكيمية خطأ باختصاصها، وثانيا هو وجود اتفاقية تحكيم أو بطلانها أو انقضاء مدتها.

وتعتبر حالتان متداخلتان، حيث أن تحقق الأولى يتوقف على تحقق الثانية، فبالنسبة للسبب الأول فيجب على هيئة التحكيم النظر في الدفع المتعلق بمدى صحة اختصاصها بالفصل في النزاع المعروض أمامها من عدمه قبل أي دفع بخصوص هذا الأخير، ويتم ذلك بموجب قرار أولي إلا إذا كان الدفع مرتبطا بالموضوع - النزاع - فحينها يفصل في الدفع ضمن القرار النهائي بهذا الشأن، ويرى البعض أن هذه القاعدة ترمي إلى منح أقصى فعالية إلى هذا النوع من فض المنازعات، وهذا بإعطائها حرية كاملة للمحكم من أجل النظر في صلاحية محتوى ومدى اتفاقية التحكيم التي على أساسها سيفصل في النزاع، وبناء عليه يتحدد مدى خطأ الهيئة التحكيمية في التمسك باختصاصها بحالة اتفاقية التحكيم⁽³¹⁾.

2- حالات الطعن التي تتعلق بإجراءات التحكيم.

أ/ حالة عدم صحة الهيئة التحكيمية.

فيما يخص هذه الحالة، وهي حالة ما إذا كان تشكيل محكم التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، وهو الأمر الذي تداركه المشرع الجزائري في القانون رقم (09/08) في المادة (1056) منه.

ب/ عدم احترام حقوق الدفاع وحضور الأطراف.

ومما هو جدير بالتنويه إليه، فإنه على الرغم من كون هذا السبب هو من أكثر الأسباب انتشارا إلا أنه لا ينتج أثره برفض تنفيذ القرار التحكيمي أو إبطاله إلا نادرا.

الخاتمة :

عرف النظام القانوني الجزائري مرحلتين متباينتين من التحكيم التجاري الدولي، ففي المرحلة الأولى التي تميزت بالعداء والإنكار لهذا النظام تبريرا بأولوية السيادة، حيث لم يتخذ المشرع الجزائري موقفا واضحا ولا محمدا في شأن أولوية القانون والقضاء الوطنيين على حساب التحكيم، إذ نظريا وتشريعا خاصة من خلال المادة (3/442) من ق.إ.م الجزائري القديم يظهر رفض التحكيم التجاري الدولي لكن تطبيقي وواقعا أظهرت الجزائر موقفا آخر، وهذا من خلال لجوء الجزائر إلى التحكيم التجاري الدولي خاصة الاتفاقي في العديد من المناسبات بدليل احتلالها المرتبة الثالثة بين الدول العربية في رجوعها إلى هذه الوسيلة بعد كل من مصر والعربية السعودية، وهذا تناقض واضح بين النصوص القانونية من جهة والخطابات السياسية والواقع التطبيقي (العقود والاتفاقات) من جهة أخرى، كما أن تنفيذ الأحكام كان عن طواعية دون حاجة إلى إجراءات التنفيذ الجبري للأحكام التحكيمية.

وما شكك في أثر الموقف العدواني تجاه التحكيم هو نظام التحكيم المبرم بين فرنسا والجزائر بتاريخ 1983/03/27 الذي اعتبرناه نظاما فريدا من نوعه في الجزائر، وشكل منعرجا حاسما لمواقف الجزائر السابقة له، مما جعلنا نستنتج تذبذب النظام القانوني الجزائري في تلك المرحلة في موقفه من التحكيم التجاري الدولي.

أما المرحلة الجديدة التي تميزت بالإصلاحات الاقتصادية العميقة، فيمكن أن نقول بأن المشرع الجزائري تخلص من العقدة التي كانت تضايقه تجاه التحكيم التجاري الدولي الذي أصبح نظاما مفضلا عالميا لتسوية النزاعات، إذ زادت مصداقيته وتأكدت ثقة المستثمرين وأصحاب الأموال فيه أكثر، في حين تقلصت ثقتهم تجاه القضاء الوطني للدول حتى بالنسبة للدول التي تتميز بقضاء قوي ومتطور.

وعليه فإن اتجاه الجزائر ومصر وفرنسا نحو التحكيم التجاري الدولي أملت الضرورة العالمية المتميزة بعمولة شاملة للآليات الاقتصادية حتى أدوات ووسائل تسوية النزاعات.

ولقد كان الانضمام إلى اتفاقية نيويورك سنة 1988، وإصدار المرسوم التشريعي (09/93)، وكذا القانون (09/08) وإبرام اتفاقيات ثنائية خاصة بتشجيع الاستثمارات، والانضمام إلى اتفاقيات متعددة الأطراف يمثل المرأة الجديدة للنظام القانوني الجزائري الجديد الذي أعطى الأولوية للتحكيم التجاري الدولي على حساب القضاء والقانون الوطنيين.

الإحالات والمراجع :

- (1) - أنظر: محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص:246.
- (2) - أنظر: المادة (458 مكرر17) من القانون رقم (157/66) المتعلق بقانون الإجراءات المدنية القديم.
- (3) - أنظر: عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، طبعة ثانية مزينة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص:558.
- (4) - أنظر: ناصر ناجي محمد عجمان، شرط التحكيم في العقود التجارية (دراسة مقارنة)، المكتب الجامع الحديث، الأردن، 2008، ص:196 ومايليها.
- (5) - أنظر: عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص:33.
- (6) - أنظر: عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات"الصلح،الوساطة والتحكيم")،الجزائر، 16/15 جوان 2008، ص:ص:23،24.
- (7) - أنظر: حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات التجارية، ورقة عمل مقدمة لندوة محامو المستقبل المنعقدة، الأردن، تشرين أول/ سنة 1998، ص:115.
- (8) - أنظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2006، ص:13.
- (9) - أنظر: خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 2002، ص:ص:81، 82.
- (10) - إن التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية التي كانت المؤسسات الجزائرية طرفا فيها كشركة سوناطراك مثلا يناقض بحق الخطاب السياسي والإيديولوجي الذي كان سائدا آنذاك والمبني على مبدأ رفض التحكيم التجاري الدولي.
- (11)- voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, P : 126.
- (12)- voir : CHRISTIAN GALVADA-CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC : L'arbitrage, édition Dalloz paris, 1993, p, p : 84,85.

(13)- فبالنسبة للاتفاقيات المتعددة الأطراف نجد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 وفقا للمادة 1/53، أما الاتفاقيات الثنائية فنجد الاتفاقية الجزائرية مع الولايات المتحدة الأمريكية في المادة 2/06 والاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد البلجيكي الكسمبورغي في المادة 5/09، والاتفاقية الجزائرية-الاطالية في المادة) وبالتالي تطبيق المادة 1/53 أو CIRDI (6/، والاتفاقية الجزائرية-الفرنسية التي تحيل إما إلى نظام 9

وبالتالي تطبيق المادة 2/32 من النظام، ونفس الإحالة بالنسبة للاتفاقية الجزائرية- (CNUDCI)النظام

الرومانية، والاتفاقية الجزائرية-الاسبانية وفقا للمادة 4/11، والاتفاقية الجزائرية-الأردنية التي تحيل إما والاتفاقية الجزائرية-القطرية التي تحيل(CNUDCI)أو لمحكمة خاصة وفقا لنظام (CIRDI) إلى نظام

(، والاتفاقية الجزائرية-المالية التي CNUDCI أو إلى محكمة خاصة وفقا لنظام (CIRDI) إلى نظام

، أما الاتفاقية الجزائرية-السورية فتحيل إلى(CNUDI) أو نظام (CIRDI)تحيل إما إلى نظام

نظام التحكيم لتسوية النزاعات الذي وضعته الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول على (CCI)العربية، حيث أعطت القوة التنفيذية للأحكام وهذا وفقا للمادة 34، كما أكد نظام التحكيم

التنفيذ الطوعي في المادة 2/24.

(14)- voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, OP-Cit, P : 128.

(15)- نصت المادة 1/1477 من ق.إ.م.ف على أنه:

« La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue, l'exequatur est ordonnée par le juge de l'exécution du tribunal »

(16)- voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, OP-Cit, P : 129.

(17)- تنص المادة 2/24 من اتفاقية نيويورك على أنه: "إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محرران بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته، ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصل".

(18)- أنظر: عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، 1995، ص- ص: 267-281.

(19)- أنظر: أمال أحمد الفزائزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي، الايطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص- ص: 106-109.

(20) - أنظر: الطيب زروتي، تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1998، ص:152، ص:151.

(21) - وقد تطرق المشرع المصري في التعديل الأخير في سنة 1997 إلى مسألة مدى أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم بعدما تضاربت الاجتهادات لدى القضاء المصري، وهذه عندما نكون بصدد عقود إدارية، حيث نصت المادة 2/1 على أنه: " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

(22) - أنظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص:287.

(23) - أنظر: منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص، ص: 278، 279.

(24) - أنظر: منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص - ص:285-287.

(25) - فيكون المشرع المصري قد غلق الباب أمام الخصوم للطعن بالطرق المنصوص عليها قانونا سواء الطرق العادية أو غير العادية ماعدا الطعن بالبطلان، وبالتالي يكون المشرع المصري قد أخذ بموقف القانون النموذجي لسنة 1985 بشأن طرق الطعن، ولأن هذا الأخير قرر طريقة وحيدة للطعن، وهي البطلان وفق المادة 34.

(26) - وقد أخذ المشرع الجزائري المادة 458 مكرر22 من القانون الفرنسي في المادة 1501 من ق.إ.م.ف، أما المادة 458 مكرر23 من ق.إ.م.ج القديم فمأخوذة من نص المادة 1502 من جهة، والمادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أخذ عن المشرع الفرنسي بصدد تقريره للطعن بالاستئناف ضد الأوامر، والطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، أما المشرع المصري فلم يأخذ إلا بالبطلان فقط.

(27) - يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن المرسوم التشريعي 09/93 نص على ثلاثة طرق للطعن الأولى تتعلق بالأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر أو في الخارج، وهذا وفقا لنص المادة 458 مكرر22، والطعن الثاني خاص بالأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، وهذا وفقا لنص المادة 458 مكرر23، أما طريق الطعن الثالث فيخص الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر فقط، وهذا وفقا لنص المادة 458 مكرر25.

(28)- voir : CHRISTIAN GALVADA-CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, OP-Cit, P : 90à99.

(29) - يراد بالوجاهية اتخاذ كافة الإجراءات في مواجهة الخصوم بطريق يمكنهم من العلم بها سواء عن طريق إجراءاتها في حضورهم كإبداء الطلبات والدفع وإجراء التحقيقات، أو عن طريق إعلانهم بها أو تمكينهم من الاطلاع عليها ومناقشتها. والهدف من هذا المبدأ ضمان تطبيق حق الدفاع للخصوم عبر الإحاطة بكل الإجراءات وتمكينهم من الرد عليها.

والوجاهية إلزام يقع على الخصوم والقاضي على حد سواء فأطراف الخصومة يباشرون دعواهم بما يكفل عدم الجهالة لدى الطرف الآخر، كما يقع على القاضي تمكين الأطراف بما يدعيه كل واحد منهم.

(30) - أنظر: مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص:178.

(31) - أنظر: إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2010، ص:198.

المجتمع المدني في الجزائر بين النصوص القانونية والممارسة العملية



حساني خالد: أستاذ القانون الدولي

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة :

يعد المجتمع المدني أحد الأشكال الحديثة لتنظيم المجتمعات بما يحقق التعاون بين الأفراد والشعوب في مختلف المجالات الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية بهدف حماية حقوق الإنسان الأساسية بما يضمن أعلى درجة من المساواة فيما بين الأفراد، معتمدا في ذلك على وسائل مستقلة تماما عن تدخل الحكومة وسيطرتها، وذلك على أساس من الاحترام المتبادل والموازنة بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة للمجتمع ككل (1).

كما يعتبر المجتمع المدني مجموعة من التنظيمات والهيئات التطوعية التي تنشأ بمقتضى الإرادة الحرة لأعضائها بقصد حماية مصالحهم والدفاع عنها، مثل الأحزاب السياسية والتنظيمات الثقافية، والاتحادات المهنية، والجمعيات الأهلية والمنظمات غير الحكومية (2).

وقد ظهرت الحاجة إلى تأسيس منظمات وتجمعات للدفاع عن حقوق الإنسان منذ عصر النهضة في مواجهة الحكام المستبدين بما يحقق التوازن بين الحرية والنظام، هذه المنظمات التي اتخذت صورة كيانات مستقلة عن الدولة، مما مكنها من الحد من اعتداء السلطة على حقوق وحرية الأفراد (3).

¹ - سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 10.

² - ناجي عبد النور، دور منظمات المجتمع المدني في تحقيق الحكم الرشيد في الجزائر -دراسة حالة الأحزاب السياسية-، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، العدد الثالث، فيفري 2008، ص 113.

³ - ليلي بن حمودة، المجتمع المدني والحكم الرشيد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2011/01، ص 68.

هذه التطورات كلها التي حدثت على الصعيد الدولي ساهمت في تغيير التركيبة القانونية والسياسية في الجزائر، وتجسد ذلك من خلال أحداث الخامس من أكتوبر 1988 التي شكلت مسيرة هامة في تاريخ الجزائر ونقطة تحول بارزة نحو تكريس مبدأ الديمقراطية، وما تمخض عن ذلك من إصدار دستور 1989 بداية، والذي أقر لأول مرة مبدأ التعددية السياسية، ثم تلاه دستور 1996 وما صاحبه من تحولات على مختلف الأصعدة، وأخيرا التعديل الدستوري لعام 2008، هذه التعديلات الدستورية كلها ساهمت في إيجاد مقومات المجتمع المدني في الجزائر الذي تسعى هذه الورقة إلى دراسة واقعه وآفاقه.

أولا/ الأحزاب السياسية في الجزائر كتجسيد للمجتمع المدني :

يمكن تقسيم مراحل نشأة الأحزاب السياسية كبداية لتكريس فكرة المجتمع المدني في الجزائر إلى مرحلتين أساسيتين، مرحلة ما قبل دستور 1989، ومرحلة ما بعد هذا الدستور وهو ما نبرزه تباعا.

1/ الأحزاب السياسية في الجزائر قبل 1989:

لا يمكن الحديث عن المجتمع المدني في الجزائر دون الرجوع إلى عهد الحزب الواحد (1962-1989)، حيث قامت السلطات الجزائرية بعد الاستقلال مباشرة بمنع تشكيل أحزاب سياسية معارضة وفق ما تؤكد المادة 23 من دستور 1963، وكذلك المرسوم الصادر في 14 أوت 1963 الذي نص على أنه "ممنوع على كامل التراب الوطني أي تشكيل أو تجمع ذو طابع سياسي"، ومن ثم بقي حزب جبهة التحرير الوطني وحيدا على الساحة السياسية، لكن ذلك لم يمنع من ظهور أحزاب سياسية أخرى مارست عملها سرا، والتي كان من أهم مطالبها وضع حد للأحادية الحزبية وانتخاب برلمان مع تمكين الشعب الجزائري من تقرير أموره بكل سيادة، ومن أهم الأحزاب السياسية التي عرفتها الجزائر قبل الإعلان عن دستور 1989 والتي استمرت في العمل نذكر (1):

جبهة القوى الاشتراكية (FFS): تأسس هذا الحزب على يد حسين أيت أحمد في 29 سبتمبر 1963، وهو حزب علماني لكنه ديمقراطي وغير لاغ للأخر، تتضمن مبادئه الحضارية المرجعية العربية- الإسلامية (لغة ودينا) ولم يقصرها فقط على الأمازيغية.

الحزب الاجتماعي الديمقراطي: تأسس هذا الحزب في 26 جانفي 1966 وهو حزب انبثق عن الحزب الشيوعي الجزائري، وقد أكد الصادق هجراس رئيس الحزب السابق أن حزبه بقي يعمل في السر وبموافقة ضمنية بنشاطاته داخل أجهزة الدولة ومنظماتها الجماهيرية.

الحركة من أجل الديمقراطية في الجزائر: بعد تولي الرئيس الشاذلي بن جديد لمقاليد السلطة، تم الإفراج عن أحمد بن بلة سنة 1980، ليقوم في ماي 1984 بإنشاء حزب معارض في فرنسا، يتمثل في الحركة من أجل الديمقراطية في الجزائر، وقد كانت هذه الحركة تنشط سرا في الثمانينات، ثم تمت محاكمة أنصار أحمد بن بلة في 25 ديسمبر 1985 بتهمة حيازة أسلحة وتهديد أمن الدولة (2).

¹ - رباح لعروسي، دراسة حول آفاق المجتمع المدني في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 2008/1، ص 104.

² - ياسين ربوح، الأحزاب السياسية في الجزائر (التطور والتنظيم)، منشورات دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 60.

الحركات الإسلامية: تعتبر هذه الحركات امتدادا للحركة الإصلاحية التي ظهرت قبل الاستقلال بقيادة جمعية العلماء الجزائريين، والتي لم يسمح لها غداة الاستقلال باستئناف نشاطها الطبيعي، بدعوة أن مهمتها تداخلت مع مهمة الدولة، غير أن العمل الإسلامي استمر بصورة فردية على يد بعض الرموز الدينية والفكرية مثل البشير الإبراهيمي، مالك بن نبي، عبد اللطيف سلطاني، أحمد سحنون... الخ. بينما نشطت المعارضة الإسلامية الجماعية سرا، وقد ذاع صيت بعض الجماعات الإسلامية في الجزائر في بداية السبعينات مثل جماعة الموحدين - حماس لاحقا- التي تأسست في عام 1963 بقيادة المرحوم محفوظ نحناح، وجماعة الدعوة والتبليغ منذ 1966، والإخوان المحلين - النهضة حاليا- منذ عام 1974 بقيادة عبد الله جاب الله، وجماعة الجزائر أو التيار الحلي برئاسة بوخلجة محمد التيجاني، والسلفية التي تركز نشاطها في الجامعات والمساجد.

وقد كانت من أهم مطالب هذه الحركات في السبعينات رفض الاشتراكية والشيوعية والحكم الفردي، رفض العفونة السياسية والتشريعية والقضائية، بينما تركزت مطالبها في بداية الثمانينات بتطهير أجهزة الدولة من العناصر العميلة والمعادية للدين وإزالة الفساد في البلاد، حرية القضاء، إقامة العدل بإقامة شرع الله، تحقيق الأمن على النفس، الدين، المال والعرض وحرية التعبير (1).

2/ الأحزاب السياسية في الجزائر بعد 1989:

لقد مثلت أحداث أكتوبر 1989 منعرجا حاسما ومحركا أساسيا للتخلي عن النهج الاشتراكي والدخول في عهد التعددية الحزبية وذلك بصدور دستور 23 فيفري 1989 الذي فتح المجال أمام مختلف الأطراف للمشاركة في الحياة السياسية للجزائر من خلال نص المادة 40 من الدستور (2).

هذا وقد جسد المشرع الجزائري مضمون المادة 40 من الدستور بإصداره للقانون رقم 11/89 المؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، حيث تسارع المواطنين إلى تقديم طلبات إنشاء أحزاب إلى وزارة الداخلية التي اعتمدت في أقل من سنة أكثر من 60 حزبا تضم مختلف التوجهات السياسية والإيديولوجية (3).

غير أن ما يمكن التأكيد عليه هو أن حق إنشاء الأحزاب السياسية يعد حقا من حقوق الإنسان الأساسية بل ضمانا لحمايته، ومن ثم تم النص عليه بداية في المادة 40 من دستور 1989 وأعيد تأكيده في المادة 42 من دستور 28 نوفمبر 1996، لكن مع تغيير مصطلح الجمعيات ذات الطابع السياسي بمصطلح الأحزاب السياسية، حيث تم تنظيم هذا الحق أولا بموجب القانون رقم 11/89 المؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي (4)،

¹ - رابح لعروسي، مرجع سابق، ص 108 - 109.

² - نص المادة 40 من دستور 1989 على أنه "حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به ولا يمكن التدرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقلال البلاد وسيادة الشعب".

³ - رابح لعروسي، مرجع سابق، ص 112.

⁴ - القانون رقم 89 / 11 المؤرخ في 05 جويلية 1989 يتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، الجريدة الرسمية رقم 27 الصادرة بتاريخ 05 جويلية 1989.

والذي تم تغييره بموجب القانون رقم 09/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية (1).

هذا ونشير إلى أن الطابع الاستعجالي للتعديلات الدستورية المدرجة على دستور 1996 بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 3 أبريل 2008 والمتضمن تعديل الدستور (2)، فرضتها ضرورة تمكين الشعب من اختيار حكامه من دون قيود أو شروط وإعادة تنظيم السلطة التنفيذية من الداخل بإزالة الغموض الذي كان يكتنفها عن طريق استبدال منصب رئيس الحكومة بالوزير الأول، زيادة على ترقية الحقوق المدنية والسياسية للمرأة (3).

وقد كان من نتائج التعديل الدستوري لعام 2008، تعديل قانون الانتخابات حيث صدر القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق ل 12 يناير 2012، والمتعلق بالأحزاب السياسية (4)، الذي نص في مادته الثانية على أن حق إنشاء الأحزاب السياسية هو معترف به ويضمنه الدستور، بينما عرفت المادة الثالثة الحزب السياسي بأنه "تجمع مواطنين يتقاسمون نقص الأفكار ويجمعون لغرض مشروع سياسي مشترك حيز التنفيذ للوصول بوسائل ديمقراطية وسلمية الى ممارسة السلطة والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية" (5)، ونتيجة لذلك تم اعتماد حزب جديد شاركت في الانتخابات التشريعية التي أجريت في 10 ماي 2010.

ثانيا/ الحركة الجمعوية في الجزائر :

تمثل الحركة الجمعوية أيضا أحد ركائز المجتمع المدني وممارسة الديمقراطية في الجزائر، وذلك بالنظر إلى الدور الذي تلعبه في مختلف المجالات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، و أثر ذلك على توعية الشعب وإشراكه في المسار الديمقراطي.

1/ السند القانوني للحركة الجمعوية في الجزائر:

لقد لعبت الجمعيات الوطنية قبل دستور 1989 أدوارا مختلفة بسبب الأوضاع السياسية التي مرت بها الجزائر، فخلال فترة الاحتلال لعبت الجمعيات دورا كبيرا في بعث الوعي الوطني والنضالي حيث شملت نشاطاتها المجال الخيري والفني والرياضي، كما كانت مجالا للمقاومة الوطنية ومن بينها الكشافة الإسلامية التي كانت وسيلة من وسائل الكفاح المسلح (6).

¹ - الأمر 09/07 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية رقم 12، الصادرة بتاريخ 06 مارس 1997.

² - الجريدة الرسمية رقم 63 الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

³ - عمار عباس، قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2008، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2009/01، ص ص 7-29.

⁴ - أنظر الجريدة الرسمية رقم 2 الصادرة في 15 يناير 2012.

⁵ - أنظر المواد 2 و 3 من القانون رقم 04 /12.

⁶ - ونشير أيضا إلى الاتحاد العام للعمال الجزائريين الذي تأسس عام 1950، وواصل مشواره كمنظمة مستقلة عن النقابة الفرنسية تحت راية جبهة التحرير الوطني إلى غاية

غير أنه بعد الاستقلال -وفي ظل أحادية الحزب وانتهاج النظام الاشتراكي- أصبحت الجمعيات تعمل تحت توجيه الحزب الواحد لتحقيق أهدافه وبناء الاشتراكية والدفاع عنها، وهو ما كرسه الميثاق الوطني لعام 1976 (1).

وتجسيدا لذلك صدر القانون 15/87 الصادر في 21 جويلية 1987 المتضمن لإنشاء الجمعيات، ليليه بعد ذلك دستور 1989 الذي اعترف بحق إنشاء الجمعيات مهما كانت طبيعتها (المواد 31 و 39 من الدستور).

زيادة على صدور القانون 31/90 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات، حيث فتح المجال لإنشاء الجمعيات بمختلف أشكالها من أجل ترقية النشاطات ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي (2)، ثم جاء القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 والمتعلق بالجمعيات ليضع نظاما قانونيا متكاملا لإنشاء الجمعيات في الجزائر (3).

2/ أهمية الحركة الجمعوية في الجزائر:

إن تعريف الجمعية بموجب المادة الثانية من القانون 31/90 المتعلق بتأسيس الجمعيات، والمادة الثانية من القانون 12/06 المتعلق بالجمعيات بأنها تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة. ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مبرح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لاسيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني.

وقد اشترط المشرع الجزائري في الجمعيات تحديد موضوعها بدقة، مع ضرورة أن يعبر اسمها عن العلاقة بهذا الموضوع، إضافة إلى ذلك فقد اشترط المشرع أيضا ضرورة أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام وأن لا يكون مخالفا للقيم والثوابت الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها (4).

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان عدد الجمعيات لم يبلغ مع نهاية سنة 1986 إلا حوالي 12.000 جمعية، فإن هذا العدد تجاوز 40.000 جمعية في سنة 1992، وفي الفترة نفسها، وفيما يخص الجمعيات ذات الطابع الوطني فإن العدد ارتفع على التوالي من 60 إلى 500 جمعية، أي بنسبة ارتفاع بلغت أكثر من 83 %.

وبعدما كانت الحركة الجمعوية محصورة منذ عدة سنوات في قطاعات النشاطات الاجتماعية والثقافية والرياضية والدينية وأولياء التلاميذ، فإنها انتشرت لتشمل مجال نشاطات أكثر اتساعا وصارت تضم جميع ميادين الحياة الوطنية وأصبحت شريكا ثابتا وأكيدا في مجال مخاطبة الإدارة وإجراء الحوار الاجتماعي.

¹ - تم إقرار الميثاق الوطني سنة 1986 حيث جاء فيه أن "تنمية البلاد الشاملة التي تعتمد على مجهودات القوى الأساسية للثورة والفتات الاجتماعية الأخرى تفرض على

الحزب الاهتمام بالتنظيمات العلمية والثقافية والمهنية من خلال الإشراف والتوجيه والرقابة بغية تعبئة عدد أكبر من أفراد هذه الفئات وتنظيمها".

² - رابح لعروسي، مرجع سابق، ص 12.

³ - أنظر القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير 2012، الجريدة الرسمية رقم 02، الصادرة في 15 يناير 2012.

⁴ - أنظر الفقرات 3 و 4 من القانون رقم 06/12.

وتشير الإحصائيات التي أقيمت مطلع 2009 إلى أن الحركة الجمعوية في الجزائر تحصي تقريبا 1500 جمعية ذات طابع وطني، وحوالي 80.000 جمعية ذات طابع محلي، ويمكن أن تقدم المقارنة لمحة عن مدى أهمية الحركة الجمعوية في الجزائر (1).

ويمكن الإشارة أيضا إلى أهم جمعيات المجتمع المدني والتي لها أهمية كبيرة في تجسيد المسار الديمقراطي وحماية الحقوق والحريات (2):

النقابات المهنية: ومن أهم النقابات المؤثرة في الجزائر نجد نقابات الصحفيين والأطباء والمهندسين واتحادات رجال الأعمال.

المنظمات النسوية: حيث تضم أكثر من 30 منظمة نسائية تدافع عن حقوق المرأة، وتقاوم العنف الموجه ضدها مثل الاتحاد الوطني للنساء الجزائريات.

جمعيات حقوق الإنسان: ومن بينها الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان التي أسسها الخامي علي يحي عبد النور، الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان والتي برز نشاطها في خلال أحداث أكتوبر 1988، والمرصد الوطني لحقوق الإنسان سابقا أو اللجنة الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحماتها حاليا.

ثالثا/ المجتمع المدني في الجزائر بين النص والممارسة :

أدرج المشرع الجزائري فصلا خاصا بالحقوق والحريات الأساسية للمواطن في دستور 28 نوفمبر 1996 هو الفصل الرابع (المواد من 29 إلى 59)، حيث تضمنت المادة 33 منه الحق في الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان، كما أن الحقوق والحريات الفردية والجماعية مضمونة، وتتضح هذه الحقوق أكثر في نص المادة 41 التي تنص على أن حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة (3).

غير أن الدستور الجزائري أدرج مادة خاصة للتمييز بين الحزب والجمعية، وهي المادة 42 المتعلقة بحق إنشاء الأحزاب السياسية المعترف به، لكن لا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقلال البلاد وسيادة الشعب.

ويكمن الفرق بين الحزب والجمعية في أن النضال الجمعوي يسعى إلى أن تكون أفكاره في السلطة، في حين يسعى النضال الحزبي إلى ممارسة السلطة، ولكنهما مكملين لبعضهما البعض حيث يشكلان فضاء يتيح للمواطنين التعبير عن انشغالاتهم (4).

¹ - حالة حقوق الإنسان في الجزائر، التقرير السنوي 2009، اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحماتها، ص 34.

² - عبد الرحمان برفوق و صونيا العيادي، المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الجزائر، مجلة الفكر، جامعة بسكرة، العدد الثالث، فيفري 2008، ص 96-97.

³ - أنظر المواد 33 و 41 من دستور 1996.

⁴ - رزاق بارة، النضال الحزبي والنضال الجمعوي، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 15، فيفري 2007، ص 197.

إضافة إلى ذلك فإن الدستور الجزائري ترك مهمة تحديد شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات للقانون طبقا لما تنص عليه المادة 43 (1)، وهذا ما يمكن أن يجعل من القانون وسيلة لتقييد ممارسة الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن والأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع، هذا الواقع لخصه تقرير التنمية الإنسانية العربية لعام 2004، وهو يتحدث عن الكثير من الحريات التي تمنحها الدساتير العربية وتكبلها التشريعات التنظيمية المتعددة.

حيث أشار التقرير إلى أن الدساتير العربية تحيل إلى التشريع العادي مسألة تنظيم الحقوق والحريات، غير أن التشريع العادي غالبا ما يتجه نحو تقييد الحق، بل مصادرته أحيانا تحت ستار تنظيمه. وبهذا يفقد نص الدستور رغم قصوره أحيانا كثيرا من جدواه ليتحول إلى مجرد واجهة دستورية تفتخر بها الدولة أمام المجتمع الدولي على الرغم من كونها لافتة فارغة من أي مضمون حقيقي (2).

رابعاً العقبات التي تواجه المجتمع المدني في الجزائر :

توجد العديد من المشاكل والعقبات القانونية التي يواجهها المجتمع المدني في الجزائر نلخصها في مسألتين الاستقلالية المالية والشفافية في التسيير.

1/ مسألة الاستقلالية المالية :

إن الارتفاع المتزايد لجمعيات المجتمع المدني في الجزائر في الحقيقة مرده أساسا عدة عوامل أهمها التسهيلات الإجرائية التي جاء بها القانون رقم 31/90 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 والذي كرّس مبدأ التصريح بالتأسيس بدلا من الاعتماد الذي يخضع لشروط أكثر تعقيدا والذي كان معتمدا به في قانون 1987، وهذا ما يجسد رغبة السلطات العمومية في رفع العراقيل الموجودة في النصوص التشريعية السابقة والتي كانت تسيير المجتمع المدني منذ الاستقلال، وذلك للسماح لهذا الأخير بالتعبير الكامل عن انشغالاته وطموحاته عن طريق منحه الدور الحقيقي كعنصر فعال في الحياة الوطنية (3).

لكن ما ورد في المواد 17 و 18 من القانون 31/90 من ضرورة إعلام الجمعيات للسلطات العمومية المختصة المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون بكل التعديلات التي تدخل على قانونها الأساسي وجميع التغييرات التي تطرأ على هيئاتها القيادية خلال 30 يوما الموالية للقرارات التي تتخذ في هذا الشأن، زيادة على تقديم كل المعلومات المتعلقة بعدد المنخرطين فيها، وكذا مصادر أموالها ووضعها المالي بصفة منتظمة إلى السلطة العمومية المختصة وفقا للكيفيات التي يحددها التنظيم (4).

¹ - أنظر نص المادة 43 من الدستور.

² - عبد الناصر حاجي، العلاقات بين البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر: واقع وأفاق، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 15، فيفري 2007، ص 141.

³ - نبيل مصطفاي، الحركة الجمعوية في الجزائر -الواقع والإطار القانوني-، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 15، فيفري 2007، ص 165.

⁴ - أنظر المواد 17 و 18 من القانون 31/90.

إن هذه النصوص تجعل الجمعيات تحت رقابة وزارة الداخلية مباشرة، فقد بينت تجربة الكثير من الجمعيات الوطنية، وحتى المحلية، أنها عمليا، أمام إعادة اعتراف بها كل مرة تقوم فيها بإجراء انتخابات قيادة جديدة خاصة فيما يتعلق بأعضاء المكتب الوطني للجمعية، رئيسها وأمينها العام والمكلف بالمالية على وجه التحديد، وباعتبار الرئيس هو الممثل القانوني للجمعية، ويملك مع أمين المالية حق تسيير مالية الجمعية، فإن أي تغيير لهما يعني عمليا إعادة تسجيل جديد للجمعية أمام مصالح وزارة الداخلية، التي قد تستغل هذه الفرصة للضغط على الجمعية وعدم منحها تأشيرات المطابقة، مما يعني أن كل تغيير نظام الجمعية وطلب الحصول على تأشيرة المطابقة معناه تعطيل فعلي لعمل الجمعية قد يدوم عدة أشهر، زيادة على صعوبات التأسيس والتسيير فإن الإدارة تبقى محتفظة بحقها في طلب حل الجمعيات بواسطة قرار قضائي حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 32 و 35 من القانون 31/90 (1).

وفي السياق ذاته، فإن إلزام الجمعيات بتقديم كل المعلومات المتعلقة بعدد منخرطيها وكذا مصادر تمويلها ووضعها المالي إلى السلطات العمومية بصفة دورية ومنتظمة يشكل أحد العراقيل التي تواجه مهام الجمعية العمومية، لاسيما أن القانون حدد مصادر تمويلها في اشتراكات الأعضاء، العائدات المرتبطة بنشاطاتها، الهبات والوصايا والإعانات المعتمدة التي تقدمها الدولة والجماعات المحلية، وقد ألزم القانون 31/90 الجمعيات بتقديم كل المعلومات للإدارة من أجل ضمان رقابة ومتابعة استعمال الإعانات، وذلك في إطار تطبيق نص المرسوم التنفيذي رقم 351/01 المؤرخ في 10 نوفمبر 2001 المتضمن كفايات الرقابة على استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات، وهذا حتى تتمكن الإدارة من تقييم مدى ملائمة الإعانة مع الهدف المتوخى من ورائه، وكذا مدى قدرة الجمعية على تحقيق وتنفيذ هذا الهدف (2)، وهذا في الحقيقة يمكن أن يشكل حاجزا أمام ممارسة الجمعية لوظائفها بكل نزاهة واستقلالية.

2/ مسألة الشفافية والمصادقية :

إن القاعدة الأساسية التي تقوم عليها الديمقراطية المعاصرة تقتضي أن تكون منظمات المجتمع المدني محل محاسبة دائمة، وهي قاعدة تسري على كل من يمارس عملا يعني الشأن العام، وحتى تتمكن الحركة الجمعوية من أداء وظيفتها ينبغي عليها أن تتجاوز الممارسات التي تشتكي منها كالتسيير غير الديمقراطي لهاكلها وسوء استعمال السلطة (3).

هذا ونشير إلى أن الجمعيات الجزائرية عادة ما تعرف الكثير من المشاكل بين قياداتها تظهر خصوصا عند تغيير قيادات وتنظيم الجمعيات العامة الانتخابية، مما يؤدي إلى تدخل الإدارة أحيانا، وشلل بعض الجمعيات أو إنهائها في أحيان أخرى (4).

¹ - عبد الناصر جاي، مرجع سابق، ص 143.

² - نبيل مصطفى، مرجع سابق، ص 168.

³ - رزاق بارة، مرجع سابق، ص 196.

⁴ - عبد الناصر جاي، مرجع سابق، ص 144.

من خلال ما سبق التطرق إليه يمكن أن ننتهي إلى نتيجة هامة تكمن في أنه بالرغم من الشوط الكبير الذي قطعتة التجربة الدستورية الجزائرية في مجال المجتمع المدني، إلا أنه ثمة العديد من الثغرات والنقائص التي ينبغي على المشرع الجزائري أن يلتفت إليها في التعديلات المرتقبة لمختلف النصوص التي تنظم وتحكم المجتمع المدني، لجعلها فيمالي: ضرورة تنظيم العلاقة بين المجتمع المدني والدولة، بما يضمن استقلالية منظمات المجتمع المدني والحد من سيطرة الدولة على مختلف نشاطاتها.

ضرورة تدعيم ركائز المجتمع المدني لتحقيق مسار ديمقراطي شامل عن طريق إشراك منظمات المجتمع المدني في صنع القرار، بل في إعداد النصوص القانونية لاسيما أن التشريع الجزائري جاء خاليا من هذه المسألة إذا ما استثنينا المادة 43 من القانون الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، التي تنص على أنه يمكن للجان الدائمة، في إطار ممارسة أشغالها، أن تدعو أشخاصا مختصين وذوي خبرة للاستعانة بهم في أداء مهامها.

قائمة المراجع المعتمدة في إعداد البحث :

- سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- ناجي عبد النور، دور منظمات المجتمع المدني في تحقيق الحكم الرشيد في الجزائر -دراسة حالة الأحزاب السياسية-، مجلة الفكر، جامعة بسكرة، العدد الثالث، فيفري 2008، ص ص 105-118.
- ليلي بن حمودة، المجتمع المدني والحكم الرشيد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01/2011، ص ص 67-97.
- رابح لعروسي، دراسة حول آفاق المجتمع المدني في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 1/2008، ص ص 101-137.
- ياسين ربوح، الأحزاب السياسية في الجزائر (التطور والتنظيم)، منشورات دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- عمار عباس، قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2008، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01/2009، ص ص 7-29.
- حالة حقوق الإنسان في الجزائر، التقرير السنوي 2009، اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها.
- عبد الرحمان برقوق و صونيا العيادي، المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الجزائر، مجلة الفكر، جامعة بسكرة، العدد الثالث، فيفري 2008، ص ص 95-108.
- رزاق بارة، النضال الحزبي والنضال الجمعي، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 15، فيفري 2007، ص ص 192-197.
- عبد الناصر جابي، العلاقات بين البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر: واقع وأفاق، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 15، فيفري 2007، ص ص 136-161.
- نبيل مصطفاي، الحركة الجمعوية في الجزائر -الواقع والإطار القانوني-، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 15، فيفري 2007، ص ص 162-169.

رهانات التحول الديمقراطي في الجزائر



الأستاذ بوطيب بن ناصر عضو هيئة التدريس
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة

ملخص الدراسة:

تعاني الجزائر أزمة التحول الديمقراطي التي تعود أسبابها لعوامل مختلفة قد يكون النظام السياسي في بعض الأحيان سببا فيها، كما أن التشكيلات المختلفة للأحزاب و الجمعيات و الدور المنوط بوسائل الاعلام و جميع هذه الاسباب مجتمعة تعد رهانات التحول الديمقراطي في التجربة الجزائرية.

Le résumé :

L'Algérie souffre d'une crise de transition démocratique dont les causes sont dues à plusieurs facteurs, parmi lesquels le système politique qui peut, dans certains cas, en être l'origine.

Il est à noter que les différentes formations relatives aux partis et aux associations de même que le rôle assigné aux médias, tous ces facteurs réunis, constituent les enjeux de la transition démocratique dans l'expérience algérienne.

الكلمات المفتاحية :

الديمقراطية - التعددية الحزبية - التحول الديمقراطي - المجتمع المدني - الأحزاب السياسية.

Les mots clés :

La démocratie - le multipartisme – la transition démocratique - la société civile – les partis politiques.

تمهيد:

شهدت الجزائر بعد الحصول على الاستقلال نوعا من الانغلاق السياسي اين سيطر فيه الحزب الواحد على جميع مظاهر الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في البلاد مما افضى الى حالة من الانسداد والانغلاق ادت في الاخير الى حركات احتجاجية عارمة في ثمانينيات القرن انتهت الى تحقيق الانفتاح السياسي وتبني النهج الديمقراطي وذلك ما جاء به دستور 1989 وعمل على تكريسه دستور 1996، إلا ان المسار الديمقراطي في الجزائر لا تزال تواجهه رهانات متعددة تحول دون تحقيق التحول الديمقراطي المنشود و لعل أهم الرهانات التي حالت دون هذا الانتقال هو ما ستجيب عليه المحاور التالية:

أولا: هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في رسم السياسة العامة للدولة.

ثانيا: أزمة الديمقراطية داخل الأحزاب السياسية في الجزائر أثرها على التحول الديمقراطي.

ثالثا: المجتمع المدني و التحول الديمقراطي.

رابعا: وسائل الاعلام و التحول الديمقراطي.

خامسا: الجزائر ورشة الاصلاحات الدستورية.

أولا: هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في رسم السياسة العامة للدولة :

يجمع الفقه الدستوري الجزائري الحديث، على حقائق أصبحت ثابتة و مستقرة في النظام السياسي الجزائري، ألا وهو تزايد دور السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، و الفرق بينهما في رسم السياسة العامة للدولة.

فبالعودة الى أحكام دستور سنة 1996 و تحديدا أحكام المادة 129 منه نجد أنها أعطت لرئيس الجمهورية الحق في حل البرلمان، و اجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، كما أن القراءة المتأنية لهذا الدستور، توحى لنا بان رئيس الجمهورية له مطلق الحرية في تعيين رئيس الحكومة، و أنه غير مقيد بالأغلبية البرلمانية، و خير دليل على ذلك ان البرلمان الحالي حازت فيه جبهة التحرير الوطني الأغلبية البرلمانية، و مع ذلك نجد أن رئيس الحكومة معين من الحزب الذي يحتل المرتبة الثانية في البرلمان، و هنا تثار التساؤلات حول جدوى الأغلبية البرلمانية في النظام السياسي الجزائري. وهذا يتعارض مع أهم المبادئ الديمقراطية السائدة في جميع الأنظمة السياسية سواء كانت برلمانية أو رئاسية.

فالتعارف عليه أن الفائز في الانتخابات البرلمانية هو من له الحق في تولي و رئاسة الحكومة، حتى تتم الموازنة بين صلاحيات رئيس الجمهورية الذي يستند في شرعيته الى الانتخاب المباشر من قبل الشعب، و صلاحيات رئيس الحكومة الذي يعين من طرف الحزب الحائز على الأغلبية البرلمانية. هذا الأساس الذي وجدت من أجله الثنائية

المؤسساتية داخل السلطة التنفيذية، و أي تعيين لرئيس الحكومة من قبل رئيس الجمهورية يعد تكريسا لتقوية نفوذ السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، و مساسا بفكرة ثنائية السلطة التنفيذية، و هذا يرجح هيمنة السلطة التنفيذية على جميع مظاهر الحياة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، فتعيين رئيس الحكومة (الوزير الأول) من قبل رئيس الجمهورية يؤكد السيطرة و الهيمنة المطلقة على المجال التشريعي.¹

و جملة هذه الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، تعكس سلبا دور السلطة التشريعية في احداث التحول الديمقراطي، لان دور البرلمان في النظم الديمقراطية يتضح من خلال الدور الفعال الذي ينحصر في مهمتين أساسيتين للبرلمان و هي سن التشريعات و ممارسة الرقابة على العمل الحكومي، و هاتين الوظيفتين تكرسان الدور الفعال الذي يلعبه البرلمان في رسم السياسة العامة للدولة.

و بالعودة الى البرلمان الجزائري في المجال التشريعي، نجد أن البرلمان قد تراجع دوره في هذا المجال، حيث أصبح التشريع بأوامر رئاسية منافسا حقيقيا للدور الأصيل للسلطة التشريعية، حيث نلاحظ أن قانون الأسرة 02-05 و قانون الجنسية و التعديلات المختلفة لقانون الصفقات العمومية، مجملها تم تعديلها بموجب مراسيم و اكتفت السلطة التشريعية بالمصادقة على هذه التعديلات.

أما في المجال الرقابي، أين تمارس الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة و بالرغم من التنصيب الدستوري على آليات مختلفة لممارسة الرقابة القبلية أو البعدية على أعمال و نشاط الحكومة، سواء بمناقشة البرامج أو طرح الأسئلة و الاستجابات أو طرح الثقة أو طرح مواضيع عامة للنقاش. و رغم كثرة و تعدد الوسائل إلا أن الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة لا تؤدي دورها و لا تحقق الأغراض المنشودة منها.

سنحاول فيما يلي شرح و مناقشة خطة العمل و بيان السياسة العامة كأمثلة عليها. فبالعودة الى احكام المادة 80 من دستور 1996 نجد أن المشرع الدستوري قد اعطى لأعضاء البرلمان الحق في مناقشة خطة عمل الحكومة، و بمقتضى نص هذه المادة تجدد رئيس الحكومة نفسه مجبرا على تقديم برنامج حكومته أمام أعضاء البرلمان بغية الموافقة عليه، و يجب أن تتم مناقشة البرنامج في جميع جوانبه السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية، و تكون خلال 45 يوما التي تلي تنصيب الحكومة. و بعد الموافقة من قبل البرلمان على برنامج الحكومة، مكنها أيضا من الحق في مناقشة بيان السياسة العامة للحكومة فبعد اعتماد الخطة والشروع في تنفيذها تجدد الحكومة نفسها مجبرة على تقديم بيان السياسة العامة الذي توضح من خلاله ما توصلت اليه أثناء تنفيذ خطة العمل، و أهم الصعوبات التي واجهتها أثناء التنفيذ. و قد فصلت المادة 84 في فقرتها الأولى و الثانية من دستور 1996 هذه الآلية.

و بالرغم من التنصيب القانوني على هذه الآليات نجد الممارسة الفعلية لهذه الآليات تنبئنا بأمر مخالف، فمناقشة برنامج الحكومة من قبل أعضاء البرلمان تكاد تكون محدودة جدا خاصة مع ظهور العلاقات الزبونية داخل الغرف البرلمانية، حيث أصبحت الأحزاب السياسية تتسابق لمجارات السلطة، و أصبحت مناقشة برنامج عمل الحكومة تعد بمثابة وسيلة لمخاطبة الرأي العام، و تحول بذلك البرلمان الى منبر للخطاب السياسي،² و في الواقع لم تشهد الجزائر أي

¹: أونيسي ليندة: النظام الحزبي وأثره في تركيز السلطات لصالح السلطة التنفيذية، مجلة الفكر البرلماني، عدد 27، 2011، ص 28.

²: طارق عاشور: تطور علاقة البرلمان بالحكومة في النظام السياسي الجزائري 1997-2007، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و علوم السياسية باتنة-الجوائز، 2009، ص 89.

حكومة قدمت استقالتها لعدم مصادقة البرلمان على برنامجها، لأن فيتو رئيس الجمهورية يهددهم محل البرلمان و اجراء انتخابات مبكرة و هذا ما ينعكس سلبا على دور البرلمان في المجال الرقابي.

أما بخصوص آلية بيان السياسة العامة للحكومة غير ملتزمة بها. و هناك محدودية كبيرة في استخدامها حيث قدمت الحكومة منذ 1997 الى 2007 مرتين بيانها للسياسة العامة، مرة في دورة خريف 1998 في عهد حكومة أحمد أويحي، و كذا سنة 2003 في دورة الخريف في عهد علي بن فليس.

و هذا كله في الاخير ينعكس سلبا على دور السلطة التشريعية في رسم السياسة العامة للدولة، و يقلل من دور البرلمان في أو السلطة التشريعية في تحقيق التحول الديمقراطي المطلوب.

ثانيا : أزمة الديمقراطية داخل الأحزاب السياسية في الجزائر أثرها على التحول الديمقراطي :

لعل من أهم المبادئ التي تقوم عليها النظم الديمقراطية هي فكرة التعددية الحزبية. أين يحق للأفراد تكوين الأحزاب السياسية و توسيع نطاقها، و اتاحة الفرصة للمعارضة و الرأي الآخر¹ و التعددية الحزبية ليست مجرد وجود للأحزاب السياسية دون أن يكون لها الدور الفعال في تكريس التحول الديمقراطي. فالعمل الحزبي يفقد معناه اذا لم تكن الأحزاب تتعامل مع العملية الديمقراطية تعاملًا جادا و حيويًا، ولا قيمة لوجود هذه الأحزاب ما لم تكن مبنية على أسس ديمقراطية داخلية.²

فالتتبع للحراك الحزبي الجزائري يتضح له جليا أن أغلب الأحزاب في الجزائر و ان كانت تنادي في شعاراتها بتبني نظام ديمقراطي إلا انها في الواقع هي ذاتها ليست مبنية على أسس ديمقراطية، فعندنا أحزاب تم تأسيسها سنة 1963 لا يزال أمينها العام هو نفسه منذ ذلك الحين (كما هو الحال في جبهة القوى الاشتراكية)، كما أن أغلب الأحزاب الجزائرية مبنية على النمط القيادي الكاريزمي حيث تتخذ هذه الأحزاب أساليب مميزة لإضفاء صفة الشرعية، و تتم عملية تولي القيادة على أساس الشيخوخة العمرية و السياسية.³

و يتضح جليا في بعض الأحزاب الجزائرية الحديثة كحركة مجتمع السلم و حركة النهضة، -سابقا- و حركة الإصلاح، هذه الاحزاب في مجملها و منذ تأسيسها قد ارتبطت بقائد كاريزمي واحد، حتى أصبح الحزب يعرف باسم ذلك القائد.

و هذا ما يجعل هذه الاحزاب في حال وفاة هذا الزعيم تعاني الأزمات و تقض مضجعها الحركات التأسيسية، و قد عانت حركة مجتمع السلم من هذه المشكلة و اشتد الخلاف بعد وفاة زعيمهم محفوظ نحاح بين تيار أبوجرة السلطاني و أتباع عبد الحميد مناصر، و اشتد الخلاف بينهما الى درجة المساس بالقاعدة الحزبية التي كان يمتلكها هذا الحزب، و تراجعت مصداقيته لدى المناضلين و الشعب و السلطة على حد سواء هذا من جهة، و من جهة اخرى نجد طائفة

¹ : مرزود حسين: مستقبل التعددية الحزبية و التداول على السلطة في الجزائر، مجلة الدراسات الاستراتيجية، العدد 14، الجزائر، ص 15.

² : بوحنية قوي: أزمة الحراك الحزبي الداخلي في الأحزاب الجزائرية قراءة نقدية، المجلة العربية للعلوم السياسية، عدد 33، خريف 2010، ص 49.

³ : بن عمير جمال الدين: اشكالية تطبيق الديمقراطية داخل الاحزاب الجزائرية خلال التجربة التعددية المعاصرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، الجزائر، 2005، ص 151-154.

ثانية من الاحزاب السياسية الجزائرية يطغى عليها النمط القيادي الأوليغارشي حيث تقود السلطة هذه الأحزاب الى جملة أو قسم من المواطنين أو لطبقة اجتماعية و ليس الفرد. فبخلاف النمط الكاريزمي، تكون القيادة في يد طائفة من الرؤساء المغلقين على أنفسهم و تكون السلطة الفعلية بأيديهم، و لهذه الجماعة سلطة مطلقة في تعيين الأعضاء و قبول ملفات الأشخاص. و يتمتع هؤلاء القادة بشهرة و سمعة كبيرة.¹ و لعل جبهة التحرير الوطني و التجمع الوطني الديمقراطي و التحالف الوطني الجمهوري خير أمثلة على ذلك.²

حزب جبهة التحرير الوطني لم يخضع الى قائد كاريزمي واحد، خاصة بعد تبني النظام التعددي فنلاحظ أن هذا الحزب و خاصة على مستوى السلطة الفعلية به أشخاص يتمتعون بنفوذ كبير و واسع داخل الحزب. وقد استطاعت بعض هذه الشخصيات قيادة الانقلاب على عبد الحميد مهري و الحركة التصحيحية ضد علي بن فليس.

و الخلاصة التي نصل اليها أن اغلب الأحزاب السياسية في الجزائر لا تقوم على أسس ديمقراطية، ولا تعرف فكرة التداول على منصب الامانة العامة إلا بعد وفاة الزعيم الروحي، و ظهور حركات تصحيحية في ظل قانون الأحزاب 97-07.

و بعد صدور قانون الاحزاب الجديد 12-06، و فتح الباب أمام تشكيل الأحزاب الجديدة حيث تم اعتماد 140 حزبا أو ما يزيد حتى اليوم إلا أننا نلاحظ أن بعض الممارسات التي لا تمت بصلة للعملية الديمقراطية لا تزال تلازم الاحزاب السياسية في الجزائر، فأغلب هذه الأحزاب مبنية على أسس و ممارسات عصبوية تنجب لنا في الأخير تنظيمات أسرية جوفاء، حيث أصبحت تصدر القوائم في الانتخابات التي تم اجراءها يوم 10 ماي الماضي، مبنية على صلة القرابة و الانتماء الى نفس العائلة، و هذا مؤشر جديد لنوع جديد من الفساد في الممارسة السياسية للأحزاب، و اعتماد هذا النوع من الاساليب في ضبط القوائم الحزبية في الحقيقة يتنافى و الممارسة الديمقراطية داخل الأحزاب.³

هذا بالإضافة الى ظاهرة الترحال السياسي التي أصبحت تعد سمة ملازمة للعملية الانتخابية في الجزائر، حيث أن هذه الظاهرة لم تنحصر فقط في القاعدة أو في مناصلي الأحزاب، بل تعدتها الى القادة و زعماء الاحزاب، حيث أصبحنا نشهد أن بعض الشخصيات في كل مناسبة انتخابية تصدر قائمة حزبية جديدة، و هذا يمس بالممارسة الديمقراطية في الجزائر.

و لعل هذا التشخيص الذي وضع للأحزاب السياسية في الجزائر، ينطبق على باقي الدول العربية و هو ما أدى الى عدم تمكين و قدرة هذه الاحزاب على احداث التحولات الديمقراطية. ولا تزال هذه الأحزاب تنشط و تمارس السياسة تحت مبرر المرحلة الانتقالية و لم تستطع الانتقال الى مرحلة الاعتراف القانوني الى سلطة العمل السياسي و الفعل الحزبي.⁴

¹ : بن عمير جمال الدين: المرجع السالف الذكر، ص 161.

² : بن عمير جمال الدين: المرجع السالف الذكر، ص 164.

³ : بوحنية قوي: ممارسات عصبوية أنجبت تنظيمات أسرية جوفاء، حوار في جريدة الخبر عدد 6678، يوم 07 أبريل 2007، ص 2.

⁴ : بوحنية قوي: أزمة الحراك الحزبي الداخلي في الأحزاب الجزائرية قراءة نقدية، ص 48.

و هذا ما جعل الشارع في الدول العربية بعد الحراك الذي شهدته تونس و باقي الدول العربية بدرجات مختلفة تتجاوز الأحزاب المعروفة، فلم يستطع أي فصيل حزبي أن يبني هذه الثورات، وقد استطاعت هذه الأخيرة اسقاط أنظمة جثمت على سدة الحكم لسنوات عديدة أي أن الشارع استطاع تحقيق قفزات نوعية في تحول المسار الديمقراطي، عجزت الأحزاب عن تحقيقه لسنوات طويلة رغم استخدام وسائل مختلفة للضغط على النظام السياسي لكن هذه الأحزاب فشلت في ذلك و بدى عجزها في تحقيق التحول الديمقراطي و هذا لأنها مؤسسة على ركائز غير ديمقراطية. هذا ما جعل هذه الأحزاب تفقد مصداقيتها لدى الشارع العربي، و أدى ذلك الى أزمة مشاركة في العملية الانتخابية بصفة خاصة و العملية السياسية برمتها. و أصبحت ظاهرة العزوف السياسي تطرح اشكالية كبيرة جدا لدى الانظمة السياسية خاصة في الدول العربية، ففي الجزائر مثلا قد بلغت نسبة المشاركة في الانتخابات التشريعية 2007 35,65% فمن مجموع 18 مليون و 760 ألف و 400 ناخب لم يصوت سوى 6 مليون و 687 الف و 838 ناخب، و اثناء الفرز تم الغاء 961 ألف و 751 ورقة انتخابية و بالتالي بلغ عدد الاصوات المعبر عنها 5 ملايين و 326 الف و 87 صوت أي حوالي 12 مليون مواطن قاطعوا الانتخابات.¹

و ما يجب الاشارة اليه أن نسبة المشاركة في العمليات الانتخابية أصبحت في تزايد من عملية انتخابية الى اخرى، و لعل هذه المشكلة من أهم العوائق التي واجهت انتخابات 10 ماي الفارط، حيث أصبحت العمليات الانتخابية لا تلقى قبولا لدى القاعدة الشعبية، خاصة في الأوساط الشبانية، و قد أدرك النظام السياسي ذلك، فهو يسعى جاهدا مستخدما جميع الوسائل التقليدية و الحديثة (المعلوماتية) لإقناع الشباب بالمشاركة في العملية الانتخابية السياسية.

و خلاصة القول: ان الحديث عن عملية تحول ديمقراطي شبه مستحيل أو ضرب من الخيال، ما لم تكن العلاقة بين الأحزاب السياسية و الممارسة الديمقراطية هي علاقة تفاعلية، لأنه لا يمكن تحقيق الديمقراطية في ظل أحزاب سياسية ضعيفة أو غائبة، و عليه فانه بالأساس واجب ديمقراطية هذه الأخيرة و اصلاحها لان ذلك يعد مدخلا أساسيا لديمقراطية هياكل و مؤسسات الدولة.²

ثالثا: المجتمع المدني و التحول الديمقراطي :

تعد حركات المجتمع المدني من اعم الفاعلين الأساسيين في تكريس القول الديمقراطي، و قد ظهر الدور الفعال لحركات المجتمع المدني في الجزائر و تزايد بعد دستور 1989. أين أعطى هذا الأخير الحق للأفراد في انشاء الجمعيات المختلفة حتى ذات الطابع السياسي منها. و ذلك ما انعكس ايجابا على الانفتاح السياسي الذي شهدته البلاد في ذلك الوقت، و تعدد الجمعيات و النقابات و بمشارب مختلفة تعددت و توزعت اهتماماتها عبر مستويات عدة.³

¹: ناجي عبد النور : أزمة المشاركة السياسية في الجزائر، مدونة الصفاء، 08-04-2012،

<http://nadjiabdenour.maktoobblog.com/1243673/%D8%A3%D8%B2%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B4%D8%A7%D8%B1%D9%83%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D8%B3%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A7%D8%A6%D8%B1-%D8%AF%D8%B1/>

²: زين العبادين حمزاوي: الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي في المغرب، المجلة العربية للعلوم السياسية، عدد 26، سنة 2009، ص 104.

³: عبد الزوييري: المجتمع المدني و صناعة النخب، مجلة الدراسات الاستراتيجية، العدد 15، الجزائر، جوان 2011، ص 142.

و حركات المجتمع المدني بمختلف أطيافها، و تنظيماتها المختلفة تعد صمام أمان ضد احتكار السلطة للحياة السياسية بما تمتلكه من وسائل مختلفة للتأثير على صانع القرار في النظام السياسي، فهذه الجمعيات عادة تتولى ممارسة الدور الرقابي على العمل الحكومي، بما يضمن الرشادة في العمل الحكومي.

و قد بلغ عدد الجمعيات لدى وزارة الداخلية بحسب أحدث الاحصائيات حوالي 81 ألف جمعية بين وطنية و محلية، بعد أن كان يوجد في الجزائر 36172 جمعية و رابطة مهنية سنة 1992، و ما يقارب 619 جمعية و رابطة وطنية سنة 1994¹، و رغم عدد الجمعيات الكبير جدا إلا أن تأثيرها على الحياة السياسية و الاقتصادية و الثقافية لا يعكس هذا العدد الكبير المتنامي، و اداء هذه الجمعيات ضعيف جدا مقارنة بتعدادها و مشاركتها و مساهمتها في تكريس و بناء التحول الديمقراطي. كون أن أغلب حركات المجتمع المدني لا تزال تنشط تحت غطاء النظام السياسي الحاكم حتى وصلت بالبعض الى درجة تسميتها بحركات المجتمع المدني الرسمي² كون هذه الحركات تنشط وفقا لما يخدم النظام السياسي، هذا من جهة.

و من جهة ثانية، نجد أن بعض الجمعيات لها صلة وثيقة ببعض الأحزاب السياسية، و قد مس هذه الجمعيات و الحركات ما مس الأحزاب التابعة لها من أزمات و انشقاقات حالت دون فعالية الدور المناط بحركات المجتمع المدني.

و ان أسباب فشل حركات المجتمع المدني في الجزائر، لا يعود الى النظام السياسي فحسب، فغياب التكوين الثقافي (خاصة ثقافة العمل الجماعي) لدى بعض قادة و ممثلي هذه الجمعيات، و هذا ينعكس سلبا على ادائها و دورها في بناء و تكريس التحول الديمقراطي³.

فأصبحت حركات المجتمع المدني الجزائرية اما في حالة تبعية أو معارضة للسلطة، و هذا هو الاطار الذي وُضعت أو وُضعت فيه حركات المجتمع المدني نفسها حد من امكانية المشاركة الفعالة في رسم السياسة العامة للدولة، بخلاف بعض الدول التي قطعت أشواطاً في تبني النظام الديمقراطي أين أصبحت لهذه الحركات الدور الفاعل الذي لا يمكن الاستغناء عنه في بناء صرح نظام ديمقراطي شفاف.

رابعا: وسائل الاعلام و التحول الديمقراطي :

تم اقرار حرية التعبير في دستور سنة 1989، و قد تزامنت ممارسة هذا الحق مع الأزمة السياسية الحادة التي عاشتها البلاد في ذلك الحين، و ان كانت في ظاهرها نعمة كونها وفرت أرضية واسعة للنقد و التعبير، و نقمة في نفس الوقت، لان تلك الحرية لم تضبط كونها ولدت في جو من الفوضى و عدم الاستقرار السياسي و الاقتصادي و

¹: محمد بلغالي: الحكم الراشد و التنمية المستدامة- دراسة اصطلاحية تحليلية حالة الجزائر، مجلة الدراسات الاستراتيجية، الجزائر، عدد 14، مارس 2011، ص 62.

²: محمد بلغالي، نفس المرجع السالف الذكر، ص 62.

³: محمد بلغالي، نفس المرجع السالف الذكر، ص 63.

الاجتماعي الذي كانت تعيشه الجزائر انذاك. و تعد حرية الاعلام جزء كبير من الممارسة الديمقراطية و هذا ما جعل جميع الفواعل المعنية و الفاعلة في هذا المجال تسعى جاهدة من أجل تحقيق الحرية في مجال الاعلام.¹

و الوضع العام في الجزائر سواء تعلق الأمر بحرية الرأي و التعبير أو بالمؤسسات الاعلامية فانه يوجد هامش من الحرية تتحرك فيه وسائل الإعلام، لكن هذا المجال أو الهامش لا يزال ضيقا ولا يتناسب و الحراك الذي يعيشه الشعب الجزائري في مختلف المستويات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية.²

فأداء وسائل الاعلام الجزائرية مقارنة بما وصلت اليه وسائل الاعلام في دول أخرى عربية أو غير عربية، أين أصبحت وسائل الاعلام - بعد الحراك الذي شهدته الدول العربية- تقيم أنظمة و تسقط أخرى، أما في الجزائر فلا يزال الصحفي يخضع لرقابة صارمة و شديدة تصل الى حد المتابعة الجزائية و هذا ما انعكس سلبا على دور وسائل الاعلام في بناء و تأسيس التحول الديمقراطي.

و لعل الخطاب الذي جاء به رئيس الجمهورية في 15 أفريل 2011 و الذي وعد فيه بتعديل قانون الاعلام و فتح المجال السمعي البصري أمام الخواص، بشكل يعيد النظر في مكانة السلطة الرابعة.

غير أن وزير الاتصال الجزائري "ناصر مهل" اعتبر أن هناك قراءة خاطئة اعطيت لخطاب رئيس الجمهورية، مشيرا الى أن الرئيس لم يتحدث عن فتح المجال السمعي البصري انما كان الحديث عن قنوات موضوعاتية عمومية متخصصة، بدءا من جانفي 2012³ تهدف هذه التعددية في وسائل الاعلام الرسمية الى خلق نوع من التنافس بين هذه القنوات و تأكد هذا بعد صدور قانون الاعلام الجديد

12-05.

و منه فان الدور المناط بوسائل الاعلام المختلفة في تكريس التحول او الانتقال الديمقراطي في الجزائر لا يزال ضعيفا بالمقارنة مع تجارب عالمية اخرى.

خامسا : الجزائر ورشة الاصلاحات الدستورية :

بعد الحراك الشعبي الذي شهدته الدول العربية في إطار ما يعرف بالربيع العربي، وما نجم عليه من سقوط بعض الأنظمة في الدول المجاورة كسقوط نظام بن علي في تونس، وانهيار حكم حسني مبارك في مصر، بادر رئيس الجمهورية في خطابه الموجه إلى الأمة يوم الخميس 15 أفريل 2011 بمبادرة وطنية عامة و شاملة تهدف لتعزيز مسيرة الإصلاحات السياسية و التنمية الوطنية الشاملة و المتجددة لتعميق المسار الديمقراطي و حماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية، و تحقيق أهداف العدالة الاجتماعية في المجتمع الجزائري

¹: عمر مرزوقي : حرية الرأي و التعبير في الجزائر في ظل التحول الديمقراطي (1989-2004)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، كلية العلوم السياسية و الاعلام-الجزائر، ص 151-154.

²: عمر مرزوقي، المرجع السالف الذكر، ص 168.

³: بوحنية قوي: التلفزيون العمومي الجزائري في ظل غياب فتح القطاع و سيادة منطق الخدمة العمومية، موقع الدكتور بوحنية قوي، 08-

وقد تضمنت هذه المبادرة الشاملة العديد من المحاور الهامة :

حصيلة موجزة بأهم الإنجازات والمكاسب المحققة بفضل تطبيقات سياسية، الإصلاحات الوطنية الشاملة و المتحددة خلال عشرية كاملة من الزمن وفي مجالات الأمن والسلام الاجتماعي والاستقرار المؤسساتي والتنمية الاجتماعية والاقتصادية وإصلاح العدالة، والإدارة العامة مركزيا ولا مركزيا، وتحسين العلاقة بين الإدارة المركزية وتحسين العلاقة بين المواطن والإدارة، ونتاج ذلك على السكان والمواطنين في ميادين الشغل والسكن والتكوين ومرافق البنى التحتية والثقافة ومستوى المعيشة بصورة عامة.

كما تقرررت جملة من التدابير والإجراءات العاجلة للتكفل أكثر بدعم وأساليب إنجاز برامج التنمية الوطنية الشاملة من أجل مزيدا من العدالة الاجتماعية.

كما مست عملية الإصلاح للإدارة بكل مؤسساتها ومرافقها وهيئاتها وأجهزتها من أجل المزيد من الفاعلية و الرشادة في الأداء، والتحلي بأخلاقيات وقيم الإدارة الرشيدة والحكم الصالح، وكذا توطيد حسن العلاقة بين الإدارة العامة والمواطنين على أسس المصادقية والثقة والحياد ولعدالة.

كما تضمنت هذه المبادرة محور تعزيز عملية ترقية وحماية حقوق وحرريات الإنسان والمواطن ودعم الحقوق السياسية والاجتماعية في مجالات الحقوق السياسية للمرأة في المجالس المنتخبة، وحرية الإعلام و التعبير، ودعم الحقوق السياسية والاجتماعية في مجالات النظام الانتخابي، وقانون الأحزاب والجمعيات المدنية.

وكذا محور تعميق المسار الديمقراطي و دولة القانون والمؤسسات بواسطة عملية مراجعة وإثراء الدستور من أجل جزائر قوية وآمنة ومستقرة وفاعلة في خدمة المصلحة العامة الحيوية لشعبها ولأجيالها المتعاقبة.

وتتم عملية المراجعة الدستورية هذه وفقا للمنهجية المحددة في المبادرة المذكورة سابقا والمفصلة في بيان مجلس الوزراء في يوم 02 أبريل 2011، بحيث تجري مشاورات سياسية واجتماعية واقتصادية ومهنية واسعة مع كافة أطراف وأقطاب الممارسة السياسية وحركات المجتمع المدني وشخصيات وطنية.

لتتوج هذه المشاورات والحوارات بتقرير عام يرفع إلى رئاسة الجمهورية ليحيله بدوره إلى لجنة وطنية فنية متخصصة لتعد بشأنه مشروع تمهيدي لقانون تعديل الدستور ثم يحضر المجلس الدستوري الذي يضطلع بمهمة الرقابة الدستورية على هذا المشروع التمهيدي لقانون التعديل الدستوري، ولتأكد من مدى دستوريته بصورة عامة وعدم تعرضه مع أحكام المواد 1، 2، 3، 4، 176، 178 من الدستور - ثم يدعى البرلمان للانعقاد بغرفتيه مجتمعين معا طبقا لأحكام الدستور، ويحيل إليه مشروع التعديل الدستوري ليطلع عليه البرلمان ويقوم بدراسته والمصادقة عليه، ثم يصدر بمرسوم رئاسي في صورة قانون يتضمن التعديل الدستوري ليصبح نافذا وساري المفعول.

وتعد هذه أهم الآليات والمنهجيات لتطبيق مبادرة تعزيز سياسة الإصلاحات والتنمية الوطنية الشاملة والمتجددة وتعميق المسار الديمقراطي وترسيخ أسس عملية ترقية وحماية حقوق وحرريات الإنسان والمواطن.

إن هذه الآليات والمنهجية تمتاز بالحكمة والمشروعية الدستورية والقانونية والمشروعية الشعبية، كما تتلائم مع طبيعة مكانة ودور هذه المبادرة في مسيرة سياسة الإصلاحات والتنمية.

إلا أنه ما يؤخذ على هذه الإصلاحات التي نادى بضرورة تبني سياسة الإصلاح في جميع الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية أنها عجزت عن تحقيق ذلك كون الحوارات والورشات التي تتم تشكيلها غالبا ما كانت تسعى هذه لتحقيق بعض الإصلاحات الشكلية لا غير، فالتعديل الدستوري الذي انشئت من أجله ورشات للخروج بمشروع تعديل دستوري إصلاحي، في الحقيقة أن هذه التعديلات التي تمس الدستور هي لا تتعدى إعادة صياغة المادة 74 من الدستور وإعادتها إلى الصياغة التي كانت عليها في دستور 1996، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الإعلام، وقانون الجمعيات والأحزاب.

وكما تمت التعديلات لقانون البلدية الذي صدر في 22 جويلية 2011 والذي نلمس أي مسعى من قبل المشروع لتبني الإصلاحات، بل هذا القانون قيد صلاحيات البلديات وزاد من عملة الرقابة الوصائية التي تمارسها السلطة المركزية على الجهات المحلية، وهذا ما يجعل قانون البلدية الحالي لا يتلاءم والمتطلبات الشعبية، فأغلب البلديات تعاني من حالة غليان خطيرة نتيجة الإنسداد السياسي والاقتصادي الذي تعيشه البلديات.

الخاتمة :

يواجه التحول الديمقراطي في الجزائر صعوبات جمة حالت دون تحقيق مسارات الانتقال الديمقراطي ولعل من أهم النتائج التي وقفت عليها هذه الورقة:

- أن السلطة الواسعة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية مقابل السلطة التشريعية حال دون تحقيق الانتقال الديمقراطي المنشود.
- أزمة الحراك الداخلي الذي تعانیه الأحزاب السياسية في الجزائر أدى الى ممارسات لا ديمقراطية داخل الأحزاب مما انعكس سلبا على داء هذه الأخيرة في تحقيق الانتقال الديمقراطي.
- ضعف و تبعية حركات المجتمع المدني اما الى السلطة أو الى الأحزاب السياسية مما أفقدها مكانتها و دورها في تحقيق الانتقال الديمقراطي.
- الضعف الكبير في مجال الاعلام بالمقارنة مع وسائل الاعلام العربية مما أدى الى ترجع دور هذه الأخيرة في بناء ديمقراطي في البلاد نتيجة التشريعات التي حالت دون فاعلية دور وسائل الاعلام في التحول الديمقراطي.

الهوامش :

¹: أونيسي ليندة: النظام الحزبي وأثره في تركيز السلطات لصالح السلطة التنفيذية، مجلة الفكر البرلماني، عدد 27، 2011، ص 28.

²: طارق عاشور: تطور علاقة البرلمان بالحكومة في النظام السياسي الجزائري 1997-2007، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و علوم السياسية بآنة-الجزائر، 2009، ص 89.

³: مرزود حسين: مستقبل التعددية الحزبية و التداول على السلطة في الجزائر، مجلة الدراسات الاستراتيجية، العدد 14، الجزائر، ص 15.

⁴: بوحنية قوي: أزمة الحراك الحزبي الداخلي في الأحزاب الجزائرية قراءة نقدية، المجلة العربية للعلوم السياسية، عدد 33، خريف 2010، ص 49.

⁵: بن عمير جمال الدين: اشكالية تطبيق الديمقراطية داخل الاحزاب الجزائرية خلال التجربة التعددية المعاصرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، الجزائر، 2005، ص 151-154.

⁶: بن عمير جمال الدين: المرجع السالف الذكر، ص 161.

⁷: بن عمير جمال الدين: المرجع السالف الذكر، ص 164.

- ⁸: بوحنية قوي: ممارسات عصبوية أنجبت تنظيمات أسرية جوفاء، حوار في جريدة الخبر عدد 6678، يوم 07 أفريل 2007، ص 2.
- ⁹: بوحنية قوي: أزمة الحراك الحزبي الداخلي في الأحزاب الجزائرية قراءة نقدية، ص 48.
- ¹⁰: ناجي عبد النور: أزمة المشاركة السياسية في الجزائر، مدونة الصفاء، 08-04-2012.
- ¹¹: زين العبادين حمزاوي: الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي في المغرب، المجلة العربية للعلوم السياسية، عدد 26، سنة 2009، ص 104.
- ¹²: عبد الزوبري: المجتمع المدني و صناعة النخب، مجلة الدراسات الاستراتيجية، العدد 15، الجزائر، جوان 2011، ص 142.
- ¹³: محمد بلغالي: الحكم الراشد و التنمية المستدامة - دراسة اصطلاحية تحليلية حالة الجزائر، مجلة الدراسات الاستراتيجية، الجزائر، عدد 14، مارس 2011، ص 62.
- ¹⁴: محمد بلغالي، نفس المرجع السالف الذكر، ص 62.
- ¹⁵: محمد بلغالي، نفس المرجع السالف الذكر، ص 63.
- ¹⁶: عمر مرزوقي: حرية الرأي و التعبير في الجزائر في ظل التحول الديمقراطي (1989-2004)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، كلية العلوم السياسية و الاعلام-الجزائر، ص 151-154.
- ¹⁷: عمر مرزوقي، المرجع السالف الذكر، ص 168.
- ¹⁸: بوحنية قوي: التلفزيون العمومي الجزائري في ظل غياب فتح القطاع وسيادة منطق الخدمة العمومية، موقع الدكتور بوحنية قوي، 08-04-2012.

نعدد الزوجان في الفقه الإسلامي : رؤية حقوقية-



حميد مسرار دكتور في فقه الأسرة

جامعة محمد الأول-وجدة

اعتنى الإسلام بنظام الزواج، وربطه بغايات وأهداف تحفظه من الخروج عن المنهج الإسلامي.

ولما كان الأصل في بناء الأسرة هو الزواج بواحدة لأنه الأقرب للسعادة والاستقرار الأسري، يقول الشيخ رشيد رضا: "إن الأصل في السعادة والحياة البيئية هو أن يكون للرجل زوجة واحدة وأن هذا هو غاية الارتقاء البشري في بابه والكمال الذي ينبغي أن يربى الناس عليه ويقنعوا به"¹ فقد أباح التعدد لمصالح اجتماعية واقتصادية عظمى يقول سيد قطب: التعدد مسألة اجتماعية في جوهرها، أسهمت في بلورتها مجموعة من العوامل والأسباب التي جعلت الإسلام يبيح هذا النظام، فالإسلام لم يأمر بالتعدد وإنما حده ورخص فيه لمواجهة وقائع الحياة البشرية والضرورات الفطرية الإنسانية² ونتيجة لتعسف بعض الأزواج في استعماله فقد طرحت مجموعة من التساؤلات منها:

- هل يجوز الاجتهاد فيه؟

- ما مدى صلاحية التعدد في الواقع المعاصر الذي عرف خروج المرأة للعمل؟

- ما حدود سلطة الزوج في استعماله وهل يجوز للدولة تقييده؟

للإجابة عن هذه الأسئلة نعرض هذا الحق على ركائز ثلاثة وهي التعدد منحة من الله ، التعدد وسيلة لتحقيق مصلحة الأسرة ، التعدد بين سلطة الفرد و سلطان الدولة

1- تفسير المنار: محمد رشيد رضا 23/4 دار المنار مصر 1954

2- في ظلال القرآن سيد قطب 584/1 دار إحياء التراث العربي بيروت 1971

المطلب الأول: التعدد منحة من الله :

حرص الإسلام على إباحة التعدد لما فيه من مصالح اجتماعية واقتصادية، وربطه ببعده العقدي والأخلاقي ليضمن استعماله على الوجه المفضي لتحقيق مقاصده. لذا وقبل عرض بعده المصدري، نعرض لبعده العقدي والأخلاقي

- البعد العقدي للتعدد :

أقر الإسلام بتعدد الزوجات، وسيجبه مجموعة من الضوابط والقيود التي تعصم مستعمله من التعسف، واشترط العدل والقدرة على الإنفاق، وتوعد كل من فرط فيهما بالإثم والعقاب الأخروي.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من كانت له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل "1 وقال عليه السلام: " كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت "2

ولما كان تشريع التعدد استجابة لحاجات اجتماعية وفطرية وبلوغاً لمقاصد شرعية تطهر المجتمع من الرذيلة وتشجعه على التكافل والتعاون والتأزر، فقد ربطه ببعده الأخروي ليكون أدعى للاستسلام لمنهجه الرباني، فالذي يخاف الجور وعدم العدل لا يجوز له التعدد استسلاماً لقوله تعالى " فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة "3 وخوفاً من الوقوع في الإثم والعقاب الأخروي.

إن حضور الجانب العقدي هو السبيل الأسلم لاستعمال هذا الحق، بل إن حضوره يجعلنا في منأى عن عدة إشكالات تعاني منها الأسر اليوم جراء الإقدام عليه في غياب شروطه وضوابطه.

2 - البعد الأخلاقي لتعدد الزوجات:

يعتبر الإسلام التعدد نظاماً واقعياً يتوافق مع فطرة الإنسان وواقعه وضرورات حياته المتغيرة، بل يعتبره نظاماً أخلاقياً بامتياز. فالإسلام لا يسمح بإنشاء علاقات خارج مؤسسة الزواج، تحصيلنا لهذه الأمة وإعفافها، بل يؤكد أن كل علاقة خارجها هي علاقة مرفوضة رتب عليها أشد العذاب.

وإذ سمح بتعدد الزوجات فقد اشترط العدل والقدرة على الإنفاق وأكد أن الإقدام على التعدد في غياب هذين الشرطين هو غياب للأخلاق. فالظلم وتمحُّص قصد الإضرار هو غياب للأخلاق، وترك الأسرة دون معيل هو غياب للأخلاق كذلك. وفي مقابل ذلك رغب الزوجات لاستحضار البعد الأخلاقي في معاملة بعضهن بعضاً حتى لا تستحکم الغيرة والخصام وحتى يحصل التكافل والوئام.

إن تشريع الإسلام للتعدد مرتبط ارتباطاً وثيقاً ببعده الأخلاقي وكل غياب له هو إذكاء لروح الصراع بين الزوجات والذي سينعكس حتماً على استقرار الأسرة والمجتمع عموماً.

3- سنن النسائي كتاب عشرة النساء باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض رقم 417/7 3952

4- سنن أبي دودان باب في صلة الرحم 53/2

5- سورة النساء الآية 3

3 - البعد المصدري للتعدد:

استدل الفقهاء على جواز التعدد بأدلة من القرآن والسنة والإجماع.

- من القرآن الكريم:

قوله تعالى " وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"1 ووجه الدلالة أن إباحة التعدد مشروطة بعدم الجور وتحقيق العدل.

يقول الإمام الطبري " وإن خفتن يا معشر أولياء اليتامى ألا تقسطوا في صداقهن فتعدلوا فيه، وتبلغوا بصداقهن صدقات أمثالهن، فلا تنكحوهن. ولكن انكحوا غيرهن من الغرائب اللواتي أحلهن الله لكم وطيبهن من واحدة إلى أربع، وإن خفتن أن تجوروا إذا نكحتم من الغرائب أكثر من واحدة، فلا تعدلوا وانكحوا منهن واحدة" أو ما ملكت أيمانكم"2

وأكد الشيخ محمد المهدي الوزاني أن الآية تفيد ترجيح التعدد لأن الاكتفاء بالواحدة إنما جعل مع خوف عدم العدل. يقول: " فلحاصل أن من خاف عدم العدل فليكتف بواحدة ومن لا يخاف ذلك فلا يكتفي بها، بل يطالبه بالزيادة عليها ندبا لقوله تعالى (فانكحوا)3

قوله تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيمًا"4 ووجه الدلالة أن النهي المقصود في الآية هو نهي عن إظهار التفاوت في القول والفعل لا في الميل القلبي يقول الإمام فخر الدين الرازي: " والمعني أنكم لستم منهيين عن حصول التفاوت في الميل القلبي لأن ذلك خارج عن وسعكم ولأنكم منهيون عن إظهار ذلك التفاوت في القول والفعل"5

- السنة :

مارواه أبو داود بإسناده أن وهب الأسيدي قال: " أسلمت وعندي ثمان نسوة، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اختر منهن أربعاً"6

- الإجماع :

أجمع الفقهاء على إباحة التعدد وعدم الزيادة على أربع قال الشيخ النفراري:

1- سورة النساء الآية 3

2- جامع البيان في تأويل القرآن الكريم الطبري 531/7 تحقيق أحمد سعد تاجر شوشة الرسالة ط1 1420.2000

3- النوازل الصغرى: محمد المهدي الوزاني 19/2 مطبعة فضالة 1992

4- سورة النساء الآية 128

5- التفسير الكبير: فخر الدين الرازي 404/5 دارالفكر 1995

6- سنن أبي داود باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان 239/2

و يجوز للحر والعبد المسلمين، نكاح أربع حرائر مسلمات أو كتابيات.... وتحرم الزيادة على الأربع بإجماع أهل السنة¹ ورغم وضوح الأدلة على إباحة التعدد. فقد ثار نقاش واسع بين الفقهاء المعاصرين حول إمكانية الاجتهاد فيه، ومن هنا نتساءل هل يجوز الاجتهاد في حكم التعدد؟

إن الحديث عن الاجتهاد في حكم التعدد ينصب أساساً على الاجتهاد التنزيلي إذ لا خلاف بينهم أن الأصل في التعدد الإباحة، ولأجل بيان مدى جواز الاجتهاد فيه نعرض هذا الحكم على ضوابط الاجتهاد التنزيلي. معرفة الواقع.

تؤكد الإحصائيات أن نسبة التعدد في العالم العربي نسبة ضئيلة لا تتجاوز 1 في المائة مما يؤكد أن مسألة تعدد الزوجات ليست من الأمور التي تعم بها البلوى وفي مقابل ذلك يثبت الواقع أن نقص الوازع الديني أضحى سمة رئيسة لدى فئة عريضة من الناس حيث لم يعد الرادع من الظلم هو وازع القرآن بقدر ما أصبح هو وازع السلطان مما يؤكد أن استعمال الأزواج لحق التعدد قد يشوبه الظلم والجور وعدم العدل.

ب- النظر في مآلات الأفعال :

لا يخفى على كل ذي لب أن في تشريع التعدد مصالح جمّة، ورفع للحرّج والمشقة عن الأمة، وإذ لا خلاف في أهمية التعدد فقد تعرض له مساوئ كثيرة أثناء تنزيله على الواقع قد تعصف بالأسرة والمجتمع معاً لذا فسد باب المفسدة باسئراط شروط ضابطة للتعدد في الواقع وفتح باب المصلحة بإباحته هو السبيل الأسلم لبلوغ مقاصده على الواقع

ج- النظر في المقاصد في الواقع :

إن التحقق من المقاصد في الواقع شرط أساسي للقول بفتح باب الاجتهاد في التعدد أو سده، فحاجة الأمة للتعدد أمر واضح جلي، فنسبة النساء أكثر من الرجال ونسبة العنوسة مهولة قد تهدد المجتمع بأكمله، كما أن حاجة الرجل إلى الأبناء في حالة تزوجه بامرأة عقيم، وحاجته الجنسية الزائدة على المعتاد كلها أمور تحتاج إلى علاج عام من حلوله إباحة التعدد.

كما أن مساوئه من نزاع دائم بين النساء وظهور خلافات بين الأبناء وتنمية العداوة والبغضاء بينهم وإذكاء ذلك كله بسبب تهيج مشاعر الكره والرفض لمبدأ التعدد عبر برامج إعلامية وأعمال سينمائية ومسرحية قد يعصف بالمقاصد المرجوة من التعدد. لذا فوضع شروط تحد من مساوئه قد يكون أدعى لتحقيق مقاصده على الواقع.

- تحقيق المناط:

تحقيق المناط على نوعين : تحقيق المناط الخاص: وهو نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكاليفية² وتحقيق المناط العام: وهو نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما... فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص³ وتأسيساً على ذلك، ولما كان العدل شرطاً أساسياً في التعدد، فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في المقصود

1- الفواكه الدواني: أحمد النفراوي 21/2. دار الفكر بيروت ط 1983

2- الموافقات في أصول الشريعة إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي 65/4 دار الكتب العلمية بيروت 1991

3- الموافقات 70/4

به بين المناط العام والمناط الخاص، فريق يرى أن العدل المقصود هو العدل الخاص جريا على ما قرره الفقهاء القدامى، فمن ظن من نفسه القدرة على أداء الحقوق والعدل فيها جاز له التعدد، وفريق يرى أن المقصود هو العدل العام إذ الآية التي تأمر بالعدل وتبيح التعدد تشتمل على أوامر إرشاد يحق للأمة تطبيقها بحسب الزمان والمكان، إنها تقول ما زاد على الأربع ممنوع مطلقا من اجل أنه يؤدي إلى عدم العدل في العائلة أو عدم العدل في اليتامى، أي أن ذلك كان محققا في عصر الرسول عليه الصلاة والسلام، فإذا حدث في العالم الإسلامي ما يخيف من عدم العدل فيما زاد على الواحدة إما بظلم الزوجات أو الأولاد أو المجتمع أو اليتامى أو الإسلام نفسه فيجب الاقتصار على واحدة¹ لذا أحسب أن أي اجتهاد في حكم التعدد يجب أن يراعي تحقيق المناط الخاص والعام معا شريطة ألا يؤدي إلى منعه مطلقا لما في ذلك من الوقوع في الحرج والمشقة المرفوعين عن المكلف أصلا.

وخلاصة القول: يجوز الاجتهاد في إباحة التعدد من خلال وضع شروط وضوابط تضمن تنزيهه على الوجه المفضي لتحصيل مقاصده الشرعية.

المطلب الثاني : التعدد وسيلة لتحقيق مصالحه الشرعية :

أباح الإسلام التعدد وقيده بضوابط وشروط تمنع التعسف في استعماله.

ونتيجة للتغيرات التي يعرفها المجتمع من نقص الوازع الديني وعدم قدرة كثير من الرجال على إعالة أكثر من أسرة، فهل حق التعدد ثابت أم متغير؟ وما المصالح المرجوة من إباحتها؟

1- التعدد بين الثابت والمتغير :

اختلف الفقهاء في مسألة التعدد على ثلاثة أقوال²

القول الأول: بقاؤه على إباحتها لمن يرغب فيه، ومن ذهب إلى هذا الحكم من الفقهاء المعاصرين الشيخ محمد المهدي الوزاني ومحمد شلتوت والشيخ محمد أبو زهرة والشيخ محمد الطاهر بن عاشور والشيخ يوسف القرضاوي³ واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة

- الكتاب :

قوله تعالى " وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة⁴ يقول الشيخ محمد المهدي الوزاني " فالخصل أن من خاف عدم العدل فليكتف بواحدة ومن لا يخاف ذلك فلا يكتفي بها، بل يطالبه بالزيادة عليها ندبا لقوله تعالى (فانكحوا)⁵

¹ - النقد الذاتي: علال الفاسي مطبعة الرسالة الرباط مطبعة الخامسة 1979، ص288

² - الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة عبد الرحمن العمراني بحث لنيل دكتوراه الدولة تحت إشراف الدكتور فاروق حمادة 2000م ص351

³ - نفسه 352

⁴ - سورة النساء الآية 3

⁵ - النوازل الصغرى 19/2

فقد عدد رسول الله وعدد صحابته، بل أكد رسول الله صلى الله عليه السلام ان العدل المطلوب بين الزوجات هو العدل الذي يملكه الأزواج لقوله عليه السلام " هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"¹

القول الثاني: أنه يجب تقييده بإذن القاضي وممن ذهب إليه من الفقهاء المعاصرين الشيخ محمد عبده وتلميذه الشيخ رشيد رضا والدكتور مصطفى السباعي والشيخ المراغي...

إلا أن الملاحظ هو اختلافهم في شروط وضوابط هذا التقييد، فبينما حصر الشيخ محمد عبده إمكانية حصول الزوج على إذن القاضي بالتعدد في حالة واحدة وهي كونها عاقراً² قيد الشيخ المراغي حصوله على الإذن وجود ضرورة فردية أو اجتماعية³ أما الدكتور مصطفى السباعي فقيده بقدرة الزوج على الإنفاق⁴ وبنى القائلون بتقييد الزوجات بإذن القاضي قولهم على مايلي:

أ- قوله تعالى " وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى ثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة⁵ وقوله تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم"⁶ يقول الشيخ محمد عبده " فمن تأمل الآيتين علم أن إباحة تعدد الزوجات في الإسلام أمر مضيق فيه أشد التضييق كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح محتاجها بشرط الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور وإذا تأمل المتأمل مع هذا التضييق ما يترتب على التعدد في هذا الزمان من المفسد جزم بأنه لا يمكن لأحد أن يربي أمة فشا فيها تعدد الزوجات فمفسدة تعدد الزوجات تنتقل من الأفراد إلى البيوت ومن البيوت إلى الأمة⁷

-التيقن من العدل :

فمن بلغت ثقته من نفسه حدا لا يخاف معه أن يجور، وإذا أراد أن يتزوج أكثر من واحدة أبيع له ذلك بينه وبين الله، ومن لم يصل إلى الحد من الاقتدار والتحفظ من الجور حرم عليه أن يتزوج أكثر من واحدة⁸

1- رواه أصحاب السنن الأربعة أبو داود كتاب النكاح باب في القسم بين النساء رقم 2134

2- الأعمال الكاملة للشيخ محمد عبده جمع محمد عمارة 95/2 المؤسسة العربية لدراسات والنشر الطبعة 1 1972

3- تفسير المراغي احمد مصطفى المراغي دار الفكر 1365 ج4ص183

4- المرأة بن الفقه والقانون مصطفى السباعي دار الوراق للنشر 1998 ص121.

5- سورة لنساء الآية 3

6- سورة النساء الآية 128

7- الأعمال الكاملة للشيخ محمد عبده 169/5

8- نفسه.

-التيقن من القدرة على الإنفاق :

يقول الدكتور مصطفى السباعي: " فإن الذي لا يستطيع الإنفاق على زوجاته وعلى أولاده منهما، لابد من أن ينفق على إحدهما دون الأخرى فتنتفي بذلك العدالة المشروطة ديناً ولا بد له من أن يهمل الإنفاق على بعض أولاده وهذا تفريط يحال بينه وبين أسبابه¹

القول الثالث: يجب منع التعدد ومن الذين قالوا به الأستاذ علال الفاسي يقول " أرى أن تعدد الزوجات يجب أن يمنع في العصر الحاضر منعاً باتاً عن طريق الحكومة² ومما استدل به:

تعذر العدل بين الزوجات :

يقول الأستاذ علال الفاسي: " مبدأ توقيف العمل بتعدد الزوجات في العصر الحاضر بناء على أن الأمر الوارد في القرآن يشتمل على أمر إرشاد للمسلمين أن يواصلوا ما بدأه الشرع من تقييد للتعدد كلما خافوا عدم العدل.

حملة كلمة العدل في قوله تعالى " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة" على العدل العام³

وخلاصة القول فقد أباح الإسلام التعدد ولم يجعله أصلاً لبناء الأسرة، رفعا للحرص والمشقة المرفوعين عن المكلف، كما لم يفتحه على مصراعيه دون شروط بل اشترط العدل والقدرة على الإنفاق، لذا اعتبر أن وضع شروط ضابطة للتعدد هو السبيل الأسلم لبلوغ مقاصده على الواقع.

2- المصالح المرجوة من التعدد :

يرجو الفقه الإسلامي من إباحة التعدد مجموعة من المصالح، تعود بالنفع على كل من الزوج والزوجة والمجتمع.

إن تشريع التعدد هو رفع للحرص عن كل من الزوج والزوجة كما هو صيانة للمجتمع من الرذيلة

*-رفع الحرج والمشقة عن الزوج والزوجة.

شرع الإسلام التعدد لرفع الحرج والمشقة عن كل من الزوج والزوجة مما قد يسقطان فيه من أسباب طارئة وقاهرة تجعل من التعدد مخرجا ومصالحة لكيلهما ومن هذه الأسباب الطارئة ما يلي:

أ- أن تكون الزوجة عقيماً: فقد يتزوج الرجل امرأة ينكشف له أنها عقيم ويكون له رغبة في النسل، لذا فالتزوج بامرأة أخرى هو حماية للمرأة الأولى كما هو مصلحة للزوج.

ب- إصابة الزوجة بمرض مزمن يقعدها عن واجباتها المنزلية، فتعدد الزوجات في هذه الحالة أسلم وأكرم من نبد الزوجة المريضة ومن إكراه الرجل على العقم.

¹ - المرأة بين الفقه والقانون ص 121.

² - النقد الذاتي ص 29.

³ - نفسه ص 288.

ج- القوة الجاحمة لبعض الرجال في ممارسة العملية الجنسية يقول الإمام الغزالي: " ومن الطباع ما تغلب عليها الشهوة بحيث لا تحصنه المرأة الواحدة فيستحب لصاحبها الزيادة على الواحدة إلى أربع¹

د: أن يكون زمن حيضها طويل ينتهي إلى خمسة عشر يوماً فيكون مضطراً للتزوج بامرأة ثانية حفاظاً على دينه وصوناً له من الوقوع في برائن الفساد

*صيانة المجتمع من الرذيلة.

يؤكد الشيخ عبد الله كنون أن السر في تعدد الزوجات في الإسلام هو المحافظة على كرامة المرأة وطهارة المجتمع وهو حل في صالح المرأة قبل أن يكون في صالح الرجل، والمرأة التي تأباه امرأة أنانية لا تنظر إلى مصلحة جنسها وإنما تنظر إلى مصلحتها الخاصة² وخلاصة القول، فمصلحة إباحة التعدد عائدة على الزوج والزوجة والمجتمع وليس على الزوج فقط.

المطلب الثالث: التعدد بين سلطة الزوج وسلطان الدولة :

أباح الإسلام التعدد وقيده بشروط تضمن بلوغ مقاصده ونظراً لتعسف بعض الأزواج في استعماله نتساءل: ما حدود سلطة الزوج في استعمال حق التعدد وما سلطان الدولة في تقييده؟

1- سلطة الزوج في استعمال حق التعدد

لم يترك الشرع للزوج الحرية المطلقة في استعمال حقه في التعدد، بل قيده ببلوغ المصلحة الشرعية وعدم الإضرار. بلوغ المصلحة الشرعية

أباح الإسلام التعدد، رفعا للخرج والمشقة عن المكلفين فالتعدد وسيلة مشروعة لكل من يرغب في النسل وامراته عاقر، أو مصابة بمرض عضال يمنعها من القيام بواجباتها وزيادة عدد النساء اللائي في سن الزواج على عدد الرجال سبب معقول لإباحة التعدد وإذ الأصل في بناء الأسرة هو التزوج بامرأة واحدة، فإن كل خروج عن المصلحة المشروعة من إباحة التعدد هو التعسف بعينه، فالذي يتزوج بامرأة ثانية قاصدا الإضرار بزوجه الأولى ومستيقنا عدم قدرته على العدل والإنفاق، مخالف للشرع لمخالفته للمقاصد التي شرع من أجلها التعدد.

عدم الإضرار :

إن إباحة التعدد مشروطة بعدم الإضرار، لذا فكل من أقدم على التعدد قاصدا الإضرار فقد تعسف في استعمال حقه وهذا الفهم مأخوذ من قوله تعالى: "وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة "

1 - إحياء علوم الدين أبي حامد الغزالي 2 / 30 دار المعرفة بيروت

2- منطلقات إسلامية للشيخ عبد الله كنون ص 32 مطبعة سوريا دت

يقول الإمام الطبري: " وإن خفتهم أن تجوروا إذا نكحتم من الغرائب أكثر من واحدة فلا تعدلوا فانكحوا منهن واحدة¹

2 - سلطة الدولة في تقييد حق التعدد :

لما كان لولي الأمر في الفقه الإسلامي الحق في الاجتهاد في دائرة المباح مراعاة للمصلحة الراجحة. اختلف الفقهاء في تدخل الدولة لتقييد حكم إباحة التعدد على ثلاثة أقوال.

أ- تدخل الدولة في منع التعدد :

يرى بعض الفقهاء أن للحاكم منع التعدد دفعا للفساد الغالب² وهذا ما أكده الأستاذ علال الفاسي بقوله:

"أرى أن تعدد الزوجات يجب أن يمنع في العصر الحاضر منعاً باتاً عن طريق الحكومة³

ب - تدخل الدولة في تقييده بإذن القاضي :

يقول الشيخ المراغي، يجب على رجال القضاء والفتيا الذين يعلمون أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح وأن من أصول الدين منع الضرر والضرار أن ينظروا إلى علاج لهذه الحال ويضعوا من التشريع ما يكفل منع هذه المفسد على قدر المستطاع⁴

ج- عدم تدخل الدولة في حكم التعدد :

يؤكد هذا الفريق بأن تقييد التعدد هو إضرار بالمرأة نفسها لذا فلا يجوز للدولة التدخل فيه وإنما يترك لضمير الفرد ووازعه الديني، وبما أن الحق في المنظومة الإسلامية حق مقيد ببلوغ المصلحة الشرعية وبعدم الإضرار ونظراً لتعسف بعض الأزواج في استعماله فإني أميل إلى القول الثاني الذي يجيز تدخل الدولة في تقييده بما يضمن تنزيهه على الواقع تنزيلاً يحقق مصلحه المرجوة .

وخلاصة القول: يجوز الاجتهاد في إباحة التعدد من خلال تدخل الدولة في وضع شروط وضوابط تضمن تنزيهه على الوجه المفضي لتحصيل مقاصده الشرعية

خاتمة :

لقد تبين بعد عرض مسألة التعدد على الركائز الثلاثة أهمية هذه المقاربة فلا يجب الاكتفاء بذكر الجانب المصدري وإغفال الجانب العقدي والأخلاقي بل نقول إن البعد الأخلاقي والعقدي هو الكفيل بضمان تعدد لا مشاكل فيه ولا صراع كما نؤكد أن للتعدد مقاصد عظيمة لا يمكن إنكارها وإهدارها شريطة وجود الأرضية السليمة للتنزيل أرضية لا ترتضي بالظلم ولا تنظر إلى مصالح فردية بل تروم مصلحة الجماعة والمجتمع من هنا كان تدخل الدولة في تقييده هو ضمان بلوغ مقاصده الشرعية لحماية للمجتمع والأفراد.

1- تفسير الطبري محمد بن جرير الطبري دار النشر بيروت سنة 1985 ج7 ص 513

2- الأعمال الكاملة للشيخ محمد عبده 94/2

3- النقد الذاتي ص23

4- تفسير المراغي 181/2

المسؤولية المدنية للمحامي في القانون الجزائري واجتهاد المحكمة العليا الجزائرية



حمادي عبد النور باحث دكتوراه

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

Abdenmour_13@live.fr

إذا كان الإجماع قد توافر على القول بمسؤولية المحامي، فإنه يغيب من ناحية أخرى فيما يتعلق بقواعد المسؤولية الواجبة التطبيق في حالة خطأ المحامي.

فبعد طرح الإتجاه الذي كان يقول بالمسؤولية التقصيرية للمحامي بحكم أن أصحاب المهن الأدبية والفنية والعلمية غير ملزمين مدنيا على تنفيذ تعهداتهم، فالطبيب الذي يعد بعلاج المريض والمحامي الذي يعد بالدفاع عن عميله لا يجبر على تنفيذ تعهداته إلا حينما يكون مسؤولا أدبيا أمام مهنته، فالإجبار على تنفيذ المحامي لتعهداته لا يكون بناء على الإنفاق مع الموكل وإنما الإجبار يكون بناء على النصوص المنظمة للمهنة⁽¹⁾.

بناء عليه نجد الغالبة من الفقهاء تذهب إلى أن العلاقة بين المحامي والعميل يحكمها العقد المبرم بينهما، وكنتيجة لذلك فإن مسؤوليته تخضع لقواعد المسؤولية العقدية وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا.

لكن ومع التطور الذي لحق بالمهن الحرة عموما وبمهنة المحاماة خصوصا، اتجهت قلة من الفقهاء إلى ضرورة خضوع المهن لمسؤولية ذات طابع خاص ناتج عن طبيعة المهنة .

(1) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 94.

أولا المسؤولية العقدية للمحامي :

يُكَيَّف غالبية الفقه العلاقة بين المحامي والعميل على أنها علاقة تعاقدية، إلا أن وراء هذه الصياغة جدلا فقهيًا واسعًا أدّى إلى ميلاد عدة نظريات في الموضوع سواء في فرنسا أو في غيرها من الدول كإيطاليا وألمانيا على سبيل المثال.

ففي إيطاليا حيث جرى نقاش حول الطبيعة القانونية لحق الدفاع، حيث نجد الفقهاء يميزون بين العلاقة الرابطة بين المحامي وعميله في الدعوى المدنية وعنهما في الدعوى الجنائية⁽¹⁾. وهكذا حاول فقهاء قانون المرافعات المدنية أمثال (SATTA) الذي يرى أن الدفاع يعد بديلا للخصم و (RETENTI) الذي يرى أن العلاقة الذاتية بين المُوكِّل والدِّفاع تُنظَّم عن طريق الوكالة وهي في الواقع وكالة فنية (MANDATO TECNICO) (2).

بالإضافة إلى هذا فأركان العقد متوافرة في جانب الطرفين (المحامي والعميل)، أولهما حرية الأطراف في قبول التعاقد أو رفضه، ثم في تحديد إلتزامات كل منهما، فالعميل من جانبه يتمتع بحرية في اللجوء إلى ذلك المحامي أو ذاك دون قيد عليه إلا مصلحته وقدرته المالية، فهو يتجه إلى المحامي الذي يرى أنه الأفضل لرعاية مصلحه وأن في مقدوره مكافأته، ومع إزدياد حالات الممارسة الجماعية لمهنة المحاماة فإن ذلك لا يؤثر على حرية العميل في الإختيار، فهو عندما يعهد إلى محاميه بمصلحه عليه أن يتوقَّع إستعانة الأخير بزميل له.

ولا ضيرَ عليه ما دام المحامي الذي اختاره للدفاع عن مصلحه يضمن في مواجهته أخطاء هذا المعاون (3).

كما أن العميل حينما يتجه إلى صاحب مهنة، عارضا عليه مصلحه كاشفا له بعض متاعبه، مُلتَمَسًا منه المساعدة والدفاع عنه، فهذا يعني أن هناك تبادلًا للرضاء قد تم وأن عقدا قد انعقد ويُعتبر العقد مصدرا للالتزامات المتقابلة. فالمسؤولية التعاقدية تقوم بين المحامي وعميله، ما دام قد ارتبطا فيما بينهما في إطار عقدي حتى ولو كان هذا العقد شفهيًا أو ضمنيا⁽⁴⁾. فهذه العلاقة التي تنجم عن هذه الحالة ترتب المسؤولية العقدية للمحامي، إذ المحامي بمجرد فتحه مكتبه ووضع الصفيحة الإشهارية التي يبين فيها صفته⁽⁵⁾، فإنه يضع نفسه في موقع الموجب أي من يقدِّم إيجابًا، وبالتالي فإن أي عميل يقبل بهذا العرض الذي توجَّه به المحامي من خلال مكتبه، إنما يُبرم عقدا مع المحامي بصفة طبيعية وتامة.

وفي المقابل أيضا يتمتع المحامي بحرية مماثلة في الإختيار، فقواعد المهنة تعطي له الحق في قبول ذلك الذي جاءه يسعى طالبا مساعدته أو رفضه، وهذه المكنة تعتبر ميزة أساسية للمحامي وعلى ذلك استقرت عادات وتقاليد المهنة،

(1) محمد إبراهيم زيد: المحاماة في النظام القضائي في الدول العربية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، بدون سنة النشر، ص 117.

(2) JENNE De Poul Piquet : Responsabilité des notaires, civile, pénale, disciplinaire, 4^{ème} édition, 2003, p22.
(Selon l'opinion d'une partie de la doctrine, la responsabilité Notariale est de nature contractuelle comme l'est celle des médecins, des chirurgiens, des commissaires priseurs, des avocats, elle est Fondée sur un contrat de mandat)

(3) محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص 147.

(4) علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1989، ص 2 وما بعدها.

(5) تنص المادة 53 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة "يمكن المحامي أن يضع داخل أو خارج العمارة التي يوجد بها مكتبه صفيحة لا تتجاوز 20 سم على 25 سم، وتحمل إضافة إلى صفته كمحامٍ بالجلس القضائي واحتمالها، معتمد دون المحكمة العليا، اسمه ولقبه.

- يجب أن تحرر الصفيحة الموضوعية خارج العمارة باللغة العربية)، أنظر كذلك المادة 54 من النظام الداخلي.

وعلة هذا المبدأ أن أداء مهنة المحاماة يتوقف بالدرجة الأولى على ضمير المحامي وإستعداده، ولذا فكان ولا بد أن تُعطى له القدرة على ترك الدفاع عن مصالح لا يجد من نفسه دافعا ولا من ضميره مُشجعا على رعايتها(1).

لكن القانون في هذه الحالة، أي حالة ترك الدعوى بعد قبولها، يفرض على المحامي أولا عدم التخلي عن العميل في وقت غير ملائم أو مناسب كما لو كانت آخر جلسة وبعدها سيصدر الحكم، فلا شك هنا في أن التخلي سيؤدي إلى ترك العميل بغير مدافع، إذ ليس في إمكانه أن يعهد بمصلحه إلى آخر ليتمكن من دراسة الدعوى من جديد وإعداد دفاعه، ويَجِيء إلتزام المحامي بأن يكون تركه للدعوى في وقت مناسب تطبيقا للقاعدة العامة في الإلتزامات، حيث أن العقد غير المحدد المدة يستطيع أحد الطرفين إلغائه بشرط تجنب الإلغاء المفاجئ أو أن يكون الإلغاء في وقت غير مناسب، وإلا عُدَّ متعسفا في إستعمال الحق، وهنا يُصبح من حق المُوكل طلب التعويض والواقع هو أن سبب التعويض ليس تَنَحِّي المحامي عن الوكالة، وإنما يكون للموكل الحق في طلب التعويض عن خطأ عدم إخطاره من قِبَل المحامي بتنحيته عن التوكيل في الوقت المناسب، ويكون التعويض بقدر ما يُحدثُ التَّنَحْي من ضرر للموكل(2).

وبناءً على ما سبق فإن أكثر الفقه والقضاء يرى مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية مسؤولية عقدية عند إرتباطه بعقد مع عميله وأن هذه المسؤولية التي حُدَّت طبيعتها على هذا النحو هي مسؤولية المحامي عن أعماله الشخصية.

ولذلك يُحسن بنا في هذا المقام المُتعلق بمسؤولية المحامي العقدية، التكلّم عن مسؤوليته العقدية لكن عن فعل الغير وبيان متى يكون مسؤولا عن أفعال غيره سواء كانوا من المحامين يُجِلُّهم المحامي محلّه في تنفيذ التزامه أو أعوانا يساعدهونه في تنفيذ كل إلتزامه العقدي أو جزء منه، وهذا نظرا لتشعب أعمال المحامي وتعددها، فمثلا تصادف أن يكون لديه عدة جلسات محاكمة في نفس التوقيت، أو عدة مراجعات في أكثر من مكان فيستعين بغيره من المحامين أو غير المحامين (المعاونون) لتنفيذ إلتزاماته كدفع الرسوم المستحقة عند رفع الدعوى أو رسوم إستخراج صور الأحكام، أو طباعة وثائق الدعوى في المكتب، في هذه الحالة يعمل الغير وفقا لتعليمات وتوجيهات المحامي وبشكل غير مستقل(3).

فالمسؤول هنا هو المدين في الإلتزام العقدي والمتضرر هو الدائن والغير هو من إستخدمه المدين في تنفيذ التزامه.

(1) وتأتي حالات الانتداب والمساعدة القضائية استناد واضحا على المبدأ الخاص بجرية الأطراف في التعاقد إذ تنص المادة 77 من قانون رقم 91-04 في فقرتها الرابعة، (لا يسوغ للمحامي المكلف أو المعين تلقائيا وفقا للفقرات السابقة أن يرفض تقديم مساعداته من غير أن يحصل على موافقة النقيب أو مندوبه على أسباب العذر أو المنع للقيام بتلك المساعدة).

وفي حالة الموافقة وإصرار المحامي على رفضه فإن المجلس التأديبي يصدر في حقه إحدى العقوبات المذكورة في المادتين 49 و 51 من هذا القانون)

(2) Mohamed Kobtan : Obligations et responsabilité de l'avocat, Office des publications, Universitaires, Alger, 1988, p 21.

(3) soresc : la responsabilité contractuelle pour autrui, thèse, paris, 1932, p108.

إذ نجد حده الغير الذي يسأل عند المدين بقوله:

D'abord : il y a tous- ceux qui co- opèrent a l'exécution de l'obligation les auxiliaires. Ceux-ci se classent en substitués et aides l'aide est celui qui développe son activité à coté du débiteurs, comme collaborateur et dont il est le subordonné direct et immédiat tandis que le « Substitu » remplace le débiteur, pour tout ou une partie de l'obligation ».

هذا ولا يوجد نص يُقرّر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير، على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير وهذا النص هو المادة 178 من القانون المدني (يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة).

وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

ونقول بطريق غير مباشر لأن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير إنما يستخلص ضمنا من هذا النص، فمادام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسؤولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص، فيستطيع بالإتفاق، كما سنرى لاحقا أن ينفي عنه هذه المسؤولية، ومنه يمكن القول أن المادة 2/178 تقرّر مبدأ عاما، هو أن المدين مسؤول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه العئدي(1)، ومن شروط قيام مسؤولية المحامي عمّن يستخدمهم في تنفيذ إلتزاماته نجد ما يأتي :

أولاً: بما أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير فرع من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، فينبغي إذن توافر شروط الأخيرة من وجود عقد صحيح بين الدائن الذي أصابه ضرر وبين المسؤول، وأن تكون هناك رابطة سببية بين الضرر وفعل الغير الذي يُسأل المدين عنه، كما يجب أن يقع عدم التنفيذ والعقد لازال قائما(2)، وهذا طبقا للقواعد العامة ومع ذلك فقد يثور في هذا الشأن سؤالان:

أولهما، ما حكم تدخل الغير في الفترة التي تسبق تكوين العقد؟ كاستعانة المحامي بمحام آخر في المفاوضات الجارية قبل إنعقاد العقد وأدى نشاط المحامي الأخير إلى قطع المفاوضات مما سبّب ضررا للطرف الآخر.

وثانيهما، ما حكم تدخل الغير في التنفيذ بعد إنقضاء العقد، وهل تترتب عندئذ المسؤولية العقدية عن فعل الغير؟

فبناء على التساؤل الأول يرى البعض أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم حيث يوجد عقد وإذا تولى الغير نيابة عن المسؤول المفاوضة في عقد ثم قُطعت المفاوضات فأصاب قطعها الطرف الآخر فإن المسؤولية لا تكون هنا عقدية(3).

ويرى البعض الآخر أنه لا يمكن الكلام عن المسؤولية التعاقدية في الوقت الذي لا زال لم يتكوّن فيه بعد العقد ، مستندا إلى الأستاذ سفاتيه الذي يقول ".... ويظهر أن المسألة قليلة الحدوث في الحياة العملية، والقرارات القضائية نادرة في هذا الموضوع ويظهر أن مثل هذه المسؤولية قبل إنعقاد العقد تكون مسؤولية تقصيرية حسب ما

(1) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 1966، ص 668.

(2) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 746.

(3) عبد الرزاق السنهوري : المرجع نفسه، ص 747.

كتبه عبد الباقي محمود سوادي (1). ويمكن القول أن هذه المسألة قليلة الحدوث وخاصة بالنسبة للمحامين، بحكم وضعهم الخاص فكثيراً ما يتقاضون تمهيداً للإتفاق على الدفاع في بعض القضايا أمام القضاء ثم يقطعون المفاوضة ويرفضون الدفاع لأن القواعد المهنية تحددهم، فالقانون المنظم لمهنة المحاماة يمنع المحامي من إلتزام دعوى خصم موكله (2)، أو الإلتزام بالدفاع عن قضية أمام قاضي تربطه به علاقة قرابة (3)، إلى غير ذلك من الإلتزامات المهنية (4)، كما أن طبيعة عمل المحامي تتطلب منه دراسة القضية من جوانب عديدة قبل تعهده بالدفاع عنها فقد يستعين بأحد المحامين في دراسة القضية التي ينوي التعهد بالدفاع عن صاحبها، فإذا سبب المحامي الآخر قطع المفاوضات إستناداً إلى القواعد المهنية المنوّه بها أعلاه، فلا تترتب المسؤولية العقدية لأن فعل الغير حدث قبل قيام العقد وليس بعد تكوينه.

أما التساؤل الثاني فيقول البعض بعدم ترتب المسؤولية العقدية عن فعل الغير بعد إنتهاء العقد، وإنما تكون المسؤولية تقصيرية خلافاً للبعض الآخر الذي يرى أن العقد المنتهي إذا خلف إلتزامات تعاقدية ولم يوف الملتزم أمكن قيام مسؤوليته العقدية وإذا لم يوف بهذه الإلتزامات بفعل الغير ترتبت مسؤوليته العقدية عن فعل الغير (5). هذا ويمكن القول أن الرأي الثاني يميل إلى الصواب بحكم أنه في الإلتزامات إيجابية كانت أم سلبية، إذا كانت من مُخلفات العقد أي تولدت عنه وتراخى في تنفيذها تكون عقدية سواء نُسب عدم التنفيذ إلى فعل المدين الشخصي أو فعل الغير، لأنها تعتبر من مستلزمات العقد (6). كما يثور التساؤل إذا ما فوّض العميل إلى محام معين أمر الدفاع عن مصالحه وتتبعها أمام جميع الجهات القضائية بمختلف درجاتها، لكن في مرحلة الطعن بالنقض (7)، أمام المحكمة العليا، يجد المحامي نفسه غير مؤهل لتمثيل موكله أمامها (8). فيضطر إلى إسناد القضية إلى

(1) عبد الباقي محمود سوادي : مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 227.

(2) تنص المادة 83 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة "لا يمكن المحامي الذي قدم استشارة إلى طرف، المرافعة في نفس القضية لصالح الطرف الخصم، ولا أن يقدم له نصائح، وكذلك لا يمكنه بعد توكيله في الدرجة الأولى من الدعوى الدفاع عن مصالح الطرف الخصم في كافة مراحل الإجراءات".

(3) تنص المادة 100 من النظام الداخلي "يمنع على المحامي المرافعة والدفاع أو التقدم للقيام بإجراء مهني أمام قاضي من أقاربه من الأصول أو عن طريق المصاهرة".

(4) كالمواد 78، 95 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة، وأنظر كذلك المواد (27، 28، 29) من مشروع قانون المحاماة الجديد.

(5) عبد الباقي محمود سوادي : المرجع السابق، ص 227.

(6) أنظر المادة 2/107 من القانون المدني، ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

(7) وهي طريق من طرق الطعن الغير العادية حسب المادة 313 من ق.إ.م.و.

(8) حيث تنص المادة 113 من قانون 91-04 "يعتمد أمام المحكمة العليا لتمثيل الأطراف المتخاصمين بقرار من وزير العدل:

- المحامون الذين لهم أكثر من (10) سنوات تسجيل.

- القضاة الذين لهم أقدمية (10) سنوات.

- الأساتذة المحاضرون بمعاهد الحقوق.

- المحامون المجاهدون أبناء الشهداء الذين لهم أقدمية (5) سنوات".

مع الملاحظة أن مشروع قانون المحاماة الجديدة وفي حالة ما أصبح قانوناً ساري المفعول نلجده زاد من مدة الاعتماد أمام المحكمة العليا حيث تنص المادة 50 منه "يعتمد أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة بقرار من وزير العدل، حافظ الأختام:

- المحامون الذين أثبتوا ممارسة فعلية لمدة إثنين عشر (12) سنة على مستوى المجالس القضائية أو المحاكم الإدارية، على أن لا يكونوا قد تعرّضوا خلال (3) سنوات الأخيرة إلى عقوبة التوقيف وفي هذه الحالة تضاف مدة سنتين (2) للأجل المنصوص عليه في هذه المادة.

- القضاة الذين مارسوا مهامهم على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة".

إلى محامي معتمد لدى المحكمة العليا، هنا وحسب المادة 58 من القانون المدني⁽¹⁾. يبقى المحامي الوكيل مسؤولاً عما عمله تحت إشرافه.

لكن إذا كان العميل يعلم بعدم أهلية محاميه لتمثيله أمام المحكمة العليا، فرخص له بتوكيل محام آخر من دون تعيين، فإن المحامي الأصلي لا يُسأل إلا إذا إختار مثلاً من لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة لإنجاز العمل القانوني المطلوب منه، أو أحسن إختياره لكن أعطاه معلومات أو بيانات حول القضية كانت هي السبب في حدوث الضرر⁽²⁾.

والآن وتسليماً بما هو كائن حيث أصبح مستقراً عليه وجود علاقة تعاقدية بين المحامي والعميل. وهذا ما سايه القضاء الجزائري ففي حكم حديث له إتخذ موقفاً واضحاً بخصوص مسؤولية المحامي إذ اعتبرها مسؤولية ذات طابع عقدي تجمع بين هذا الأخير وزبونه، وإلى هذا أشار القرار المؤرخ في 2008/05/21 الصادر عن المحكمة العليا في الجزائر بقولها "يتعلق القرار المطعون ضده بضرر ناتج عن مسؤولية تعاقدية بين المحامي وزبونه"⁽³⁾ بعد طرح الإتجاه الرافض لوجودها بين أرباب المهن الحرة وعملائهم، ومع هذا الخلاف بين الفقهاء مازال من - ناحية أخرى - مستمراً حول طبيعة هذه العلاقة العقدية.

ثانياً: تحديد طبيعة العقد القائم بين المحامي والزبون :

إختلفت آراء الفقهاء حينما اقتضى الأمر تحديد طبيعة العقد الذي يربط المحامي بزبونه.

الرأي الأول: يرى أن هذا العقد يعتبر عقد وكالة:

يرى بعض شراح القانون المدني أن العقد الذي يربط العميل بالمحامي هو عقد وكالة، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (Pothier) الذي يقول في هذا الصدد: "مما لا شك فيه أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة، إنما تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة، وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص"⁽⁴⁾.

وهكذا فإن أنصار هذه النظرية قد بنوا فكرتهم على أساس تاريخي إذ كان القانون الروماني يميز بين المهن الحرة والحرف اليدوية التي كان يزاؤها الرق عادة⁽⁵⁾.

وأغلب أصحاب هذا الرأي قد إتجه إليه نزولاً على العبارات التي استعملها المشرع عندنا جرياً وراء إستعمال الوكالة في العرف الجاري، فالمشرع في معرض كلامه عن العلاقة بين المحامي وعميله في قانون المحاماة أطلق على المحامي

(1) تنص المادة 580 من ق.م "إذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية".

(2) تنص المادة 2/580 ق م "أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات".

(3) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2008/05/21 -مجلة المحكمة العليا -سنة 2009-عدد 01-ص 121

(4) رابيس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 416.

(5) محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004، ص 46.

لفظ الوكيل وأطلق على عميله لفظ الموكل، وعلى ضوء ذلك فقد كان من السهل على كثير من الفقهاء الإتجاه إلى تكييف العلاقة على أنها وكالة(1).

فالوكالة في تعريفها القانوني حسب المادة 571 من القانون المدني التي تنص "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

ويقابله النص التشريعي الفرنسي بما يلي:

un, acte par le quel une personne donne à une « Le mandat ou la procuration est autre, le pouvoir de Faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

فمحل الوكالة إذاً عمل قانوني والحامي يقوم في الغالب بعمل قانوني ينصرف أثره إلى عميله، أي أنه يجوز صفة تمثيلية تهيئ له إتمام التصرفات والأعمال القانونية بإسم ولحساب عميله(2).

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن أنصار هذا الرأي "عقد وكالة" تفرّعوا إلى اتجاهين:

* الإتجاه الأول : يرى أن هذا العقد يعتبر بمثابة وكالة عادية.

* الاتجاه الثاني : فيضفي على هذا العقد وصفاً خاصاً، إذ يعتبر عندهم بمثابة عقد وكالة بالخصومة.

والفرق بينهما يكمن في أننا نكون بصدد وكالة عادية إذا تعلق الأمر بوكالة أعمال، كأن يقوم الوكيل بتأسيس شركة أو بقاء رهن لفائدة موكله. أما إذا تعلق الأمر بقيام الوكيل بتمثيل موكله بخصوص نزاع معين معروض أمام القضاء فإننا نكون حينئذ أمام ما يسمى الوكالة بالخصومة، هذا مع الإشارة إلى أن الفقه في فرنسا نادراً ما يجري مثل هذه التفرقة، وأنه يلجأ إلى استخدام عبارة "عقد الوكالة" بدون تخصيص، وهو الإتجاه الذي ينتهجه القضاء المصري(3).

غير أن هذا الرأي الذي يعتبر علاقة الحامي بعميله في حكم عقد الوكالة لم يلق تأييد الكثير من الفقه خاصة بفرنسا، ومن ذلك مثلاً في المواد الجزائية، فإنه من المقرر أن الحامي لا يمثل موكله المتهم، لكنه يضمن مساعدته القضائية فقط، مع الإستثناء الحاصل في مجال المخالفات، وخير دليل على ذلك أن الحامي لا يستطيع أن يتولى المرافعة إلا في حضور موكله(4).

وهذا ليس معناه أن شخصية الحامي تذوب في شخصية العميل ويصبح صوت الحامي هو المسموع لدى المحكمة مع غض الطرف عن العميل، فهذا الدور الذي للمحامي لا يسلب العميل حقه في تقديم ما يريد من دفاع أو طلبات بحيث إذا ما أصرَّ المتهم رغم معارضة محاميه له أو إسداء النصح إليه على أن يتقدم هو شخصياً للمحكمة

(1) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 78.

(2) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 373.

(3) حبار آمال : المسؤولية العقدية للمحامي الفرد- رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، 1999، ص 39.

(4) - Mohamed Kobtan : op , cit , p 39.

بدفاع من عنده أو بطلب إستجوابه عن أمور رأى أن مصلحته تقتضي الكشف عنها كان على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه(1).

يُضاف إلى ذلك أن هناك بعض أحكام الوكالة لا تتماشى ومركز المحامي في علاقته بزبونه لأن الوكالة تفترض في أصلها إلزام الوكيل بتعليمات موكله(2)، وهو أمر لا يتماشى مع مبدأ الإستقلالية في مهنة المحاماة(3)، فالمحامي هو حرا في إختيار وسيلة دفاعه، دون الخضوع لأي أمر من عميله(4).

كما أنه إذا كان المقرر طبقا للمادة 1/581 من القانون المدني الجزائري أن الوكالة في أصلها تعتبر من أعمال التبرع، وأن إقترانها بعوض يبقى من قبيل الإستثناء فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للمحامي في علاقته مع عميله فالمحامي له الحق في الحصول على الأتعاب جراء ما قام به لصالح قضية العميل(5).

وفيما يخص مسألة أن الوكالة عمل قانوني، فالمحامي إلى جانب الأعمال القانونية يقوم بأعمال مادية مثلا المرافعة أليست ضرورية للدعوى؟ وهي ليست عملا قانونيا وإنما تُعد عملا ماديا، وبالتالي لا يمكن أن تكون موضوعا لعقد وكالة(6).

نفس الأمر بالنسبة للإستشارة(7). هي عمل مادي، ويجب في هذا الصدد إبعاد فكرة ثانوية هذه الأعمال المادية أو أنها مفروضة بطريقة ضمنية، فمن الصعب تصور أن مهمة الإستشارة بالنسبة للمحامي تمثل إلزاما ثانويا يقع عليه، إذ في الحقيقة هي إلزام أصيل كباقي الإلتزامات يبدأ من اللحظة التي يتناول فيها المحامي الدعوى.

الرأي الثاني : يرى أن هذا العقد يعتبر عقد عمل:

لم يرد تعريف لعقد العمل في التشريع الجزائري وحتى الفرنسي، وقد عرفه القانون المدني المصري بالقول "هو العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وهو نفس التعريف الوارد في المادة 42 من قانون العمل المصري، وقد عرف الفقه الفرنسي عقد

(1) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 84.

(2) بو عبد الله رمضان : أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 96.

(3) محمد أحمد لكو : مسؤولية المحامي المدنية، والتأديبية والجزائية - المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني، المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين، بيروت، لبنان، 2004، ص 141.

(4) تنص المادة 84 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة: "لا يخضع المحامي إلا لضميره وللقانون، فهو وحده جدير بتقديم الدعوى كما يراها ضرورية ومناسبة من أجل المصالح التي يدافع عنها، شريطة أن لا يعبر موكله عن إرادته في أن تتم استشارته وتقديم موافقته في هذا المجال".

(5) تنص المادة 83 من قانون 91-04 "يجرى الإنفاق بكل حرية بين المتقاضى والمحامي على مبلغ مقابل الأتعاب حسب الجهد الذي يبذله المحامي وطبيعة القضية ومدتها والمحكمة التي ترفع إليها تلك القضية وأهمية الخدمة التي يقوم بها المحامي.

يجب على المحامي أن يسلم وصلا لموكله عن المبلغ الذي يتقاضاه منه. ولا يجوز للمحامي بأي حال من الأحوال التخلي عن واجبات الاعتدال التي تبقى من سمات مهمته".

(6) AVRIL : op , cit, p 39.

(7) Patrik Henry : le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice, Gand, story, scientia284-p86 « l'avocat est chargé, Vis-à-vis de son client, d'une mission générale de conseil.

L'importance essentielle de ce devoir de conseil de l'avocat se trouve d'ailleurs expressément soulignée dans le vocable usuellement employé pour désigner l'avocat. il est « le conseil » de son client.

Cette obligation générale de conseil se décline sous différentes Facettes : obligation d'information, de renseignement, de mise en garde ou, encore, de conseil, il s'agit la des différentes formes que peut revêtir l'obligation général de conseil ».

العمل بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف بإنجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح طرف آخر، وتحت إشرافه مقابل عوض (1).

أما عن التشريع الجزائري فقد حذا حذو الكثير من تشريعات العمل الأجنبية، إذ لم يعرف عقد العمل في مختلف التشريعات المتعاقبة من بينها قانون علاقات العمل الحالي حيث نصّت المادة الثامنة منه على أنه " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة على أية حال ، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما ، وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقات الجماعية وعقد العمل " ومن ثم أكد على الأخذ بالفكرة الحديثة لعلاقة العمل التي تُكرّس الإهتمام بالجانب الموضوعي للعمل وتوسيع دائرة ووسائل وطرق الحماية للعمل

ومن خلال هذه التعاريف التي تكاد تكون متطابقة فإن ما يشدّ إنتباهنا فيها هو عنصر الإدارة والإشراف الذي يكون لرب العمل (2).

إذا قورن العقد الذي يربط المحامي مع موكله بعقد العمل، فحسب التعريفات السابقة فإن العنصر الذي يفتقر إليه عقد المحامي مع موكله، هو عنصر الإدارة والإشراف والذي هو عنصر أساسي في عقد العمل، وهذا ما لا وجود له في علاقة المحامي بالعميل (3)، فالمحامي يقوم بعمله بإستقلالية تامة وإن كان يتقاضى أتعاب لكن لا يخضع لأي تبعية (4). أما بالنسبة للمحامي الذي تعاقد مع شركة معينة للدفاع عن مصالحها بصفة دائمة مقابل مرتب شهري أو سنوي (5)، فهنا يكون العقد الذي أبرمه المحامي مع الشركة هو عقد عمل وينطبق عليه وصف العامل (6). العامل (6).

(1) جلال مصطفى القرشي : شرح قانون العمل الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 130.

(2) محمد سعيد جعفرور : نظريات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998، ص 10.

(3) محمد أحمد لكو: مسؤولية المحامي المدنية والتأديب والجزائية - منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، بيروت، لبنان 2004، ص 140.

(4) تنص المادة 1 من قانون تنظيم مهنة المحاماة 91-04 "المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على احترام حقوق الدفاع، وتساهم في تحقيق العدالة وتعمل على احترام مبدأ سيادة القانون وضمان الدفاع عن حقوق المواطن وحرياته".
وتقابلها المادة 52- من مشروع تعديل قانون المحاماة السابق.

³ قرار المحكمة العليا رقم 318213 بتاريخ 2004/02/17 "بدعى أنه يعاب على الحكم المطعون فيه أن المحكمة الاجتماعية غير مختصة للفصل في النزاع كما سبق للطاعن وأن أثارته أمام المحكمة الابتدائية بحجة أن المطعون ضده مساهم في الشركة وبالتالي فهو ليس عاملا أجيرا كما تنص على ذلك المادة 02 من القانون 90-11 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بقانون العمل والتي تعتبر عاملا أجرا كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم وأن النزاعات التي تتعلق بهذه الشركة تختص بها المحكمة التجارية وليس القسم الاجتماعي.
لكن بمفهوم القانون وكما سبق توجه من قبل المحكمة الابتدائية فإن المطعون ضده الذي قدم كشوفات الراتب الشهري عن العمل الذي يؤديه في المنصب الذي يشغله لدى الشركة يثبت أنه تربطه علاقة عمل بهذه الشركة".

القرار منشور في قانون العمل في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الرابعة، منشورات بيرتي، 2008، ص 2.

(6) ولهاصي سمية بدر البدور : حق العامل في الاستمرار في علاقة العمل وحقه في السلامة الجسدية في ظل التحولات الاقتصادية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجليلي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2006، ص 120.

الرأي الثالث : يرى أن هذا العقد يعتبر عقد مقاوله :

يذهب هذا الرأي إلى أن العقد الذي يربط المحامي بالعميل هو عقد المقاوله (1)، ذلك أن المحامي يبقى ملزماً بأداء عمل لقاء أجر، وبذلك يعتبر مقاولاً، لأنه يقوم بعمله على وجه الإستقلالية، وأنه هو الذي يُحدّد طريقة المرافعة، والحل الذي يراه أصلح لعميله، وبناء على ما سبق فهذا الرأي مُقتنعاً بمبدأ الإستقلالية الذي يُمارس من خلاله وفي إطاره مهنته، ومُبيناً أن المحامي يقوم بعمله لصالح عميله غير خاضع له وبالتالي فإنه يعتبر في مركز المقاول الذي يؤدي عملاً لصالح آخر مقابل أجر يتناسب وأهمية العمل الذي قام به، وهذا يتلاءم كثيراً مع وضع المحامي الذي يؤدي مهمة محدّدة - الدفاع في قضية مثلاً - بدون أن يكون خاضعاً لرابطة أيا كانت من التبعية للعميل، كما أن أتباعه لها علاقة بالعمل المؤدّى فعلاً وليس بالعمل المتعهد به (2).

كما ذهب البعض إلى أن شأن المحامي شأن الطبيب والمهندس يقوم بعمل لمصلحة شخص آخر، أي يُسخر خدماته للغير مقابل مبلغ نقدي يأخذ شكل الأتعاب، ويختلف بحسب ظروف كل قضية على حدة، وفي نظرهم أنه مادام الأمر يخص أداء خدمة مقابل بدل مالي (أتعاباً)، فإنه يبقى عقد مقاوله (3).

وقد وجد هذا الرأي تأييداً لدى الفقه المصري الذي يرى أن الأعمال التي يقوم بها المحامي تُعتبر مجرد أعمال مادية في مجموعها ولا تدخل ضمن التصرفات القانونية، وإن كان يُقرّ بأنه يغلب عليها الجانب الفكري، وقد رتب على ذلك أن الأعمال التي تصدر من المحامي في علاقته بعميله من مرافعة وإعطاء المشورة هي أعمال مادية وليست أعمالاً قانونية، وأن أساسها هو عقد المقاوله بين الطرفين على أن لا يخضع في أداء هذه الأعمال لرقابة وتوجيه عميله (4).

على أن هذا الرأي وإن كان قد لقي صداه عند الكثير من الفقه القانوني إلا أنه لقي انتقاداً شديداً أيضاً، ذلك أن عقد المقاوله يخضع في أصله لأحكام قانونية مغايرة تماماً للعلاقة بين المحامي والعميل.

كما أن عقد المقاوله يُعتبر من العقود الملزمة، وهو أمر غير متوافر في العلاقة بين المحامي والعميل، إذ بإمكان العميل أن يعزل المحامي بإرادته المنفردة وأن يستبدله بمحام آخر أثناء سريان الدعوى (5)، وهو أمر غير ممكن في إطار عقد المقاوله، إذ المقرر في عقد المقاوله أنه لا يستطيع أي من الطرفين إلغاءه بإرادته المنفردة، فإن قام أحدهما بذلك فإنه يُصبح حينئذ ملزماً بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي ألحقها به.

(1) عرّفت المادة 549 من ق.م، "المقاوله عقد يتعهده بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهده به المتعاقد الآخر".

(2) Mazeaud : contrat d'entreprise, Encycl.- Dalloz 1979, tome 3, N1.

(3) محمد جابر الدوري : مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة، ماجستير- بغداد- 1975- ص 28.

(4) محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاوله، دار النهضة العربية، 1962، مصر، ص 48.

(5) تنص المادة 81 من قانون 91-04 "يمكن إبطال توكيل المحامي في أي وقت كان من أوقات الدعوى على أن يقوم الموكل بإخباره بذلك".

هذا من جهة ومن جهة أخرى إن عقد المقاولة وإن كان يقوم على أساس أداء المقاول عملا ماديا لفائدة زبونه، فإن ذلك لا يصلق بالنسبة للمحامي الذي لا تقتصر مهمته على إسداء المشورة أو المرافعة، لأنه قد يقوم بأعمال أخرى ملاصقة لمهنته مثل تسجيل الإستئناف، وتقديم الطعون بالنقض (1).

كما أن المقاول في عقد المقاولة يمارس نشاطا تجاريا على خلاف المحامي الذي يعد عمله عملا مدنيا دون خلاف (2).

إذن يتضح مما سبق سرده أن العقد الذي يربط المحامي بعمله يختلف عن عقد المقاولة في نواحي شتى مما يستوجب إستبعاد وصف المقاولة عليه.

الرأي الرابع : يرى أن هذا العقد يعتبر من عقود القانون العام:

إن الآراء التي سبق عرضها تنصب على البحث في طبيعة العقد مع المحامي في دائرة القانون الخاص، أي في دائرة العقود المدنية، أما في هذا الرأي فسأعرض الإتجاه الذي يضع العلاقة بين الزبون و المحامي في نطاق القانون العام، حيث يرى هذا الإتجاه أن المحامي يساعد في تسيير مرفق عام ألا وهو القضاء، ويساهم في تقديم خدمة عامة للعدالة ومرفقها، فوظيفة المحامي هي قبل كل شيء خدمة عامة ولذلك فإن علاقته بالعمل تدخل في إطار روابط القانون العام لتعلق مهنته بمرفق عام، فيجب أن لا ننسى أن الإستشارات والمذكرات والمرافعات وكل ما يؤديه المحامي يُشكل جزء كبيرا من مهمة العدالة (3). على أساس أن المحامي يقوم بتهيئة الدعوى أمام القضاء، ويساعد بذلك على سرعة الفصل في الخصومات خاصة وأن معظم اللاجئين إلى القضاء يجهلون الإجراءات التي تجعل دعواهم مقبولة لدى المحاكم (4).

وبالتالي يحتاج الأمر إلى متخصص حتى يهيئ الدعوى تهيئة صحيحة للفصل فيها بما يؤدي إليه ذلك من تقليص فترة ركودها في المحكمة وما ينتج عنه من سرعة حصول أصحاب الحقوق على حقوقهم وإستقرار مراكزهم، وبتخلف دور المحامي تظل الدعاوى تتقاذفها أيدي المحاكم تارة لعدم الإختصاص وأخرى لنقص أو عيب في الإجراءات وقد ينتهي الأمر إلى رفضها لفوات الميعاد ويتعطل بذلك مرفق العدالة عن أداء جانب كبير من مهامه، ويلاحظ أن أصحاب هذا الإتجاه قد انطلقوا في طرحهم من فكرة أن المحامي يساعد في تسيير مرفق عام بإعتباره مساعدا للعدالة في أداء مهمتها للجميع (5).

لكن وبالرغم من كون المحامي يشترك في إدارة مرفق عام هو مرفق العدالة إلا أن الإعترارات التي توصل إليها بعض الفقه ومنهم (Appleton) تخرج عن إطار إلزامات المحامي تجاه عملائه، ولا تأتلف إطلاقا مع طبيعة مهنة المحاماة، فالمحامي ليس موظفا، والموظف لا يكون مسؤولا بصورة شخصية إلا في حالة الخطأ الشخصي الخارج عن أداء

(1) فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص 367.

(2) أنظر نص المادة 02 من القانون التجاري الجزائري التي تحدد الأعمال التجارية، بحسب الموضوع.

(3) APPLETON : op-cit, p 395.

(4) عبده جميل غصوب: مسؤولية المحامي المهنية المدنية بين النظرية والتطبيق منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 2004، ص 101.

(5) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 53.

الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة، بينما المحامي مسؤول دائما بصورة شخصية، سواء بوجود الخطأ الفادح أو بوجود الخطأ البسيط (1).

ومن جهة أخرى المحامي يمارس مهنته باستقلالية مطلقة ويعود له قبول المهمة المعروضة عليه أو رفضها، بينما الموظف ملزم بإنجاز العمل المسند إليه الداخلة ضمن وظيفته، سواء كان مقتنعا به أم لا (2). كما أنه ينجر عن إعتبار المحامي موظفا عاما إستعارة قواعد المسؤولية التي تنطبق على الموظفين العموميين وإعمالها في حالة مخالفة المحامي لإلتزاماته (3)، بما في ذلك من إمكانية تطبيق أحكام مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، إذ المحامي بهذه الصفة يعتبر تابعا للدولة والدولة أو السلطة العامة هي المتبوع، وهنا يثار التساؤل عن حق المضرور من خطأ المحامي في الرجوع على الدولة مطالبا إياها بالتعويض من جراء خطأ تابعها؟ وهذا محل التسليم به ومحذور إدراكه ويدفعه الواقع العملي الذي لم يشهد في فرض من فروضه دعوى مقامة من العميل ضد الدولة مطالبا بالتعويض عن خطأ المحامي الذي أكدنا مرارا أنه يمارس مهنة حرة ولا تربطه أي رابطة تبعية بالسلطة العامة (4)، كما أن الحالات التي تتم فيها إنتداب المحامي من قبل المحكمة وحالات المساعدة القضائية التي يستند إليها أنصار هذا الرأي هي حالات إستثنائية، والإستثناء لا يقاس عليه.

الرأي الخامس : العقد الذي يربط المحامي بعميله عقد غير مسمى :

بعد إستعراضنا الآراء التي قيلت في تكييف العقد الذي يربط المحامي بعميله والإتجاهات التي ظهرت في هذا الشأن، نُحَدِّد الآن الإتجاه المؤيد من السواد الأعظم من الفقه القانوني وهو الذي يقول أنه عقد من طبيعة خاصة « Sui- Generis »، وهو ما أيله الحكم الصادر عن محكمة إيكس بتاريخ 14/06/1905 "الإتفاق الحاصل بين المحامي وزبونه لا يعتبر في حقيقته عقد وكالة، كما أنه لا يعتبر عقد عمل، وإنما يعتبر عقدا غير مسمى" (5).

وهذا العقد الغير المسمى يصطلح عليه "بعقد الحاماة" أو "عقد الدفاع" يتولى فيه المحامي الدفاع عن مصالح الزبون سواء تعلق الأمر بتقديم الإستشارات القانونية أو النصائح ، أو تلك المساعي التي يقوم بها المحامي لدى الجهات الإدارية ، أو تلك الإجراءات القانونية المرتبطة بالدعاوى والخصومات فهو عقد من العقود التي لم يتكفل القانون العام بتنظيم أحكامه ، بل أَبَانَ قانون الحاماة بعض أوجهه ومعالله، فهو يخضع أولا لقواعد الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري المتعلق بصحة العقود وآثارها وشروط صحة عقد الحاماة هي نفسها الشروط التي نص عليها القانون المدني، وهي الرضا وأهلية التعاقد والحل الممكن (6)، وشرعية السبب (7). ولقد فرّق الفقه المدني

(1) حسين بن شيخ آت ملويا، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 14.

(2) حبار آمال :المسؤولية المدنية للمحامي- رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2006، ص 73.

(3) Avril : op.cit, p 55.

(4) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 56.

(5) اسماعيل غانم، قانون العمل، القاهرة، 1961، ص 117.

(6) حيث الإلتزام الذي يكون محله عملا أو امتناعا عن عمل فيجب أن يكون الحبل فيه ممكنا. فإذا كان محل الإلتزام مستحيلا فإن الإلتزام لا يقوم ويكون العقد باطلا لأنه لا

التزام. بمستحيل (à l'impossible nul n'est tenu) - أنظر عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المرجع السابق - ص 383

(7) بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، (التصرف القانوني والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص

الفرنسي في مجال العقود بين شروط الصحة وشروط الإنعقاد التي إعترف بها القانون الفرنسي بعدما كان يخلط بينهما أما القانون المدني الجزائري فلا زال يخلط بين هذه الشروط.

وشروط الإنعقاد هي الرضا والمحل والسبب، وهي أركان لا ينعقد العقد بدونها أما شروط الصحة فهي تخص إما محل العقد الذي يشترط عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب، وإما الرضا الذي يجب أن يكون سليما من كل العيوب كالتدليس، والغلط، خاليا من الهوى الجامح أو الطيش البين الذي يمكن أن ينتاب رضا أحد المتعاقدين فيجعله عرضة للإستغلال من الطرف الآخر الذي قد يستفيد من أدوات تجاوز القدر الذي إلتزم الطرف الآخر به والذي تعاقدا الطرفان من أجله ويكون العقد في هذه الأوضاع قابلا للإبطال أو الفسخ بسبب الغير(1).

غير أنه إذا إستحال علينا تصور نشوء عقد محاماة مخالف للنظام العام أو الآداب العامة فإنه قد يقع أن يتم هذا العقد تحت تأثير التدليس أو الغلط أو بسبب عدم تبصر الموكل نفسه، وبالتالي فالحمي الذي يُوهم موكِّله بأن جميع الشروط متوافرة لنجاح دعواه على غير الحقيقة، يُعتبر مدلسا، ويكون رضا الموكل مشوبا بعيب التدليس في هذه الحالة (2).

كما أن عيب الغلط يكون محققا، ويكون رضا الموكل معيبا مثلا الشخص الذي يوكل محاميا معيناً ثم يظهر أنه كان يقصد أن يعهد بمصلحه إلى محام آخر، فيكون قد وقع في غلط في شخص المحامي.

وبناء على هذه الأسباب يكون عقد المحاماة قابلا للإبطال والحق للموكل المضرور مطالبة المحامي بالتعويض.

إذن فعقد المحاماة لم يتم تنظيمه وتسطير أحكامه في القانون المدني الجزائري كباقي العقود المسماة، ولذلك فهو عقد غير مسمى يستمد أحكامه من الإتفاق الخاص بين طرفيه وكذلك من العادات المهنية، والقواعد المفروضة عن طريق اللوائح المنظمة للمهنة(3). وبالتالي تبقى التقاليد المهنية لمهنة المحاماة تُسد العجز الذي يعترى هذه النصوص على خلاف الآراء السابقة، التي حاولت أن تقيس حكم علاقة المحامي بعميله بعلاقات أخرى مغايرة ومختلفة من حيث الأساس، والطبيعة عن مهنة المحاماة(4).

ثالثا التوجه نحو المسؤولية المهنية للمحامي القائمة على أساس الخطأ المهني :

إذا كان الفقه قد جرى على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية العقدية تنشأ بمناسبة إخلال المحامي بإلتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية تتمخض عن الإخلال بإلتزام قانوني.

بيد أننا نجد اتجاهها فقهيها حديثا يعتبر أن مسؤولية المحامي هي ذات طبيعة مهنية، إذ يُفند محاولة إخضاع المحامي إلى هذا التقسيم الثنائي بخصوص المسؤولية المدنية والبحث عن صورة أخرى تتلاءم ووضع القانوني وبالتالي تأكيد

(1) علي فيلاي : الإلتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موفم للنشر والتوزيع-الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 15.

(2) Mohamed Kobtan, op,cit, p 23.

(3) وهو القانون رقم 91-04 المتعلق بمهنة المحاماة، وكذلك القانون الداخلي لمهنة المحاماة الموافق عليه بالقرار الوزاري الصادر بتاريخ 1995/09/04، علما أنه يوجد مشروع قانون يعدل القانون رقم 91-04 في طريق المصادقة عليه، وقد سبق أن استدللتنا ببعض مواده.

(4) محمد عبد الله حمود : المسؤولية التأديبية للمحامي في القانون الإماراتي، والمقارن -مجلة الشريعة والقانون -العدد 21-2004، ص 221.

ذاتية المسؤولية المهنية، حيث أن القوانين لم توضع لتطبق على كل مواطني الإقليم أو الوطن، ولكن لكي تطبق على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها(1).

Les lois sont faites non pas pour les hommes qui sont nationaux d'un état ou habitant son territoire, mais pour des groupes d'hommes reconnaissables à la profession qu'ils exercent.

هذا ويضيف بعض الفقه إذا كان للمسؤولية المدنية وبنفس تقنياتها الوقاية من الأخطار وردع المخل وإصلاح الضرر، فسيعفينا هذا وبلا شك، من الإنشغال بالبحث عن أساس جديد للمسؤولية المدنية.

كما أن المركز المهني للشخص أصبح يؤثر على ما يتمتع به من حقوق وما يترتب عليه من إلتزامات(2).

وهذه الخصوصية لمسؤولية المحامي تتأتى من:

أولاً: الواجبات الأدبية أو الأخلاقية التي تعد واجبا عاما مفروضا على الجميع، ولكن لا تؤدي مخالفتها في كثير من الحالات إلى توقيع جزاء مدني، فهذه تحتل في مهنة المحاماة نطاقا مهما من حيث قوتها، إذ يُنظر إليها باعتبارها إلتزامات قانونية تُمارس تأثيرا واضحا على المحامي في ممارسته لنشاطه(3)، بل وتسيطر على باقي الإلتزامات المدنية التي يفرضها القانون أو العادات أو تلك التي تنتج عن العقد، ومن هذه الإلتزامات الصديق الذي يفرض على المحامي إلتزاما قد يراه البعض حقا للموكل ألا وهو ضرورة رفض التمثيل أو الدفاع عن مصالح متعارضة، وقد يجهل العميل وجود ذلك الإلتزام أو يعتبره عديم الأهمية ولكن خصوصية مهنة المحاماة والأهمية المعطاة للإلتزامات الأدبية تقتضي مراعاة عدم الترافع أو تمثيل خصوم متعارضة مصالحهم(4).

ثانيا: إرتباطا بالفكرة السابقة يجد هذا الرأي أن معظم إلتزامات المحامي في مواجهة العميل والمجتمع تجد مصدرها في القانون والعادات المهنية التي تحظى بأهمية كبرى في العلاقات المهنية حيث اعتبرت منذ زمن طويل مصدرا أساسيا للإلتزامات المهني، المحامي، وتكونت منها القوانين والأنظمة الداخلية للنقابات، فالإلتزام الواقع على المحامي هو في الغالب مستقل عن العقد، لذلك فإنه مع غياب الإشتراط الصريح من جانب العميل على إلتزامات المحامي، فإنها تظهر كإلتزامات يفرضها القانون أو توجيهها العادات المهنية. بحيث تستوي إثارة العميل لها مع عدمها، وهذا يكشف الدور الضعيف لإرادة الأطراف في تحديد إلتزاماتهم، كما يظهر التدخل الواضح من جانب المشرع في التضييق من مبدأ حرية الإرادة فالموكل لا يحدد الإلتزامات التي ينتظرها من المحامي ولكن هذه الإلتزامات تُستنتج من تعريف كلمة المحامي(5).

(1) رابح محمد: المرجع السابق- ص 404.

(2) عبد الباقي محمود سوادي: المرجع السابق، ص 164.

(3) محمد أحمد لكو: مسؤولية المحامي المدنية والتأديبية والجزائية- المجموعة المختصة في منشورات الحلبي الحقوقية في المسؤولية القانونية للمهنيين- 2004، الجزء الثاني، ص 144.

(4) تنص المادة 78: من النظام الداخلي لمهنة المحاماة- لا يمكن المحامي المرافعة ولا الدفاع عن قضية يكون فيها الطرف الخصم أحد زملائه...".

(5) راجع المواد 76 وما بعدها من القانون 91-04 المتعلق بمهنة المحاماة وكذا المواد 61 وما بعدها والمادة 80 وما بعدها، من النظام الداخلي لمهنة المحاماة.

وإذا أراد الأطراف تعديل الإلتزامات المفروضة من القانون أو العادات سواء بزيادتها أم إنقاصها لما استطاعوا، مثلاً في علاقة المحامي بموكله تنتفي كل الإشتراطات الخاصة بالتخفيف من مسؤولية المحامي، فأى شرط مقتضاه أن يبذل المحامي في ممارسته لمهنته عناية أو حرصاً أقل مما تفرضه القواعد المهنية طبقاً لمعيار الرجل المهني المعتاد يقع باطلاً⁽¹⁾، على الرغم من موافقة الموكل أحياناً عليه، لذلك إن الإلتزامات المفروضة على المحامي هي في معظمها إلتزامات مهنية أكثر منها عقدية، إذ أن المحامي مهني أكثر منه متعاقد، أي هو يخضع لقواعد مهنية تفرض عليه إلتزامات بنفس الطبيعة التي قد لا تجد مصدرها في العقد نفسه، وهذا لا يقود إلى إنكار العقد كأساس للعلاقة بين المحامي والعميل، بل يصبح دور العقد إعطاء إشارة البدء للمحامي في تنفيذ الإلتزامات التي يفرضها القانون أو العادات، بإعتبارها قواعد عامة ومجردة، ذات صفة اجتماعية، وهي مقترنة بجزء يوقع على طائفة المحامين.

وما يؤكد التوجه نحو نظام المسؤولية المهنية ما سبق ذكره فيما يتعلق بدرجة الخطأ إذ يقدر بمعيار الرجل المهني الممتاز الذي يحل محل معيار رب الأسرة العادي، وبذلك تظهر خصوصية المسؤولية المهنية للمحامي، فالخطأ المهني يختلف عن كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، ويوجد بين فكرتيهما، فالجمهور ينتظر من المهني أكثر مما ينتظره من الشخص المعتاد، لأن المهني متخصص، ويملك التجهيزات الفنية ويتلقى أجراً عما يقدمه من خدمة، وعليه يكون من الطبيعي ألا يُقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنما يُقاس سلوكه بسلوك مهني يباشر مهنة مماثلة، ومن نفس درجة التخصص الفني، وبالتالي فإن الخطأ المهني المستقل يؤكد تحطّي المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية⁽²⁾.

وفيما يتعلق بمقدار التعويض، يذهب الفقه التقليدي إلى أن التعويض كامل في المسؤولية التقصيرية ولا يكون كذلك في المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، لكن من الصعب في علاقة المحامي بموكله توقع أي ضرر عند التعاقد ولذلك فإن مسؤوليته ستمتد إلى أبعد من الأضرار التي يمكن توقعها عند إبرام العقد، جراً احتفاظه بجرية واسعة في الدفاع عن مصالح موكله⁽³⁾.

أخيراً فيما يتعلق بأسباب عدم المسؤولية أو تحديدها كفارق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، فنجد أنها مقبولة في نطاق الأولى وأنها غير مشروعة ومرفوضة في الثانية لمخافتها للنظام العام، وبالتطبيق على مسؤولية المحامي نجد أن تحديده لمسؤوليته في شكل مبلغ معين كتعويض لا يقدم أي مصلحة لأنه ملزم بتأمين مسؤوليته المدنية وأن آثار مسؤوليته سوف يتحملها المؤمن عن المؤمن له بخصوص مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يسببها للغير⁽⁴⁾.

إذن كل هذه القواعد نتصورها قواعد خاصة بأصحاب المهن عموماً، ومهنة المحاماة على وجه الخصوص وهي متعلقة بأساليب وركائز المهنة، وإقرار المسؤولية المهنية للمحامي الذي ينحرف على السلوك المعتاد والمألوف للمحامين الملتزمين، هي إحدى الحلول المناسبة لخلق توازن بين الأطراف من جهة وبين الوضع القانوني للمهنة، وبين الوضع العملي المتسارع التطور لهذه المهنة.

(1) بلال عدنان بدر: المرجع السابق، ص 67.

(2) سليمان بن عبد الله عبد العزيز الغزي: المرجع السابق، ص 311.

(3) عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص 279.

(4) حروزي عز الدين: المرجع السابق، ص 221.

والتركيز على ضرورة هذا التوجه، لا يعني أن تخلق لدى المحامي ذلك التوجس أو الخوف من شبح مسؤوليته، فيقلل ذلك من عزمته وروح المبادرة عنده، وهنا تحضرني تلك المقولة الرائعة للفرنسيين الذين يقدرّون المحامي كشخص والمحاماة كمهنة، ويقرون أن المحاماة ليست في متناول الجميع بل يجب في صاحبها أن يكون نزيها قويا وليس صاحب سجل إجرام، أو صبي فاقد التمييز، أو متعديا على حقوق أصوله

Naturellement tous peuvent devenir avocats. Non pas tous ! En effet, selon les lois de jadis, la Fonction d'avocat ne peut pas être exercée par un sourd, un muet, un Furieux, un moins de dix sept ans, une Femme, un Serviteur, un aveugle, un infâme, un hérétique, un monarque et un chanoine, la profession est aussi interdite à ceux qui exercent, un art vil et mécanique, aux est même interdite à celui qui a manqué militaires, aux Fils illégitimes, la profession d'avocat de respect à ses parents, à celui qui n'a pas défendu, Sa patrie à celui qui a exercé une activité Scandaleuse, ou qui a eu des mœurs dissolues ou qui a vécu dans des lieux de prostitution (1).

وخلاصة القول إن للقانون مفاهيمها إذا كانت لا تبدو سهلة للشخص العادي فهي كذلك حتى بالنسبة لأصحاب الإختصاص في كثير من الأحيان.

وإن سعينا هذا الذي بذلنا فيه جهدنا ، بعد تأمل جاد ، لا يعدو أن يكون محاولة متواضعة لتوضيح بعض القواعد والوقوف عليها ، وإنطلاقا من إحساسنا بالتقدير العميق إتجاه القضاء الجزائري الذي يعمل جاهدا على إرساء عائم دولة القانون ، ليزامن العصر ومستجداته وهو يستقبل الألفية الثالثة .

(1) Remo Danovi : l'avocat et le reflet de son Image- Deuxième édition- Paris -1998, p 10.

القواعد المتعلقة بنزاهة الحملة الانتخابية في القانون الانتخابي الجزائري



الأستاذ : دندن جمال الدين، ماجستير في القانون العام

تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر

الحملة الانتخابية هي مجموعة من الأعمال التي يقوم بها المرشح أو الحزب بهدف إعطاء صورة حسنة لهيئة الناخبين من خلال برنامج انتخابي، وأيضا بقصد تكوين رأي عام موحد يمثل اتجاهها سياسيا محددًا للحزب وأنصاره ويستطيع الحزب أو المرشح الوصول - عن طريق هذا الرأي - إلى السلطة¹. فأهمية الحملات الانتخابية تتأتى من أنها تعمل على تشكيل قناعة الناخب وتوجيهه صوب اختيار معين، خصوصا تلك الشريجة من الناخبين الذين لا يحددون اختياراتهم بناء على أسس حزبية.

وبالرغم من تفاوت أهمية الدعاية وأساليبها من دولة إلى أخرى بسبب تفاوت الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والنظم الانتخابية المتبعة، إلا أن ذلك لا يدحض في أن الدعاية الانتخابية تسهم بشكل واضح في عملية تعبئة الناخبين من أجل المساهمة الواعية في العملية الانتخابية، لما تتيحه للناخبين من فرص التعرف المسبق على المرشحين ومؤهلاتهم العلمية وكفاءاتهم وخبراتهم وكل من شأنه توعية الرأي العام بما يمكن الناخبين من تكوين رؤية واضحة تساعدهم على عملية الاختيار الأمثل من بين هؤلاء المرشحين².

ينظم القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، الحملة الانتخابية في الباب السابع تحت عنوان "الحملة الانتخابية والأحكام المالية" (المواد من 188 إلى 209).

¹ الوردي براهيم، النظام القانوني للجرائم الانتخابية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 113.

² عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين، 2002، الإسكندرية، ص 963.

أولاً- الضوابط العامة التي تحكم سير الحملة الانتخابية :

قيد المشرع الجزائري المترشحين للانتخابات في إطار قيامهم بالحملة الانتخابية ، بجملة من الضوابط التي تضمن تكافؤ الفرص بينهم في عرض برامجهم وأفكارهم وتحول دون المساس بالنظام العام أو الحقوق والحريات العامة حتى بالنسبة لهم في حد ذاتهم . وهذه الضوابط تمس الجوانب المختلفة للحملة الانتخابية و تتمثل فيما يلي :

1- القيد الزمني :

نص المشرع على هذا القيد وبصفة صريحة بموجب المادة 189 من القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات حينما ورد فيها : « لا يمكن أيا كان مهما كانت الوسيلة وبأي شكل كان أن يقوم بالحملة خارج الفترة المنصوص عليها في المادة 188 من هذا القانون ». وعلى هذا الأساس فإن أي قيام بالحملة الانتخابية خارج الفترة المخصصة لها ، أي 22 يوم قبل ثلاثة (3) أيام من الاقتراع تعد مساسا بمبدأ المساواة بين المتنافسين 1 ، وتجنباً لذلك ، وخاصة فيما يتعلق بالاجتماعات العمومية ، تحرص الإدارة على أن تكون كل الرخص الممنوحة قبل انطلاق الحملة مقتصرة على الاجتماعات العضوية والتنظيمية فحسب، كما يمنع القيام بأي عملية إصااق بعد انتهاء فترة الحملة الانتخابية . إن تقييد فترة استعمال وسائل الدعاية على اختلافها بفترة زمنية قصيرة نسبياً ، الهدف منه تحقيق المساواة بين المرشحين و كذا التحكم في نفقات الدعاية 2 .

2- ضمان المساواة في وسائل الإعلام بين المرشحين :

في مجال الحملة الانتخابية ، يعد مبدأ المساواة ما بين المرشحين فرادى كانوا أم تابعين للأحزاب السياسية من أهم المبادئ التي يجب أن تحظى بضمانات تكون كفيلة لحسن سير وانتظام العملية الانتخابية 3 .

- يجب أن يصحب كل إيداع ترشيح بالبرنامج الانتخابي الذي يتعين على المترشحين احترامه أثناء الحملة الانتخابية على أن يكون لكل مترشح " مجال عادل " في وسائل الإعلام التلفزية والإذاعية الوطنية والمحلية قصد تقديم برنامجه الانتخابي . (المادة 191 الفقرة 1 و2 من القانون العضوي رقم 12-01)

- تكون مدة الحصص الممنوحة في هذه الوسائل متساوية بين كل مترشح وآخر للانتخابات الرئاسية ، وتختلف بالنسبة للانتخابات التشريعية والمحلية تبعاً لأهمية عدد المترشحين الذين يرشحهم حزب سياسي أو مجموعة أحزاب سياسية (المادة 191 الفقرة 3 من القانون العضوي رقم 12-01) نفس الشأن مطبق على المترشحين الأحرار (المادة 191 الفقرة 4 من القانون العضوي رقم 12-01)

1 تنص المادة 188 الفقرة 1 من القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012 ، المتعلق بنظام الانتخابات على مايلي : "باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 88 و 89 من الدستور ، تكون الحملة الانتخابية مفتوحة قبل خمسة وعشرين (25) يوماً من يوم الاقتراع ، وتنتهي قبل ثلاثة (3) أيام من تاريخ الاقتراع ."

2 الوردي براهيم ، مرجع سابق ، ص 131.

3 عقيلة خالف ، الحماية الجنائية للنظام الانتخابي في الجزائر ، مجلة الفكر البرلماني ، العدد السادس عشر ، ماي 2007 ، ص 73.

- تستفيد الأحزاب السياسية التي تقوم بالحملة الانتخابية في إطار الاستفتاء من مجال عادل في استعمال وسائل الإعلام المختلفة وفقا لما ينص عليه القانون (المادة 191 الفقرة 5 و 6 من القانون العضوي رقم 12-01)

3- التقييد بالوسائل المسموح بها قانونا :

لا يمكن للمرشحين خلال الحملة الانتخابية اللجوء لاستعمال وسائل أخرى من غير تلك التي نص عليها القانون ، والتي استفادت منها القائمة بعد عملية التوزيع . وعلى هذا الأساس فإنه بالنسبة للملصقات . ينص القانون على تخصيص داخل الدوائر الانتخابية أماكن عمومية للإصاق الترشيحات توزع مساحتها بالتساوي و يمنع استعمال أي شكل آخر للإشهار خارج المساحات المخصصة لهذا الغرض (المادة 195 من القانون العضوي رقم 12-01) . مثلا يمنع على المرشحين وضع لوحات الإصاق خارج الأماكن المخصصة لذلك وإلا في تلك المخصصة للمرشحين الآخرين وهي ظاهرة منتشرة جدا ، إذ غالبا ما يتم وضع الملصقات فوق تلك الخاصة بالقوائم المنافسة ما يؤدي لحجبها ، كما أنه من النادر أن يتقيد المرشحون بالأماكن المخصصة للإصاق إذ تتم العملية في كل مكان يمكن تصوره ، الأمر الذي يؤدي علاوة على المساس بمبدأ المساواة إلى إلحاق أضرار بالطابع الجمالي للمدينة . ويعمق من هذا المشكل أن قانون الانتخابات الجزائري لم ينص صراحة على منع ذلك ولا على عقوبات في حالة القيام به 1 .

4- الحظر المطبق خلال الحملة الانتخابية :

1 - عدم استعمال الدعاية الإشهارية ذات الطابع التجاري كأداة للحملة الانتخابية (المادة 193 من القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات)

2- منع عملية سبر الآراء خارج الأطر الزمنية المحددة لها : يمنع المشرع صراحة نشر وبث سبر الآراء واستطلاع نوايا الناخبين في التصويت وقياس شعبية المرشحين قبل اثنين وسبعين (72) ساعة وخمسة (5) أيام بالنسبة للجالية المقيمة بالخارج من تاريخ الاقتراع . (المادة 194 من القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات)

3- عدم استعمال الوسائل والممتلكات التابعة لمؤسسات القطاع العام أو الخاص :

كما يمنع المشرع من استعمال الوسائل والممتلكات التابعة لمؤسسات خاصة أو هيئات أو مؤسسات عامة لذات الغرض وذلك تجنباً لاستغلال بعض المرشحين انتماءهم أو مسؤولياتهم ضمن هذه الأخيرة لترجيح كفتهم 2 .

1 رغم ذلك فإن القيام بالإصاق خارج الأماكن المخصصة لذلك و بالتالي المساس بالطابع الجمالي للمدينة يمنح للوالي سلطة التدخل باعتبار هذا السلوك يمثل مساسا بالنظام العام بمفهومه الواسع الذي يعتبر الطابع الجمالي جزءا مهنة بعد التطورات التي حصلت في الاجتهاد القضائي .

2 المادة 196 من القانون العضوي رقم 12-01 ، المتعلق بنظام الانتخابات .

4 - عدم استعمال اللغات الأجنبية :

يمنع على المترشحين أثناء قيامهم بالحملة الانتخابية استعمال اللغات الأجنبية ، وهذا حسب نص المادة 190 من القانون العضوي رقم 12-01 : " يمنع استعمال اللغات الأجنبية في الحملة الانتخابية " . وفي هذا الصدد فإنه يفرض على المترشحين استعمال اللغة الوطنية دون غيرها من اللغات الأجنبية الأخرى . كما يجب أيضا أن تحرر الملصقات باللغة العربية **1** ، وخلافا لهذا النص ، لوحظ استعمال اللغة الفرنسية أثناء الحملات الانتخابية ، حتى أن الدولة قامت بتمويل اللوحات الإشهارية المكتوبة باللغة الفرنسية كما قامت بنشر برامج المرشحين باللغة الفرنسية سواء في الصحافة المكتوبة أو في الراديو **2**

5- حظر الاستعمال السيء لرموز الدولة :

ينص المشرع الجزائري على عدم الاستعمال السيء لرموز الدولة أثناء الحملة الانتخابية من قبل المترشحين المتنافسين (المادة 199 من القانون العضوي رقم 12-01) ، ويمثل العلم الوطني ، والنشيد الوطني حسب الدستور أحد الرموز الوطنية للدولة الجزائرية ، وقد تضمن القانون الانتخابي الجديد بعض المرونة في هذا الجانب ، وقد تبين ذلك في كلمة "الاستعمال السيء" ، وهذا خلافا على ما جاء في القانون الانتخابي السابق رقم 97-07 الذي منع صراحة على المترشحين من استعمال رموز الدولة في الحملة الانتخابية .

6- عدم استعمال أماكن العبادة والتدريس للقيام بالحملة الانتخابية :

ضمانا لمبدأ المساواة بين القوائم الانتخابية خلال الحملة الانتخابية ، يلزم عدم استغلال أماكن العبادة ومؤسسات الدولة خاصة التعليمية والتكوينية منها من طرف المترشحين للترويج لبرامجهم الانتخابية ، بأي شكل من الأشكال (المادة 197 من القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات) . فكل من يلجأ إلى هذه المخطورات سواء أكان المرشح أو غيره في الدعاية الانتخابية يتعرض للعقاب المقرر لها **3** .

7 - الضوابط الأخلاقية التي تحكم الحملة الانتخابية :

ضمانا لمصادقية المنافسة الانتخابية ككل والسيرورة العادية للحملة ، يلزم المشرع المترشحين بالتقيد ببعض الضوابط ذات البعد المعنوي ، وقد نص على ذلك صراحة بموجب المادة 197 من القانون العضوي رقم 12-01 حينما ورد فيها : " يجب على كل مترشح أن يمتنع عن كل سلوك أو موقف أو عمل غير مشروع أو مهين أو شائن أو غير قانوني أو لا أخلاقي و أن يسهر على حسن سير الحملة الانتخابية " . وعلى هذا الأساس فإنه يمنع على المتنافسين اللجوء إلى وسائل القوة أو التهيب اتجاه بعضهم البعض كأداة

1 المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 04-72 المؤرخ في 04 مارس سنة 2004 ، المحدد لكيفيات إشهار الترشيحات في الانتخاب لرئاسة الجمهورية . لكن المرسوم التنفيذي رقم 12-29 المؤرخ في 15 فيفري 2012 المحدد لكيفية إشهار الترشيحات لم يتطرق في مواده على وجوب تحرير الملصقات باللغة العربية .

2 إدريس بوكرا، نظام إنتخاب رئيس الجمهورية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 85 ، 86.

3 الوردي براهيم، مرجع سابق ، ص 135.

لاكتساب أصوات الناخبين ، كما يمنع عليهم القيام بأي سلوك قد يؤدي للمساس بالنظام العام والآداب العامة و إلا بالثوابت الوطنية ورموز الثورة التحريرية . وضمانا لذلك ، نجد المشرع يجعل من المشرفين على التجمعات الانتخابية أي المترشحين ومساندي قوائمهم مسؤولين على سيرها العادي من الافتتاح إلى الاختتام كما نصت عليه المادة 13 من القانون 91-19 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 ، المعدل للقانون رقم 89-28 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية حينما ورد فيها : " تثبت مسؤولية المنظمين وأعضاء المكتب المذكورين في المادة 10 من هذا القانون من انطلاق الاجتماع إلى اختتامه. " ، بحيث يكون على عاتق هؤلاء وتحت مسؤوليتهم :

- السهر على حسن سير الاجتماع في ظل النظام واحترام القانون .

- حفظ طابع الاجتماع والهدف المحدد له في التصريح .

- السهر على احترام حقوق المواطنين الدستورية وعدم المساس بها .

- يجب عليهم منع أي خطاب يناقض الأمن العمومي والأخلاق الحسنة و يتضمن عناصر خطر من شأنها أن تفضي إلى ارتكاب مخالفة جزائية .

ثانيا- الأحكام المتعلقة بتمويل الحملة الانتخابية.

إنّ العديد من دول العالم تقوم وباستمرار بعملية تحديث لأنظمة التمويل الانتخابي لديها ، بهدف الوصول إلى أفضل الصيغ التي تُؤمن حسن سير ونزاهة العملية الانتخابية ¹ . فمن المؤكد أن عنصر المال أساسي في أي حملة انتخابية في الوقت الراهن ، ولاسيما فيما يتعلق بمتطلبات الإنفاق على الحملة الانتخابية ، ولذلك فإنه من الأهمية أن تكون هناك بعض الضوابط و القواعد القانونية و التنظيمية التي تحدد طبيعة الإنفاق المالي على حملة كل مرشح أو حزب ، وذلك على النحو الذي يضمن ألا يتجاوز عنصر المال حدود دوره المشروع في تمويل الحملة الانتخابية إلى ممارسة غير مشروعة تؤثر بالسلب في نزاهة الانتخابات ² .

ينظم القانون الانتخابي الجزائري الأحكام المتعلقة بتمويل الحملة الانتخابية بهدف ضمان الشفافية حول مصادر ونفقات الحملة الانتخابية ، ومن جهة أخرى فإن هذه الأحكام تهدف إلى وضع نظام تمويل عمومي للحملة بصورة تحقق المساواة بين المترشحين ، كما يحظر كل تمويل أجنبي للحملة الانتخابية ³ .

1 سعد مظلوم العبدلي ، الانتخابات ، ضمانات حريتها ونزاهتها ، دراسة مقارنة، دار دجلة ، عمان ، الطبعة الأولى، 2009، ص 217 .

2 زكرياء بن صغير ، الحملات الانتخابية ، مفهومها وسائلها وأساليبها ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004 ، ص 84.

3 إدريس بوكرا ، مرجع سابق ، ص 76

1 - التحديد الحصري لمصادر تمويل الحملة الانتخابية :

فالمشرع يحدد و بصفة حصرية ثلاثة مصادر للأموال التي تستعملها القائمة الانتخابية خلال الحملة ، و قد نص عليها بموجب المادة 203 من القانون العضوي 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات حينما ورد فيها : « يتم تمويل الحملات الانتخابية بواسطة موارد صادرة عن :

مساهمة الأحزاب السياسية.

مساعدة محتملة من الدولة تقدم على أساس الإنصاف .

مداخيل المترشح .

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم .».

مساهمة الأحزاب السياسية : مصدر تمويل الأحزاب كما هو معلوم من اشتراكات الأعضاء السنوية ، الهبات و الوصايا و تكون من أشخاص طبيعيين جزائريين و يصرح بها وزير الداخلية ، العائدات المرتبطة بنشاط الحزب نتيجة الاستثمارات غير التجارية كون الأمور التجارية محظورة على الحزب 1.

المساعدات المحتملة التي تقدمها الدولة على أساس الإنصاف : و يؤخذ فيها بعين الاعتبار عدد المقاعد المحصل عليها في البرلمان ، و تقيّد في ميزانية الدولة .

مداخيل المترشح: يمكن أن يساهم المترشح بمداخيله الخاصة في الحملة الانتخابية .

وعلى هذا الأساس فإنه يمنع على المترشحين اللجوء لمصادر أخرى لتمويل حملتهم الانتخابية غير تلك التي يخصصها لهم الحزب السياسي الذي يمثلونه و إلا مداخيلهم الخاصة أو ما يمكن أن تساهم به الدولة لمساعدتهم .

2- حظر التمويل الأجنبي للحملة الانتخابية .

يمنع على كل مترشح في الانتخابات سواء كانت وطنية أو محلية الاستفادة من أي مساعدة من مصدر أجنبي سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة مالية كانت أو عينية ، وقد أكد المشرع على هذا صراحة في المادة 204 من القانون العضوي رقم 12-01 حينما ورد فيها : " يحظر على كل مترشح لأي انتخابات وطنية أو محلية أن يتلقى بصفة مباشرة أو غير مباشرة هبات نقدية أو عينية أو أية مساهمة أخرى مهما كان شكلها من أية دولة أجنبية أو أي شخص طبيعي أو معنوي من جنسية أجنبية. "

والهدف من هذا الحظر هو حماية الحملة الانتخابية و منع التأثير الأجنبي على مسار العملية الانتخابية و المحافظة على نزاهتها² . ومنه تجنب حصول أي ولاء من طرف المنتخبين لأي جهة أجنبية مهما كانت ، خاصة

1 ساعد حجوج ، دور الإدارة في العملية الانتخابية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع الإدارة المحلية ،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2002، ص86 .

² إدريس بوكرا ، مرجع سابق ، ص 81 .

وأنتهم ممثلون للأمة و مطالبون بالدفاع عن مصالحها داخليا و خارجيا ، هذا القيد نص عليه المشرع كذلك في إطار قانون عضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية حيث ورد في مادته 56 : " يمنع على الحزب السياسي أن يتلقي مباشرة أو غير مباشرة دعما ماليا أو ماديا من أية جهة أجنبية و بأي صفة كانت و بأي شكل كان .

3 - تحديد سقف مالي لمصاريف الحملة الانتخابية :

لا شك في أن وجود حد أقصى لنفقات الحملة الانتخابية يساعد على الحد من سباق النفقات و تحقيق المساواة بين أطراف المنافسة السياسية ، و تختلف القواعد الخاصة بالحد الأقصى للانتخابات الرئاسية ، عن تلك الخاصة بالانتخابات التشريعية¹ . لقد كان للمشرع الفرنسي أيديولوجية خاصة متميزة عند تنظيم مسألة الدعاية الانتخابية للمرشح ، حينما نص على وضع تنظيم لتمويل الحملات الانتخابية و الإنفاق عليها و ذلك بأن نص على ضرورة وضع حد أعلى (سقف) معين لمصاريف الإنفاق² .

نص المشرع الجزائري على حدود قصوى لا يمكن لقائمة المترشحين في الانتخابات التشريعية أن تتجاوزها فيما يتعلق بمصاريف الحملة الانتخابية، و قد كان ذلك بموجب نص المادة 207 من القانون العضوي 12-01 حينما ورد فيها : « لا تتجاوز نفقات الحملة الانتخابية لكل قائمة في الانتخابات التشريعية حدا أقصاه مليون دينار (1.000.000 دج) عن كل مترشح ».

يلزم المشرع المترشحين بإعداد حساب للإيرادات المتحصل عليها و النفقات التي تمت في إطار الحملة الانتخابية مع توضيح مصدرها و طبيعتها³، و ذلك بالاستعانة بمحاسب خبير أو محاسب معتمد و يقوم هذا الأخير بتسليمه للمجلس الدستوري . هذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة 209 /4 من القانون العضوي رقم 12-01 حينما ورد فيها : « وفي حالة رفض حساب الحملة الانتخابية من طرف المجلس الدستوري ، لا يمكن القيام بالتعويضات المنصوص عليها في المادتين 206 و 208 من هذا القانون العضوي».

1 خالد سعد زغلول ، إدارة العملية الانتخابية ، مجلة الحقوق ، ملحق العدد الثالث ، السنة الثامنة و العشرون ، 2004 ، ص 82 .

2 بشير علي باز ، المشاكل و الجرائم الانتخابية للمرشح ، قبل إكتساب العضوية و بعد إكتسابها في ضوء إنتخابات مجلس الشعب ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص 15 .

3 كما نصت عليه المادة 209 من القانون العضوي 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات حينما ورد فيها : « ينبغي على كل مترشح لانتخاب رئيس الجمهورية أو قائمة المترشحين للانتخابات التشريعية أن يقوم بإعداد حساب حملة يتضمن مجموع الإيرادات المتحصل عليها و النفقات الحقيقية و ذلك حسب مصدرها و طبيعتها ».

الاستدانة في الفقه الإسلامي



إعداد : سالم رقاقي باحث بسلك الدكتوراه
متخصص في الفقه المقارن : (معاملات مالية)
جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة - الجزائر

بسم الله وكفى و الصلاة والسلام على المصطفى، وبعد :

تعتبر الاستدانة من أهم المعاملات الشائعة بين الناس لحاجة الناس دوماً للمال الذي يعتبر عصب الحياة، ولكن المال كما هو معلوم غاد و رائج مما يضطر الإنسان إلى الاقتراض من غيره، وقد توسع الناس في العصور المتأخرة في الاستدانة ، دون قيود مما أدى إلى فساد في البلاد والعباد لعدم التقيد بالضوابط الشرعية لعملية الاستدانة التي شددت الشريعة في أمرها ، بل جعلت نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه لذا ارتأيت أن أبحث في هذا الموضوع وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول:التداين حكما وحكمة : عالجت فيه حكم الشرع في الاستدانة , والحكمة من ذلك.

المبحث الثاني :سداد الدين ومطل المدين :عرجت فيه على سداد الديون وكذا مسألة المماطلة في الديون وما يترتب عليها .

المبحث الثالث:أسباب الدين وشروطه: ذكرت فيه أهم أسباب الديون ، و أهم الشروط و الآداب التي ينبغي أن تتضمنها عملية التداين في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول : التداين حكما وحكمة.

نعالج مسائل هذا المبحث كالاتي :

المطلب الأول : حكم التعامل بالدين :

الدين في الفقه الإسلامي هو ما يثبت في الذمة سواء أكان نقدا أم غيره(1) ولما كان الإسلام من أسمى مقاصده تحقيق مصالح المكلفين و دفع الضرر عنهم و كان الناس في حاجة إلى الاستدانة فقد أباحها الإسلام وفيما يأتي عرض لأدلة ذلك و بيان لوجه الحكمة منه يفصل هذا وفق الآتي:

المطلب الأول : حكم التداين في الفقه الإسلام .

لقد أقر الإسلام التعامل بالدين وقد تبت ذلك في نصوص الكتاب و السنة و إجماع علماء الأمة و المعقول.

أولاً: من القرآن الكريم

1 - قال تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ)) (2)

وجه الاستدلال : دلت الآية أصالة على كتابة الدين " ليكون صكا ليستذكر به عند أجله لما يتوقع من الغفلة و المعاملة و بين حلول الأجل " (3) و هي تدل تبعا على مشروعية التعامل بالدين ؛ وذلك لأن الدين لو لم يكن مشروعاً لما أمر الله بكتابته و توثيقه، فلما أمر بكتابته و توثيقه اقتضى ذلك مشروعيته وجوازه(4).

وقد قال الشافعي - رحمه الله - في هذه الآية عند تفسيره للدين: "يحتمل كل دين و يحتمل السلف خاصة، وقد ذهب فيه ابن عباس إلى أنه في السلف وقلنا به في كل دين قياساً عليه " (5).

وما ذهب إليه الشافعي هو عين ما رآه الجصاص إذ قال - رحمه الله - رحمه الله - : " ينتظم سائر عقود المداينات التي تصح فيها الأجل " (6) و قوله (إِذَا تَدَايَنْتُمْ) ، " يعني: إذا تبايعتم بدين، أو اشتريتم به، أو تعاطيتم أو أخذتم به إلى أجل مسمى وقد يدخل في ذلك القرض والسلم..." (7). فاتضح من الآية أن التعامل بالدين جائز سواء كان سلماً أم غيره، أما قول ابن عباس : " هذه الآية نزلت في السلم خاصة معناه أن السلم أهل المدينة كان سبب

(1) نزيه ، كمال حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد ، ط1 (1421هـ-2001م) ، دار القلم ، (دمشق) الدار الشامية (بيروت) ، ص 110.

(2) سورة البقرة ، الآية 282.

(3) ابن العربي: أحكام القرآن، ت: علي محمد الجاوي، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت)، (247/1).

(4) الجصاص: أحكام القرآن، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت) ، (483 /1)، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق (377/3) ، ابن عاشور: التحرير و التنوير ، ط(د، ت) ،الدار التونسية(تونس) ، المؤسسة الوطنية للكتاب(الجزائر) ، (99/3) خالد محمد ترابن: بيع الدين أحكامه و تطبيقاته المعاصرة ، ط (1424هـ -2003م) ، دار البيان العربي (الأزهر) دار الكتب العلمية (بيروت) ، ، ص 28، مع التنبيه إلى أن كتابة الدين و توثيقه مندوب إليها و ليست بواجبة عند جمهور الفقهاء و ذهب =ابن جرير الطبري و ابن حزم الظاهري إلى وجوب كتابته. الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن، ط (1398هـ-1978م)، دار الفكر،(بيروت) ، (77/3)، الجصاص: أحكام القرآن مصدر سابق (483/1)، القرطبي: : الجامع لأحكام القرآن، ط(1405 هـ 1985م)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت) (383/3).

(5) الشافعي: أحكام القرآن، ت: عبد الغني عبد الخالق، ط (1400هـ) دار الكتب العلمية، (بيروت) ، (137/1).

(6) الشافعي: أحكام القرآن ، مصدر سابق(337/1)، الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق (483/1) ، ابن عطية : المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت: عبد السلام عبد الشافعي محمد، ط1 (1413هـ-1993م)، (378/1).

(7) الطبري: جامع البيان ، مصدر سابق (76/3) بتصرف يسير، الرازي، فخرالدين: التفسير الكبير ط (د، ت)، دار الفكر ، مج4 ، ص 117.

الآية، ثم هي تتناول جميع المدائين إجماعاً لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب؛ و من ثم فالآية تجمع الدين كله" (1).

2 - قوله تعالى ((مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)) (2).

وجه الاستدلال: أمر الله سبحانه بأداء الدين قبل الوصية و توزيع ما بقي من تركة الميت و هذا يستلزم حصول الدين قبل الوفاة مما يدل على إقرار الله - سبحانه - للتعامل بالدين فدل ذلك على مشروعيته و جوازه (3).
ثانياً: من السنة النبوية .

1 - عن عائشة رضي الله عنها: ((أن النبي p اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد)) (4).

وجه الاستدلال: الظاهر من هذا الحديث أن النبي p اشترى طعاماً إلى أجل و بالتالي يكون قد تعامل بالدين فدل ذلك على الجواز، و إلا لما تعامل به، و قد جاء في "نيل الأوطار": بأن هذا الحديث يدل على جواز الشراء بالثمن المؤجل " و هذا الأخير ما هو إلا سبب من أسباب ثبوت الدين في الذمة فدل على جوازه؛ لأن الشارع حكيم لا يجيز الوسائل المؤدية إلى ما ليس بجائز (5).

2 - عن أبي هريرة r عن النبي p قال: ((مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ)) (6).

وجه الاستدلال: هذا الحديث يدل بمنطوقه على الترغيب في الدين لمن ينوي الوفاء لأن "التعبير بأخذ أموال الناس يشمل أخذها بالاستدانة و أخذها لحفظها" (7)، دينه، و هذا يقتضي جوازه.

(1) ابن الفرس: أحكام القرآن، ت: طه علي بوسريح، ط 1 (1427هـ-2006م)، دار ابن حزم، (بيروت) (417/1)، رشيد رضا: تفسير المنار، ط 2 (1366هـ-1947م)، دار المنار، (القاهرة) (120/3).

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق (247/1)، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق (124/3) ابن عاشور: التحرير و التنوير، مرجع سابق (261/4)، خالد محمد حسين إبراهيم: التصرف في الديون و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط (2006م)، دار الجامعة الجديدة، (الإسكندرية)، ص 59.

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري: في الجامع الصحيح واللفظ له، كتاب: الاستقراض و أداء الديون و الحجر و التفليس باب: من اشترى بالدين و ليس عنده ثمنه، أو ليس بحضرتة، برقم: 2386، ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط جديدة، دار السلام (الرياض)، دار الفيحاء، (دمشق) (68/5)، مسلم: في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: الرهن و جوازه في الحضرة و السفر برقم: 1603 (1226/3).

(5) الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، (د ت)، مصطفى الباي الحلبي (264/5).

(6) أخرجه البخاري: في الجامع الصحيح، كتاب: الاستقراض و أداء الديون و الحجر و التفليس، باب: من أخذ أموال يريد أداءها أو إتلافها، رقم 2386، ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق (68/5).

(7) الصنعاني، الأمير: سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط 4 (1379هـ-1960م)، مكتبة مصطفى الباي الحلبي (50/3).

3 - عن أبي رافع τ أن رسول الله ρ ((استسلف من رجل بكرة (1) فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً. فقال « أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاءً » (2)).

وجه الاستدلال : أن النبي ρ اقترض فدل ذلك على جواز الا ستقراض أو الاستدانة عند الحاجة إليها(3)
"فالتدائن في البرّ والطاعة والمباحات جائز وإنما يكره التدائن في الإسراف وما لا يجوز"(4).

ثالثا : من الإجماع :

قد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية التعامل بالدين من خلال إجماعها على أسباب ثبوته في الذمة من قرض و شراء بالنسيئة. قال " ابن بطال " - رحمه الله - :العلماء مجمعون على جواز البيع بالنسيئة " (5).

رابعا : من المعقول :

الإنسان ضعيف بمفرده قوي بإخوانه لا يستطيع الاستقلال بشؤون حياته، و هو معرض لحالات مختلفة من عسر و يسر و غنى و فقر، فحاجاته متعددة و رغباته متجددة، و لا يستطيع تلبية كل ما يريده منها بإمكاناته، فكان من مقتضى هذه الشريعة السمحة المبنية على مراعاة مصالح العباد في العاجل و الآجل إباحة التعامل بالدين تيسيرا و رفقا بالعباد؛ إذ لو منع هذا التعامل لشقّ الأمر على بعض المحتاجين الذين يريدون شراء ما يلزمهم و لا يملكون ثمنه وقت العقد، بل ربما اضطر بعض الناس إلى أخذ ما في يد غيره عنوة؛ لذلك و جب تنظيم الحلات حتى يتمكن الإنسان من الحصول عليها دون إضرار بغيره و من ثم كانت مشروعية الدين و لا يخفى ما في مشروعيتها من مصالح(6)

المطلب الثاني : الحكمة من مشروعيتها.

للتدائن حكم و مقاصد جليلة إذ أنه من أعظم أسباب رواج المعاملات؛ لأن المقتدر على تنمية المال قد يعوزه المال فيضطر إلى التدائن ليظهر مواهبه في التجارة أو الصناعة أو الزراعة، و لأن المترفه قد ينضب المال من بين يديه و له قبل به حين، فإذا لم يتدائن اختل نظام ماله فشرع الله تعالى للناس بقاء التدائن المتعارف بينهم... و أفاد ذلك التشريع بوضعه في تشريع آخر مكملا له و هو التوثيق بالكتابة و الإشهاد(7).

(1) البكر: "بفتح الباء و سكون الكاف من الإبل بمثلة الغلام من الإنسان. خيارا: جهل خيار، و ناقة خيار أي مختار و مختارة و الرباعي: هو من دخل في السابعة من عمره". النووي: شرح النووي على مسلم، ط 1، (1349 هـ-1930م)، المطبعة المصرية بالأزهر (مصر)، (37/11).

(2) أخرجه مسلم: في الصحيحه، كتاب: المساقاة، باب: من استلف شيئا ففضى خيرا منه، و خيركم أحسنكم قضاء برقم: 1600، (1224/3).

(3) النووي: شرح مسلم، مصدر سابق (37/11).

(4) ابن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، ط3 (1425 هـ-2004م)، دار الفاروق الحديثة (262/12).

(5) ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ضبط و تعليق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط3، (1425 هـ-2004م) مكتبة الرشد (الرياض)، (208/6)، ابن المنذر: الإجماع ت: أبو حماد صغير أحمد، ط2 (1420 هـ-1999م) مكتبة الفرقان (عجمان)، المكتبة الثقافية (رأس الخيمة)، ص134.

(6) في هذا المعنى: تزيان: بيع الدين، مرجع سابق، ص 30، خالد محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق ص 60

(7) ابن عاشور: التحرير و التنوير، مرجع سابق (98/3)، و مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع (تونس)، المؤسسة الوطنية للكتاب، (الجزائر)،

فالتدائين من أهم المعاملات بل من أعظمها، ولا بد منه للحاجة؛ إذ فيه إرفاق بالمحتاجين (1). كما جعل الشارع التعاون في أداء الديون مصرفاً من مصاريف الزكاة ووسيلة للقضاء على التعامل بالربا وإغلاق بابه، وكذلك القضاء على الجريمة كالسرقة التي قد تنشأ من عدم قدرة المحتاج على تلبية رغباته فيلجأ إليها، وعلاوة على ذلك فهو طريق للأجر والثواب من الله سبحانه وتعالى (2).

إن التعامل بالدين نوع من المبادلة عبر مختلف الأزمنة والعصور؛ إذ فيه منفعة لكلا الطرفين الدائن والمدين، يتمثل ذلك في تهيئة الفرصة لاستغلال مصادر قد تكون معطلة وقد تبرز منفعتها أكثر في هذا العصر، حيث أدى التطور في أدوات الاتصال إلى نشوء فرص التبادل بين أطراف متباعدة مكانياً يصعب عليها الدفع نقداً فكل مبادلة فتلجأ هذه الأطراف إلى المداينة لتسهيل التبادل وتدوير عجلة التجارة (3).

المبحث الثاني: سداد الدين ومطل المدين:

لحقوق الآخرين في الإسلام أهمية بالغة واهتمام كبير كونها مبنية على المشاحة لذلك أوجبت الشريعة على المسلمين تسديد ديونهم بل واعتبرت مطل المدين القادر على الوفاء ظلم يستحق صاحبه العقوبة لذا سأنحدث في الفرعين التاليين عن خطورة الدين وجوب سداؤه وكذا مسألة مطل المدين وذلك فيما يأتي:

المطلب الأول: سداد الدين.

أعطت الشريعة الإسلامية للديون مكانة عظيمة فأوجبت على الناس ردها إلى أصحابها، وقد جاء ذلك في كثير من النصوص في القرآن الكريم، والسنة النبوية منها: قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) (4).

ووجه الاستدلال من الآية ظاهر فكلمة "العقود" لفظ عام يستغرق كل عقد فأمراً لله سبحانه بالوفاء بالعقود، يعني بذلك عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء وكذلك ما عقده على نفسه لله من الطاعات، كالصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك (5).

كما أوجبت الشريعة الإسلامية وفاء الدين عند حلول أجله قال تعالى ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا)) (6)، والأمانة هي كل ما يشغل ذمة المرء فلا تبرأ إلا بالأداء أو الإبراء فالآية عامة في جميع الأمانات الواجبة على الإنسان؛ "فيدخل فيها جميع ما يتعلق بالذمة" (7).

ومن السنة النبوية جاءت أحاديث كثيرة تدل على وجوب تسديده واعتبر ρ عدم التسديد أعظم الذنوب بعد الكبائر التي نهى عنها فعن أبي موسى الأشعري أن رسول الله ρ قال: ((إِنَّ أَعْظَمَ الذُّنُوبِ عِنْدَ اللَّهِ أَنْ يَلْقَاهُ بِهَا عَبْدٌ بَعْدَ

(1) الدهلوي: حجة الله البالغة، ط1، (1352)، دار المطبعة المنيرية (113/2).

(2) تزيان: بيع الدين، مرجع سابق، ص 31.

(3) سامي السويلم: موقف الشريعة الإسلامية من الدين، ط (1417هـ - 1996م)، ص 7.

(4) سورة المائدة، الآية 1.

(5) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق (32/6).

(6) سورة المائدة، الآية 1.

(7) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق (256/5)، ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق (70/5).

الْكَبَائِرِ الَّتِي نَهَى اللَّهُ عَنْهَا أَنْ يَمُوتَ رَجُلٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَدْعُ لَهُ قَضَاءً)) (1) ، وإلى جانب حث الشريعة على أداء الديون، فقد حذرت من المماطلة بتسديده لمن هو قادر عليه وجعلت ذلك يحل عرضه وعقوبته قال رسول ρ : ((لِيُ الْوَاحِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ)) (2) و"اللي بالفتح المطل والواجد.. الغني من الوجد بالضم بمعنى القدرة" (3)

فقد أفاد الحديث أن المدين الغني المماطل تجوز شكايته وسجنه عقوبة له (4).

هذا وتتأكد أكثر أهمية تسديد الدين إذا علمنا ما له من أخطار وما يترتب عليه من آثار سلبية والتي من أهمها ما يأتي :

- الشعور بالخوف وعدم الأمن (5) :

وقد أوضح هذا الرسول ρ فعن عقبة بن عامر أن رسول الله ρ قال: ((لَا تُخَيِّفُوا أَنْفُسَكُمْ بَعْدَ أَمْنِهَا، قَالُوا: وَمَا ذَاكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: "الَّذِينَ")) (6).

فهذا الحديث "النهي الذي فيه يقصد به...إخافة الأنفس بالديون، وكان معقولا أنه لا يخيف الأنفس إلا ما غلب عليها حتى صارت بذلك خائفة منه..." (7).

- للدين آثار سلبية في نطاق الأخلاق:

تتمثل هذه السلبيات فيما يؤدي إليه الدين من كذب وإخلاف للوعد، وقد أشار الرسول ρ إلى خطورة الدين على الأخلاق والسلوك، فعن عائشة قالت ((أَنَّ النَّبِيَّ كَانَ يَدْعُو فِي الصَّلَاةِ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْمَسِيحِ الدَّجَالِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنَ الْمَأْثَمِ وَالْمَغْرَمِ (8)

(1) أخرجه أحمد: في المسند ، برقم: 19513 ، (4 / 392) ، أبو داود : في سننه، برقم: 3342، كتاب: البيوع باب: في التشديد في الدين (266/2)، قال الشيخ الألباني: "ضعيف"، ينظر: ضعيف الترغيب والترهيب ، مكتبة المعارف (الرياض) ، (282/1).

(2) أحمد: في المسند، برقم 17975 ، (4/222) ، ابن ماجه : في سننه، برقم: 2427 ، كتاب: الأحكام، باب: الحبس في الدين والملازمة (810/2) ، أبو داود : في سننه، برقم: 3628 ، كتاب: الأقضية، باب: في الحبس في الدين وغيره (337/2) ، النسائي : في سننه ، كتاب: البيوع ، باب: مطل الغني، برقم: 4689 (316/7) النسائي: المحتب من السنن، ت: عبدالفتاح أبي غدة، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها ، ط 3 ، (1406 هـ م 1986 م) ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، (حلب) وقد حسنه الألباني : إرواء الغليل ، مرجع سابق (5/259).

(3) ابن حجر: فتح الباري ، مصدر سابق (5 / 78).

(4) النووي: شرح مسلم، مصدر سابق(10/227) ، ابن حجر: فتح الباري ، مصدر سابق (5 / 62).

(5) حسين بن حماد الحماد: من أحكام الدين، بحث منشور في مجلة البيان ، السنة الرابعة عشر (1420هـ - 1999م) العدد 137 ، ص 14.

(6) أخرجه أحمد : في المسند، برقم: 17358 ، (4/146) ، وقال الألباني: صحيح" (السلسلة الصحيحة برقم: 2420 (546/5) ط 1 (1412هـ - 1991م) ، مكتبة المعارف ، (الرياض).

(7) الطحاوي: شرح مشكل الآثار، ت: شعيب الأرنؤوط ، ط 1 (1415هـ - 1994م) ، مؤسسة الرسالة ، (بيروت) (67/11).

(8) المأثم: "الأمر الذي يأثم به الإنسان أو هو الإثم نفسه". ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، مصدر سابق (1 / 34) المغرم: "مصدر وُضِعَ مَوْضِعَ الاسم ويُريدُ به مَعْرَمُ الذنوب والمعاصي. وقيل: المَعْرَمُ كالمَعْرَم وهو الذنوب ويُريدُ به ما استُئذِنَ فيما يُكْرَهُهُ اللهُ أو فيما يُجُوزُ ثم عَجَزَ عن أدائه ". ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر مصدر سابق (3 / 669).

قَالَتْ فَقَالَ لَهُ قَائِلٌ : مَا أَكْثَرَ مَا تَسْتَعِيدُ مِنَ الْمَغْرَمِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ ((قَالَ : إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا غَرِمَ حَدَّثَ فَكَذَبَ وَوَعَدَ فَأَخْلَفَ)) (1).

فالدَّين يؤدي إلى الكذب وإخلاف الوعد؛ وهاتان الصفتان من صفات المنافقين وحري بالمسلم أن يتعد عن كل ما يؤدي للتخلق بصفاتهم (2)، و"لا تناقضَ بين الاستعاذة من الدَّين وجواز الاستدانة؛" لأن الذي استُعِيد منه غوائل الدَّين، فمن استدان وسلم منها؛ فقد أعاده الله وفعل جائزاً" (3)

- الهم و الحزن:

إن الدين يجعل الإنسان مهموما حزينا، هذا وقد كان رسول الله p يقول في دعائه: ((اللهم إني أعوذ بك من الهم والحزن، والعجز والكسل، والجبن والبخل وضلع الدين وغلبة الرجال)) "فقد استعاذ من ثمانية أشياء بينهما ترابط وثيق، فالهم والحزن يؤديان إلى العجز والكسل. وهذا ما أثبتته الطب الحديث، فقد أثبت أن نسبة كبيرة من أسباب الأمراض الخطيرة ترجع إلى القلق النفسي والهموم، والعكس أيضاً صحيح، حيث إن العجز والكسل يؤديان إلى الأحزان، فالعلم خير وسيلة لطرد الهموم، وأن البطالة مكان خصب للمشاكل والغموم، ثم إن الجبن والبخل يترتب عليهما الهم والحزن فالجبان خائف مترقب لا يهدأ باله ولا تسكن نفسه لأنه يخاف من نفسه وماله ويعيش في الخوف الذي يصبح له كابوساً يطارده، فيحدث له الهم والحزن، وكذلك الأمر في البخيل فهو ممسك ماله لخوفه عليه من الضياع والهلاك، فإذا أنفق شيئاً أو أجبر عليه فقد لزمته الهموم ويتراكم عليه الخوف، ثم أشار p إلى الترابط بين ضلع الدَّين - أي شدته - وبين غلبة الرجال، وحقاً إنهما متلازمان في الغالب ويترتب الثاني على الأول، كما أن الدَّين يأتي في الغالب نتيجة للعجز والكسل والهم" (4)

- خسارة الحسنات يوم الآخرة :

لمن مات وعليه دين وفي نيته عدم الوفاء (5) لقوله p : ((الدَّينُ دَيْنَانِ فَمَنْ مَاتَ وَهُوَ يَنْوِي قَضَاءَهُ فَأَنَا وَلِيُّهُ وَمَنْ مَاتَ وَلَا يَنْوِي قَضَاءَهُ فَذَلِكَ الَّذِي يُؤْخَذُ مِنْ حَسَنَاتِهِ لَيْسَ يَوْمَئِذٍ دِينَارٌ وَلَا دِرْهَمٌ)). (6)

- حدوث الأزمات الاقتصادية :

إن انتشار ظاهرة التوسع في الديون في المجتمعات تترتب عليها اضطرابات اقتصادية واجتماعية؛ لأن نظام تداول الديون وتجارها والتوسع في صفقات بيع الديون يُنتج استثمارات ضخمة فيها وهي بطبيعتها لا تنتج زيادة حقيقية في

(1) أخرجه البخاري: في الجامع الصحيح، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: من استعاذ من الدين، برقم: 239، ابن حجر: فتح الباري مصدر سابق

(2/76)، مسلم: في صحيحه، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: ما يستعاذ منه في صلاة، برقم: 589، (412/1)، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ط(د، ت)، دار

إحياء التراث العربي، (بيروت).

(2) حسين بن حماد الحماد: من أحكام الدَّين، مجلة البيان، مرجع سابق، ص 14.

(3) ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق (5 / 77).

(4) القره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 203.

(5) حسين بن حماد الحماد: من أحكام الدَّين، مجلة البيان، مرجع سابق، ص 14.

(6) رواه الطبراني من حديث ابن عمر في الكبير وفيه محمد بن عبد الرحمن بن البيهقي وهو ضعيف، الهيثمي: بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، كتاب: البيوع، باب: فيمن نوى أن لا يقضي دينه، برقم: 6656 (237/4)، ت: عبد الله محمد درويش، ط(1414هـ-1994م)، دار الفكر، (بيروت)، وصححه الألباني: (صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، برقم: 5730، ص 573 ط(د، ت)، المكتب الإسلامي، (بيروت).

الانتاج المجتمعي كما أنها أكثر تأثراً بالأحداث السياسية والإعلامية، وهو أمر كان سبب حصوله هو الاعتماد على الفائدة في التمويل، وكذا التوسع في توريق ديون المصارف مما نتج عنه فشل مالي في السوق الأمريكية والأوروبية و السوق العالمية أيضاً⁽¹⁾ وما هذا إلا حرباً لمن يُعرض عن نهج الله سبحانه وتعالى لتحقيقاً لوعده بحقه الربا ومحاربة أهله في قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ))⁽²⁾

المطلب الثاني : مطل المدينة:

من ضمن ما نهت عنه الشريعة الإسلامية وحذرت منه مسألة مطل المدينة وفي الآتي عرض للمطل و أنواعه وأحكامه في الفقه الإسلامي:

أولاً : تعريف المطل.

المطل لغة كما في " لسان العرب ": " التسوية والمدافعة بالعدة والدين.. والمطل الحبل وغيره...والمطول المضروب طولاً " ... وكل ممدود ممدود ومنه اشتقاق المطل بالدين " (3) فالمطل لغة يدل على مد الشيء وإطالته.

وفي الإصطلاح "منع قضاء ما استحق أداءه " (4) والمراد " تأخير ما استحق أداءه بغير عذر " (5)، فمن منعه عذر من الوفاء لا يدخل في مسمى المطل ولو كان غنياً، قال النووي - رحمه الله - : " ولو كان غنياً ولكنه ليس متمكناً من الأداء، لغيبة ماله، أو لغير ذلك، جاز له التأخير إلى الإمكان، وهذا مخصوص من مطل الغني، أو يقال: المراد بالغني المتمكن من الأداء فلا يدخل هذا فيه... " (6) .

هذا والمعتبر في المطل أن يحل (حلول أجل الدين) فإذا لم يحل أجله فلا يعتبر من امتنع عن الوفاء في هذه الحالة مماطلاً ، فقد جاء في المنتقى (7) " المطل: هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلاً، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء " .

ثانياً : أنواع المطل:

من خلال المفهوم الاصطلاحي للمطل نجد أن للمطل نوعين مطل بحق ومطل بغير حق .

(1) علي محيي الدين القره داغي: الأزمة المالية بعين إسلامية islamweb. Ne ، يوم الزيارة: 2009/5/2 سامي مظهر قنطنجي : ضوابط الاقتصاد الإسلامي في معالجة الأزمات المالية العالمية، ط 1 (1429هـ-2008م) دار النهضة (دمشق) ، ص 42.

(2) سورة البقرة ، الآيتين 278 - 279.

(3) الرازي: مختار الصحاح، مصدر سابق ، ص 642، ابن منظور: لسان العرب، ط (د، ت) دار صادر، (بيروت) (11 / 624).

(4) النووي: شرح صحيح مسلم، مصدر سابق (10 / 227).

(5) ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق، (4 / 586)، الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق (3 / 61).

(6) النووي: شرح صحيح مسلم ، مصدر سابق (10 / 227).

(7) الباجي: المنتقى شرح الموطأ، ط 3 (1403هـ-1983م)، دار الكتاب العربي ، (بيروت) ، (5 / 66).

النوع الأول : المطل بحق: وله صورتان.

الصورة الأولى :

وهي مطل المدين المعسر الذي لا يجد وفاءً لدينه، فإنه يمهّل حتى يوسر، ويترك بطلب الرزق ولا يحل مطالبته أو مضايقته؛ لأن الله سبحانه أوجب إنظاره إلى وقت الميسرة(1)

فقال تعالى : ((وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)) (2) وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة(3) ، قال الشافعي -رحمه الله-: " لو جازت مؤاخذته لكان لكان ظلماً، والفرض أنه ليس بظالم لعجزه " (4) بل إن القاضي أبا بكر بن العربي -رحمه الله- ذهب إلى أبعد من هذا فقال: " إذا لم يكن المديان غنياً فمطله عدل وينقلب الحال على الغريم فتكون مطالبته ظلم لأن الله تعالى قال: ((وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ)) (5) " (6).

و بناء على هذا فلا تجوز مطالبة المعسر، ولا يجوز حبسه ولا أذيته للآية الكريمة، ولما جاء من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: ((أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثِمَارِ ابْتِاعِهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ». فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءً دَيْنُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ)) (7).

قال ابن القيم - رحمه الله - : "والذي يدل عليه الكتاب والسنة وقواعد الشرع أنه لا يجبس في شيء من ذلك إلا أن يظهر بقريته أنه قادر مماطل سواء كان دينه عن عوض أو عن غير عوض سواء لزمته باختياره أو بغير اختياره... " (8).

(1) نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، مرجع سابق، ص324.

(2) سورة البقرة، الآية 280.

(3) الشربيني: مغني المحتاج، ط (د، ت)، دار الفكر (156/2)، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1 (1421هـ-2000م)، مؤسسة الرسالة ناشرون (3/ 444) الخرشبي: شرح مختصر خليل، ضبط: زكريا عميرات، ط 1 (1417هـ-1997م)، دار الكتب العلمية (بيروت) (204/6)، الشوكاني: السيل الجرار المنتدق على حدائق الأزهار، ت: إبراهيم زايد، و آخرون، ط 2 (1982م) وزارة الأوقاف (القاهرة)، (4/ 227)، الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النوي، ط (د، ت)، دار الكتاب العربي، (بيروت) (169/1).

(4) الشافعي: الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط 1 (1422هـ-2001م) دار الوفاء، (المنصورة)

(206/3).

(5) سورة البقرة، الآية 280

(6) ابن العربي: عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي، ط (د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت)، (46/6). وينظر مثله عند الشوكاني: السيل الجرار، مصدر سابق (227/4).

(7) أخرجه مسلم: في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، برقم: 1556 (1191/3).

(8) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ت: محمد حامد الفقي، ط (د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت) ص63.

الصورة الثانية للمطل بحق:

وهي مطل المدين الغني الذي منعه العذر عن الوفاء كغيبته ماله وعدم وجوده بين يديه وقته بغير تعمله⁽¹⁾؛ وذلك لأن المطل المنهي عنه كما في "فتح الباري" هو "تأخير ما استحق أداءه بغير عذر"⁽²⁾ وهو معذور؛ لأنه و" لو كان كان غنياً، ولكنه ليس متمكناً من الأداء لغيبته ماله أو لغير ذلك جاز له التأخير إلى الإمكان، وهذا مخصوص من مطل الغني أو يقال المراد بالغني المتمكن من الأداء، فلا يدخل هذا فيه"⁽³⁾.

هذا والمدين المعسر سواءً أكان معدماً أم مُقلاً، فإن في إنظاره ثواب وأجر كبير جاءت به الأحاديث النبوية منها: قوله p ((مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِراً أَوْ وَضَعَ عَنْهُ أَظْلَهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ))⁽⁴⁾.

النوع الثاني: المطل بالباطل:

وهو تسويق المدين الموسر المتمكن من قضاء الدين الحال بلا عذر،⁽⁵⁾ وذلك بعد مطالبة صاحب الحق، و لا خلاف بين الفقهاء في أن المطل بالحق مع القدرة والتمكن من الأداء بعد مطالبة صاحب الحق محرم، لأن فعله هذا منكر وظلم يجب تغييره فقد جاء في المحلى "ومن المنكر مطل الغني، فمن صحَّ غناه ومنع خصمه، فقد أتى منكراً، وظلماً وكل ظلم منكر فواجب على الحاكم تغييره باليد"⁽⁶⁾.

هذا ومما يدخل في مطل الأغنياء مع قدرتهم على الوفاء ما ذكره العز بن عبد السلام⁽⁷⁾ - رحمه الله - قائلاً: "فإن طوبى بدين أو حق واجب على الفور لزمه أداءه ولا يجلب له أن يقول لخصمه لا أدفعه إلاً بالحاكم، لأنه مطل والمطل بالحقوق المقدور عليها محظور لقوله p: ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلْمٌ))⁽⁸⁾ وكثيراً ما يصدر هذا من العامة مع الجهل الجهل بتحريمه، وإثمه أعظم من إثم المطال المجرد، لما فيه من تعطيل المدعي بانطلاقه إلى الحاكم ومثوله بين يديه وبما يغرمه لأعوان الحاكم على الإحضار"

مع الإشارة إلى أن للمطل بالباطل أساليب متنوعة، فقد يكون عدم التسديد والوفاء إما بالامتناع كلياً أو بالإهمال والتسويق أو بجحود بعض الحق، يوجز ذلك وفق الآتي:

(1) نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، مرجع سابق، ص 332.

(2) ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق (586/4).

(3) النووي: شرح صحيح مسلم، مصدر سابق (10 / 227).

(4) أخرجه مسلم: في صحيحه، كتاب: الزهد والرفائق، باب: حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر، برقم: 3006 (4 / 2301).

(5) نزيه حماد: بحوث فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، مرجع سابق، ص 333.

(6) ابن حزم: المحلى، مصدر سابق (8 / 173).

(7) ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود الشنقيطي ط (د،ت) دار المعارف، (بيروت) (2 / 25).

(8) أخرجه البخاري: في صحيحه، كتاب: الحوالة، باب: الحوالة وهل يرجع في الحوالة، برقم: 2287، (585/4)، ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق (585/4)، ومسلم:

في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، برقم: 1564، (3 / 1197).

⁰ عبد الله بن ناصر السلمي: الماطلة مظاهرها وأضرارها وأنواعها وأسبابها في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، سنة (1427هـ)، العدد (79)،

أ - من صور المظل أن يمتنع من عليه الحق في الوفاء والتسديد لصاحب الحق كلياً وهذا الامتناع يحصل إذا لم يكن لصاحب الحق دليلاً وحجة يمكن أن يلزم بها المدين، فحينئذ ربما يمتنع المدين عن التسديد ويجحد هذا الدين وينكره لسوء نيته وقلة مراقبته (1). ولا يخفى أن هذا الفعل إثم يعاقب الله عليه فقد فسرا بن عباس قوله تعالى: ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) (2) قائلاً: "هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة فيجحد المال، ويخاصم إلى الحكام، وهو يعرف أن الحق عليه وهو يعلم أنه آثم آكل الحرام (3)

ب - تأخير الوفاء به لوقت لاحق أو بعضه؛ إذ في أحيان كثيرة قد يعطي المدين الدائن بعض حقه ويسوف في تسديد البعض الآخر وهذا أيضاً من المظل (4) وقد أوضح هذا صاحب المدخل - رحمه الله - فقال: " ومنهم ومنهم من يكون قادراً على إعطاء الثمن كله في الوقت ثم إنه يقطع على صاحبه مراراً كثيرة وهذا ملتحق بما تقدم لقوله p: ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ)) (5) إذ لا فرق بين المظل بجميع الثمن أو بعضه؛ لأن البائع يتضرر بتأخير بعضه كما يتضرر بتأخير كله غالباً " (6)

المبحث الثالث: أسباب الدين وشروطه.

للدين في الفقه الإسلامي أسباب متعددة إذ قد يكون ناتجاً عن قرض أو ثمن مبيع وغيرها، كما له شروط تضبطه حتى يكون موافقاً لمراد الشارع من عملية الاستدانة نرى هذا بشيء من التفصيل في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أسباب الدين .

الأصل براءة ذمة الإنسان (7) من كل دين أو التزام ما لم يوجد سبب ينشئ ذلك ويلزم به، ومنه كان لابد لثبوت أي دين من سبب يوجبه وأهم هذه الأسباب ما يأتي:

أولاً: العقود:

سواء أكانت صادرة من طرفين كالبيع، والإجارة، والزواج، والقرض والسلم والإجارة، ونحوها، أو كانت صادرة من طرف واحد كالنذر (8).

(1) السلمي: الماطلة، مجلة البحوث الإسلامية، مرجع سابق، ص 295.

(2) سورة البقرة، الآية 188

(3) ابن كثير: ، ت: سامي بن محمد سلامة، ط 2 (1420هـ - 1999 م)، دار طيبة، (المدنية المنورة) (521/1).

(4) السلمي: الماطلة، مجلة البحوث الإسلامية، مرجع سابق، ص 295.

(5) سبق تخريجه.

(6) ابن الحاج: المدخل، ط (1401هـ - 1981م)، دار الفكر، (بيروت)، (59/4).

(7) الزركشي: المنشور، تحقيق: فائق أحمد محمود، مراجعة: عبد الستار أبي غدة، ط 2 (1402هـ - 1982م) (82/1)، صالح بن غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى و

ما تفرع عنها ط (1417هـ) دار بلنسية، (الرياض)، ص 120.

(8) وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، ط 2 (1412هـ - 1992م)، ذات السلاسل، (الكويت). الزرقا: (110/21) المدخل الفقهي العام، ط (1968م)،

دار الفكر (بيروت)، (86/3)، عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط 2 (1998م)، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت)، (15/1)، خالد

محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق، ص 82، علي محيي الدين القره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط 1 (1422هـ - 2001م)، دار البشائر

(بيروت)، ص 205.

ويعتبر القرض من أهم أسباب الدين، ففي عقد البيع مثلاً يلتزم المشتري بدفع الثمن للبائع وهذا الثمن يثبت ديناً في ذمة المشتري وفي عقد القرض يلتزم المقرض أن يرد للمقرض مبلغاً من النقود أو قدر من أموال مثلية يكون قد اقترضها منه وتثبت ديناً في ذمته وفي الإجارة يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر وفي الزواج يلتزم الزوج بدفع المهر للزوجة (1). على أن جميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبض المقابل لها مستقرة إلا ديناً واحداً وهو دين السلم فإنه وإن كان لازماً فهو غير مستقر. لاحتمال انقطاع المسلم فيه مما يؤدي إلى انفساخ العقد وسقوط الدين وهذا مخصوص بدين السلم أما بقية الديون فيجوز الاعتياض عنها عند انقطاع جنسها (2).

ثانياً: العمل غير المشروع.

فمن ارتكب جريمة قتل عمدية وتصلح مع ولي المقتول على أن يدفع له الدية فإن هذه الدية تعد ديناً في ذمة القاتل لأولياء المقتول، فمصدر هذا الدين هو العمل غير المشروع المتمثل في جريمة القتل (3). وكذا الحال في من أتلف أتلف مال الغير، فإن بدل الشيء المتلف يثبت ديناً ذمته في المتلف ويلزمه بذلك مثله إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً، (4) ومثل هذا أيضاً تعدي يد الأمانة أو تفريطها في المحافظة على ما بحوزته من أموال كتعمد الأجير الخاص (5) إتلاف الأعيان الموجودة تحت يده أو إهماله في حفظها؛ فإذا تعدى الأمين أو فرط في المحافظة على ما في حوزته من أموال الغير كالمودع عنده إذا تعدى على الوديعة (6) أو فرط في حفظها فتلفت فإن بدل المتلف يثبت ديناً في ذمة ذمة المودع عنده، فهلاك المال في يد الحائز إذا كانت يد ضمان مهما كان سبب الهلاك كتلف المغصوب في يد الغاصب وهلاك المتاع في يد الأجير المشترك ونحو ذلك كله يعد من أسباب ثبوت الدين في الذمة (7).

ويُعد من هذا أيضاً ما لو أتلف على شخص وثيقة تتضمن ديناً على إنسان ولزم من إتلافها ضياع ذلك الدين، فيلزمه الدين (8).

(1) السنهوري: مصادر الحق، مرجع سابق (15/1)، خالد محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق، ص 82.

(2) السيوطي: الأشباه والنظائر، ط 1 (1411 هـ - 1990م)، دار الكتب العلمية، (بيروت)، ص 326، وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق (202/18).

(3) وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق (110/21)، السنهوري: مصادر الحق، مرجع سابق (46/1)، القره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 205، خالد محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق، ص 87 - 88.

(4) المثلي: "ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به في القيمة كالكيل والموزون والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض، أما القيمي فهو مالا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة كالمثلي المخلوط بغيره". علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب: فهمي الحسيني، ط 1 (1411 هـ، 1991م)، دار الجيل، (بيروت) (121/1).

(5) الأجير الخاص: "هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء". ابن قدامة: المغني شرح مختصر الخرق ط (1393 هـ - 1973م)، دار الكتاب العربي، (بيروت) (117/6).

(6) الوديعة: "لغة من (استودعته) مالا أي: دفعته له وديعة يحفظه"، واصطلاحاً: "هي أمانة تركت للحفظ". الفيومي: المصباح المنير، ط (د)، دار القلم (بيروت)، (2/653)، علي حيدر: درر الحكام، مصدر سابق، (266/2).

(7) خالد محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق، ص 88.

(8) ابن السبكي: طبقات الشافعية الكبرى تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلوطي (1413 هـ)، دار هجر (232/10)، وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية مرجع سابق (111/21).

ثالثاً: الشرع :

يُعتبر الشرع من أهم المصادر المنشئة للديون؛ وذلك عند تحقق ما جعله الشارع مناطاً لثبوت حق مالي كاحتباس المرأة في نفقة الزوجية، ونفقة الأقارب ومهر الزوجة ونفقة الأولاد ونحو ذلك؛ فإذا وُجد أي سبب من ذلك وجب الدين في ذمة من قضى الشارع بإلزامه به (1).

رابعاً: الإثراء بلا سبب.

فالإثراء بلا سبب وإن كان مبدأً قانونياً ولا توجد في الفقه الإسلامي قاعدة تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام، إلا إن التطبيقات الكثيرة المبثوثة في الكتب الفقهية المختلفة تدل بوضوح وجلاء على أن الفقه الإسلامي راعى واعتبر الإثراء بلا سبب (2)؛ ذلك لأن هذا المبدأ يناسب القاعدة الفقهية العامة التي تقرر أنه: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال مال أحد بلا سبب شرعي"، (3)؛ لأن الدفع في الأصل يكون أداء لواجب شرعي صحيح، فمتى كان الدفع لغير هذا هذا الواجب موجبا على المدفوع إليه أن يرد ما قبضه؛ لأنه أخذ مال الغير بلا سبب شرعي (4)، ويستند هذا المبدأ إلى إلى الآية الكريمة ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) (5).

هذا ومن أهم المسائل التطبيقية للإثراء بلا سبب في الفقه الإسلامي القيام بعملٍ نافعٍ للغير دون إذنه وهو نوعان هما (6) :

1- القيام بعمل يلزم الغير أو يحتاجه دون إذنه:

وذلك كمن أتى عن غيره ديناً أو أنفق على زوجته أو كانت عنده وديعة أو رهن فأنفق عليها دون إذن صاحبها غير ناو التبرع فإن ما دفعه يكون ديناً في ذمة المنفق عليه كما هو مذهب المالكية والحنابلة، فقد جاء في الكافي: "وما أنفق المؤدع على الوديعة فعلى ربها، سواء أذن له، أو لم يأذن له، إذا احتاجت لذلك" (7).

وجاء عند الحنابلة " إذا قضى عنه ديناً واجبا بغير إذنه فإنه يرجع به عليه... وأن نفقة الزوجات والبهائم إذا امتنع من تجب عليه النفقة فأنفق عليها غيره بنية الرجوع، فله الرجوع كقضاء الديون" (1).

(1) البهوتي: منتهى الإرادات، مصدر سابق (252/3)، نظام الدين: الفتاوى الهندية، (العالمكية)، ط (1411هـ - 1991م)، دار الفكر (بيروت) (544/1) الدسوقي:

حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل، ط (د، ت)، دار الفكر (بيروت) (223/3)، وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق (111/21).

(2) السنهوي: مصادر الحق، مرجع سابق (59/1)، خالد محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق، ص 89.

(3) علي حيدر: درر الحكام، مصدر سابق (98/1).

(4) صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط 3 (1403هـ - 1983م)، دار العلم للملايين، (بيروت)، (94/1).

(5) سورة البقرة، الآية 188.

(6) وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق (113/21).

(7) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ت: محمد محمد أحمد الموريتاني، ط 2 (1400هـ - 1980م) مكتبة الرياض الحديثة، (الرياض)، (804/2).

خلافاً للشافعية والحنفية. (2) فقد جاء في مرشد الخيران: " إذا أنفق المستودع على الوديعة بلا إذن الحاكم فهو متبرع لا رجوع له على صاحب الوديعة". وحجتهم على ذلك: أن من أدى عن غيره واجباً عليه من دين أو نفقة على قريب أو زوجة من غير إذنه، فهو إما فضولي، وهو جدير بأن يفوت عليه ما فوته على نفسه، أو متفضل فعوضه على الله دون من تفضل عليه، فلا يستحق مطالبته". (3)

وقاعدة الحنفية في هذا النوع وهي: " أن من أدى مصروفاً عائداً على غيره بدون أمره أو إذن الحاكم يكون متبرعاً". (4)

2 - أن يقوم بعمل يحتاجه لمصلحة نفسه ولا يتوصل إليه إلا بإسداء نفع لغيره يحتاجه ولم يأذن له فيه: كما إذا أعار شخص لآخر عيناً ليرهنها بدين عليه، ولما أراد المعير استردادها لم يتمكن من ذلك إلا بقضاء دين المرتهن ففعل فإنه يرجع على المستعير بالدين (5). ويدخل في هذا أيضاً قبض غير المستحق: كمن دفع إلى شخص مالاً يظنه ديناً واجباً عليه، وليس بدين واجب في الحقيقة ونفس الأمر، فله أن يرجع على القابض بما أخذه منه بغير حق، ويكون ذلك ديناً في ذمته، وذلك لأن من أخذ من غيره ما لا حق له فيه فيجب عليه رده إليه (6).

خامساً: إيجاب الإمام (الدولة) لبعض التكاليف المالية للوفاء بالمصالح العامة.

فما يفرضه الإمام عند عجز بيت المال من تكاليف مالية على القادرين عليها للوفاء بالمصالح العامة يصير ديناً واجباً وحقاً مستحقاً (7) كأن يصرف ذلك للمساهمة في إغاثة المنكوبين وإغاثة المتضررين بزلزال مدمر أو حريق شامل أو نحو ذلك مما يفجأ الناس ولا يتسع بيت المال لتحمله أو التعويض عنه ودفع ضرر المعصوم من المسلمين وأهل الذمة على القادرين؛ إذ ضرب الخراج على الناس عند ضعفهم وحاجتهم أمر جائز إذا ضعف بيت المال عن القيام بمصالح

(1) ابن رجب: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ت: أبو عبيدة آل سلمان، ط (1998م)، دار بن عفان (الرياض)، (74/2).

(2) الرافعي: فتح العزيز شرح الوجيز، ط (د، ت) دار الفكر، (بيروت)، (389/10)، محمد قدرى باشا: مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان ط 2، (1308 هـ - 1891م)، المطبعة الأميرية ببولاق، (مصر)، ص 117..

(3) محمد قدرى باشا: مرشد الخيران، مصدر سابق، ص 117.

(4) علي حيدر: درر الحكام، مصدر سابق (114/2).

(5) الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق، ط 2 (د، ت) دار الكتاب الإسلامي، (القاهرة) (89/6)،

ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط (1973م) دار الجيل، (بيروت) (417/2)، وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق (115/21)، خالد محمد حسين: التصرف في الديون، مرجع سابق، ص 91.

(6) الإسنوي: التمهيد في تخریج الفروع على الأصول، ت: محمد حسن هيتو، ط 2 (1401 هـ - 1981م)، مؤسسة الرسالة (بيروت)، ص 65 وما بعدها، سليم رستم باز: شرح المحلة، ط 3 (د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت) (62/1).

(7) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط (1386 هـ - 1979م)، دار الفكر، (بيروت) (336/2).

الناس (1) قال القرطبي - رحمه الله - : " اتفق العلماء على أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة فإنه يجب صرف المال إليها، قال الإمام مالك - رحمه الله - : يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم " (2).
وعليه فمن فرض عليه الإمام بعض هذه التكاليف إذا لم يوف بها تصير ديناً في ذمته.

المطلب الثاني: شروط الدين و آدابه.

لكي تكون عملية الاستدانة ملائمة لمقصد الشارع فقد اشترطت لها شروط آداب معينة حفاظاً على أموال الناس من الضياع أو الاستغلال، وبعدها لها عن الربا المحرم، ومن أهم تلك الشروط ما يأتي :

أن يكون المستدين عازماً على الوفاء :

لقوله p : ((مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ)) (3) ففي هذا الحديث كما قال ابن بطال - رحمه الله - " الحض على ترك استئكال أموال الناس والترغيب في حسن التأدية إليهم عند المداينة " (4)

وعليه فمن أتلّف أموال الناس أونوى إتلافها أتلّفه الله والمراد بالإتلاف "الظاهر أن يقع له في الدنيا وذلك في معاشه أو في نفسه لما نراه بالمشاهدة ممن يتعاطى شيئاً من الأمرين وقيل المراد بالإتلاف عذاب الآخرة" (5)؛ وعليه فمن نوى الوفاء أعانه الله سبحانه ويسر له سبلاً تعينه على تسديد دينه، ومن نوى العكس عوقب بمثل مقصوده؛ لأن الأصل هو حرمة مال المسلم، والدائن لم يسلط المدين على ماله إلا بشرط الأداء، فإذا لم ينو الأداء كان أخذاً لمال أخيه بالحرام (6).

أن يعلم أو يغلب على ظنه قدرته على الوفاء :

لأن النبي قد بين خطورة الدين فقال : ((نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ)) (7).

فهذا الحديث يفهم منه التشدد في ذات الوفاء فلا بد على أقل الأحوال أن يغلب على ظن المدين قدرته على الوفاء (8)

(1) الونشريسي: المعيار المغرب والجامع المغرب، ط(1451هـ-1981م)، دار الغرب الإسلامي (بيروت)، (131/11) الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط(1404هـ-1984) دار الفكر، (بيروت) (8/50).

(2) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق (2/242).

(3) سبق تخريجه .

(4) ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ضبط وتعليق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط3 (1425هـ-2004م)، مكتبة الرشد، (الرياض) (6/513).

(5) ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق (5/69).

(6) سامي السويلم: موقف الشريعة الإسلامية من الدين، مرجع سابق، ص 22.

(7) أحمد: في مسنده (2\440)، وابن ماجه: في سننه، برقم: 2413، كتاب: الصدقات، باب: التشديد في الدين

(2/806)، الترمذي: في سننه، برقم: 1078، كتاب: الجنائز، باب: ما جاء عن النبي صلى الله عليه، وسلم أنه قال قال نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه (389/3) وقال: "هذا حديث حسن".

(8) سامي السويلم: موقف الشريعة الإسلامية من الدين، مرجع سابق، ص 22.

- أن يكون الدين في أمر مشروع لقوله - أن p: ((إن الله مع الدائن حتى يقضي دينه مالم يكن فيما يكره الله)) (1).

عدم استفادة الدائن من عملية الاستدانة (2):

يُشترط في الاستدانة أن لا تؤدي إلى نفع للدائن إذ لو شرط فيها انتفاع الدائن كأن يشترط عليه أن يرد له أكثر مما أخذ أو أجود مما أخذ فهذا حرام هذا بلا خلاف إذ "أجمع المسلمون نقلاً عن نبيهم صلى الله عليه وسلم ان اشتراط الزيادة في السلف ربا ولو كان قبضة من علف كما قال ابن مسعود (3) وقد رُوي عن علي بن أبي طالب π عن رسول الله p ((كُلُّ قَرْضٍ جَرٌّ مَنفَعَةٌ فَهُوَ رِبًا)). (4) أما إذا كانت المنفعة التي حصل عليها الدائن من المدين غير مشروطة فيجوز ذلك عند جمهور الفقهاء في الجملة (5) ولعل أحسن تحرير لهذه المسألة ما جاء في نيل الأوطار الأوطار هذه المسألة وحققها في نيل الأوطار فقال: - رحمه الله - "إذا كانت الزيادة مشروطة في العقد فتحرم اتفاقاً ولا يلزم من جواز الزيادة في القضاء على مقدار الدين جواز الهدية ونحوها قبل القضاء؛ لأنها بمنزلة الرشوة فلا تحل..... والحاصل أن الهدية والعارية ونحوها، إذا كانت لأجل التنفيس في الدين أو لأجل رشوة صاحب الدين أو لأجل أن يكون لصاحب الدين منفعة في مقابل دينه فذلك محرم؛ لأنه نوع من الربا أو الرشوة، وإن كان ذلك لأجل عادة جارية بين المقرض والمستقرض قبل التداين فلا بأس، وإن لم يكن ذلك لغرض أصلاً فالظاهر المنع لإطلاق النهي عن ذلك، وأما الزيادة على مقدار الدين عند القضاء بغير شرط ولا إضمار فالظاهر الجواز من غير فرق بين الزيادة في الصفة والمقدار والقليل والكثير" (6).

نخلص مما سبق إلى الآتي :

(1) أخرجه الدراري : في سننه، برقم: 2595، كتاب: البيوع باب: في الدائن معان، (2/342)، ت: فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي، ط 1 (1407 هـ)، دار الكتاب العربي، (بيروت)، والحاكم: في المستدرک وصححه ووافقه الذهبي، برقم: 2205، كتاب: البيوع، (2/27)، ت: مصطفى عبد القادر عطا، ط(1411هـ-1990م) دار الكتب العلمية، (بيروت)، مع الكتاب تعليقات الذهبي في التلخيص.

(2) وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق (3/265).

(3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق (3/241).

(4) أخرجه البيهقي: السنن الكبرى، عن فضالة بن عبيد موقوفاً بلفظ: (كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا)، كتاب: البيوع، باب: كل قرض جر منفعة فهو ربا، برقم: 10715، (5/263)، ت: محمد عبد القادر عطا = ط(1414هـ-1994م)، مكتبة دار الباز (مكة المكرمة). لكن في إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، قال عمر بن بدر في المغني: "لم يصح فيه شيء". ابن حجر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، إعتناء: أبو عاصم حسن، ط 1 (1416هـ-1995م) مؤسسة قرطبة، دار المشكاة للبحث العلمي، مكة (3/80) وقال الشوكاني: "في إسناده سوار بن مصعب، وهو متروك... ووهم إمام الحرمين والغزالي فقالا: إنه صح. ولا خيرة لهما بهذا الفن". ينظر: نيل الأوطار، مصدر سابق (5/262)، وضعفه الألباني: إروء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ط 2 (1405هـ-1985م) المكتب الإسلامي (بيروت)، (5/235)، لكن معناه صحيح وقد تلقته الأمة بالقبول، صديق حسن خان: الروضة الندية شرح الدرر البهية ط(د،ت)، دار المعرفة، (2/99).

(5) ابن حزم: المحلى، ط (د،ت)، دار الفكر، ب(بيروت) (8/85)، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ط(1980م)، المكتب الإسلامي، (بيروت) (4/204) وما بعدها، الخرشبي: شرح مختصر خليل مصدر سابق (6/115)، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، مصدر سابق (5/161)، المطيعي: تكملة المجموع شرح المهذب، ط (د،ت)، دار الفكر، (بيروت) (13/170) وما بعدها.

(6) الشوكاني: نيل الأوطار، مصدر سابق (5/262).

الشريعة الإسلامية لا ضرر فيها ولا ضرار لذلك رفعت المشقة عن الناس فأباحت التداين، كما نهت عن المماثلة في السداد، وفي هذا حفاظ على مصلحة كل من الدائن والمدين فما أعظم شرع الله .
التوسع في الاستدانة يؤدي إلى أضرار كثيرة، لذا فالشريعة لا تشجع على ذلك ، وهل أزمات العالم الاقتصادية الآن إلا نتيجة لذلك.

إذا أرادت البشرية الخروج من أزماتها الاقتصادية ، فعليها أن تتبع نهج الله فيما شرعه من ضوابط و أحكام في مجال معاملات الأموال ، فمن اتبع نهجه فلا يضل ولا يشقى .

قائمة المصادر و المراجع :

القرآن الكريم. برواية حفص عن عاصم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

أولاً: القرآن الكريم و علومه.

الخصاص ، أحمد بن علي: أحكام القرآن، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

الرازي، محمد بن عمر، فخر الدين: التفسير الكبير، ط (د، ت)، دار الفكر.

رضا ، محمد رشيد: تفسير المنار، ط2 (1366هـ-1947م)، دار المنار، (القاهرة).

الطبري ، حمد بن جرير: جامع البيان في تفسير القرآن، ط (1398هـ-1978م)، دار الفكر، (بيروت).

ابن عاشور، محمد الطاهر: التحرير والتنوير، ط(د، ت)، الدار التونسية، المؤسسة الوطنية للكتاب(تونس).

ابن العربي ، محمد بن عبد الله : أحكام القرآن، تحقيق : علي محمد البجاوي، ط: (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

ابن عطية ، عبد الحق بن غالب: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافعي محمد، ط1 ، (1413هـ-1993م).

ابن الفرس ، عبد المنعم بن محمد: أحكام القرآن، تحقيق: طه علي بوسريح، ط1 (1427هـ-2006م) دار ابن حزم، (بيروت) .

القرطبي ، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، ط (1405 هـ 1985 م)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت).

ابن كثير ، إسماعيل بن عمر :تفسير القرآن العظيم، ت سامي بن محمد سلامة، ط 2 (1420هـ 1999 م)، دار طيبة ، (المدينة المنورة).

ثانياً : السنة و علومها.

الألباني ، محمد ناصر الدين: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ط2 (1405هـ-1985م)، المكتب الإسلامي، (بيروت).

صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، ط(د، ت)، المكتب الإسلامي، (بيروت).

ضعيف الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف، (الرياض).

الباجي ، سليمان بن خلف: المنتقى شرح الموطأ، ط 3 (1403هـ-1983 م)، دار الكتاب العربي ، (بيروت).

ابن بطلال ،علي بن خلف: شرح صحيح البخاري، ضبط وتعليق:أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط3(1425 هـ-2004م)، مكتبة الرشد (الرياض).

الترمذي ، محمد بن عيسى : السنن ، تحقيق :أحمد محمد شاكر وآخرون ، ط (د، ت)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت) .

الحاكم ، حمد بن عبد الله : المستدرک على الصحيحین مع الكتاب تعليقات الذهبي ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط 1(1411هـ-1990م)، دار الكتب العلمية (بيروت).

ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط جديدة، دار السلام (الرياض)، دار الفيحاء (دمشق) .

ابن حنبل ، أحمد بن محمد: المسند الأحاديث مزيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط عليها، ط(د، ت) مؤسسة قرطبة، (القاهرة) .

أبو داود ، سليمان بن الأشعث : السنن، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط(د، ت)، دار الفكر (بيروت)

الزيلعي ، عبد الله بن يوسف ، جمال الدين: نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، تصحيح: محمد عوامة، دارالقبلة للثقافة الإسلامية، (جدة).

الشوكاني ، محمد بن علي : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، (د ت) مصطفى البابي الحلبي ، (مصر).

الصنعاني ، محمد بن إسماعيل : سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، ط 4 (1379هـ-1960م)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي (مصر).

الطحاوي ، أحمد بن سلامة ، أبو جعفر: شرح مشكل الآثار، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، ط 1 (1415هـ-1994م) مؤسسة الرسالة، (بيروت) .

ابن ملجه ، محمد ، بن يزيد : السنن ، تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي ، ط(د، ت) ، دار الفكر (بيروت).

مسلم ، أبو الحسين بن الحجاج :الجامع الصحيح ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، ط (د، ت)دار إحياء التراث العربي، (بيروت).

النسائي ، أحمد بن شعيب: السنن الكبرى، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، ط 2(1406هـ-1986م)، مكتب المطبوعات الإسلامية ، (حلب).

النووي ، يحيى بن شرف : شرح النووي على مسلم ، ط 1 ، (1349 هـ-1930م) المطبعة المصرية بالأزهر (مصر).

الهيثمي ، نور الدين:بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث،تحقيق:حسين أحمد صالح البكري ط 1 (1413هـ-1992م)، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، (المدينة المنورة).

ثالثا : أصول الفقه وقواعده.

الجوزية ، محمد بن أبي بكر ابن قيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط (1973م) دار الجيل، (بيروت).

السمعاني ، منصور بن محمد: قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن اسماعيل الشافعي، ط 1 (1418هـ/1999م) دار الكتب العلمية، (بيروت).

السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر، ط 1 (1411 هـ 1990م)، دار الكتب العلمية، (بيروت) .

ابن عاشور ، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية الشركة التونسية للتوزيع ، (تونس)، المؤسسة الوطنية للكتاب، (الجزائر) .

ابن عبد السلام ، أبو محمد عز الدين: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود الشنقيطي ط (د،ت) دار المعارف ، (بيروت) .

ابن المنذر، محمد، بن إبراهيم : الاجماع تحقيق:أبوحمادصغيرأحمد، ط2(1420هـ-1999م) مكتبةالفرقان (عجمان) ، مكتبة مكة الثقافية(رأس الخيمة).

رابعا: كتب التراث الفقهي.

المذهب الحنفي:

باشا ، محمد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ط 2، (1308 هـ 1891م)، المطبعة الأميرية ببولاق، (مصر).

برهاننوري، نظام الدين: الفتاوى الهندية(العالمكيرية)،ط(1411هـ-1991م)، دار الفكر (بيروت).

حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب: فهمي الحسيني، ط 1 (1411هـ 1991م)، دار الجيل ، (بيروت) .

رستم ، سليم باز: شرح المجلة ، ط 3 (د، ت)، دار الكتب العلمية (بيروت).

الزليعي ، عثمان بن علي ، فخر الدين: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط 2 (د، ت) دار الكتاب الإسلامي ، (القاهرة) .

ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر : حاشية رد المختار على الدر المختار ، ط (1386هـ-1979م)، دار الفكر ، (بيروت).

الغنيمي ، عبد الغني بن طالب: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النوي، ط (د، ت)، دار الكتاب العربي ، (بيروت) .

المذهب المالكي :

الخطاب ، محمد بن محمد: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق: زكريا عميرات، ط (1423هـ 2003م) ، دار عالم الكتب.

الدسوقي ، محمد بن أحمد : حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل، ط(د، ت)، دار الفكر (بيروت).

ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: محمد أحمد أحميد الموريتاني، ط 2 (1400هـ 1980م) ، مكتبة الرياض الحديثة، (الرياض).

الونشريسي ، أحمد بن يحيى : المعيار المعرب والجامع المغرب، ط(1451هـ-1981م)، دار الغرب الإسلامي ، (بيروت).

المذهب الشافعي :

الرملي، محمد بن أحمد: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط (1404هـ - 1984م) دار الفكر، (بيروت).

الشافعي، محمد بن إدريس: الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط 1 (1422هـ - 2001م) دار الوفاء، (المنصورة)

الشربيني، محمد بن أحمد: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط (د، ت)، دار الفكر.

المطيعي، محمد نجيب: تكملة المجموع شرح المذهب، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

المذهب الحنبلي:

البهوتي، منصور بن يونس: شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1 (1421هـ - 2000م)، مؤسسة الرسالة ناشرون.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد: المغني شرح مختصر الخرقي ط (1393هـ - 1973م)، دار الكتاب العربي، (بيروت).

المذهب الظاهري:

ابن حزم، علي بن أحمد: المحلى، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

المذهب الزيدي:

الشوكاني، محمد، بن علي: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: إبراهيم زايد وآخرون، ط 2 (1982م)، وزارة الأوقاف (القاهرة).

القنوجي، صديق حسن، خان: الروضة الندية شرح الدرر البهية ط (د، ت)، دار المعرفة.

خامسا: الدراسات الفقهية العامة و المعاصرة:

تربان، خالد محمد: بيع الدين أحكامه و تطبيقاته المعاصرة، ط (1424هـ - 2003م)، دار البيان العربي، (الأزهر) دار الكتب العلمية (بيروت).

الجوزية، ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط (د، ت) دار الكتب العلمية، (بيروت).

خالد، محمد حسين، إبراهيم: التصرف في الديون و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط (2006م)، دار الجامعة الجديدة، (الإسكندرية).

الدهلوي، أحمد شاه ولي الله: حجة الله البالغة، ط 1 (1352)، دار المطبعة المنيرية.

الزرقا، أحمد مصطفى: المدخل الفقهي العام، ط (1968م)، دار الفكر (بيروت).

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط 2 (1998م)، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت).

السويلم، سامي: موقف الشريعة الإسلامية من الدين، ط (1417هـ - 1996م).

القره، علي محيي الدين : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ط1 (1422هـ 2001م)، دار السلام، (الرياض)، دار الفيحاء، (دمشق).

القنطنقجي سامي مظهر: ضوابط الاقتصاد الإسلامي في معالجة الأزمات المالية العالمية، ط 1 (1429هـ 2008م)، دار النهضة، (دمشق).

محمصاني: صبحي: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط 3 (1403هـ 1983م)، دار العلم للملايين، (بيروت).

نزيه، كمال حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد ط1 (1421هـ 2001م)، دار القلم، (دمشق)، الدار الشامية (بيروت)

وزارة الأوقاف الكويتية الموسوعة الفقهية، ط 2 (1412هـ 1992م)، ذات السلاسل، (الكويت).

سادسا: المعاجم اللغوية.

الفيومي، أحمد بن محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط(د، ت)، دار القلم (بيروت)، ونسخة أخرى ط(د، ت)، المكتبة العلمية، (بيروت).

ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، ط (د، ت) دار صادر، (بيروت).

سابعا: الدوريات و المجلات.

محمد الحماد حسين بن حماد: من أحكام الدَّيْن، مجلة البيان، تصدر عن المنتدى الإسلامي السنة الرابعة عشر (1420هـ 1999م)، العدد (137)

السلمي، عبد الله بن ناصر: الماطلة مظاهرها وأضرارها وأنواعها وأسبابها في الفقه الإسلامي مجلة البحوث الإسلامية، سنة (1427هـ)، العدد(79).

ثامنا : مواقع الأنترنت.

علي محيي الدين: الأزمة المالية بعين إسلامية islamweb. Ne تاريخ الزيارة: 2009/5/2.

دعوى الإلغاء على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري



دراسة من إعداد : الأستاذ عادل بوراس

كلية الحقوق جامعة المسيلة - الجزائر -

مقدمة :

من أهم وأكبر الضمانات التي تعتمد عليها الدول اليوم، لإقرار مبدأ المشروعية بمفهومه العام والمشروعية الإدارية بمفهوم خاص، إخضاع تصرفات وأعمال السلطة الإدارية إلى الرقابة.

وما يلاحظ على هذه الرقابة التي تخضع لها الإدارة العامة، أنها متعددة ومتنوعة، وتمارس وفق طرق ووسائل مختلفة، فنجد مثلا أن من بين أهم صور هذه الرقابة: الرقابة الإدارية، إلى جانبها الرقابة السياسية، والرقابة التشريعية، وإذا كانت هذه أهم صور الرقابة المفروضة على أعمال الإدارة العامة، فإنها تبقى مقارنة بالرقابة القضائية محدودة الأثر، إذ تعد الرقابة القضائية أهم هذه الصور وأنجعها، وذلك لأسباب تتعلق:

أولا: استقلالية الرقابة القضائية وحيادها: فالرقابة القضائية على خلاف الرقابة الإدارية رقابة خارجية، الأمر الذي يجعلها أكثر استقلالا.

ثانيا- فعالية الرقابة القضائية: فعلى خلاف الرقابة السياسية، نجد أن الرقابة القضائية هي رقابة فعالة، بحيث تحوز الأحكام والقرارات الصادرة في ها قوة الشيء المقضي فيه، في حين تفتقر الرقابة السياسية للجزاءات المباشرة.

ثالثا- الطابع العام للرقابة القضائية: فالرقابة القضائية ذات طابع عام، فهي تمارس على الأجهزة الإدارية مركزية كانت أو لا مركزية، على عكس الرقابة التشريعية التي تنصب فقط على أعمال وتصرفات السلطة المركزية. الحكومة.

يقصد بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة بالرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عن طريق مختلف الدعاوى التي جعلها المشرع بين أيدي الأفراد.

وما يلاحظ على هذه الدعاوى، أنها بدورها عديدة ومتنوعة، فهناك دعوى التفسير، ودعوى التعويض، ودعوى فحص المشروعية، لكن تبقى أهم وأبرز هذه الدعاوى وأنجعها دعوى الإلغاء التي ستحظى بدراستنا في هذا المبحث المتواضع.

والواقع أن اختيارنا لهذا الموضوع ينبع عن أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فمن أهم الأسباب الذاتية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هو توسيع معارفنا ومعلوماتنا حول هذه الدعوى التي سبق وأن قلنا بأنها أهم الدعاوى القضائية على الإطلاق، أما الأسباب الموضوعية فيمكن حصرها في معرفة الأحكام الجديدة التي أحاط بها المشرع هذه الدعوى في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، لذلك لا نبالغ إذا قلنا بأن دراستنا لهذا الموضوع تعد من أحدث الدراسات والبحوث على الصعيد القانوني.

وباعتبارها - دعوى الإلغاء - الدعوى التي تعلق عليها جميع التشريعات الآمال في الحفاظ على مبدأ المشروعية وتكريس دولة الحق والقانون، فإن الإشكالية التي تحظى بطرحنا كالتالي:

إلى أي مدى يحقق النظام القانوني لهذه الدعوى في التشريع الجزائري هذا الهدف والمسعى؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اقترحنا خطة تشتمل على ثلاث فصول جاءت على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية دعوى الإلغاء

الفصل الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء

الفصل الثالث: آثار دعوى الإلغاء

ولقد وجدنا بأن هذه الخطة تفرض علينا الاعتماد على منهجين أساسيين هما المنهج الوصفي، والمنهج المقارن وذلك من خلال مقارنة الأحكام التي كان ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الخاصة بهذه الدعوى مع الأحكام التي أحاط بها هذه الدعوى أيضا في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك للوقوف على الجديد بخصوص هذه الأحكام.

الفصل الأول: ماهية دعوى الإلغاء :

إن التعرض لماهية دعوى الإلغاء، يقتضي بالضرورة التطرق للعنصرين التاليين:

_ تعريف دعوى الإلغاء :

_ خصائص دعوى الإلغاء

وهو ما سنتناوله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تعريف دعوى الإلغاء:

يمكن التطرق إلى تعريف دعوى الإلغاء من خلال ما جاء به وأورده الفقه أولا وإلى ما نصت عليه بعض التشريعات وثانيا وإلى ما جاء به القضاء الإداري وثالثا.

المطلب الأول: تعريف الفقه لدعوى الإلغاء:

لقد قدم الفقه الفرنسي والعربي العديد من التعريفات لدعوى الإلغاء .

الفرع الأول: تعريف الفقه الفرنسي.

نقتصر على تعريف الفقه الفرنسي لدعوى الإلغاء على التعريف الذي جاء به الفقيه - دولوبادير - Delobadair الذي عرف دعوى الإلغاء بقوله

" Le recours pour excès de pouvoir, est une recours contentieux visant à faire " 1. annuler, par le Juge administratif, un acte administratif illégal

الفرع الثاني : تعري الفقه العربي لدعوى الإلغاء:

بدوره قدم الفقه العربي تعريفات متعددة لدعوى الإلغاء من طرف الفقه العربي، وربما هذا التعدد والتنوع في التعريفات، ينم عن حقيقة كون دعوى الإلغاء على مستوى الفقه العربي نالت مجالا واسعا ورحبا من الدراسة.

فقد عرفها الفقيه الدكتور سليمان الطماوي بأنها: "الدعوة التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري، بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون"2.

إن ما يؤخذ على هذا التعريف هو قوله "من أحد الأفراد" ف الأعمال الحرفي لهذه المادة يؤدي بنا إلى القول بعدم قبول دعوى الإلغاء المروعة من قبل الأشخاص المعنوية.

كما عرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها "الدعوى القضائية العينية أو الموضوعية، التي يحركها أصحاب الصفة والمصلحة القانونية أمام جهة القضاء الإداري المختصة للطالين الحكم بإلغاء قرار إداري نهائي غير مشروع، وتنحصر سلطة القاضي في تقدير وفحص مدى شرعية أو عدم شرعية القرار الإداري المطعون فيه بعدم الشرعية، من أجل الحكم بإلغائه أو عدم إلغائه، وفقا للنتائج التي يتوصل إليها فحصه وتقديره مدى شرعية هذا القرار الإداري أو عدم شرعيته"3.

رغم وجاهة هذا التعريف إلا أن ما يأخذ عليه هو طوله بالإضافة إلى كونه عبارة عن جمع وربط لخصائص هذه الدعوى والجهة المختصة في نظرها، وسلطة القاضي الإداري فيها.

¹ "الطعن يتجاوز السلطة هو طعن قضائي المهدف منه إلغاء قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري"

le droit adm, Paris, France: 1999 p 536. é Delobadair, trait

² محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص.305

³ عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية، دار الطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، بوزريعة، 2003، ص.174

ومن التعريفات التي ترجحت لدينا في تعريف هذه الدعوى التعريف الذي أورده الدكتور بعلي محمد الصغير، الذي عرفها قائلا: "هي الدعوى القضائية الإدارية، والتي تستهدف إلغاء قرار لإداري، بسبب عدم مشروعيتها نظرا لما يشوب أحد أركانها من عيوب"¹.

المطلب الثاني: تعريف التشريع:

كما هو معلوم إن وظيفة المشرع هو التشريع وسن القوانين، وليس إعطاء التعريفات، وبالتالي أحجم المشرع الجزائري عن إعطاء تعريف لدعوى الإلغاء، ولكن مع ذلك نجد التشريع العادي والأساسية ي بعض نصوصه قد تضمن إشارة إلى هذه الدعوى.

الفرع الأول: ما جاء به الدستور:

نجد في نصوص الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، ما يدل على أنه يشير إلى الدعوى الإدارية من ذلك ما جاء في المادة 139 "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقه الأساسية".

وربما تظهر الإشارة الصريحة للدعوى الإدارية ما جاء في نص المادة 143 "ينظر القضاء في الطعن ي قرارات السلطات الإدارية".

الفرع الثاني: ما جاء به التشريع العادي:

لقد تضمنت العديد من النصوص القانونية الإشارة إلى دعوى الإلغاء مثلما جاء في المادة 7 و 274 من قانون الإجراءات المدنية، وأيضا ما جاء في المادة 9 من القانون العضوي 98-01.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن هذا النوع من الدعاوى لا يزال يعاني رحلة البحث عن التسمية الصحيحة إذ يستعمل تارة دعوى تجاوز السلطة، وتارة يستعمل عبارة الطعن بالبطلان، وهي تسمية غير محددة، كون مصطلح البطلان يستعمل عادة في القواعد المتعلقة بالقانون المدني، وبحكم استقلالية القانون الإداري عن القانون المدني، فالأفضل الاستغناء عن هذه التسمية، كما نجد من بين التسميات تسمية دعوى الإلغاء، وهي التسمية التي يعتقد أنها الأنسب، وهي العبارة التي استعملها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في كل من المادتين 801 بقولها "تختص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى الإلغاء..."، وكذلك المادة 901 بقولها "يختص مجلس الدولة...بالفصل في دعاوى الإلغاء...".

المطلب الثالث: ما جاء به القضاء الإداري:

كما هو الشأن بالنسبة للتشريع، فليس من وظيفة القاضي الإداري إعطاء التعريفات وإنما مهمته الفصل في المنازعة الإدارية، غير أن القاضي الإداري أثناء فصله في المنازعة الإدارية، قد يتعرض في معرض ومنطوق حكمه الإشادة ولو بصورة غير مباشرة إلى تعريف الدعوى الإدارية او الدعوى الإلغاء.

¹ محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، عنابة، 2001. ص 31

وإذا كان، كما أوضحت ذلك بعض المؤلفات¹، كل من القضاء المصري والقضاء الفرنسي قد أشارا، بصورة غير مباشرة -ضمنية- إلى تعريف دعوى الإلغاء، فإن ما يلاحظ على أحكام القضاء الجزائري، أنها أحكام مقتضبة ومختصرة، وبالتالي افتقرت إلى تعريف هذه الدعوى.

المبحث الثاني: خصائص دعوى الإلغاء:

لدعوى الإلغاء من الخصائص الذاتية التي تجعلها دعوى مستقلة، وقائمة بذاتها ومتميزة عن غيرها من الدعاوى القضائية الأخرى²، وهذه الخصائص نجملها فيما يلي:

المطلب الأول: دعوى الإلغاء دعوى قضائية، موضوعية وعينية

الفرع الأول دعوى الإلغاء دعوى قضائية:

إن دعوى الإلغاء دعوى قضائية بآتم معنى الكلمة، وليست كما كانت عليه قبل 1872 في ظل فترة القضاء المحجوز، أين كان مجلس الدولة يمارس فقط اختصاصا استشاريا، فقبل هذا التاريخ كانت دعوى الإلغاء مجرد طعن أو تظلم رئاسي، غير أنه بصدور قانون 24 ماي 1872، أصبح مجلس الدولة ينظر في المنازعات الإدارية بصورة سيادية³. وأصبحت بالتالي دعوى الإلغاء من مجرد كونها تظلم إداري، إلى كونها دعوى قضائية.

وما يؤكد الطبيعة القضائية لدعوى الإلغاء في التشريع الجزائري ما يلي:

إن رفعها وتحريكها يكون وفق الإجراءات والشكليات التي نص عليها القانون الإجراءات المدنية والإدارية، عريضة مكتوبة وموقع عليها من محامي تتضمن بيانات معينة، تقييد وتسجل لدى كتابة ضبط المحكمة⁴.

يشترط في رافعها حيازته على شرطي الصفة والمصلحة، وهي من شروط الواجب توافرها في رافع أي دعوى قضائية (المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 130 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

الفرع الثاني: دعوى الإلغاء دعوى عينية موضوعية:

بالإضافة إلى كونها دعوى قضائية، فدعوى الإلغاء تصنف ضمن الدعاوى الموضوعية العينية فهي على خلاف الدعاوى المدنية والإدارية الأخرى لا سيما منها دعوى التعويض، التي يسعى فيها الطاعن إلى تحقيق مصلحة ذاتية شخصية، فالطاعن من وراء دعوى الإلغاء لا يخاصم الموظف أو الجهة مصدرة القرار وإنما يخاصم القرار الإداري غير المشروع، أي أن نمط هذه الدعوى على حد تعبير المحكمة الإدارية المصرية هو اختصاص القرار الإداري في حد ذاته استهدافا لمراقبة مشروعيته.

ويترتب على كون دعوى الإلغاء دعوى موضوعية عينية نتيجتين هامتين:

1 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص. 33. 34

2 عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 175

3 لمزيد من المعلومات راجع، أحمد محبو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بن عكنون، 1992، ص. 20 .

4 راجع المواد 815 إلى 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الأولى: إضفاء مرونة وسهولة في إثبات شرط الصفة والمصلحة والتوسع فيهما.

الثانية: اكتساب القرار القضائي الصادر فيها حجية مطلقة بحيث تمتد آثارها إلى الكافة وليس على أطراف الخصومة فقط.

المطلب الثاني: دعوى الإلغاء الدعوى القضائية الأصلية والوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة¹.

تتميز دعوى الإلغاء أيضا في كونها الدعوى القضائية الوحيدة والأصيلة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، فلا يمكن إلغاء القرارات الإدارية المعيبة بعبء المشروعية عن طريق الدعاوى المدنية والإدارية الأخرى، فدعوى التفسير، ودعوى فحص المشروعية، ودعوى تعويض لا ترتب نفس الأثر الذي ترتبه دعوى الإلغاء والذي هو إلغاء القرار الإداري غير المشروع.

المطلب الثالث: دعوى الإلغاء تضمن احترام مبدأ المشروعية:

تستهدف دعوى الإلغاء حماية سيادة و نفاذ مبدأ المشروعية، وقواعد النظام القانوني السائد في الدولة، كونها تقضي وتعدم كل قرار إداري يخالف النظام القانوني في معناه العام ويخرج عن أحكام الشرعية.

المطلب الرابع: دعوى الإلغاء دعوى ذات إجراءات خاصة ومتميزة:

تتميز إجراءات دعوى الإلغاء بجملة خصائص تطبعها وتجعلها متميزة عن غيرها من الإجراءات²، كالسرية، وقصر المواعيد، وقلة التكاليف والحضورية، وهو ما سيظهر بشكل واضح عندنا تناولنا الفصل الثاني.

الفصل الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء

المبحث الأول: الشروط العامة لقبول دعوى الإلغاء

لقد وضع قانون الإجراءات المدنية قاعدة عامة تسري على مختلف الطعون والدعاوى المدنية والإدارية، ومنها الطعن بالإلغاء أمام الغرفة الإدارية ومجلس الدولة حيث نص المادة 13 منه على مايلي:

" لا يجوز لأحد ان يرفع دعوى امام القضاء ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة او محتملة في ذلك

ويشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي او المدعي عليه ، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود ادن برفع الدعوى ، اذا كان هذا الإذن لازماً

لاكن الملاحظ على المشرع في قانون الإجراءات المدنية الجديد 08\09 انه لم يعد يشترط الأهلية ، فقط اشترط في أشخاص الخصومة في الطعن بالإلغاء توافر الصفة والمصلحة وسنفضل في الموضوع كالاتي:

المطلب الأول : الصفة: وستتناولها في جزأين

الفرع الأول:الصفة لدى طرفي الخصومة الأصليين

1 عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 176

2 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 36

أولا: الصفة لدى المدعى :

نميز هنا بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع في هذه الحالة يسمح القاضي لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات كان يحضر محامي نيابة عن المدعي في هذه الحالة يقع على القاضي التأكد

ابتداء من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقا عن مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق فقد يصح التمثيل مع فساد الصفة في الدعوى من أمثلة ذلك:1

"يحضر الأب بصورة عفوية ومن دون وكالة جلسة المحاكمة بدلا من ابنه الراشد الذي رفع دعوى قضائية يطالب فيها استعادة شقة يملكها بسند، محتلة من الغير دون وجه حق، ظنا من الأب ان بان الملكية واحدة "

الصفة في الدعوى هنا صحيحة لكن التمثيل فاسد عكس ذلك ان يكون الأب حاملا لوكالة صحيحة غير ان الابن المدعى له ليس له اي سند يثبت ملكيته. التمثيل هنا صحيح إنما ترفض الدعوى لانعدام لصفة لدى الابن. وصحة التمثيل ليست من شروط قبول الدعوى، بل هي من شروط صحة الإجراءات.

ثانيا: الصفة لدى المدعى عليه

من المبادئ ان الدعوى لا تصح الا من ذي صفة على ذي صفة ويشترط في صحة الدعوى ان ترفع ضد :

1_ من يكون معنيا بالخصومة كدعوى العامل ضد رب العمل .

2_ ممن يجوز مقاضاتهم فلا تقبل دعوى ضد فاقد الأهلية او ضد مؤسسة لا تملك الشخصية المعنوية او ضد موظف اجنبي يتمتع بالحصانة الدبلوماسية.

الفرع الثاني: الدعوى الفردية والجماعية :

لم يمنع المشرع قيد الدعاوى بصفة جماعية رغم ان المادة 13 من لقانون الجديد جاءت بصيغة الفرد وعليه وعملا بالمادة 38 من القانون 09\08 التي تنص " في حالة تعدد المدعى عليهم كان يقاضي الوارث باقي الورثة في دعوى قسمة العقار

ويشترط في رفع الدعوى الجماعية ان يكون الموضوع واحد .

الأصل حينئذ هو تفريد الدعوى بحيث يتقاضى كل مدعي بصفة فردية ضمانا لحسن سير العدالة واستثناء قبول الدعوى بصفة جماعية وذلك عند وحدة الأطراف ووحدة المسائل المثارة المثارة لحماية لمصلحة جماعية

المطلب الثاني: المصلحة :

تطبيقا لقاعدة لا دعوى بدون مصلحة⁴ فان دعوى الإلغاء لا تقبل الا اذا كان للطاعن مصلحة رغم ما يكتنف مفهوم المصلحة من غموض ويقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء الى القضاء هذه المنفعة تشكل الدوافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها

فشرط المصلحة في دعوى الإلغاء يتسم بنوع من المرونة والاتساع نظرا للطبيعة الموضوعية لتلك الدعوى وحتى يشجع الأفراد على الدفاع ولذلك فلقد تفتن المشرع في نص المادة 13 واعطى لحق لكل من له مصلحة حالة او محتملة

الفرع الاول: المصلحة القائمة :

تكون المصلحة قائمة حينما تستند الى حق او مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق او المركز القانوني من العدوان عليه او تعويض ما لحق به من ضرر كان يمتنع المؤجر من تسليم العين المؤجرة محل عقد الإيجار والهدف من اشتراط المصلحة ,ضمان جدية الالتجاء والحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى كما ان القانون لا يجمي المصلحة المخالفة للنظام العام والاداب كالمطالبة بدين ناتج عن قمار.

الفرع الثاني : المصلحة المحتملة :

اذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق لذلك ضرر لصاحب الحق يقال بان المصلحة محتملة ,فقد تتولد مستقبلا وربما لن تتولد ابدا والمصلحة المحتملة التي يقررها القانون هي التي يكون الهدف من وراءها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرف المطلوب بالحجر عليه وفقا للمادة 101 وما يليها من قانون الأسرة

مثلا :في حالة الإضرار بالورثة نتيجة إصابة الأب بالجنون او العلة او السفه فمصلحة ذوي الحقوق هنا احتمالية إلا أن رجحان كفة الإضرار بهم تمنحهم الحق في قيد دعوى الحجر

المطلب الثالث :استبعاد الأهلية والكفالة :

الفرع الأول : استبعاد الأهلية :

يقصد بأهلية التقاضي أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي كما هو مبين في المادة 40 في القانون المدني اما الأشخاص الاعتبارية فيتمتعون بأهلية التقاضي عملا بالمادة 50 من نفس القانون .

الفرع الثاني: استبعاد الكفالة :

استبعد القانون الجديد العمل بالكفالة المنصوص عليها في المادة 460 من القانون المدني والتي تلزم كل أجنبي برفع الدعوى أمام القضاء بصفة مدعى عليه او متدخل بان يقدم كفالة لدفع المصاريف والتعويضات¹ كما تتميز المصلحة بمميزات منها :

_ شخصية اي تخص الشخص الطاعن لوحده كما يمكن ان تكون المصلحة جماعية, الأمر الذي يترتب عنه تقديم عريضة جماعية للدفاع عن مصلحة واحدة مشتركة بين أكثر من شخص وهو ما كانت قد قضت هبه قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا

_ مباشرة: اي دون اي وسيط بينهما بمعنى تمس الشخص الطالب لدعوى الإلغاء

_ قائمة وحالة: اي لم تتقدم ولم يمضي عنها اجل رفع الدعوى

_ مشروعة: بمعنى ان تكون معقولة وفي حدود المشروعية²

المبحث الثاني: الشروط الخاصة لقبول دعوى الإلغاء.

لا تكفي الشروط العامة لرفع الدعاوي، و التي جاءت بها م 13 ، من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لرفع دعوى الإلغاء بل يجب توافر مجموعة من الشروط الشكلية، خاصة بدعوى الإلغاء تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، كما نصت على ذلك المادة 819 من القانون 09/08 المذكور أعلاه، ويمكن حصر هذه الشروط في (1):

المطلب الأول: محل الطعن بالإلغاء (القرار الإداري المسبق).

يجب أن يكون الطعن المقدم إلى القضاء، موجهًا ضد تصرفات أشخاص القانون العام، و التي تتوافر على خصائص القرار الإداري و مميزاته.

- أولاً: ماهية القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء.

يعرف القرار الإداري بأنه >> عمل إنفرادي، ذو صيغة قانونية، يتمتع بالطبيعة الإدارية ن الهدف من ورائه، التأثير في النظام القانوني أو في حقوق والتزامات الغير دون رضاهم ((2)

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص الخصائص المميزة للقرار الإداري و هي :

1- القرار الإداري المسبق عمل إداري.

¹عبد الرحمن بربارة، المرجع نفسه ص 39
² أحمد محيو، المنازعات الادارية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 154.

تتجسد الخاصية الأولى، للقرار الإداري، في طبيعته الإدارية، أي انه صادر عن نشاط الإدارة، لكن ما المقصود بالإدارة التي تكون قراراتها قابلة للطعن بالإلغاء؟.

من اجل الإجابة على هذا التساؤل استعمل المشرع الجزائري المعيار العضوي (3) لتحديد الهيئات الإدارية العامة، و التي تكون قراراتها قابلة للطعن بالإلغاء ن من خلال نص المادة 800 من القانون 09/08 المذكور أعلاه.

و تحدد هذه المادة على سبيل الحصر الهيئات الإدارية وهي: الدولة، الولاية، البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية.

و بالتالي فالقرارات الصادرة عن مثل هذه الهيئات، و التي جاءت بها المادة 800 من القانون 09/08 تعد من قبيل القرارات التي يمكن أن تكون محل طعن بالإلغاء.

محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، الجزائر، عنابة، دار العلوم، 2002، ص 127

ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الجزائر، سطيف، مخبر الدراسات السلوكية و الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، 2007، ص 246

رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزائر، بن عكنون، 1998، ص 29

كما يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يعتبر بعض القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية الاقتصادية، قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء، و هذا بالاعتماد على المعيار الموضوعي كاستثناء عن المعيار المادي وهذا ما جاء في محتوى القانون رقم 01/88 التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية من خلال المادتين 55 و 56 منه (1).

لكن بإلغاء القانون 01/88 تم هجر المعيار الموضوعي أو الوظيفي و بالتالي تم استبعاد القرار الصادر عن هذه المؤسسات من فئة القرارات الإدارية التي تكون محلا لدعوى الإلغاء.

2- القرار الإداري المسبق تصرف قانوني.

ليس كل ما تقوم به الإدارة العامة، من تصرفات و أعمال، يعد من قبيل القرارات الإدارية، و حتى تعتبر كذلك، يجب أن يكون عملا قانونيا صادرا بقصد إحداث أثر قانوني.

و عليه يشترط في القرار الإداري أن يكون ذا طابع تنفيذي، أي من شأنه أن يحدث أثرا أو أدى بذاته، و ذلك عن طريق إحداث أو إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغاء مركز قانوني قائم.

وعليه فإنه، تخرج من دائرة القرارات الإدارية، التي تكون محلا لدعوى لإلغاء الأعمال التالية:

أ- الأعمال التحضيرية التي تسبق إصدار القرار و تتخذ تحضيرا له، مثل الآراء، الاقتراحات، التحقيقات .

ب- الأعمال اللاحقة للقرارات الإدارية، و تتمثل أساسا في التصرفات التي تقوم بها الإدارة العامة، بعد إصدار القرار الإداري، و مثالها التصديق على القرار الإداري، تبليغه و نشره، وهذا ما يعرف باسم الإجراءات التنفيذية .

ج- الأعمال التنظيمية أو ما يعرف بالتدابير الداخلية، والتي يقتصر أثرها القانوني على الإدارة، فالإدارة لا تقصد من وراءها، إحداه، إحداه أثر قانوني معين في مواجهة الأفراد(1)، وتتمثل أساسا في المنشورات ، التعليمات ، الدوريات ، والأوامر المصلحية(2).

و الأصل فيها أنها لا تصلح أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، لكن إذا وصل الأمر إلى حد وضع تنظيم جديد ، أي رتب أثرا قانونيا في مواجهة الأفراد ، فإنها تخضع حتما إلى الرقابة القضائية.(3)

رشيد خلوفي , نفس المرجع ، ص ص 30-31

ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 251

عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 128

3- القرار الإداري الصادر بالإرادة المنفردة.

وحتى نكون بصدد قرار إداري ، يجب أن يكون صادرا بإرادة الإدارة المنفردة حينما تمارس صلاحياتها ،وفقا للقانون الساري المفعول.

وعليه فإن العقود الإدارية لا تخضع لرقابة قاضي الإلغاء، لأنها من الأعمال الثنائية، وتقبل الطعن فيها عن طريق دعوى القضاء الكامل ، لكن هذه القاعدة الإجرائية ليست مطلقة ، حيث توصل كل من الفقه و القضاء الإداريين ، إلى وضع نظرية الأعمال المنفصلة ، ومفاد هذه النظرية ، انه غدا كانت عملية التعاقد مركبة ، وتشمل إجراءات و قرارات متعددة ، و أمكن فصل أحد هذه القرارات المتعلقة بإعلان المناقصات و المزايدات ، وكذا القرارات التي تصدرها الإدارة لفرض التزامات على التعاقد ، و قرارات اللجان المختصة ، يجوز الطعن في القرارات المنفصلة بالإلغاء استنادا إلى عيب عدم مشروعية القرار المنفصل ، وليس على أساس العقد.

وقد ثار خلاف بين الفقهاء ، فيما يخص تخصيص القرارات المنفصلة التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء ، فيما إذا كانت تلك التي تسبق عملية إبرام العقد أم التي تصدر عند تنفيذه.

لكن قضاء المحكمة العليا، حسم الموقف وجعل إمكانية الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل بنوعيه، السابق لعملية إبرام العقد، والقرار المنفصل اللاحق لعملية إبرام العقد(1). إلى جانب هذا، فإنه يخرج أيضا من نطاق الطعن بالإلغاء، ما يسمى بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة، وهي قرارات إدارية تحتوي على جميع عناصر القرار الإداري، لكن لا يستطيع القاضي إلغاؤها.

وقد حاول الفقه والقضاء الفرنسيين وضع قائمة حصرية لأعمال السيادة قسمت إلى صنفين (2):

- الصنف الأول: يتمثل في عمل السلطة التنفيذية - الإدارة العامة - في علاقتها مع السلطة التشريعية.

- الصنف الثاني: يمثل في عمل السلطة التنفيذية - الإدارة العامة - في علاقاتها الدولية.

محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، ص 130

رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 43

ثانيا: الاختصاص القضائي في القرارات الإدارية.

تختلف الجهة القضائية المختصة بنظر الطعن في القرار الإداري، بحسب الجهة الإدارية مصدره القرار:

1- المحكمة الإدارية :

تنص المادة 801 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على >> - تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :

الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية .

المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.....<<

من منطلق نص المادة 801 يمكن القول أن المحكمة الإدارية مختصة بنظر الطعون بإلغاء الموجة ضد القرارات الصادرة عن الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة ممثلة في المديرية ، كذلك القرارات الصادرة البلدية و مصالحها الإدارية ، وكذا القرارات الصادرة عن المؤسسات المحلية ذات الصبغة الإدارية .

و الملاحظ على نص المادة أعلاه ان المشرع الجزائري تخلى ضمنا عن نظام الغرف الإدارية الجهوية ، و التي كانت تختص بنظر الطعون بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الولاية . حيث أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية أي الغرف الإدارية المحلية في انتظار تنصيب المحاكم الإدارية.

2- مجلس الدولة :

انطلاقاً من نص المادة 801 من القانون 09/08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وكذا المادة 09 من القانون العضوي 01/98 ، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله ، فإن اختصاص مجلس الدولة بنظر الطعن في القرارات الإدارية يتحدد ب:

- نظم الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية .

- نظم الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية.

- المطلب الثاني : ميعاد الطعن بالإلغاء .

يختلف ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية ، عنه بالنسبة لرفعها أمام مجلس الدولة.

- أولاً: ميعاد الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية.

من منطلق نص المادة 829 من القانون 09/08 ، التي تحدد آجال الطعن أمام المحكمة

الإدارية بأربعة أشهر من تاريخ التبليغ أو النشر

و يعتبر شرط الميعاد من النظام العام طبقاً لنص المادة 322 من القانون 09/08 إذ يستوجب على الطاعن رفع دعوى الإلغاء ضمن أجل أربعة أشهر ، و تحسب الآجال كاملة ، مع إمكانية تحديدها في حالات الوقف أو قطع الميعاد.

- إمتداد الميعاد : يمدد الميعاد في الحالات التالية :

أ- حالات وقف الميعاد :

ويقصد بوقف الميعاد التوقف عن حساب المواعيد ثم السير فيها بعد زوال السبب ، مع إحتساب المدة السابقة لسبب الوقف .

وبمجيء القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أبقى المشرع على حالة واحدة لوقف الميعاد، وهي حالة العطلة الرسمية ، ممثلة في الأعياد الرسمية ، و أيام الراحة الأسبوعية ، كما أشار إلى ذلك المادة 405 من القانون 09/08 .

فإن صادف آخر يوم في ميعاد يوم عطلة ، يمدد الميعاد إلى أول يوم عمل يليه .

أما بالنسبة للمقيمين في الخارج ، ومراعاة الظروف المسافة نص القانون على تمديد ميعاد الإستئناف و المعارضة و الطعن بالنقض في المواد المدنية (1) .

ونحن نتساءل عن إمكانية تطبيق هذه الأحكام تمديد الميعاد في حالة الدعاوى الإدارية بسبب الإقامة في الخارج ؟ هذا من جهة .

من جهة أخرى إن هذا النص يعالج تحديد الميعاد في حالة الإستئناف و المعارضة ، و التماس إعادة النظر ، و الطعن بالنقض ، فهل يمكن تطبيقه على ميعاد رفع دعوى الإلغاء ؟

(1) مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ، الجزائر بن عكنون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، 2005، ص 335
إن المشرع قد أعطى إمكانية تطبيق أحكام نص المادة 404 عن الدعاوى الإدارية فيما يخص الإستئناف و المعارضة و إلتماس إعادة النظر و الطعن بالنقض لأن هذه الأحكام جاءت ضمن الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية .

لكن يبقى التساؤل قائما فيما إذا كانت هذه الأحكام تشمل تمس ميعاد رفع دعوى الإلغاء.

ب- حالات قطع الميعاد :

وتختلف حالة القطع عن حالة الوقف، من حيث بداية حساب مدة الميعاد من جديد بصورة كاملة.(1)
وحالات القطع جاء بها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 831 من القانون 09/08 وهي:

- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة:

وفي هذه الحالة يبدأ الحساب من جديد ، ابتداء من تاريخ تبليغ المعني،الحكم بعدم الإختصاص ، من طرف المحكمة غير المختصة .

تنص المادة 404 من القانون 09|08 أن تمتد لمدة شهرين (2) أجل المعارضة و الاستئناف و إلتماس إعادة النظر و الطعن بالنقض النصوص عليها في هذا القانون ، للأشخاص المقيمين خارج الإقليم الوطني .

ومايعاب على هذه الحالة التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادة 431 من القانون 09/08 حصرها في رفع الدعوى أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة، دون جهات القضاء العادي

- طلب المساعدة القضائية .

إن القضاء الإداري ، يقرر أن طلب المساعدة القضائية ، أو طلب الإعفاء من دفع الرسوم القضائية ، يعتبر سببا من أسباب قطع ميعاد الأربعة أشهر لرفع دعوى الإلغاء

وبداية هذا الميعاد من جديد من تاريخ علم و إبلاغ صاحب الشأن و المصلحة بقرار الفصل و الرد على طلبه .
والحكمة من هذه القاعدة أنه لا يجب حرمان صاحب الصفة ، والقانونية و المصلحة ، من إستعمال دعوى الإلغاء
بسبب فقره و عجزه عن دفع الرسوم القضائية (1) .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري كان في القانون القديم يعتبر المساعدة القضائية سببا من أسباب وقف
الميعاد على العكس منه فقد إعتبرها سببا من أسباب قطع الميعاد في القانون 09/08 بصريح نص المادة 831 منه .
 وفاة المدعي أو تغيير أهليته.

إن المشرع الجزائري لم يكن ينص على مثل هذه الحالة سواء □ في أسباب الوقف أو أسباب الإنقطاع ، لكن مع
التعديل الجديد أعتبرها من أسباب قطع الميعاد . أي أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء ، يحسب من جديد .

و الحكمة من ذلك تكمن في تمكين الورثة أو من عادت إليه أهلية التقاضي، من إعادة السير في الدعوى من جديد،
وكذا تلافيا لعنصر المفاجأة.

- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ :

أقر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 831 من القانون 09/08 بأن القوة القاهرة يترتب عليها قطع ميعاد رفع
دعوى الإلغاء ، بحيث تبدأ أو تحسب المواعيد من جديد بعد زوال القوة القاهرة ، وقد كان المشرع الجزائري تعتبر
القوة القاهرة من أسباب وقف الميعاد

المطلب الثالث : التظلم الإداري المسبق :

للقوف على حقيقة للتظلم الإداري تجب علينا التطرق أولا إلى مفهومه ثم التطرق إلى النظام القانوني الذي يحكمه
ثانيا .

- أولا : مفهوم التظلم الإداري :

يتحدد مفهوم التظلم الإداري المسبق من خلال وضع تعريف له ثم تبيان أنواعه .

عمار عوابدي ، عملية الرقابة على اعمال الادارة العامة في النظام الجزائري ، الجزائر ، بن عكنون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ،
1984، ص 114

1- تعريف التظلم الإداري : التظلم الإداري المسبق ، هو تظلم ذو طابع إداري محض فهو إذن يختلف عن الطعن
القضائي و كذا الطعن شبه القضائي . ويعرف التظلم الإداري المسبق بأنه هو إجراء أولي يسبق الطعن القضائي ،
عن طريق تقديم طعن إداري إلى الإدارة فيما يخص القرار الذي أصدرته ، لتتولى دراسته وغالبا ما تكون هذه الدراسة
دون إجراء محدد ، وبدون مناقشته (1) .

وقد يكون تقديم التظلم إجراء إجباري يحتم على الطاعن استيفاءه قبل البث في إجراء الطعن القضاء . كما قد يكون اختيار ، أي يترك أمر اتخاذ من عدمه للطاعن ، وهذا حسب طبيعة المنازعة ، أو الجهة مصدره القرار ، كما سنبينه لاحق.

2- أصناف التظلم الإداري : يأخذ إجراء التظلم الإداري صورتين أو شكلين ، فإما أن يكون ولائيا وذلك بأن يرفع أمام الجهة الإدارية مصدره القرار ، وقد يكون رئاسيا أي يوجه إلى السلطة السلمية أي الجهة الإدارية التي تعلوا الإدارة مصدره القرار .

وقد كان المشرع الجزائري يأخذ بأولوية التظلم الرئاسي على التظلم الولائي ، أي أن الأصل فيه أن يقدم إلى الإدارة السلمية ، والإستثناء هو تقديمه للإدارة مصدره القرار ، هذا في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى ، لكن باعتماد القانون 09/08 أصبح الأصل في التظلم الإداري ولائيا وهذا بصريح المادة 830 منه .

- ثانيا : النظام القانوني للتظلم الإداري المسبق :

وكما أشرنا سابقا أن المادة 830 من القانون 009/08 جعلت من التظلم الإداري المسبق إجراء اختياريا ، أي أن الطاعن مخيرين للجوء مباشرة إلى القضاء والطعن بالإلغاء ، و تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدره القرار ، أما إذا ما أختار الطاعن الطريق الثاني ، فإن التظلم الإداري تحكمه المواعيد التالية :

- يجب تقديم التظلم الإداري المسبق، خلال الآجال المنصوص عليها في المادة 829 من قانون 09/08 ، أي ضمن أجل أربعة (04) أشهر من تبليغ القرار الفردي ، أو نشر القرار التنظيمي.

(1) مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص 31.

- للإدارة مدة شهرين (02) للرد على التظلم الإداري .

- إن سكوت الإدارة لمدة شهرين (02) دون رد ، تعد بمثابة رفض ضمني مع ملاحظة أن المشرع في المادة 829 من قانون 09/08 استعمل خطأ عبارة <<...سكوت الجهة الإدارية... خلال شهرين (02)...>> للدلالة على السكوت لمدة شهرين دون رد .

- بعد رد الإدارة على التظلم الإداري ، أو بعد إنتهاء مدة شهرين دون رد الإدارة من تاريخ تقديم التظلم ، يستفيد المتظلم من أجل شهرين (02) لتقديم طعنه القضائي .

إن هذه القواعد و المواعيد هي ذاته سواءا كنا بصدد الطعن في قرار إداري يكون من اختصاص مجلس الدولة أو تلك التي تكون من اختصاص المحاكم الإدارية وذلك باستقراء نصت المادة 907 من قانون 09/08 التي جاءت ضمن الباب الثاني من الكتاب الرابع تحت عنوان << في الإجراءات أمام مجلس الدولة >> و التي تحيل بدورها على المواد من 836 إلى 838 من ذات القانون و المتعلقة بإجراء التظلم الإداري المرفوع ضد القرار التي تختص بها المحاكم الإدارية .

إنطلاقاً من المبدأ ، القائل بأن الخاص يقيد العام ، فإن شرط التظلم الإداري يبقى إجباري في بعض النصوص القانونية الخاصة المتعلقة لبعض الصفقات العمومية

- المطلب الرابع : الإجراءات أو الأشكال :

باستقراء المواد 815 و 816 و 819 و 826 من قانون 09/08 يشترط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ولقبول الطعن ، التقيد و الالتزام بالإجراءات التالية :

- تقديم عريضة افتتاح دعوى ، تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون 09/08 .

- أن تكون العريضة موقعة من محام ، حسب نص المادة 815 من قانون 09/08 و تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المشار إليها في المادة 800 من قانون 09/08 من التمثيل بمحامي ، حسب نص المادة 828 من قانون 09/08 .

- إرفاق العريضة الإفتتاحية ، بالقرار الإداري المطعون فيه ، تحت طائلة عدم القبول ، حسب نص المادة 819 من قانون 09/08، أو تقديم قرار رفض التظلم الإداري ، إذا كان الرد صريحاً من الإدارة ، أو تقديم وصل إيداع التظلم الإداري ، إذا كان الرفض ضمني .

- تقديم الوصل المثبت لدفع الرسم القضائي .

الفصل الثالث :أوجه الإلغاء واثار رفع الدعوى

المبحث الأول : عيب السبب :

إن السلطة الإدارية عندما تصدر قراراً إدارياً فإنها تستند في نفس الوقت في هذا العمل إلى قاعدة قانونية وإلى حالة واقعية فهذه العناصر أي القاعدة القانونية و الحالة الواقعية التي

تركز الإدارة عليها في اتخاذ القرار الإداري تكون سبب القرار الإداري (1)

فلا يكفي لمشروعية القرار أن يصدر من سلطة إدارية مختصة ووفق الشكل و الإجراءات المنصوص عليها قانوناً بل يجب أيضاً أن يقوم على سبب صحيح يبرر صدوره و السبب هو المبرر أو الحدث الذي يحدث ويشكل الدافع لاتخاذ القرار

تحقق عيب السبب : اشترط الفقه و القضاء الإداري لسلامة و مشروعية الوقائع التي يبنى عليها سبب القرار الإداري تحقق مجموعة من الشروط ، فإذا تخلف أي منها فإن القاضي يحكم بإلغاء القرار وهي على النحو التالي :

أولاً : أن يكون السبب مشروع

أوجب الفقه والقضاء لسلامة السبب أن يكون الدافع أمراً مشروعاً وتقتضي مشروعية السبب أن يكون من الأسباب التي نص عليها المشرع وإلا اعتبر القرار الإداري غير مشروع (2).

ثانياً: أن يكون سبب القرار الإداري سليماً

يعني ذلك إن يكون من الوقائع الفعلية التي استند إليها القرار و سابقة على صدوره ومن بين الأسباب المذكورة في القرار الإداري فيما إذا فرض المشرع ذكرها في القرار او قامت الإدارة بتسبب قرارها من تلقاء نفسها

ثالثاً: إن يكون السبب حقيقياً لا وهمياً ومستخلصاً من أصول ثابتة

أي إن يكون له وجود مادي او فعلي وقت إصدار القرار فإذا حدد المشرع الأسباب فتكون الإدارة مقيدة بإصدار القرار متى توافرت تلك الأسباب

إما إذا لم يحدد المشرع الأسباب فتكون للإدارة سلطة تقديرية تحت رقابة قاضي الإلغاء الذي يتحقق من الوجود المادي للسبب وانه حقيقي لا وهمي و قائماً قبل صدور القرار و لحين صدوره (3)

ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ص ص 251/ 252

عدنان عمرو ، القضاء الإداري قضاء الإلغاء ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة الثانية ، 2004 ص 119

عدنان عمرو، نفس المرجع، ص 121

رابعاً: أن يكون مبنيًا على تكييف قانوني سليم :

يراقب القاضي الإداري تكييف الإدارة للواقعة التي صدر بشأنها القرار الإداري ، كما لو صدر القرار الإداري بمعاقبة الموظف لتغييبه عن العمل أسبوعاً ، فلكي يكون القرار سليماً يجب إثبات واقعة التغييب كما يجب أن توصف واقعة التغييب هذه بأنها خطأ وظيفي فإذا كان تغييبه بعذر مشروع كان القرار الصادر معيباً (1)

إثبات عيب السبب :

استقر الفقه والقضاء غي الدول المقارنة على أن كل قرار إداري مبني على سبب صحيح ، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك فالإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يلزمها المشرع بذلك وعدم ذكر السبب لا يفي وجوده ، فإذا كان القانون لا يلزم الإدارة بيان سبب تدخلها و الباعث على إصدار قرارها المطعون فيه فلا يعني ذلك أن لا رقابة لمحكمة القضاء الإداري على صحة السبب وليس في ذلك ما يخل بكون القرار الإداري يتمتع بقريئة السلامة العامة وان عب إثبات عدم صحته يقع على عاتق طالب الإلغاء والقاضي يراقب المشروعية في إطار الأسباب القائمة دون أن يقدر الوقائع المسوغة للقرار أو افتراض أسباب أخرى كما في حالة الادعاء بسببين للقرار وثبت عدم صحة احدهما فقد لا يعيب ذلك القرار إذا كان السبب الصحيح جوهري وهام ، أما إذا كانت الأسباب كلها دافعة فانه ينظر إليها كوحدة واحدة تؤدي بالقرار إلى البطلان فيما إذا ثبت عدم صحة احدهما رغم ثبوت الأسباب الأخرى وذلك لان القرار في هذه الحالة لم يقيم على كامل أسبابه، إما في حالة السلطة التقديرية فيندرج عيب السبب ضمن عيب الانحراف في استعمال السلطة (2)

(1) _ ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 123

(2) _ عدنان عمرو ، المرجع السابق ، ص ص 125 ، 126.

المبحث الثاني : عيب الاختصاص :

عيب الاختصاص هو عدم القدرة على ممارسة عمل قانوني لأنه من اختصاص هيئة أو فرد آخر كان تقوم جهة الإدارة بعمل قانوني من اختصاص جهة أخرى

يعد عيب الاختصاص من أقدم أوجه الإلغاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتعلق هذا العيب بالنظام العام لذا يستطيع القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثره صاحب المصلحة ولا يقضي بأكثر مما طلبه طالب الإلغاء

إن القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص لا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق ولا يمكن للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص في العقود التي تبرمها لأنها تكون ملزمة لجهة الإدارة لتحقيق المصلحة العامة

أنواع عيب عدم الاختصاص:

أولاً : عيب الاختصاص البسيط: يتمثل في مخالفة الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية و هو يحدث بكثرة في العمل الإداري و يظهر في الصور التالية :

1 / عيب الاختصاص الموضوعي : * الاعتداء على سلطة إدارية موازية : كان تعتدي سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا توجد بينهما علاقة تبعية أو إشراف (1)

كما أضاف الفقه مظهراً آخراً أطلق عليه عدم الاختصاص السلبي أسوة بالصورة السابقة التي سميت بعيب عدم الاختصاص الايجابي ، و يتمثل في حالة امتناع سلطة إدارية عن اتخاذ قرار إداري في مجال معين معتقدة انه لا يدخل في اختصاصها أو أن اختصاصها مقيد بالرجوع إلى السلطة الرئاسية رغم أنها مختصة قانوناً بذلك وغير مقيدة برأي السلطة الرئاسية ورتب القضاء الإداري نفس الأثر القانوني على القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص الايجابي وجهله قابلاً للإلغاء (2)

*اعتداء المرؤوس على صلاحيات الرئيس :

يتمثل اعتداء المرؤوس على صلاحيات الرئيس في القيام رئيس الدائرة بإلغاء قرار صادر عن رئيس البلدية بينما صلاحية إبطال قرار رئيس البلدية من صلاحية الوالي (3)

فريدة قصير مزياني ((دور القضاء في حماية المشروعية في الجزائر))، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة بسكرة ، بسكرة : ألفين و ستة ، العدد الثالث ، ماي 2006 ، ص113

عمور سلامي ، المرجع السابق ، ص61

فريدة قصير مزياني ، المرجع السابق ، ص 113

*اعتداء سلطة أعلى على اختصاصات سلطة أدنى :

إذا كانت القاعدة أن الرئيس الإداري يملك بموجب سلطته الرئاسية التي يمارسها على أعمال المرؤوسين من حق الإشراف و التوجيه و المراقبة وذلك إما بإجازة أو إلغاء أو تعديل القرارات الصادرة منه إلا انه لا يمكن له التدخل بإصدار قرار إداري في مجال جعله المشرع من اختصاص المرؤوس أصلا

أو مباشرة سلطة إدارية مركزية (وصية) لاختصاصات موكولة قانونا لسلطة إدارية لا مركزية ماعدا ما كانت السلطة الوصائية التي تمارسها على أعمالها في حدود القانون إذ لا وصاية إلا بنص (1)

2/ عيب عدم الاختصاص المكاني :

يتمثل الاختصاص المكاني في تحديد الحدود الإدارية التي يجوز لرجل الإدارة مباشرة اختصاصاته و إصدار القرارات الإدارية ويكون القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص كأن يصدر رجل الإدارة قرار خارج الحدود الإقليمية لمزاولة اختصاصاته (2)

وهو اقل حدوثا إذ أن اغلب السلطات الإدارية في الدولة تعرف جيدا حدود اختصاصاتها الإقليمية

3/ عيب عدم الاختصاص الزمني :

أن العنصر الزمني لركن الاختصاص يكمن في تحديد المدة الزمنية التي يجوز للسلطة الإدارية ممارسة اختصاصاتها وإصدار قرارات إدارية خلالها

إذا انتهت خدمة الموظف يفقد سلطة إصدار التصرفات و الأعمال الإدارية و تنتخب المجالس الشعبية المحلية لمدة معينة و لها دورات و جلسات محددة و أن مخالفتها يؤدي إلى إبطال القرارات الإدارية الصادرة عنها(3)

ثانيا : عيب اغتصاب السلطة (العيب الجسيم) : له عدة حالات نذكرها كما يلي :

1/ حالة الموظف الفعلي : ويتمثل هذا النوع في حالة لجوء فرد ليس له سند أو صفة قانونية و لا ينتمي إلى التسلسل الإداري إلى إصدار قرار إداري وكجزاء عن ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بانعدامه و تجريده من كل اثر باعتباره عملا ماديا وليس تصرفا قانونيا

إلا انه تخفيفا من آثار هذه الصورة ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموظف الفعلي و أسسها على فكرة الظاهر في الظروف العادية لحماية حسني النية

(1)عمور سلامي ، المرجع السابق ، 61

(2) فرييلة مزباني ، المرجع السابق ،ص114

(3)عمور سلامي ، المرجع السابق ، ص61

2/ اعتداء السلطة الإدارية على اختصاص السلطة التشريعية : كان يقوم موظف إداري بإصدار عمال يدخل في صميم السلطة التشريعية

3/ اعتداء السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة القضائية :

وذلك بتدخل الموظف الإداري في عمل السلطة القضائية بإصدار قرارات تدخل ضمن العمل القضائي (1)

المبحث الثالث : عيب الشكل و الإجراءات :

هو مخالفة الإدارة للقواعد و الإجراءات الشكلية التي قررها القانون بمناسبة إصدارها لقراراتها و يستوي أن تكون هذه المخالفة كاملة أو جزئية فقد يشترط القانون صدور قرار في مجال معين في شكل معين أو أن يكون مسببا أو بإتباع إجراء معين كاستشارة لجنة معينة قبل إصداره وجزء هذه المخالفة هو إلغاء القرار إذا ما خوصم قضائيا (2)

1/ عيب الشكل :

يكن عيب الشكل في عدم احترام القواعد الشكلية المقررة في القوانين و اللوائح لإصدار القرارات الإدارية لقواعد الشكل أهمية في حماية المصلحة العامة و مصلحة الأفراد بتجنب الإدارة التسرع و تعمل على دراسة وجهات النظر المختلفة لان مخالفة قواعد الشكل يؤدي إلى إبطال القرار الإداري أن اغلب الحالات التطبيقية لعيب الشكل تتمثل في ثلاثة أنواع من العيوب و هي :

أ/ عدم قانونية تشكيل لجنة إدارية:

قد يفرض القانون على جهة الإدارة استشارة هيئة جماعية قبل اتخاذ القرار وان مخالفته يكون قرارها مشوبا بعيب الإجراء لكن إذا شكلت اللجنة بتشكيلة غير صحيحة أو ناقصة أو أعضائها غير قانونيين منت ثم يشوبها عيب الشكل

ب/ عدم تسبب قرار إداري :

ركن السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تتم بعيدا عن رجل الإدارة فتوحي إليه باتخاذ قرارات فيعد ركن من أركان القرار الإداري إن الإدارة ليست ملزمة بذكر سبب تدخلها إلا حين يلزمها القانون و بذلك يعد من العناصر الشكلية . ولما تؤسس الإدارة قرارها على وقائع منعدمة او يشوبها الغلط او على أساس قواعد قانونية خاطئة يصرح القاضي بعدم مشروعية القرار(3)

فريدة مزباني ، المرجع السابق ، ص115

عمور سلامي ، المرجع السابق ، 61

فريدة مزباني ، المرجع السابق ، ص117. 118

ج / عدم احترام الشكليات المتعلقة بالتبليغ و الإشهار :

يكمن عيب الشكل في عدم مراعاة الشكليات المفروضة قانونا عند تحرير القرار الإداري كان يكون القرار مكتوبا و يجب احترام قواعد الإمضاء و التصديق و التسبيب فمخالفة الإدارة لعنصر التبليغ في القرارات الفردية و النشر في القرارات الجماعية التنظيمية يعرض القرار الإداري للإلغاء.

2/ عيب الإجراءات :

تتمثل أهم عيوب الإجراءات فيما يلي :

أ / اتخاذ القرار دون اخذ الرأي :

حيث انه في بعض القرارات تجد الإدارة نفسها ملزمة باستشارة هيئة أو لجنة ما بشأن قرار ما وان امتنعت الإدارة عن هذه الاستشارة جاز مخاصمة هذا القرار بعيب مخالفة الإجراءات

ب/ عدم احترام حقوق الدفاع :

على الإدارة أن تمكن المعني من تقديم دفاعه وان تمكنه من الاطلاع على ملفه منها الوثائق المتعلقة بالمتابعة التأديبية و تمنح له مهلة معقولة لتحضير دفاعه

أن تمكن الموظف من ملفه التأديبي قبل إصدار القرار في الدعوى التأديبية يعد إجراء جوهري وان تخلفه يعرض القرار للبطلان

ينشا عيب الإجراءات عند مخالفة أو تجاهل القواعد المنظمة لإجراءات إعداد القرارات الإدارية أو المتعلقة بإبرام العقود و تعتبر كضمانة لحماية حقوق الأفراد (1)

***** تصحيح عيب الشكل :

و يتمثل في حالات عيب الشكل التي لم يرتب مجلس الدولة الفرنسي على عدم استيفائها الإلغاء و منها :

1/ استحالة إتمام شكل أو إجراء معين فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على إمكانية تجاوز الأشكال و الإجراءات التي استحال على الإدارة المختصة إتمامها من الناحية المادية المانعة و ليس العابرة أو المؤقتة مثلا استحالة سماع دفاع متهم بارتكاب خطأ وظيفي في حالة عدم تركه لعنوانه و استحالة معرفة هذا العنوان وكذا استحالة معرفة هذا العنوان وكذا استحالة جمع أعضاء اللجنة الاستشارية الواجب اخذ رأيها قبل إصدار القرار نتيجة لظروف استثنائية وكان إصدار القرار ضروري لتحقيق المصلحة العامة

فريدة مزياني نفس الرجوع ، ص119

2/ الاستيفاء اللاحق لشكل جوهري كحالة حدوث أخطاء مادية لا تؤثر على مضمون القرار و لا على سلامته القانونية فعالبا القضاء لا يجازي ذلك بالإلغاء (1)

المبحث الرابع : عيب الانحراف في استعمال السلطة :

يقصد به أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به إن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف بالسلطة قرار سليم في عناصره أو أركانه الأخرى لكن رجل الإدارة يحقق أغراض غير مشروعة إن الإدارة التي ترتكب الانحراف تتخذ قرارا يدخل في اختصاصها لكن تستعمل سلطتها لأغراض مخالفة لما هو محدد في القانون

يعد عيب الانحراف من أدق العيوب لان مهمة القاضي لا تقتصر على الرقابة الشكلية بل تشمل رقابة البواعث و الدوافع الخفية التي أدت برجل الإدارة إلى اتخاذ التصرف لذا يتطلب دقة القاضي في فحص الانحراف و توصل مجلس الدولة الفرنسي وتبعه مجلس الدولة المصري إذا طعن في قرار إداري بعيب أخر مع عيب الانحراف يفحص العيب الأخر إذا توافر هذا العيب يحكم بإلغاء القرار الإداري دون النظر لعيب الانحراف

إن عيب الانحراف يتعلق بأهداف الإدارة إذا كانت سلطتها تقديرية لأنه يترك للإدارة بعض الحرية في التدخل أو الامتناع و اختيار وقت التدخل بينما في مجال السلطة المقيدة يشوب القرار الإداري غياب الشكل الاختصاص أو مخالفة القانون

القيود الذي يهيمن على جميع أعمال الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة و يظهر عيب الانحراف في استعمال السلطة في قيام رجل الإدارة بتحقيق أغراض تجانب المصلحة العامة حيث يستغل سلطته التقديرية لتحقيق أغراض لا تتعلق بالمصلحة العامة .

يظهر عيب الانحراف في استعمال السلطة في الحالات التالية :

1/ استعمال السلطة بهدف الانتقام :

تعد من أسوأ صور الإساءة لان الإدارة منحت وسائل و امتيازات السلطة العامة من اجل الخدمة العامة و تحقيق المصلحة العامة لكن نجد أن بعض الرؤساء الإداريين يقومون بتصرفات و يتخذون قرارات في مجال الوظيفة العامة بغرض الإساءة للآخرين بحيث أن هدف الرئيس الإداري من اتخاذ القرار الإداري يكون مجانباً للمصلحة العامة (2)

مصطفى شريف ، المرجع السابق ، ص 64

فريدة مزياني ، المرجع السابق ، ص ص 122 . 123

2/ استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي :

تعد هذه الحالة الأكثر انتشارا كان تمنح سلطة نزع الملكية من اجل المنفعة العامة للوالي أو لرئيس المجلس الشعبي البلدي لكن تبين في ما بعد أن العقارات التي نزعت ملكيتها تم توزيعها على الأفراد لبناء سكنات خاصة ومن ثم يعد القرار معيبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة لكن الدافع من وراء إصدار هذا القرار ليس المصلحة العامة (1)

وتكون قابلة للإبطال مداوات المجلس الشعبي البلدي إذا كانت تستهدف مصلحة شخصية لبعض أو كل الأعضاء أو لأشخاص خارجيين عن المجلس هم وكلاء عنهم هنا يجوز لكل صاحب مصلحة أن يطلب من الجهة القضائية المختصة إلغاء القرار الإداري خلال مدة شهر من نشر المداولة

3/ استعمال السلطة لتحقيق غرض سياسي :

القاعدة العامة أن الإدارة يجب أن تبتعد عن السياسة لكن الأغراض و الميول الشخصية تحيد بالشخص عن الصواب و تؤدي إلى فساد الجهاز الإداري نظرا لعدم توافر الوعي السياسي لدى الرؤساء الإداريين كأن يصدر قرار عن الإدارة بإنهاء مهام موظف لأسباب تتعلق بمصلحة المرافق لكن يتبين في الواقع أن القرار اتخذ بدافع سياسي

أو أن ينقل موظف لمنطقة نائية ليس لحسن سير المرفق العام ولكن بسبب أن هذا الموظف عضو نشيط في حزب سياسي معارض لحزب الرئيس الإداري

أن عيب الانحراف في استعمال السلطة هو عيب احتياطي لا ينظر فيه القاضي إلا إذا انعدمت بقية أسباب الإلغاء الأخرى (2)

مصطفى شريف ، المرجع السابق ، ص 65

فريدة مزباني ، المرجع السابق ، 123

المبحث الخامس : عيب مخالفة القانون :

يعد أهم أوجه الإلغاء و أكثرها تطبيقا ، ويتعلق بالمشروعية الداخلية أو الموضوعية للقرار الإداري ولهذا العيب مفهومين :

أ/ مفهوم واسع : ويشمل كل حالات مخالفة القانون ويندرج ضمنها عيوب عدم المشروعية السالف ذكرها كونها كلها حالات مخالفة القانون

ب/ مفهوم ضيق : وهي حالة مكتملة للحالات الثلاثة السالف ذكرها وهي تسمح بمراقبة عدم المشروعية التي شابت القرار المخاصم غير المتعلقة منها بالاختصاص أو الشكل أو الانحراف في استعمال السلطة

ويتجسد هذا العيب في صورتين أساسيتين :

المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية مهما كان مصدرها وهذا بإتيان عمل تمنعه هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن عمل تستلزمه أي المخالفة للقاعدة القانونية الأعلى من خلال إصدارها للقرار المخاصم وهذا النوع عادة ما يكون واضحاً في الواقع العملي كإصدارها قراراً مخالفاً لقرار قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به أو رفضها الترخيص لأحد الأفراد من مزاولة نشاط ما رغم استيفائه لجميع الشروط التي نص عليها القانون (1)

الغلط القانوني و الغلط المادي كحالات مخالفة القانون

وتتمثل هذه الصورة في أن عدم المشروعية لا تتعلق بمحل القرار المخاصم أي أثره المباشر ولكن بأسبابه القانونية أو المادية التي دفعت الإدارة إلى إصداره وتتجسد في:

الغلط القانوني : ترتكب الإدارة مصدرة القرار المخاصم غلطاً قانونياً في حالة تطبيقها لنص قانوني أو مبدأ قانوني كالتالي :

* الخطأ في تفسير القاعدة القانونية : التي استندت عليها الإدارة في إصدار قراراتها وهذا بإعطائها معنى مغايراً للمعنى الذي قصده المشرع أو ما يطلق عليه فقهاء سوء تفسير القاعدة القانونية

* خطأ الإدارة في مد نطاق القاعدة القانونية التي استندت عليها في إصدارها للقرار ليشمل حالات أو شروط لا تدخل في نطاقها أصلاً كإقحام أحكام جديدة لم ينص عليها القانون المراد تنفيذه من خلال القرار المخاصم أو استنادها لنص قانوني بدل النص القانوني الملائم و الواجب التطبيق.

(1) فريفة مزياني ، المرجع السابق ، ص 122

الغلط المادي :

* عدم صحة الوقائع المادية : التي استندت عليها الإدارة في إصدارها للقرار المخاصم كإصدار قرار بفصل موظفة بحجة إهمالها لمنصب عملها وهي كانت في عطلة أمومة قانونية

* عدم ملائمة القاعدة القانونية للوقائع المادية : أي التحقق من صحة التكييف القانوني للوقائع المستند عليها في إصدار القرار وهذا بالتأكد مما إذا كانت تلك الوقائع المادية تبرر تطبيق النص القانوني المستند عليه في إصدار القرار المخاصم (1)

مصطفى شريف ، المرجع السابق ، 69

الفصل الثالث : آثار رفع دعوى الإلغاء:

مادا يترتب عن رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري بالنسبة للقرار الإداري المطعون فيه .

المبحث الأول : القاعدة العامة : الطابع غير الموقف للطعن القضائي.

تعتبر القرارات الإدارية التي تصدر عن مختلف الإدارات العمومية نافذة حيال الإدارة التي أصدرها أو الأفراد المخاطبين بها نظرا لما تتميز به من النفاذ المباشر.

وخلافا لما هو سائد في القانون الخاص من ان الأفراد لا يمكنهم اقتضاء العدالة بأنفسهم حيث يجب عليهم اللجوء للقضاء لفض منازعاتهم عن طريق أحكام تنفذ وفق للإجراءات القانونية, فان الإجراءات الإدارية لها ان تنفذ قراراتها مباشرة و بنفسها ولو عن طريق القوة دون اللجوء مسبقا للقضاء.¹

وعلى المتضررين إثبات العكس اي يقع عليهم عبء إثبات انحراف الإدارة او خطئها.

ويقوم هذا الأساس على قرينة مشروعية القرارات الإدارية اذ يفترض انها صدرت مستوفية و كاملة الشروط وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته ويشكل هذا الامتياز على حد تعبير مجلس الدولة الفرنسي القاعدة الأساسية في القانون العام وهكذا فان التنفيذ المباشر هو حق الإدارة في ان تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية ,دون حاجة الى اذن مسبق من القضاء.

ولهذا فرجع دعوى الإلغاء امام الجهة القضائية الإدارية المختصة ليس من شأنه وقف تنفيذ القرار الإداري .

وهذه القاعدة تأتي إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استمرارية المرفق العام وتأكيد على مبدأ المشروعية وسلامة القرارات الإدارية

_ **المطلب الثاني : الطابع الموقف الاستثناء**

_ **وقف التنفيذ :** رغم ما اشرنا له آنفا من وقف تنفيذ القرار كقاعدة عامة ,فان هناك استثناءين احدهما على المستوى الإداري والآخر على المستوى القضائي

_ **على المستوى الإداري :** هناك صورتين لوقف القرار الإداري

_ **أولا :** للإدارة السلطة التقديرية في تنفيذ القرار او وقفه وذلك مراعاة لتحقيق المصلحة العامة

_ **ثانيا :** كما يمكن للإدارة الوصية ان تطلب من الإدارة صاحبة ومصدرة ا لقرار وقف تنفيذه في حالات معينة خاصة بالضبط الإداري للحفاظ على النظام العام كما ذهبت إلى ذلك مثلا المادة 180 الفقرة 03 من القانون البلدي 90\08 حينما نصت على انه :

(1) محمد الصغير, بعلي المرجع السابق ,ص183.

"إذا تعلق تنفيذ القرار بالنظام العام يطلب الوالي من المجلس الشعبي البلدي تعليق تنفيذه مؤقتا " 1

(1) محمد الصغير بعلي ,المرجع نفسه ص 169

(2) عمور سلامي ,المرجع السابق,ص75

_على المستوى القضائي : يمكن رفع دعوى أمام القضاء الإداري بغرض وقف تنفيذ القرار الإداري اي عدم ترتيب آثاره لفترة ومدة معينة بصفة استثنائية ووفقا للقيود والشروط التالية: الشروط الموضوعية : الجدة والاستعجال

_ الجدة : يجب ان تكون حجج العريضة جدية بما فيه الكفاية بحيث تبدو لأول وهلة كذلك ,اي ان يكون ظاهرا من القرار المطعون فيه انه قابل للإلغاء او لازم إلغاؤه

_الاستعجال :وقوامه الضرر والأذى الذي يمس الطاعن جراء تنفيذ القرار وما ينجم عنه من نتائج يتعذر استدراكها مثل تقييد الحرية الشخصية 2

ولقد طبق في القضاء الجزائري سواء في الغرفة الادارية سابقا او مجلس الدولة حاليا هذه الشروط في العديد من القضايا الذي فصل فيها بقرارات وقف تنفيذ القرار الإداري

_الغرفة الادارية : كانت الغرفة قد تعرضت الى موضوع وقف تنفيذ القرارات الادارية تطبيقا واسعا يطال ايضا القرارات القضائية حيث قضت بما يلي : "من المستقر فقها وقضاء ان الامر بتأجيل قرار إداري يعد اجراء استثنائيا ,ومن ثم كان معلقا على نشوء ضرر يصعب إصلاحه من جراء تنفيذ قرار إداري

ب_ مجلس الدولة : لقد قضى مجلس الدولة برفض وقف تنفيذ قرار إداري رافضا الدعوى شكلا حيث ذهبت الى مايلي :

"...حث من الثابت ان إجراء وقف التنفيذ يشكل طبقا للمادة 283 من ق ام إجراء تبعا لدعوى أصلية لبطلان القرار محل الطلب وبما ام لدعوى لم ترفع رفض الطلب شكلا.(قرار رقم 13397 بتاريخ 07\01\2003.

الشروط الشكلية :

يشترط لقبول الدعوى ضرورة رفع دعوى إلغاء امام الجهات القضائية الإدارية المختصة سواء كانت دعوى الإلغاء سابقة او متزامنة او لاحقة على الدعوى الرامية لتنفيذ القرار

المطلب الثالث :آثار القرار الناتج عن دعوى الالغاء :

القرار القضائي الفاصل في دعوى تجاوز السلطة (الإلغاء), إما أن ينطق برفض الدعوى لتخلف شرط من شروط قبولها او عدم التأسيس (ا) او بإلغاء القرار المخاصم (ب).

_ آثار القرار القضائي الرافض لدعوى الإلغاء :

ويتمتع فقط بحجية نسبية للشئ المقضي فيه ,اي انه ملزم بالسبب لأطراف الدعوى خاصة المدعي وان هذا الأخير لا يمكن له إعادة رفع نفس الدعوى بنفس الأسباب ضد نفس القرار ,اذ يكون مصرها الرفض لسبق الفصل في النزاع.

ب_ آثار القرار القاضي بإلغاء القرار الإداري المخاصم :

1_الأثر الرجعي : يعني أن القرار الإداري الملغى يصبح كأن لم يكن ويؤدي زوال القرار الإداري بأثر رجعي إلى(1)

الإلغاء المترابط لجميع القرارات المتخذة تطبيقاً للقرار الملغى مما يؤدي الى كثير من التدابير المتخذة استناداً على القرار الإداري الملغى مثل: نتائج مسابقة ألغيت بقرار إداري

عمور سلامي, المرجع السابق ص75

إعادة العمل بالقرارات التي ألغيت او عدلت بواسطة القرار الملغى وهذا ما يطرح مشكلة ذات صعوبة خاصة في تنفيذ القرار الملغى

2_ الأثر المطلق :

بمعنى أن يكون للقرار القضائي الملغى لقرار إداري الحجية المطلقة للشيء المقضي به ,اي انه ينتج اثاره تجاه الجميع اي لا يستفيد به فقط المدعي ,بل ايضاً كل شخص يعنيه هذا الالغاء ويكون الاثر مطلقاً تجاه كل من :

ا_ الأثر المطلق تجاه القرارات الإدارية :

لإلغاء القرارات المتخذة بناء على القرار الإداري الملغى قضائياً يشترط توافر شرطين :

1_ وجود ترابط قانوني بين القرار الإداري الملغى والقرارات الناتجة عنه .

2_ وجوب مخاصمة هذه القرارات أثناء الأجل القانونية او بمعية القرار الملغى .

ب_ الأثر المطلق تجاه الغير :

الغير ملزم بقرار الإلغاء من حيث أثاره القانونية أي عدم تمسك الغير بالقرارات الصادرة بناء على القرار الإداري الملغى وهذا باستثناء الحقوق المكتسبة

ج_ الاثر المطلق اتجاه القاضي :

بمعنى ان القرار القضائي الذي يقرر إلغاء قرار إداري واجب وملزم لكل الهيئات القضائية الأخرى.

وبصفة عامة ان الأثر المطلق للقرار القضائي الملغى لقرار إداري, يلزم الإدارة بتنفيذه وهذا بنص دستوري اد نصت المادة 145 من الدستور:

"على كل أجهزة الدولة المختصة ان تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء" .

وفيما يلي صور تنفيذ القرار منها :

إما القرار القضائي في حد ذاته يقضي بعدم تنفيذ القرار الملغى 1.

_ او أن الإدارة بعد إلغاء قرارها ملزمة باتخاذ قرار اخر ما عدا حالة إعادة ترتيب الوضعية المهنية للموظف حيث تتم هذه العملية تحت مراقبة وتقدير القاضي الإداري الذي يعتمد فضلا عن تقدير مشروعية القرار المتعلق بتسوية الوضعية الوظيفية الى ملائمته .

الا ان السؤال يبقى مطروح :ما هو الحل في حالة رفض الإدارة تنفيذ القرار القضائي ؟

_مسألة عدم تنفيذ الإدارة للقرار القضائي:

_بالنسبة للقرارات القضائية المتعلقة بدعوى الإلغاء:

للمدعي وسيلتين في حالة رفض الإدارة تنفيذ قرار قضائي فيه وهما :

1_ مخاصمة القرارات الإدارية المتخذة بصفة مخالفة للقرار القضائي بدعوى الإلغاء، بحيث تصبح هذه الأخيرة أداة قضائية لاحترام لقوة الشيء المقضي به.

2_ مساءلة الإدارة بدعوى التعويض بحيث ان الامتناع عن تنفيذ القرار القضائي يشكل خطأ مرفقيا يولد مسؤولية الإدارة المعنية بتنفيذ القرار.

ب_ بالنسبة للقرارات القاضية بالتعويض:

ونظرا لكون أموال الإدارة عامة لا يجوز الحجز عليها ومن ثم فان المدعي (الدائن) لا يمكنه الاستفادة بأحكام ق.ا.م المتعلقة بتنفيذ القرارات القضائية .

ومنذ 1975 اصدر المشرع الأمر المؤرخ في 17\06\1975 المتعلق بتنفيذ القرارات القضائية المتعلقة منها فقط بالعقوبات المالية والذي الغي بموجب قانون 02\91\02 المؤرخ في

08\01\1991 والمتعلق بتنفيذ بعض القراءات القضائية فالمادة 05 منه نصت على ان القرارات القضائية المعنية هي المتعلقة فقط بالتعويض وتوفر شرطان فيها للمطالبة بالتعويض وهي ان تكون نهائية وان يحدد المبلغ المحكوم به على الإدارة والمواد من 06 الى 10 تتضمن الإجراءات وكيفية المطالبة بالتعويض الذي يتم عن طريق الخزينة (1)

(1)_ عمور سلامي المرجع نفسه، ص76

العمومية الا ان ما يلفت الانتباه هو الموقف المتطور للمشرع الفرنسي بإصداره لقانون مماثل من حيث الهدف ولكن أكثر فعالية من حيث الوسائل وهو القانون الصادر في 16\07\1980 المعدل والمتمم الذي كرس الغرامة التهديدية على الإدارة في حالة رفضها تنفيذ قرار قضائي متعلق بدعوى التعويض، وقمة المسؤولية المدنية للموظفين المكلفين بتنفيذ القرار القضائي القاضي بالإلغاء . 1

بعدها قمنا بها العرض الموجز لموضوع دعوى الإلغاء ووقفنا على أهم محاور وعناصر هذا الموضوع تمكنا من استنتاج بعض الحقائق منها ان دعوى الإلغاء تبرز دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية والذي يعد من أهم المبادئ الأساسية لتحقيق العدالة وصيانة القوانين من التطبيق المخالف لما تنص عليه , ولتعزيز التطبيق الصارم لهذا المبدأ _ مبدأ المشروعية.

أثار جريمة النصب على مجال الأعمال



السيدة الأستاذة : سنوسي مريم باحثة دكتوراه

تخصص قانون الأعمال المقارن جامعة وهران الجزائر

المقدمة :

نظرا للتحويلات الكبرى والأحداث المتسارعة التي عرفها العالم خاصة بعد سقوط الأنظمة الاشتراكية والتوجه نحو العولمة، بالإضافة إلى دور الشركات المتعددة الجنسيات كأقطاب إقتصادية وتجارية تنافسية وتداولها لرؤوس أموال ضخمة، ارتبطت أساسا بالحوافز الفردية المتعطشة لتحقيق الأرباح بكل الوسائل المشروعة وغير المشروعة واقتربت بالتطور التكنولوجي الهائل، وهذا ما عرفه المجتمع الجزائري تطورات عديدة في شتى المجالات، ظهرت معها العديد من الجرائم المستحدثة، كان لابد وأن يدفع الجزائر إلى التكيف معها وذلك بمراجعة نظامها التشريعي خاصة القانون التجاري والجنائي، فالأول غايته تنظيم ممارسة النشاط الإقتصادي، والثاني هدفه محاربة كل ما من شأنه المساس بمبادئ التعامل التجاري والإقتصادي كإستعمال الغش أو التدليس أو الإحتيال أو العبث بثقة المواطنين، خاصة وأن التجارة مبنية على أساس مبدأي السرعة والإئتمان.

في ظل هذه التحويلات على المستوى الدولي والوطني بدأت الجزائر تعتنق سياسة جنائية خاصة، تضمن السير الحسن لقطاعات النشاط المختلفة التجارية والصناعية والبنكية ، وفي هذا الإطار أعيد النظر في العديد من النصوص الجنائية ، كجرائم الإختلاس والرشوة والصفقات العمومية بموجب القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006¹ المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، وكذا مسؤولية الأشخاص الإعتبارية بموجب القانون رقم

¹ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 08 مارس 2006، ص من 04 إلى 15.

06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006¹، خاصة وأن الجزائر دخلت عالم المنافسة من خلال اعتماد نظام السوق المفتوحة .

لكن نجد من بين الجرائم الأكثر خطورة والتي تمس الحقوق المالية للمتعامل جريمة النصب والإحتيال، بما تحمله من تغيير وتزييف للحقيقة لأنها تقوم على الكذب والغش والخداع، فشرط قيامها إستعمال الجاني للوسائل الإحتيالية أقوال كانت أو أفعال لحمل المجني عليه على الغلط، ومن ثم التصديق وتسليم ماله للمحتال، إن هذه الجريمة بهذا المفهوم من شأنها التأثير سلبا بما يصيب سلامة إرادة المجني عليه من جهة، والمساس بمبدأ حسن النية في المعاملات من جهة أخرى.

إن جريمة النصب والإحتيال عادة ما تساهم في إرباك الحياة الإقتصادية، كغيرها من جرائم الأموال الأخرى كالتهرب الضريبي، السرقة، الإختلاس، التزوير والرشوة...إلخ، إن تأثيرها يكون بصورة مباشرة عندما تقع على البنوك وشركات القطاعين العام والخاص، وبصفة غير مباشرة إذا ما وقعت على الفرد بإعتباره أحد مصادر الدخل القومي .

لم يكن لهذه الجريمة أثر واضح وملحوس في الماضي، عندما كانت لا تتعدى حدوثها أفراد أو رؤوس أموال محدودة إلى آثار ذات تهديد مؤثر للإقتصاد في ظل سياسة الإنفتاح²

تطرق المشرع الجزائري لها في المادة 372 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري. وبالرجوع لنص المادة السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري حصر الوسائل الاحتيالية التي يستعملها الجاني لخداع المجني عليه، " في اتخاذ أسماء او صفات كاذبة او استعمال سلطة خيالية او اعتماد مالي خيالي او احداث الامل بالفوز باي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشبية من وقوع شيء...".

وتجدر الإشارة إلى أنه مع ظهور العولة تطورت أساليب جريمة النصب، فلم تعد تركز على الوسائل التقليدية، وإنما تعددت صورها، خاصة في ظل التطور التكنولوجي في ميدان الإعلام الالي، والشبكات الإعلامية التي عصرت الوسائل التدليسية، وظهرت مشاكل أخرى لها أثر سياسي وإقتصادي وإجتماعي كبير وهي مشكلة الإنحراف المالي من قبل القائمين على إدارة المشاريع التجارية والإقتصادية، وخاصة التي تتخذ منها شكل الشركة سبيلا لممارسة نشاطها، فقد سمح هذا الهيكل القانوني للشركة، والذي يتعدى إقليم الدولة الواحدة إلى الإنحراف بسلطتهم في إدارة المشاريع أمليين تكوين الثروات الطائلة، بل وإتخاذة أحيانا ستارا لجمع الأموال من بين أيدي الجمهور في إطار الدعوى العامة للإكتتاب في أسهم الشخص المعنوي الذي غالبا ما يكون شركة وهمية، سرعان ما يهرب مؤسسها تاركين وراءهم آلاف الضحايا.

وبالتالي أصبح من الصعب على الأشخاص العاديين اكتشافه جريمة النصب بسهولة خاصة التعامل مع البنوك، والبيع والشراء عبر الأنترنت، حيث سهلت على محترفي النصب والإحتيال إرتكاب جرائمهم بسهولة دون أن يتركوا أي أثر أو دليل .

¹ القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 84 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

² الأستاذ احمد بسيوني أبو الروس، جرائم النصب، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق، الإسكندرية، سنة 1982،

يتناول موضوع الدراسة بصفة عامة جنحة النصب والإحتيال، وبصفة خاصة جنحة النصب التي ترتكبها الشركات التجارية وعلى وجه التحديد شركات المساهمة، التي تقوم باستغلال المشاريع الاقتصادية الكبرى تجارية كانت أم صناعية، لقدرتها المالية للقيام بهذه المشاريع، ومن ثم هيمنتها على الجانب الأكبر من النشاط الاقتصادي، خاصة في مجال البنوك والتأمين والصناعات الثقيلة والنقل بأنواعه بالإضافة إلى استثمارها في مجال النفط والمعادن، وغيرها من المشاريع التي هي عادة ما كانت حكرًا على المؤسسات العامة بإعتبارها نشاطات إستراتيجية .

إنه في خضم الإصلاحات التي تقوم بها الدولة لمسايرة التطور الاقتصادي، وتشجيع الإستثمار الأجنبي للقيام بالمشاريع والمساهمة في تنمية البلاد كان لابد وأن يرافقها إستصدار قوانين تتماشى وهذه الإصلاحات، سواء تعلق الأمر بالجانب التنظيمي أو الردعي بما يضمن حماية الإقتصاد الوطني وبقية شر محترفي المشاريع الوهمية والربح السريع،

كما أنه ورغم الجهود المبذولة في هذا الإطار، فإن المشرع الجزائري لم يصل بعد إلى المستوى الذي يمكنه من مسايرة التحولات الاقتصادية التي تعرفها الجزائر خاصة في مجال الاستثمار بشقيه الوطني والأجنبي.

إن دراسة موضوع جريمة النصب في مجال الأعمال في التشريع الجزائري يطرح لنا العديد من الإشكاليات منها :

إلى أي مدى يمكن للقواعد العامة في قانون العقوبات الجزائري حماية مبدأ الإئتمان في المعاملات التجارية من خطر المحتالين ؟

وهل معالجة المشرع الجزائري على النحو الي جاءت به المادة 372 من شأنه مسايرة التطورات التي عرفت الجزائر نتيجة الإنفتاح الإقتصادي على الأسواق الخارجية وما أفرزه من مظاهر سلوكية متعددة؟

وهل تعد الأحكام الجزائية المتعلقة بشركات المساهمة والتي تعتبر مكملة لأحكام قانون العقوبات، كافية لمعالجة هذه الجريمة بالقدر الذي تثلثه هذه الأخيرة من خطورة ؟

هل يمكن رسم سياسة جنائية وعقابية رادعة تؤمن للمساهمين في مجال الشركات إدارة جيدة وأمنة لأموالهم التي ساهموا بها ؟

وإلى أي مدى يمكن مساءلة الشركات التجارية عند ارتكابها لجنحة النصب، بإعتبارها شخصا معنويا يضافي عليها القانون وجودا منفصلا عن كيان أصحابها ؟

المبحث الأول : طبيعة جريمة النصب في مجال الأعمال :

تعتبر جريمة النصب من أهم الجرائم التي يعاقب عليها القانون الجنائي ، فقد أصبح تجريم الكذب أو تغيير الحقيقة من أهم الأمور التي تعني بها كافة التشريعات الجنائية المعاصرة وهذا راجع إلى طبيعة هذه الجريمة التي يلجأ فيها الجاني إلى أساليب ووسائل إحتيالية توقع الجني عليه في غلط يدفعه إلى أن يسلم ما يملكه للجاني طواعية وإختيارا دون مقاومة، وغالبا ما يكون للمجني عليه دور فيها كأن يكون طمعه هو الذي جعله يقع ضحية للجاني، الأمر الذي يدفعه إلى عدم الإبلاغ عنها.

وقد عرف الفقه جريمة النصب على أنها: من الجرائم المادية ومن جرائم الإعتداء على الأموال ، ويتطلب لوقوعها أن يكون ثمة احتيال يقع من الجاني على المجني عليه ، بهدف الإستيلاء على ماله بنية تملكه، بإستعمال أسماء كاذبة أو صفات كاذبة أو وسائل إحتيالية¹ .

المطلب الأول : السلوك الإجرامي في الإحتيال :

يتمثل فعل النصب بشكل واضح في الطرق الإحتيالية ، فهي طرق تتجاوز الكذب المجرد بأن يكون مصحوبا بوقائه خارجية وأفعال مادية تسعى لتوليد الإعتقاد لدى المجني عليه بصدق هذا الكذب مما يدفعه لتسليم ماله للمحتال، فهي عبارة عن أساليب تتمثل في أقوال وأفعال تبلغ من الجسامة والقابلية للتصديق حدا يجعلها قابلة لكي تنطلي على الرجل العادي فينخدع بها مصدقا محتواها الكاذب.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجنائي لا يعتد بالكذب المجرد عن الأفعال المادية ، فالتدليس الجنائي يتطلب أن يرافق الكذب مظاهر خارجية و أفعال مادية لإقناع المجني عليه وإنصياعه لرغبة النصاب ، فيسلم له الأموال أو السندات أو ...إلخ طواعية وعن طيب خاطر، ليس مثل القانون المدني الذي يرتب على التدليس بطلان العقد معتبرا أن الكذب وحده كاف لقيام التدليس المدني².

يشترط لقيام جريمة النصب أن يقوم الجاني بفعل إيجابي عند إستعماله لإسم كاذب أو صفة كاذبة، فمجرد الإمتناع أو إتخاذ موقف سلبي يؤدي بالغير إلى الإعتقاد أن شخص ما له صفة أوإسم ليس له فسلمه مبلغ من المال هنا في هذه الحالة لا يعد الشخص الذي إتخذ موقفا سلبيا مرتكبا لجريمة النصب.

كما يعتبر القضاء الفرنسي حاليا التعسف أو الإكثار في استعمال صفة حقيقة، بمثابة مناورات احتيالية، لأن الضحية يثق بالجاني على أساس صفته الحقيقية، ويوهمه بوجود واقعة خيالية غير موجودة في الواقع ، وبالتالي يتحقق الإحتيال والخداع متى قام المجني عليه بتسليم ماله، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يفصل في هذه المسألة.

أما بالنسبة لجريمة النصب في مجال المعلوماتية فلم نجد أي موقف للمشرع الجزائري في مايخص إعتبار النظام المعلوماتي محلا لهذه الجريمة ، أما فيما يخص المشرع الفرنسي فإنه لم ينص لحد الآن على أي نص قانوني خاص في مايخص إعتبار النظام المعلوماتي محلا لجريمة النصب ، بالرغم من قيامه بتقرير العقاب على بعض الجرائم المعلوماتية ، بل إكتفى بتجريم النصب بفعل المادة 313-1 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

بينما نجد الفقه الفرنسي قد اتجه إلى إعتبار الغش والخداع في مجال الأنظمة المعلوماتية لسلب المالي يتحقق بالطرق الإحتيالية بمفهومها المستقر الذي يتمثل في كذب تدعمه أعمال مادية ويتحقق بإستخدام الجاني للمستندات غير الصحيحة التي يخرجها النظام المعلوماتي بناء على ما يقع في برامجه أو بياناته المخزنة داخله من بيانات تلاعب كي يستولي على أموال الغير.

1- Claudia Ghica-lemarchant. Frédéric –Jérôme pansier.opt-cit. p 279

²الأستاذ عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1989، ص 238

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد دعم موقف الفقه من تطبيق نص المادة 313-1 على جرائم النصب المعلوماتي في غالبية الأحكام وعلى سبيل المثال: النصب على ضريبة المبيعات، وعلى عداد موقف انتظار السيارات والتليفون، وكذلك عندما يسطنع التاجر لنفسه تكاليف الضريبة بواسطة فواتير وهمية، ويستخدمها لخصمها من الضرائب المستحقة عليه مقابل مبيعاته الحقيقية التي تمت فيما بعد .

وكذلك تعتبر محاولة حصول شخص على أموال بإستخدام بطاقة ائتمان منتهية الصلاحية أو ملغاة لدى التجار المعتمدين لدى البنك مصدر البطاقة من قبيل الطرق الإحتيالية مع توافر باقي أركان جريمة النصب، أي إذا قام الجاني بتقديم البطاقة للتاجر للوفاء بقيمة المشتريات مع علمه بإنهاء مدة الصلاحية أو إلغائها غشا، لأن التاجر لم يكن ليسلم المشتريات للحامل لولا الكذب والخداع ، و كذلك بالنسبة للذي يقوم بإستخدام بطاقة إئتمان لسحب مبلغ أكثر من رصيده¹.

أما بالنسبة للمشاريع الكاذبة فيقصد بها كل إستثمار تجاري أو صناعي خيالي أو مالي أو أي مشاريع مهما كانت طبيعتها والتي يزعم صاحبها كذبا أنها حقيقية ، وتبقى الإدانة قائمة حتى و لو كان يوجد في الإدعاء جزء ضئيل من الحقيقة، ومهما كان شكل الجاني القانوني شخص طبيعي أو إعتباري : مؤسسة ذات شخص واحد أو شركة متعددة الأشخاص، وغالبا ما يتعلق الأمر بالشركات الوهمية التي تعد الأمثلة عليها كثيرة كأن يوضع في التداول منشور يخبر بوجود شركة تأمين في حين أن الدولة رفضت اعتمادها وأدى ذلك إلى إكتتاب الأشخاص بأموالهم².

وتعد الأمثلة عن المشاريع الوهمية عديدة في مجال الأعمال إذ لا يمكن حصرها ، لأن خيال النصابين واسع فنجد في شركات الإستثمار الوهمية التي تحصل على قروض من البنوك المختلفة لضمان المشروع الإستثماري حيث يكون هذا المشروع ظاهرة للإنعاش الإقتصادي وحل أزمت المواطنين ، ثم يترتب عليه عدم اتمام المشروع وضربة للإقتصاد القومي نتيجة تهريب هذه الأموال إلى الخارج³.

وتجدر الإشارة إلى أن جريمة النصب الواقعة على المتعاملين في نطاق التجارة الإلكترونية معقدة نوعا ما نظرا لعدم توافر أطراف العقد الواحد وكذا محل العقد في مكان واحد، وعدم التعامل بالوثائق الكتابية. وصورها متعددة منها :

- عدم الوفاء بالسلعة المتعاقد عليها بالرغم من سداد المستهلك لثمنها .

- إنتحال إسم أحد مواقع التسويق الشهيرة .

- الترويج بسلعة مقلدة شبيهة بمنتج أصلي عالي الثمن والجودة.

- الترويج لسلعة غير معروفة بإستخدام الإعلان الكاذب أو المضلل⁴

¹ الأستاذ أحمد خليفة الملط ، المرجع السابق ، ص 352 و 353

² الأستاذ بن شيخ لحسين، المرجع السابق، ص 190

³ الأستاذ أحمد بسيوني أبو الروس، المرجع السابق، ص 316 .

⁴<http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81162>

المطلب الثاني : ارتكاب الشركات التجارية لجريمة النصب والإحتيال :

هناك العديد من الإعتبارات المهمة التي تدفع إلى ضرورة مسائلة الشركات التجارية عن جنحة النصب بإعتبارها شخص معنوي، فهي حقيقة اقتصادية مالية إجرامية هائلة، وقد تضاعفت قدراتها ودورها في شتى المجالات دولية ووطنية ، وأثبت العمل أنها يمكن أن ترتكب جرائم أكثر من الشخص الطبيعي نظرا لما تملكه من قوة ووسائل تفوق كثيرا قدرات الفرد .

ولقد تدخل المشرع الجزائري في سنة 1993 ونص على أحكام جزائية خاصة في القانون التجاري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، حصر المشرع بموجب هذه الأحكام الأفعال التي ترتكبها الشركات التجارية والتي يعاقب عليها بعقوبات جزائية ، ومن بين هذه الأفعال أو المخالفات نجد أفعال غير مشروعة ترتكبها الشركات التجارية خاصة شركة المساهمة أو أحد أعضائها تشكل مناورات إحتيالية يكون الغرض منها خداع الغير أو دائني الشركة أو جمهور المكتتبين .

وبما أن شركة المساهمة هي من أهم الشركات التجارية، تقوم باستغلال المشاريع الإقتصادية الكبرى تجارية كانت أم صناعية، ولها قدرة كبيرة على تجميع الأموال اللازمة للقيام بهذه المشاريع ،و بما أن أهم ما تقوم به هو تجميع الإذخار العام عن طريق طرح أسهم للإكتتاب العام وما يصاحبه من إغراءات وإعلانات لدفع الجمهور وحمله على الإكتتاب عن طريق الدعاية والإشهار، وهو أمر في غاية الخطورة يحتاج إلى حماية قانونية لأن هذه الشركات عادة ما تلجأ لوضع بيانات ومعلومات كاذبة، وهو أمر لا يتنافى ومبدأ حرية النشاط التجاري بحكم أن الدولة عليها واجب حماية المواطن من الوسائل التحايلية التي قد تلجأ إليها بعض الشركات .

عادة ما يكون إخفاء الوضعية الحقيقية للشركة من أجل الوصول إلى أهداف معينة كالحصول على إعتقاد مالي من البنك مثلا بإيهامه بأن الشركة تحقق أرباحا طائلة أو الحصول على إكتتابات في الأسهم والسندات للشركة، وتتعدد طرق إخفاء الوضعية الحقيقية للشركة من خلال تنظيم ميزانية الشركة وحسابات أرباحها وخسائرها بصورة غير مطابقة للواقع أو توزيع أرباح صورية أو غير مطابقة لحالة الشركة الحقيقية أو تضمين تقرير مجلس الإدارة أو تقرير محافظ الحسابات ببيانات غير صحيحة أو كتم معلومات وإيضاحات يوجب القانون ذكرها، وذلك بقصد إخفاء حالة الشركة الحقيقية عن الغير أو المساهمين.

كما قد يعلن مجلس الإدارة إلى الجمهور بيانات غير صحيحة عن مركز الشركة المالي وعن ميزانيتها ومشاريعها المستقبلية وعقودها الإستثمارية، وذلك بقصد إيهام الغير لرفع قيمة أسهم الشركة ودفع الغير لشراءها .

ولضمان أكثر شفافية وحماية لجمهور المساهمين أقر المشرع الجزائري بعقوبات جزائية تضمنها القانون التجاري كالمخالفات المتعلقة بإصدار أسهم من شركة مؤسسة بصفة غير نظامية وكذا حمل الناس على الإكتتاب أو دفع المال بالطرق الإحتيالية ، والمخالفات المتعلقة بتقييم الحصص العينية، كالزيادة التضليلية في قيمة الأموال العينية، والهدف من هذه الحماية الجنائية هو حماية مبدأ الإئتمان في المعاملات التجارية.

ويمكن لمدوب الحسابات أن يرتكب أفعالا من شأنها أن تكون الركن المادي لجنحة النصب عندما يقوم هذا الأخير بالتصديق على ميزانية خاطئة وهو على علم بعدم صحتها أو يقوم بتقديم تقرير عن واقع الشركة من الناحية المالية أو أي بيانات أخرى بصورة مخالفة للواقع، ومن ثم يكون قد خدع الشركة والغير وسبب أضرارا لهم.

وتجدر الإشارة إلى أن الكذب الذي يجب المسائلة عنه في مجال الشركات التجارية هو الكذب المقترن بالكتابة كما لو وزعت الشركة أرباحا صورية قيدت في الميزانية أو ثبتت ديون معدومة في الميزانية ، و كذلك قد يكون الكذب على شكل تصريحات في وسائل الإعلام ، أو تقديم معلومات أو مستند ضروري لتأسيس الشركة أو بإغفال بيانات جوهرية ، وكذا الإكتتاب بأسهم وهمية لإيهام الجمهور بأنه يوجد اقبال كبير على الإكتتاب وزيادة الطلب على هذه الأسهم ومن صور الكذب على المساهمين أيضا التي تكون في النشرات والإعلانات الصادرة عن الشركة .

كما أن هناك حالات يكون فيها الكذب سلوكا سلبيا و ذلك بالإمتناع عن التصريح بمعلومات في حين هو لازم، كما هو الحال في حالة الإفصاح عن الوضعية المالية الحقيقية للشركة ، وقد يكون الكذب غير منشور أو معلن مثل الكذب في الميزانيات والبيانات المالية.

وأخيرا يشترط في الكذب على المساهمين العلانية، بحيث يكون معدا للإطلاع عليه من طرف الجمهور. ولكي يعد هذا النوع من الكذب من الوسائل الإحتيالية التي يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري في جريمة النصب يجب أن تكون البيانات المصرح بها أو الإعلانات المنشورة هي ذاتها الدافع إلى الإكتتاب في الأسهم و السندات وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري الفقرة الثانية "وإذا وقعت اللجنة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أو أسهم أو سندات مالية سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية ...".

وبما أننا كثيرا ما نسمع عن الشركات التي قامت بجمع الأموال من الناس ثم أفلست، فقد أصبح رجال الأعمال فنانون في عالم الإحتيال، فإنه من الضروري التطرق لجريمة الإفلاس الإحتيالي، التي حددها المشرع الجزائري من خلال حالات نص عليها على سبيل الحصر، إذ يفترض جرم التفليس في جميع الأحوال ، أن يكون مرتكب الفعل المعاقب عليه جزائيا، تاجرا في حالة التوقف عن الدفع ، وهذه الصيغة تشمل الشركاء في الشركات التجارية الذين اكتسبوا صفة التاجر بانضمامهم للشركة.

لكن ليس كل فعل يرتكبه المفلس بقصد الغش ويلحق ضرر لدائنيه يصلح لأن يكون أساسا للمسؤولية عن التفالس بالتدليس، بل يجب أن يكون هذا الفعل مما نصت عليه المادة 374 من القانون التجاري الجزائري ، والتي تنص على: "يعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو إختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته."

المبحث الثاني : القصد الجنائي في جريمة النصب ومتابعة الجريمة:

المطلب الأول : القصد الجنائي في جريمة النصب :

يتمثل الركن المعنوي في جريمة النصب في القصد الجنائي أي في قيام العلم لدى الجاني وقت إرتكاب الفعل بأنه يأتي إحتيالا من أجل الإستيلاء على مال منقول مملوك للغير، فإذا إنتفى هذا القصد فلا تقع الجريمة ولو ثبت أن المتهم كان مندفعا في القيام بفعله ، فجريمة النصب لا تقع بتوافر الخطأ غير المقصود أيا كانت جسامته، فالنصب جريمة عمدية لا تتم بالتقصير أو الإهمال في غياب النية الإجرامية، فلا بد من توافر القصد الجنائي فيها بنوعيه القصد العام والقصد الخاص .

ولا يعني بالضرورة أن تكون الإرادة والإدراك مفهومان لصيقان بالإنسان كفرد ، فالإرادة والإدراك ذاتاهما طاقات معنوية تحرك جسد الإنسان كفرد أو كمجموعة منظمة لتحقيق أهدافه¹.

لقد كان هذا الموضوع ولا يزال موضوع جدال كبير، حول مدى إمكانية مساءلة الشخص المعنوي بإعتباره لا يتمتع بالأهلية الجنائية كما يتمتع بها الشخص الطبيعي ، فهل يمكنه أن يرتكب جريمة ؟ وهل يمكن معاقبته ؟

طلما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فإنه لا بد أن يتمتع بأهلية الوجوب أي صلاحيته لإكتساب حقوق وتحمل إلتزامات ونظرا لإختلاف الشخصية المعنوية عن الشخصية الطبيعية فحقوق وإلتزامات الشخص المعنوي تختلف ، فلا يثبت له الحقوق والإلتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان.

وليس صحيحا القول بأن الشخص المعنوي ليست له إرادة ، فالجماعة ذات التركيب هي كائن حقيقي يعترف المشرع بوجودها وتنظيم نشاطها وهذا النشاط هو وليد إرادة حقيقية منفصلة عن إرادة الأعضاء والتي يمكن أن تسند إليها آثار الأفعال المشروعة والغير مشروعة طالما أنها أرتكبت بإسمه وبواسطة أعضائه ، إرادته تتكون من إلتقاء إرادات أعضائه المكونين له ، وهذه الإرادة الجماعية تعتبر حقيقة واقعية وقادرة على أرتكاب الجرائم .

والقصد الخاص هنا يتمثل في نية الشركة بالإحتيال على دائئنها والإضرار بهم.

المطلب الثاني : متابعة ارتكاب جنحة النصب في مجال الأعمال:

ينشأ عن جنحة النصب دعوى تسمى بالدعوى العمومية غايتها توقيع العقاب على مرتكب الجريمة، وهي من حق المجني عليه الذي تعرض إلى إعتداء على ماله ولحقه ضرر مادي، فيتولد عنها دعوى مدنية تهدف إلى تعويض الأضرار التي لحقت بالمضرور.

إن الدعوى العمومية هي ذات مصلحة عامة وهي من النظام العام فبمجرد وصول نبأ وقوع الجريمة إلى علم النيابة العامة تقوم بتحريك الدعوى العمومية تلقائيا، على خلاف الدعوى المدنية هي ذات مصلحة خاصة وشخصية لا يقوم بتحريكها إلا الطرف المضرور من الجريمة .

إن دراسة المسؤولية الجزائية لمرتكب جنحة النصب يطرح لنا إشكالية مسائلة الشخص المعنوي كون وجود شخصية معنوية يثير الجدل لكونها لا تشكل واقعة مادية بل تمثل فكرة مجردة لا يمكن إحداثها ولا عملها ولا إنقضائها إلا ضمن نطاق القانون .

وضعية الشخص المعنوي ليست مختلفة عن الشخص الطبيعي في القانون الجزائري فيما يخص الإجراءات العقابية أو المتابعة والإجراءات من الإشتباه إلى الحكم، فهي بناء على دعوى عمومية كان من الواجب تكييفها مع خصوصيات الأشخاص المعنوية

لكن هل ينسب إليه الفعل على أساس أن صدره عن ممثله بصفته هذه يعني صدره منه ؟ .

¹ الأستاذ أحمد محمد قائد مقبل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى - السنة 2005، ص 449.

وإلى أي مدى يمكن مساءلة الشخص المعنوي بإعتباره شخصا قانونيا مستقلا عن الشخص الطبيعي مرتكب الجريمة؟

أقر المشرع الجزائري مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بعد تعاقب القوانين من الرفض الكلي إلى الإقرار الجزئي إلى التكريس الفعلي بموجب تعديل قانون العقوبات رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 ، والقانون 04-14 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الصادر بذات التاريخ ، متبعا في ذلك مسار الشريعة الفرنسي الذي حسم بقانون 1992/07/22 رقم 683 في المادة 2/121 منه الخلاف الفقهي والتردد القضائي حول مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا بنص صريح. فأصبح ينظر للشخص المعنوي من جانب جزائي متعديا بذلك اطار التعويض المدني، فيسأل هذا الأخير عن الفعل ويوقع عليه العقاب، وقد كان من الضروري تجسيد هذه المسؤولية على مستوى التشريع والقضاء لتكييف قانون العقوبات مع التحولات الاقتصادية التي تعرفها الجزائر قصد التكفل بالأشكال الجديدة للإجرام الناتجة عنها.

أما فيما يخص المشرع الفرنسي فقد كرست المادة 121-2 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 22 جويلية 1992 مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية حيث نصت على مايلي: "الأشخاص المعنوية بإستثناء الدولة تسأل جنائيا وفقا لما هو مبين في المواد من 121-4 إلى 121-7 و في الأحوال المحددة في القانون أو اللائحة عن الجرائم المرتكبة لحسابها بواسطة مديرها أو ممثلها..."، ولا تستبعد المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية مسؤولية الأشخاص الطبيعيين عن الأفعال ذاتها بوصفهم فاعلين أو شركاء".

وتجدر الإشارة إلى أن الأشخاص المعنوية الخاصة المسؤولية جنائيا في التشريع الفرنسي حسب نص المادة أن جميع الأشخاص المعنوية الخاصة تسأل جنائيا عما ترتكبه من جرائم سواء كان هدفها السعي وراء الربح من عدمه لهذا تدخل الشركات سواء المدنية أو التجارية أيا كان شكل إدارتها وأيا كان عدد المساهمين فيها ، والتجمعات ذات الأهداف الاقتصادية والتجمعات الأوربية الاقتصادية..الخ¹.

اتجه المشرع الفرنسي إلى حصر المسائلة الجنائية للأشخاص المعنوية في الأنشطة الصادرة من قبل أجهزته أو ممثليه أي الممثلين القانونيين أو الشرعيين له، وتتكون أجهزة الشخص المعنوي من شخص طبيعي أو أكثر يخول لهم القانون أو النظام الأساسي لهذا الشخص ادارته والتصرف بإسمه مثل الرئيس أو المدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العامة للمساهمين أو للأعضاء ، أما بالنسبة للممثلين فهم من يتمتعوا بسلطة قانونية أو إتفاقية لممارسة الأنشطة بإسم الشخص المعنوي كالمدير العام ، ورئيس مجلس الإدارة أو مدير يعين مؤقتا كالممثل القضائي .

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك نوعان من المسؤولية الجنائية التي يمكن أن يتحملها الشخص المعنوي، إما المسؤولية الجنائية المباشرة أو الشخصية وهي أن يتحمل الشخص المعنوي وحده كامل المسؤولية الجنائية الناتجة عن التصرفات الصادرة بإسمه أي أنه يسأل جنائيا عن الأفعال التي يرتكبها شخصيا ، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات . والمسؤولية الجنائية التضامنية مع الشخص الطبيعي وهي أن الشخص المعنوي هو المسؤول

¹ الأستاذ أحمد محمد قائد مقبل، المرجع السابق ، ص 294

عن أعمال ممثليه لأنه يحصل على نفع من التصرف الجرمي المرتكب إضافة إلى أن هذا الشخص أكثر قدرة على الوفاء بهذه الإلتزامات من الشخص الطبيعي¹.

أما بالنسبة الدعوى المدنية فهي الوسيلة القانونية للمطالبة بالتعويض أمام القاضي الجنائي أو المدني، يتولى تحريكها ورفعها شخص يدعى بالمدعى المدني المتضرر من الجريمة يطالب فيها بتعويضه عما أصابه من ضرر سببته له الجريمة.

فصت المادة 3 فقرة 1 و 2 من ق.إ.ج الجزائري: "يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهات القضائية نفسها".

أما فيما يخص الجزاءات المطبقة على جنحة النصب في مجال الأعمال العقوبات والتدابير في نفس الوقت المطبقة على مرتكبي الجريمة، ولقد إعتبر المشرع الجزائري جريمة النصب جنحة إلا أنها عندما تقع في ظروف خاصة تشدد عقوبتها، فقد ميز المشرع بين الإحتيال البسيط وفرض عليه عقوبة الحبس زائد الغرامة المالية، ثم نص على ظروف مشددة وجعل عقوبتها مضاعفة، وهذا بالنسبة للشخص الطبيعي أما بالنسبة للشخص المعنوي فقد فرض عليه مقدار الغرامة المالية بمخمسة أضعاف الحد الأقصى لغرامة الشخص الطبيعي. بالإضافة إلى عقوبات جوازية أخرى.

إعتبر المشرع الجزائري جريمة النصب جنحة يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 20 000 إلى 100.000 دج، كما يجوز للقاضي أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 أو من بعضها والمنع من الإقامة لمدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات.

ويعاقب على الشروع في الجريمة بنفس عقوبة الجريمة التامة وذلك في المادة 372 التي تنص: "كل من توصل إلى إستيلاء أو تلقي أموالا أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراقا مالية أو وعودا أو مخالصات أو إبراء من إلتزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالإحتيال..."، وهو موقف يساير الإتجاه العام في قانون العقوبات الجزائري الذي يساوي بين العقوبة في الجريمة التامة والشروع فيها.

إضافة إلى العقوبة الأصلية المنصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري فقد نص المشرع في الفقرة الثالثة من نفس المادة على عقوبة أخرى وهي العقوبة التكميلية بقوله "وفي جميع الحالات يجوز أن يحكم علاوة على ذلك على الجاني بالحرمان من جميع الحقوق الواردة في المادة 14 أو من بعضها وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر" يستفاد من هذه الفقرة أن العقوبة التكميلية هي عقوبة ذات طابع جوازي، أي يجوز للقاضي الحكم بها أو الإستغناء عنها تماما و تتمثل هذه العقوبة في الحكم بالحرمان من جميع أو بعض الحقوق الوطنية.

إعتبر المشرع الجزائري أن توجيه الطرق الإحتيالية لخداع الجمهور ظرفا مشددا لما قد ينجم عنه من نتائج خطيرة وضارة تهدد المجتمع وتصيب الإقتصاد الوطني، وعلى ذلك نصت المادة 372 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري: "وإذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار اسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو اية سندات مالية سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية فيجوز أن تصل مدة الحبس إلى عشر سنوات و الغرامة إلى 400.000 دج".

¹ الأستاذ جمال محمود الحموي، المرجع السابق، ص 80

أما بالنسبة للشخص المعنوي فلقد كان من أسباب الاعتراض في إقرار المسؤولية الجزائية عليه، وعلى الأخص العقوبات السالبة للحرية، ولكن بعد اتساع نطاق تطبيق عقوبة الغرامة وابتكار عقوبات جديدة تتلائم مع طبيعة الشخص المعنوي، فقد أصبح الكثير من العقوبات التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي، فعلم العقاب، قدم الكفاية من العقوبات والتدابير القادرة على ضرب حياة الشخص المعنوي كعقوبة الحل فهي تنهي وجوده، والغلق تنهي أهليته لممارسة النشاط، والغرامة والمصادرة تضرب ذمته المالية والكثير من الجزاءات الأخرى التي أوردها قانون العقوبات الفرنسي الجديد كحرمانه من بعض الحقوق والمزايا، ونشر الحكم الصادر بالإدانة.

إن العقوبات المقررة للشخص المعنوي تخضع لتغيير وتطوير مستمر شأن كل المسائل فكثير من العقوبات ملائمة للشخص المعنوي، وأخطرها الحل الذي يعد بمثابة الإعدام بالنسبة للشخص المعنوي، وكذا يمكن اعتبار الغلق عقوبة سالبة للحرية.

يمكن تقسيم العقوبات المستحدثة للشخص المعنوي وفقا للنهج الذي سار عليه بعض فقهاء القانون الفرنسي إلى عقوبات تمس الذمة المالية بما أن المال أهم أهداف الشخص المعنوي، وأخطر وسائله لإرتكاب أنشطته الجنائية، فتحقق أكبر فائدة، وفي أسرع وقت، هو الغاية التي تدفعه لمخالفة القانون بإستعمال وسائل إحتيالية، وإرتكاب الغش ولذا حق أن يكون المال محلا للعقاب لإعتباره مكسب غير مشروع ووسيلة غير شرعية، ووصولاً لردع فعال ومؤثر.

وهناك عقوبات ماسة بوجود الشخص المعنوي كالحل وهو منعه من الإستمرار في ممارسة نشاطه، وهذا يقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى ولو كان تحت إسم آخر أو مع مديرين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين و يترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية¹، ويعد من أكثر الجزاءات خطورة وأشدّها لأنها تنهي حياة الشخص المعنوي، لذا جعلها المشرع الجزائري جوازية للعقوبات المطبقة على الشخص المعنوي كقاعدة عامة، ويكون النطق بها في عدة وضعيات مثل: النصب، خيانة الأمانة، المساس بنظام معالجة المعلومات، الإرهاب، تهريب المخدرات... وغيرها من الجرائم الخطيرة².

كما نص المشرع الجزائري على عقوبة أخرى مثل: الغلق في الفقرة 04 من المادة 18 مكرر غير أنه حدد مدة الغلق ب5 سنوات، وهو جزاء عيني يتمثل في منع المؤسسة من مواولة نشاطها في المكان الذي أرتكبت فيه أو بسببه جريمة متعلقة بهذا النشاط.

أما بالنسبة لإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، فيقصد بهذا الإجراء حرمان الشخص المعنوي من التعامل في أية عملية يكون طرفها أحد أشخاص القانون العام كما جاءت به المادة 34/131 من قانون العقوبات الفرنسي، سواء كانت الصفقة منصبة على أعمال عقارية أو منقولة، وسواء كانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ولقد نص المشرع الجزائري على هذه العقوبة في المادة 18 مكرر فقرة 05 وحددها بمدة 05 سنوات.

¹ الأستاذ صمودي سليم، المرجع السابق، ص64.

² الأستاذ صمودي سليم، المرجع السابق، ص64.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أضاف عقوبة المنع من الدعوى العامة للإدخار بموجب نص المادة 47/131 من ق.ع.الفرنسي الجديد ، التي أحالت إليها المادة 5/39/131 من نفس القانون بقولها أن المنع من الدعوى العامة للإدخار يتمثل في منع استثمار أو توظيف السندات أيا كانت أنواعها أو اللجوء إلى مؤسسات الإئتمان والمؤسسات المالية أو شركات البورصة ، أو إجراء نوع من الإعلانات بهذا الصدد ، وهذا النوع لا يشمل جميع الأشخاص المعنوية بل على سبيل الحصر مثل شركات المساهمة والشركات المدنية للاستثمار العقاري.

أما بالنسبة لعقوبة الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، فهو حسب نص المادة 18 مكرر فقرة 9 من قانون العقوبات الجزائري وضع الشخص المعنوي تحت حراسة القضاء، وقد حدد هذا الإجراء بمدة مؤقتة لا تتجاوز 5 سنوات تنصب على حراسة النشاط الذي أدى إلى إرتكاب الجريمة أو الذي أرتكبت الجريمة بمناسبةه . وبما أن لسمعة وإعتبار الشخص المعنوي أثر كبير في مستقبله ونشاطه ، فيمكن أن تكون محلا لجزاء، من خلال نشر حكم الإدانة الصادر ضد الشخص المعنوي حتى يقي الجمهور نفسه وماله من مخاطره¹ .

خاتمة :

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال معالجته لجنحة النصب كان كلاسيكيا مقارنة مع ما عرفته الجزائر من تطور في الإقتصاد والإنتفاع نحو الإستثمار، حيث عمل على تطوير وسن قوانين جديدة مثل قانون ترقية الإستثمار في حين بقي جامدا في معالجة جريمة النصب مما يؤدي إلى خلق ثغرة و فراغ قانوني يتسلل منه المحتالون مستغلين مناخ الإنتفاع الإقتصادي بإستعمال وسائل إحتيالية جديدة ضد المواطنين والمؤسسات والشركات والبنوك والإستيلاء على مبالغ كبيرة .

كما أنه إذا قارنا مثلا بين جريمة النصب و جريمة السرقة في حالة إقترانهما بظروف مشددة، نلاحظ أن عقوبة جريمة السرقة تصل إلى 20 سنة في حين الحد الأقصى لعقوبة جريمة النصب يصل إلى 10 سنوات فقط، وهذا ما يدفعنا إلى القول أن المشرع رغم اعتباره أن لجوء الجاني إلى الجمهور لسلب ماله ظرفا مشددا إلا أنه لم يبين خطورة هذا الفعل التي تكمن في الإضرار بالمجتمع والإقتصاد ككل، و المساس بمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية، و بالتالي فإن حد العقوبة في حالة إقترانها بجريمة النصب يعتبر غير كافي بالنظر لجسامة الضرر الذي يلحق المجتمع .

وخلاصة القول هي أنه لازال هناك قصور في القانون الجنائي الجزائري لأن المادة 372 السلاح الوحيد لمواجهة الإلحرافات والسلوكات الإحتيالية في مجال أموال الشركات، و إن ضعف العقوبة و شروط تطبيق الجريمة يقف حائلا دون الردع الكافي للإساءة والإلحراف .

و بالتالي فعلى ضوء دراسة الموضوع نستنتج بعض الملاحظات التي يمكن أن نقدم من خلالها حلولا ناجعة لجنحة النصب للقضاء عليها أو على الأقل الحد منها.

¹ الأستاذ أحمد محمد قائد مقل ، المرجع السابق ، ص 422 و423

أولاً: يجب سن نظام مختص بجريمة النصب أسوة بنظام الرشوة والتزوير والإختلاس الذي يحدد نوعية الجرائم وعقوبتها، وبيان الجهة المختصة بالنظر في كل نوع منها، وتشديد العقوبات الجزائية على النصابين وقمع أساليبهم الماكرة .

ثانياً: ويجب إيجاد جهة رقابية تشرف على المشاريع الاقتصادية للتأكد من مصداقيتها ومصداقية أصحابها .

ثالثاً: ومن جهة أخرى يجب أن لا يتم الإعلان على أي مشروع في وسائل الإعلام مهما كانت أهميته إلا بعد التأكد من وجوده الحقيقي ومن قانونيته، وهذا حتى يكون لأجهزة الإعلام دور إيجابي في مكافحة جريمة النصب.

رابعاً وأخيراً: ونظراً لكون المجني عليه له دور في الجريمة فإن عليه مكافحتها بيقظته وحيطته وحذره حتى لا يجعل من نفسه فريسة سهلة.

La métamorphose de la conception traditionnelle de l'État au Maroc et ses répercussions



Dr. Zakariae CHEKHCHOU

Docteur en droit public

de l'Université de Saragosse-Espagne

Les débats à propos de l'idéologie en vigueur au Maroc qu'ils soient politiques ou économiques paraient engendrer un discours qui n'arrête pas de couler beaucoup d'encre et déchaîner d'opinions et critiques, parfois opposées à propos de ses effets et répercussions sur les différentes stratégies et politiques économiques publiques appliquées.

Au niveau de la référence idéologique de l'État qui a identifié le Maroc comme exception, par sa manière de gérer l'administration des affaires publiques ; elle possède une superstructure idéologique et une apparence connue sous le nom de "Almakhzan", et qui constitue sans doute un symbole de continuité historique de l'État qui s'adapte à chaque contexte, en un mot "Almakhzan", constituant l'idéologie par excellence du Maroc traditionnel et même actuel. C'est à la fois une institution de gouvernance et un système invisible, appuyer sur une organisation sociopolitique dotée d'une grande capacité de "savoir-faire" en forme de connaissance ; moyennes et des stratégies, en se basant sur des alliances qui lui permettent d'aménager avec perfection des contextes et circonstances de tout type, économique, sociale, et politique même, si parfois apparaitrons contradictoire.

C'est exactement ce que je prétends à travers cette analyse, de mettre en évidence l'autre visage de cette administration et surtout les profils et les statuts des personnes que la représentent et surtout sa capacité de contrôler et manipuler l'espace politique, économique et social.

Selon le Dictionnaire de l'Académie Française de langue, le mot "el makhzen" signifie: conserver n'importe quelle chose dans un dépôt ou aussi, une caisse qui contient des documents, de lettres de même corps. Selon l'encyclopédie de l'Islam le mot "makhzen", s'est utilisé pour la 1^o fois en Nord d'Afrique en sens officiel, dans le deuxième siècle de notre époque pour désigner une caisse de fer, ou "Ibrahime Ibn Al-Aghlab" le prince de "Africia" (Nord d'Afrique) dépose les impôts destinés, au "Khalifa"; Abbasside de Bagdad. Avec la rupture des sultans du Royaume de Maroc de la dynastie abbasside en se déclarant, comme Khalifa du monde Islamique occidental (el Maghreb) le mot "makhzen" était utilisé pour désigner le trésor de la Ouma (la communauté musulmane) ou "Beit El mal".

Durant, la succession des dynasties au Maroc après les Almoravides jusqu'à les Alaouites, le mot "makhzen" désignait l'ensemble des personnes qui constituent le gouvernement Marocain. Après, l'adjectif s'est développé pour désigner le pouvoir central à côté des vizirs les ministres, l'armée, et leur système bureaucratique ainsi que les personnes liées à ce pouvoir, qu'il soit religieux, militaire ou politique. Cette institution avait et a en tête jusqu'à présent, le monarque, comme symbole de l'unité et la coexistence de toutes classes sociales, structuré dans une organisation propre. La problématique, c'est comment cette conception du Makhzen qualifiée de conservatrice a pu diriger le pays dans des contextes pleins de mutations et de défis au niveau idéologique, politique et par conséquent économique-sociale?

Avant de tout il est nécessaire de reconnaître que cette idéologie, représente la référence officielle de l'État lui-même, c'est à dire que l'institution du Makhzen n'est pas un adjectif contradictoire avec celle de l'État.

Cette dernière, demeure impliquée dans tous les secteurs sans exception à travers d'un circuit des technocrates qui s'impliquent dans toutes les initiatives, de planification de développement, de commerce. Donc, les privatisations demeurent, des indicateurs d'une omniprésence presque totale (.....).

Le projet de Justice Transitionnelle en Libya



Docteur ABOHAMRA ALHADI ALI

Faculté DE DROIT / UNIVERSITE DE TRIPOLI-LIBYE

Des l'entrée dans le processus transitoire, la société civile et les intellectuels libyens, à l'aide de certaines organisations internationales, essayent de parvenir à une politique de justice transitionnelle adaptée et adéquate (1) à la société Libyenne.

Et Pour arriver à une définition suffisamment englobante et consensuelle, Ils ont commencé par l'examen des spécificités libyennes et l'étude des expériences comparées.

Leur efforts ont conduit le ministre de la justice en délibération avec le conseil transitoire en 2011, puis avec le congrès national en 2012, a composé et recomposé une commission chargée d'élaborer un projet de loi pour traduire la politique de justice transitionnelle.(2)

Et après certaines consultations, discussions et dialogues menés durant les années 2011 et 2012, cette commission a présenté son travail pour être discuté par les professionnels, la société civile et les partis politiques.

Pour cela. Plusieurs colloques et tables rondes ont été organisés surtout à Tripoli et à Bangazi(3).

Et à la suite des certaines contestations , remarques et conciels des Nations unies et du Centre international de justice transtoinelle, La commission concernée modifie le projet et le présente au congrés national à travers le gouvernement à la fin de l`année dernière.

Cette polique de justice transitionelle contenue dans le projet de loi s`appuie sur des particularités de la libye (1). Elle s`artuculle sur des mécanismes biens definies (2) et soulève multiples défis (conclusion).

(1)

Les particularités de la situation libyenne

Le changement en libye à ses propres particularités qui devraient avoir influence claire sur la polique de justice transtionelle et sur le processus de la réconciliation.

On essayes de les résumer dans les points suivants:

(1) Les appartenances régionale , trubale idiologique ont joué un rôle important pour ou contre l`ancien régime. On crois qu`elles sont aussi à l`origine du clivage qui marque la société libyenne d`aujourd'hui(4). Il faut noter aussi que le regime passé travaillait dès la deuxième amoitie des années soixente dix à renforcer ce clivage pour assurer sa continuité.

2) La chute de régime s`est effectué à l`aide massive de la société internationale et des force étrangère(5).

Et bien que la majorité des libyens considère que l`ancien régime était un régime personnalisé dictatorial corrompu, et le changement est nécessaire pour arriver a un régime garrantissant la liberté et le developement(5) , l`intervention militaire étrangère a contribué à diviser les libyens en deux camps(pro- Gaddafi et contre- Gaddafi), contre l`intervention étrangère et pro- intervention.(celui qui est contre l`intervention étrangère n`est pas forcément pro Gadaffi). Chaque partie se considère comme héros et considère ses pertes d` homme comme martyres de Nation. Autrement dit, l`inervention étrangère militaire a engenderé des consequences aussi négatives que positives à propos de la cohésion sociale.

3) Imbrication énorme entre actes criminels et actes révolutionnaires. Chaque rival à ses propres criminels qui ont commis des violations qui atteignent le seuil des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité(6).

4) La période d'ancien régime est marquée par des violations massives des violations des droits de l'Homme et de corruption. A titre d'exemple: le crime de POSLME ; le crime de 7 avril 1976, les nombreuses exécutions sommaires télévisées surtout celles des années quatre vingt. . La période transitoire actuelle ne fait pas exception, car les violations et la corruption continuent d'exister. il y a des indications fortes qui laissent entendre que des milices sous l'apparence des révolutionnaires et leur leaders ont impliqué dans des crimes graves qui pourraient être qualifiés comme crimes internationaux (6).

cela nécessite de juger aussi bien des gens faisant partie de l'ancien régime que des gens faisant partie de forces qui tiennent le pays aujourd'hui.

4) Le régime de Gadafi était singulier. Il comportait ses propres institutions qui ont été arrêtées de fonctionner dès l'arrivée de sa fin(7) . Et la majeure partie d'autres institutions comme la police, l'armée et l'appareil judiciaire ont été dévastées.

5) Il existe en Libye actuellement deux niveaux de pouvoir: pouvoir officiel; pouvoir réel. Ce dernier revient aux milices fortement armées. On pourrait distinguer entre milices locales, milices composées des délinquants condamnés des crimes graves et milices fondées sur des bases idéologiques.

(11)

Mécanismes

de justice transitionnelle

D'après le projet de loi présenté au congrès national, la justice transitionnelle s'appuie sur quatre piliers:

Le premier c'est la recherche de vérité (8) des violations graves commises pendant le passé et pendant la période transitoire par les institutions officielles ou officieuses ou par les milices.

Cela devrait se faire par une commission composée de personnalités impartiales indépendantes crédibles libyennes et étrangères.

Elle se charge de réaliser les suivants:

- élucider le passé, et enquêter sur les actions et les contextes politique, social dans lesquels elles ont été commises
- aider à déterminer les responsabilités institutionnelle politique et militaire
- préserver des preuves.
- recommander des mesures des réparations et de réformes institutionnelles et législatives.
- offrir aux victimes une véritable tribune d'où elles peuvent s'exprimer.

Cette commission doit être dotée des moyens matériels et budgétaires suffisants et avoir la protection nécessaire.

Le deuxième pilier c'est les réparations(9). Pour créer l'ambiance qui facilite la réconciliation, le projet de loi essaye de mettre en place une approche globale à la question de réparations.

Cette approche assure la réparation de toute personne endommagée soit par le régime passé ou par la force étrangère ou bien par des groupes considérés comme révolutionnaires.

Ce programme de réparation ne devrait être basé sur aucune distinction qui fait référence à

l'appartenance politique.

La réparation individuelle et collective peut prendre certaines formes:

Restitution, indemnisation, readaptation, privilège en matière de traitement médical ou de service social, immortaliser l'événement, reconsidération pour les victimes quelque soit l'auteur

Ces réparations doivent être subventionnées par l'Etat, les dommages intérêts payés par les responsables identifiés et les contributions payées par les multinationales qui exploitent les ressources naturelles en Libye.

Troisième pilier de la justice transitionnelle consiste à réformer les institutions.

Cela vise principalement:

- à retrouver la confiance des citoyens en leur propre Etat
- à mettre en place des garanties de non renouvellement des violations des droits de l'Homme et de corruption.

Cette réforme est primordiale surtout en matière du secteur judiciaire et de sécurité.

Elle comporte les points suivants:

- Revoir les législations en la matière.
- Améliorer la capacité des institutions.
- Éliminer les fonctionnaires corrompus et impliqués directement ou indirectement dans les violations de droits de l'Homme et dans la corruption.
- Empêcher de remplacer des corrompus par des nouveaux corrompus considérés comme opposant à l'ancien régime ou comme participants à sa chute.
- Requalifier le personnel surtout le personnel de police et le personnel judiciaire.

L'application de ce mécanisme devrait être assurée par une commission neutre composée de personnalités indépendantes nommées par le parlement. Et elle peut demander l'aide des experts internationaux.

Pour parvenir à ses buts, cette commission appliquerait des critères bien définis, surtout quand il s'agit du personnel.

Le quatrième pilier est les procès pénaux.

Pour garantir des procès équitables à tous les accusés et faire face à l'impunité, le projet de loi contient certains amendements proposés.

Le premier redéfinit la séparation entre la juridiction commune et la juridiction militaire et en termes duquel la compétence des tribunaux militaires se limite uniquement à juger les militaires accusés de commettre des crimes militaires.

Le deuxième entend à annuler rétroactivement la prescription des crimes à motivations politiques, militaires ou ethniques.

Le troisième fait inclure dans le droit libyen les mesures qui se trouvent à la Convention Internationale de combattre la corruption.

Le quatrième amendement proposé crée des alternatives au procès pénal en certaine matière.

En fin, ce projet de loi relative à la justice transitionnelle devrait être complété par d'autres lois telles qu'une loi d'amnistie large. Cette loi ne doit pas concerner certains crimes graves comme le meurtre, la torture, l'enlèvement, le viol.

Conclusion :

On croit profondément que la politique de justice transitionnelle est la voie à suivre pour éviter des nouveaux conflits, consolider la démocratie et établir l'Etat de droit sur des nouvelles bases consensuelles.

En fin, Il faut souligner qu'il y a quelques obstacles entravant la réalisation de cette politique. Parmi ces obstacles, On peut noter:--

- Les difficultés de faire traduire certaine personnalité devant la justice en raison de la protection assurée par des milices rivalisant actuellement l'Etat.
- Le manque de confiance dans la capacité et dans l'impartialité de l'appareil judiciaire et le manque de sécurité. Cela nous invite à proposer de faire recours à la juridiction internationale ou à une sorte de juridiction mixte à l'égard des crimes sensibles qui intéressent l'opinion publique. On pourrait faire référence à certaines expériences comparées. Il faut noter ici qu'on risque de s'enliser dans une justice sélective si on compte uniquement sur la juridiction nationale.
- Le risque que présente l'appui sur la police en matière de récolter les preuves et d'exécuter des procédures pénales relevant de sa compétence, car l'appareil policier est fragile d'une part, et d'autre part, les policiers et ses chefs, soit les anciens ou les nouveaux recrutés, pourraient s'impliquer dans un nombre important des violations graves des droits l'Homme. Ce qui nécessite un assainissement préalable à propos de la police.

(1) “ La justice transitionnelle est l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre justice et de permettre la réconciliation.” Le rapport du secrétaire général

.....
presente devant le Conseil de sécurité” Rétablissement de l’Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d’un conflit.”
Doc.s\2004\616,2 août 2004, p.7 parag.8.

- (2) La décision no 7\2011.
- (3) Le dernier colloque organisé en matière de justice transitionnelle avait lieu le 7\12\2012 à Tripoli sous l’égide du conseil supérieur des libertés publiques.
- (4) Les causes des conflits qui ont éclaté à la suite de chute du régime comme le conflit entre ALMACHA et ALZAITAN démentent cette constat.
- (5) Voir la décision du Conseil de sécurité no 1973 en 2011.
- (6) Voir par exemple les Rapports de Human Rights et d’amnesty international concernant la Libye sortant en 2012.
- (7) L’ancien régime avait créé des institutions spécifiques ayant pour objectif de lui protéger et propager sa propre idéologie comme les Gardes révolutionnaires, les ligues des jeunes construites sur des bases tribales.
- (8) Voir par exemple ; X.PHILIPPE, Breves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et constitutionnelle, In Mélanges en l’honneur du droit constitutionnel, Dalloz, 2007, p.373.
- (9) Sur les difficultés suscitées par l’octroi de réparations dans la problématique globale de la justice transitionnelle V. A.BORAINÉ, La justice transitionnelle: Un nouveau domaine, In Réparer les conflits du passé: Réparations et transitions vers la démocratie, Colloque, Attawa, 11 Mars 2004.
www.idrc.ca/uploads/uscourser/10899187131Discours_d`Alex_Boraine.doc

فكرة المسؤولية الموضوعية للمنتج كالية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)



بن طرية معمر : أستاذ باحث بصف الدكتوراه
في القانون الخاص بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

مقدمة :

لقد اقترنت المسؤولية المدنية منذ إرساء قواعدها الكلاسيكية بالنظرة الأخلاقية، والتي كانت في إطارها مسؤولية المتسبب في الضرر معلقة على اقترافه لفعل غير مشروع-acte illicite- وملوم أخلاقياً-répréhensible-، فكان حق المضرور في التعويض موقوفاً على إثبات هذا الفعل. فنتج عن هذه النظرة الأخلاقية لأحكام المساءلة، تناسي وجهة المضرور والتركيز على المسؤول وحده، فكان المضرور بمثابة العنصر السالب-sujet passif- والمسؤول المتسبب في الضرر عنصراً فاعلاً-sujet actif- في منظومة المسؤولية.

هاته الفلسفة لم تكن لتتسجم مع الواقع الجديد الذي باتت تفرزه النشاطات الاقتصادية والمهنية باعتبارها فئة مصنعة للخطر في المجتمع، وأمام عنصر فداحة الضرر المتسبب فيه، والذي أصبح مداه يتعدى المصالح الفردية للأشخاص ليطل المصالح العامة والمشاركة للكيان الاجتماعي.

ومن ثم يمكن القول بظهور فكر قانوني جديد نما على مدار 50 سنة الفائتة، تستلمه فكرة " تغطية المخاطر وتسييرها Gestion et couverture du risques "، ولعل من أهم هذه مخاطر المنتجات المعيبة، مما أدى إلى محاولة رسم ملامح أطر المساءلة المدنية للفئة المصنعة والداعية إلى إضفاء الصبغة الحمائية للمستهلك " Consumérisme " عبر توجيهين:

التوجه نحو تشديد مسؤولية الفئة المنتجة والسعي بكل السبل إلى تعويض المضرورين بتقرير فكرة المسؤولية الموضوعية "objectivation de la responsabilité".

إلغاء مبدأ الفردية في إثارة المسؤولية من خلال تفعيل حركة إجتماعية التعويض Socialisation de réparation سعيًا لتوفير الاقتدار المالي لدى الفئة المنتجة insolvabilité financière بتوظيف آلية تأمين المسؤولية.

ولعله ذات التوجه التي باشرته السلطات العمومية في الجزائر منذ التسعينات لتكريس هذا الاتجاه الحمائي، بدءًا بقانون 02/89 الخاص بحماية المستهلك، تلاه تعديل القانون المدني في سنة 2005 والذي أسست مادته 140 مكرر لنظام موضوعي للمساءلة، ثم جاء قانون 03/09 في سنة 2009 الخاص بقمع الغش وحماية المستهلك والذي جاء تنويجًا لما سبق.

و ستسعى هذه المساهمة إلى التطرق لهذا التطور التشريعي في الجزائر، مع مقارنته بما توصلت إليه لقوانين الأوروبية و الأنجلوأمريكية في هذا الصدد، عبر محورين:

المحور الأول: الإقرار بأسس موضوعية للمسؤولية لحماية للمستهلك.

المحور الثاني: تعزيز آليات كفالة التعويض لمواجهة نظام المسؤولية المكلف.

المطلب الأول: الإقرار بأسس موضوعية للمسؤولية لحماية للمستهلك.

إن انحياز التشريعات المقارنة إلى توفير مستوى عالي من الأمان والسلامة للمستهلكين، دفعها إلى محاولة بناء نظام مساءلة المنتج على أساس موضوعي، يستلزم استجابة منه للمخاطر المتأتية من نشاطه، و هو ذات التوجه الذي سعا إلى إرساءه تشريع حماية المستهلك في الجزائر، من خلال الإقرار بنظام خاص لمساءلة المهنيين المتدخلين في عملية العرض للاستهلاك (الفرع الثاني) أساسه افتقاد عنصر السلامة في المنتج بالنظر إلى عنصر معيوبية (الفرع الأول).

الفرع الأول- معيوبية المنتج قوام مساءلة المنتج.

Défectuosité du produit : fondement du régime de responsabilité du producteur

تقضي المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه -vice du produit- حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية " أ.

فبالرغم من الاختصار والبساطة التي وردت به هذه المادة^أ، إلا أنه تبدو واضحة نية المشرع و التي تتجه نحو تكريس نظام مسؤولية المنتج يبني على خصائص موضوعية للمنتج، و المرتبط أساساً بفكرة المعيوبية- Défectuosité -، و التي لا تعدد بالسلوك الخاطيء و المنحرف للمنتج، وهي بذلك مسؤولية موضوعية أساسها الخطر^ب.

هذا، وإن تجلي ملامح صرامة نظام مسؤولية المنتج لم يكن وليد الصدفة، بل تنويجاً لمسار طويل سعا إلى تقعيد مسؤولية المنتج على أساس موضوعي، ابتدأته الاتفاقيات و التوجيهات الأوروبية^ج، ثم القوانين الداخلية الأوروبية^د، و من قبلها القوانين الأنجلوأمريكية^{هـ}.

كما أنه قبل صدور تلك الاتفاقيات و التوجيهات الأوروبية، و التي كانت هي حجر أساس القوانين الداخلية الأوروبية، حاول القضاء الفرنسي تكريس أسس موضوعية لمسؤولية المنتج، و ذلك بالانفكاك تدريجياً عن فكرة الخطأ، للارتكاز أكثر على فكرة حراسة الشيء بمقتضى المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.^{vi}

فلجأ القضاء الفرنسي ابتداءً في المجال التقصيري، محاولة منه لإثارة مسؤولية الأطراف المهنية المنتجة استناداً إلى توسيع مفهوم حراسة الشيء -garde de la chose- بالنظر إلى قدرة الطرف المهني على السيطرة و مراقبة الشيء و توجيهه^{viii}، لدرجة أنه ضحى في أحد قراراته^{ix} بجوهر الحراسة القانونية و بطابعها الموحد -uniformité de la garde-^x، و اعترف بإمكانية ازدواجية الحراسة بالنسبة للأشياء التي بها ديناميكية خاصة -dynamisme propre-، و تجزئتها إلى حراسة تكوين -garde de structure- و حراسة استعمال -dynamisme interne- كمصدر للخطر -source de risque- من دون تقدير لسلوكه وقت تحقق الضرر^{xi}.

كما أخذ يستعين في المجال التعاقدى، بقرائن قضائية قاطعة^{xiii} على هدي المواد 1645-1646 من القانون المدني الفرنسي^{xiv} لحماية للمشتري المستهلك، فسوى في مرحلة أولى بين البائع سيء النية و البائع المحترف -assimilation au vendeur de mauvaise foi- في ضمانه للعيوب الخفية، ثم ألزم هذا الأخير في مرحلة ثانية بواجب العلم بكافة العيوب لتقديم منتج خال من كل عيب، وإلا عدّ مرتكباً لخطأ مزدوج -double faute- يعادل الغش أو الخطأ الجسيم، و يجعله ضامناً للأضرار المتوقعة و غير المتوقعة، كما منع تعديل أحكام المسؤولية بالتخفيف أو الإعفاء^{xv}.

و تعقياً على هذه التطبيقات القضائية أوضح أحد الأساتذة^{xvi}، كيف أن القضاة في مجال النشاطات الخطيرة، منها النشاط الإنتاجي، أعطوا أولوية لمهمة تعويض ضحايا على حساب مهمة جزر المتسبب في الضرر، و ذلك بالاستعانة بجيل قانونية -fictione juris- تنقل عبء الإثبات من الشخص المتضرر إلى الشخص المسؤول.

لتأتي بعد ذلك الضابطة الموضوعية -norme objective-، المدججة بموجب التوجيه الأوروبي رقم 85-374^{xvii}، و المتمثلة في فكرة معيوبية المنتج -défectuosité du produit-، و التي تمثل بدون شك حجر أساس نظام المساءلة الموضوعي و الصارم للمنتج^{xviii}.

و هي التي مثلت التأسيس الأنسب، في نظر محرري التوجيه الأوروبي، لتحقيق توزيع عادل لعبء المخاطر اللصيقة بالإنتاج التقني المعاصر^{xix}، و ذلك من خلال سير نشاط المؤسسة الإنتاجية، و التي تجد نفسها في أحسن موقع للتأمين عن مسؤوليتها -assurance responsabilité- و تُدمج أقساط التأمين المدفوعة ضمن سعر المنتجات أو الخدمات التي تقدمها، و بهذا فإنها ستحقق توزيعاً عادلاً للمخاطر المتأتية عن عملية الطرح للتداول -mis en circulation du produit-، كما أنها توفر في الوقت نفسه آلية فعالة تضمن تعويضاً جابراً و سريعاً لضحايا المنتجات المعيبة^{xx}.

كما يعني هذا أيضاً، أنه لا مجال للشك بأن اشتراط ثبوت العيب في المنتج لإثارة مسؤولية المهني المنتج، ليس من قبيل افتراض خطئه فحسب -présomption de faute-، بل أن العيب الذي تقضي به المادة 1 من

التوجيه الأوروبي، يشكل في حد ذاته الواقعة المرتبة لمسؤولية المنتج - en lui-même un fait générateur - de responsabilité -، لذلك كان تقدير هذا العيب وفقاً لمعيار موضوعي -critère objectif- هو الرغبة المشروعة لجمهور المستهلكين -l'attente légitime des consommateurs-، بعيداً عن التقدير الذاتي و الذي يركز على درجة السلامة و الأمن التي كان بإمكان المنتج تحقيقها ببذل العناية اللازمة^{xxi}.

و ما يبرهن على خصوصية فكرة معيوبية المنتج وفقاً لأحكام مسؤولية المنتج، هو أن فكرة العيب هنا تنبني فقط على افتقاد عنصر الأمان الذي يمكن بحق أن يُنتظر -que l'on peut légitimement s'attendre- من جمهور المستهلكين، وهو يختلف بذلك عن فكرة العيب الخفي أو عيب عدم المطابقة المقررة وفقاً للقواعد العامة المتعارف عليها في مجال الضمان^{xxi i}، من حيث أنه يقتصر فقط على العيب الذي يجعل المنتج غير آمن و مفضي إلى أضرار تطل الأشخاص و الأموال^{xxi ii}.

و لعله المفهوم الذي يتوافق و مسار المساءلة الموضوعي للمنتج، و المرتكز على عنصر المخاطر اللصيقة بعملية الطرح للتداول -les risques de la mis en circulation-^{xxi v}، و ذلك خلافاً لعيب عدم المطابقة -non conformité- أو عدم الصلاحية للعمل -inaptitude à l'usage-، و الذي يرتبط أساساً بالمشاركات العقدية -stipulations contractuelles-^{xxv}.

كما أكد على هذا التبرير، الأستاذ S.TAYLOR و الذي اعتبر أن أحكام الضمان المتعارف عليها في مجال المسؤولية العقدية، إنما سبقت من منظور تعاقدية تحقيقاً لأغراض اقتصادية محضة، كضمان مطابقة المنتج أو ضمان ملاءمته للعمل وفقاً لمشارطات الأطراف، و هي تتعد بذلك عن الغرض الحماي و الوقائي لقواعد مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة^{xxvi}.

إلا أنه، و بالرجوع إلى التشريع الجزائري و بوجه الخصوص قانون 03-09^{xxvi i} الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش، فإننا لا نلتمس سياسة محكمة في انتقاء المفاهيم الدقيقة و استعمال الألفاظ المناسبة، بالرغم من تأثيرها الكبير في رسم ملامح النظام القانوني للمسؤولية^{xxvi ii}، فنجد في المادة 3 فقرة 11 من هذا القانون^{xxi x}، يسوي بين مفهوم العيب الخفي أو النقص في المنتج -le vice caché ou le défaut- و بين العيب الذي يمس سلامة المستهلك أو مصالحه المادية -défaut de sécurité-، و ذلك على الرغم من الفروق الجوهرية بين المضمونين، كما نجد في الفقرة 12 من نفس المادة و في نصها العربي^{xxx}، يستعمل مصطلح « المنتج المضمون produit garantie » بدلاً من مصطلح « المنتج الآمن produit sûr »، بالرغم من أن المادة تتكلم عن المخاطر الماسة بالسلامة الجسدية للأشخاص^{xxxi}.

هذا، و بإمعاننا في ضابطة معيوبية المنتج، كأساس لإثارة مسؤولية المنتج في القانون الجزائري^{xxxi i} و القوانين المقارنة^{xxxi ii} و الاتفاقيات الدولية^{xxxi v}، فإننا نجدتها تتعلق بمعيار موضوعي و جوهري في تقدير مدى أمان المنتج المطروح للتداول، وهذا ما يُقتبس من فحوى المادة 6 من التوجيه الأوروبي لسنة 1985 و كذا المادة 1386-4 من القانون المدني الفرنسي، من حيث أن معيوبية المنتج هنا تتعلق في حقيقة الأمر بالإخلال -manquement- بعنصر السلامة الذي يمكن بحق أن يرتضيه مجموع المستهلكين^{xxxv}.

و حاول المشرع الجزائري من جهته، تكريس معيار السلامة الذي يمكن بحق أن يُنتظر من جمهور المستهلكين، ففضى في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش^{xxxvi}، و في مادته 9 على « أن تكون المنتجات الموضوعّة للاستهلاك مضمونة^{xxxvi i} و تتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر^{xxxvi ii}، و ألاّ تلحق ضرراً بصحة المستهلك و أمنه و مصالحه، و ذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين»، و كذلك المادة 11 من نفس القانون^{xxxix} و التي جاء فيها: « يجب أن يلي كل منتج معروض للاستهلاك، للرغبات المشروعة للمستهلك - *satisfaire à l'attente légitime du consommateur* - ».

هذا و يبدو، من ملامح نظام مساءلة المنتج الموضوعي و الصارم^{xi}، بأنه تأثر واضح بفقه المسؤولية الموضوعية و الصارمة - *strict liability in tort* -، السائد في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث اكتشفت هنا خصوصية و استقلالية المسؤولية الناجمة عن فعل المنتجات المعيبة، قبل أن تنتقل إلى التشريعات الأوروبية^{xii}.

حيث شهد القانون الأمريكي هو الآخر تحولاً في نظام مساءلة المنتج، من نظام قائم على تحليل سلوك المنتج في إطار ما يسمى « بدعوى الإهمال *action of Negligence* »^{xii}، إلى نظام للمساءلة موضوعي قوامه « معيوبية المنتج *Defectiveness of product* »، وفقاً للاتجاه الفقهي السائد هناك، و القائل بوجود الطعن في المنتج لا في سلوك المنتج « *blaming the product not the people* »^{xiii}.

و من الملفت للملاحظة هنا، الاشتراك الواضح بين عناصر مسؤولية المنتج وفقاً للتوجيهات الأوروبية و التشريع الفرنسي من جهة و أحكام القانون الأمريكي من جهة أخرى، و القائمة في مجملها على فكرة المنتج المعيب، حيث يُستكشف الطابع الخطير لهذا المنتج - *aspect dangereux du produit défectueux* - وفقاً لمرجعية مألوفة في القانون الأمريكي المتمثلة في « توقعات المستهلك العادي من المنتج المعروض للاستهلاك »^{xiv}، أو ما يسمى « بمعيار توقعات المستهلك *consumer expectation test* » و الذي يقترب كثيراً من معيار الرغبات المشروعة لجمهور المستهلكين « المعتمد في التوجيه الأوروبي و القانون الفرنسي »^{xv}.

الفرع الثاني - الطرح للاستهلاك الواقعة المرتبة للمسؤولية:

La Mis à la Consommation : Fait Générateur de Responsabilité

قد يتساءل الدارس لهذا الموضوع، كيف أنه بإمكان مفهوم على شاكلة « الطرح للاستهلاك »^{xvi}، أن يحمل تأثيراً مباشراً على النظام القانوني لمسؤولية المنتج و على أساسه الناظم، كما يصعب عليه في الوهلة الأولى إدراك مدى تأثير هذا المضمون في رسم ملامح نظام قانوني خاص و مستقل *régime spécial et particulier* لمساءلة منتجي السلع و مقدم الخدمات، عمّا تحدّثه عيوب منتجاتهم و خدماتهم من أضرار لجمهور المستهلكين.

خاصة إذا ما علمنا، أن مثل هذا المضمون - *concept* - يُقتبس أساساً عن مفاهيم أخرى جديدة، دخيلة على علم القانون، و التي سرعان ما اندجت في الاصطلاح القانوني، أصبحت من أدبياته ليس فقط في مجال قانون الأعمال، بل حتى في الشريعة العامة و هي القانون المدني، منها مصطلح المستهلك، المنتج، الطرح للتداول، الاستهلاك...^{xvi i}.

كيف لا، و هو المضمون الذي ورد ذكره في مواد عديدة^{xi viii} من القانون 09-03 الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش، و كذلك في المرسوم التنفيذي 90-266^{xi x}، يجعله من بين المفاهيم المفتاحية -notions clefs- التي يركز عليها نظام مسؤولية المنتج.

حيث يبدو ظاهراً مسعى المشرع الجزائري، من خلال المادة 2 من القانون 09-03، على جعل مضمون الوضع للاستهلاك -le processus de mis à la consommation- من بين المفاهيم المحورية لهذا القانون، عندما قضى بتطبيق هذا القانون حماية للمستهلك طوال عملية عرض المنتج للاستهلاك، ابتداءً من فترة إنشائه إلى أن يتم عرضه نهائياً!

و مما لا شك فيه، أن لمفهوم الوضع للاستهلاك تأثيراً مباشراً على أساس مساءلة المنتج عن فعل منتجاته المعيبة، ذلك أنه يتدخل عبر كامل المراحل بحثاً عن مسؤولية الأطراف المساهمة في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك، و من ثم فانه يساهم في تحديد نطاق المسؤولية من حيث الأشخاص -par les personnes-، و من حيث الزمان -dans le temps-ⁱ.

و انطلاقاً من هذا، و خلافاً للقواعد العامة المتعارف عليها في مجال الضمانⁱⁱⁱ، فان تحديد نطاق مسؤولية المنتج عن سلامة منتوجاته و مطابقتها للطلبات المشروعة للمستهلكين من حيث الزمان، لن يتم بالنظر إلى تاريخ خروج المنتج من يد المنتج -dessaisissement- و انتقاله إلى يد المستهلك عن طريق التسليم، بل يتسع نطاق المساءلة هنا، وفقاً لمعيار الوضع للاستهلاك، ليشمل كافة مراحل الوضع للاستهلاك و ذلك منذ مرحلة إنشاء المنتج الأولى إلى أن يتم تسليمه بين يدي المستهلكⁱⁱⁱ.

كما أنه و بالنظر إلى عمومية مفهوم الوضع للاستهلاك -généralité de la notion-، و الذي يشمل حسب المادة 3 فقرة 8 من القانون 09-03، على كافة مراحل الإنتاج و الاستيراد و النقل و التوزيع بالجملة و بالتجزئة، فانه ليس من المجدي هنا إعمال معيار انتقال الحراسة critère de transfert de la garde، وفقاً للمادة 1384 فقرة 1 -تقابل المادة 138 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي-، لتكريس انتقال سلطة استعمال المنتج و تسييره و رقابته من يد المنتج أو من أخذ حكمه، ذلك أن معيار انتقال الحراسة يشكل قيداً -limite- على مسؤولية حارس الشيء، بينما معيار الوضع للاستهلاك هو منطلق -point de départ- لنظام مساءلة المنتج^{iv}.

و ذات الأمر يمكن ملاحظته، عن تأثير مفهوم الوضع للاستهلاك في تحديد نطاق مسؤولية المنتج من حيث الأشخاص، حيث يبدو واضحاً اعتماد المشرع الجزائري لهذا المفهوم، سعياً منه لتوسيع نطاق المسؤولين عن فعل المنتجات المعيبة، بتقرير فكرة المنتج بمفهومه الواسع، و لو بالارتكاز على نظرية الظاهر -théorie de l'apparence-، حماية للمضرورين اللذين غالباً ما يعجزون عن الوصول إلى المنتج الفعلي و الأصلي للمنتج محل المتابعة^v.

حيث أزال مصطلح المتدخل -intervenant-، المعتمد في إطار القانون 09-03^{vi}، كل تلك التفرقة المعروفة في مجال أعمال المهني بين الصانع للمنتوج النهائي، أو الصانع للمواد الأولية، أو الصانع لمواد مدججة، و أعتبر

مسؤولاً عن سلامة المنتجات و الخدمات، كل من تدخل أو ساهم في عملية وضع المنتج أو الخدمة للاستهلاك، شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، خاصاً و حتى عاماً، منتجاً أو أخذ حكمه^{!vii}.

و من جهتها اعتمدت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 90-266 الخاص بضمان المنتجات و الخدمات، على معيار الوضع للاستهلاك لتقرير مفهوم موسع للمنتج المحترف، و الذي ينطبق على كل صانع، أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، و كذلك على كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك.

كما ساهم في حركة توسيع نطاق مساءلة المهنيين المتدخلين في مجال الإنتاج، عامل إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية لهذه الفئة في الجزائر، تغطية لمسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه المستهلكين و المستعملين و تجاه الغير، فألزمت المادة 168 من قانون التأمين رقم 95-07^{!viii}، كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتصنيع - fabrication - ابتكار - conception^{!ix} أو تحويل - transformation - أو تعديل - modification - أو تعبئة مواد - conditionnement - معدة للاستهلاك، و كذا كل مستورد - importateur - أو موزع - distributeur -، على اكتتاب ما يسمى بتأمين المسؤولية المدنية عن المنتجات - assurance responsabilité civile produits^{!x}، لضمان الآثار المالية لهذه المسؤولية بسبب الأضرار الجسمانية و المادية، و في هذا تثبتت لحق المضرورين من فعل المنتجات المعيبة في التعويض.

حيث يتبين مما سبق، أن المشرع الجزائري باعتماده على مفهوم موسع للمنتج توظيفاً لمعيار الوضع للاستهلاك - le critère de la mis à la consommation -، قد استبعد الخيارات التشريعية لنظيره الفرنسي في اعتماد مفهوم ضيق للمنتج - définition stricto sensu -، و الذي حرص على تركيز المسؤولية على عاتق الطرف الذي يتواجد في مقدمة حركة الوضع للاستهلاك^{!xi}.

هذا و إن مسلك المشرع الجزائري، خير دليل على استجابته للوعي المتنامي بضرورة تغطية الأضرار التي تطل سلامة الأبدان و الأموال، تماشياً و توجهه معاصر يقر بضرورة أن يتواجد « مقابل كل خطر ضامن و عن كل ضرر مسؤول à tout risque garant et à tout dommage responsable »، و ذلك في ظل الملاعة المالية و القدرة التأمينية للمؤسسات الإنتاجية و الخدماتية^{!xii}.

و الملاحظ بشهادة بعض الفقه^{!xiii}، أن هذه السياسة التشريعية و القضائية، والتي ترنوا في المقام الأول إلى مساءلة الأطراف المساهمة في عملية الوضع للاستهلاك، إبتداءً بالمنتج فالموزع بل حتى المستورد، إنما تركز نموذجاً حقيقياً لمسؤولية موضوعية بالدرجة الأولى - une véritable forme de responsabilité objective -، و التي تظهر في إطاره الشريحة حيز المساءلة، وعلى حد قول الأستاذ LE TOURNEAU Ph. ، كفئة الضامنين - les garants - المتواجدين في مجال البناء، أكثر منهم كمسؤولين^{!xiv}.

المطلب الثاني : تعزيز آليات كفالة التعويض لمواجهة نظام المسؤولية المكلف.

قد يكون من السهل التنظير لحق الضحية في التعويض العادل، أو الدعوى إلى إقامة نظام مشدد لمسؤولية المنتج، ولكن السؤال الذي يفرض نفسه في الواقع العملي هو هل نحن جاهزون - مالياً - لتحمل الشروط المكلفة لإقامة مسؤولية المنتج، ولتوفير اليسر والاقتدار المالي الكفيل بتعويض ضحايا حوادث المنتجات المعيبة؟

و من الجدير للملاحظة هنا، أن ظهور تقنية التأمين من المسؤولية يرتبط بتحقيق ذات الغاية و المتمثلة في التعويض، من خلال إلغاء مبدأ الفردية في تمويل التعويض وتنظيم تعاضدية لتغطية خطر الوقوع في الضرر لفائدة الشريحة المعرضة له^{xv}!

ومن ثم دعا التوجه المشدد للمسؤولية المدنية للمنتج بغرض تعويض المضرورين، إلى ضرورة الاستعانة بالثنائية " التأمين-المسؤولية المدنية" لكفالة حق المستهلك في التعويض الكامل والشامل (الفرع الأول). لكن ودون إنكار القدرة التي أبرزتها هذه الثنائية في التوفيق بين مصالح المستهلكين في التعويض من جهة مع المحافظة على الذمة المالية للمهني المنتج الملتزم بالتعويض، إلا أنه أدى الانسحاق المفرط نحو توظيف هذه الآلية إلى انحراف خطير في قانون المسؤولية وفي ثوابته -une déviation dans le droit de responsabilité-، تعرضت جرائه شركات التأمين لهزة كبيرة عجزت معه عن توفير الاقتدار المالي (الفرع الثاني).

الفرع 1: التوجه الداعي إلى توظيف الثنائية « التأمين-المسؤولية » لكفالة حق التعويض.

يُعرف التأمين طبقاً للمادة 2 من قانون 07-95^{xvi}، " بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لمصلحته مبلغاً من المال أو إيراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى ".

هذا و يختص التأمين من المسؤولية المدنية -assurance responsabilité civile-، باعتباره نوعاً من أنواع التأمين عن الأضرار -assurance dommage-، بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن - assureur - بضمان المؤمن له -assuré- تجاه دعاوى المسؤولية التي قد يباشرها الغير تجاهه، و في هذا فانه يتميز عن النوع الثاني من التأمين عن الأضرار و هو التأمين عن الأشياء - assurance de choses ou de biens-، بأن هذا الأخير يضمن عنصراً ايجابياً -élément actif- من ذمة المؤمن له، بينما يضمن التأمين من المسؤولية عنصراً سلبياً -élément passif- من ذمته المالية وهو دين المسؤولية^{xvii}!

هذا و يجدر بنا في هذا الصدد، استبيان مدى التأثير المتبادل -action réciproque^{xviii} الذي أسهما فيه كل من منظومتي التأمين و المسؤولية المدنية، في مسار حماية الأشخاص من مخاطر الوقوع في أضرار و في كفالة حقهم في التعويض.

ذلك أن التطور الذي شهدته معظم الدول المصنعة في القرن الماضي، في تجسيدها لمقتضى السلامة -droit à la sécurité- و كفالتها لحق التعويض -droit d'indemnisation-، مر بالضرورة عبر توجيهين سائدين -un double mouvement-، هما من جهة السعي نحو تكريس أطر موضوعية لنظام المسؤولية المدنية -objectivation des règles de responsabilité- من خلال الاعتراف بالمسؤولية اللاخطئية، و من جهة أخرى محاولة تحقيق توزيع لعبء التعويض على الكيان الاجتماعي من خلال تقنية " توزيع المخاطر distribution du risque"^{xix}!

و من الواضح هنا، أن كفالة حقوق المستهلكين المضرورين في دعاوى المسؤولية، تطلبت تضافر جهود الفقه و القضاء سعياً لتجاوز عقبة " أن لا مسؤولية بدون خطأ aucune responsabilité sans faute"، و ذلك بالتوجه رويداً رويداً نحو تقرير أطر موضوعية للمساءلة المدنية -objectivation des règles d'imputation-

-de la responsabilité، لتيسير وضعية المضرور و نقل عبء الإثبات-*onus probandi*^{xx} من على هذا الأخير، و تحميله للطرف المستفيد من النشاط الضار، باعتباره الطرف الأحسن تموقعاً لتحمل تبعات نشاطه^{xxi}.

و مع ذلك، فإن تحميل الأطراف المستحدثة للأخطار مهمة الاستجابة لطلبات التعويض المتنامية، قد يُشكل تضحية بمصير المشروعات الاقتصادية و يسبب لها الانهيار، فاقتضى الأمر البحث عن الطريقة التي يمكن من خلالها توظيف قواعد المسؤولية المدنية تحقيقاً لوظيفة توزيع المخاطر -*distribution du risque*- في المجتمع المعاصر^{xxii}.

و بهذه الطريقة تجلت ضرورة الاستعانة بتقنية تأمين المسؤولية، و التي وُجِدَت في الأصل لتوزيع عبء التعويض، كدعم لقواعد المسؤولية في تكريس حق المضرور في الحصول على تعويض^{xxiii}، لأنه أصبح أمراً مُتقبلاً في أذهان رجال القانون، أنه يمكن أن يتسبب رب الأسرة الحريص-*bon père de famille*- في إلحاق أضرار بغيره، و من ثم زال الطابع اللاأخلاقي-*immoral*- عن حلول المؤمن-*assureur*- محل الشخص المسؤول في الالتزام بالتعويض، و زالت النظرة الفردية و الزجرية -*idéologie individualiste et punitive*- إلى التعويض المدني^{xxiv}، و تحول معه حكم تأمين الشخص عن مسؤوليته المدنية^{xxv}!

كما انسجم هذا الطرح مع خصوصية نظام المسؤولية المدنية للمهنيين، و الذي لا يجب في إطاره تناسي دور قواعد المسؤولية المدنية في تحقيق توزيع مباشر لعبء الأخطار-*distribution directe du risque*-، و ذلك بالنظر إلى تعامل الفئة المهنية مع شريحة واسعة من الأشخاص، تجعلها الفئة الأحسن تموقعاً لإعادة توزيع-*redistribution*- عبء التعويض على الأشخاص المتعاملين معها، و يحدث ذلك بصورة جلية في نظام مسؤولية المنتج، و الذي بإمكانه تحقيق توزيع لعبء التعويض من خلال إدماج التعويضات المحكوم بها للمضرورين، ضمن أسعار المنتجات أو إدماجها ضمن تكاليف المؤسسة^{xxvi}!

و مع ذلك فلم يعد يكفي في الوقت الحاضر، التعويل على قواعد المسؤولية المدنية بمفردها، قصد أداء الوظيفة التوزيعية-*fonction distributive*- للخطر في المجتمع المعاصر^{xxvii}، ذلك أن تقرير فكرة المسؤولية الموضوعية على عاتق المشروعات الاقتصادية، و إن ترتب عنه تحرر المضرورين من عقبات كانت تحول دون إثارتهن مسؤولية الأطراف المهنيين، إلا أنه و مع زيادة عدد الدعاوى التي يبادر بها المضرورين، و أمام الارتفاع المتزايد لمبالغ التعويضات المحكوم بها، أصبحت نمطية نظام المساءلة تتميز بالصرامة و التكاليف، مقارنة بمعدلات النمو التي تحققها هذه المشروعات، و هذا ما دفع بها إلى وضعية من عدم الاقتدار المالي-*insolvabilité et incapacité financière*-^{xxviii}!

و أمام هذا الوضع، كان لابد من الاستعانة بتقنية التأمين من المسؤولية، و التي وُجِدَت مبدئياً لتحقيق وظيفة توزيع المخاطر^{xxix}، و ذلك من خلال توزيع العبء المالي على مجموع الذمم المالية المؤمن لها، وفقاً لطرق فنية و إحصائية تؤديها شركة التأمين، لخلق نوع من التعاون غير المباشر بين فئة المؤمن لهم-*assurés*-، قصد تحمل الخسارة التي تصيب بعضهم عند تحقق مسؤوليتهم، فيتوزع عبء الضرر الذي يلحق بالفرد على الجماعة -*collectivité*-، فيخف العبء و ينقص^{xxx}!

و بهذا المسار تجلى الدور المتكامل و المتجانس للثنائية " التأمين-المسؤولية المدنية -couple assurance- responsabilité "، في إحداث التوازن بين مصلحتين-*équilibre des intérêts* -هما، من جهة " مصلحة المضرور " في الحصول على تعويض و هو الأمر الذي يتكفل بتأطيره نظام المسؤولية الموضوعية المطبق على المهني في إطار ضمان السلامة-*garantie de sécurité* -، كما تتكفل تقنية التأمين بفضل وظيفتها التوزيعية قصد توفير الملاحة المالية للمشروعات الاقتصادية، و ذلك بدلاً من تركيز عبء الأضرار على المسؤول، و في ذلك تعزيز لحق المضرور في الحصول على تعويض و إبقاءً على استمرارية النشاط^{xxxix}.

و لعله ذات التجانس و التكامل الذي ارتضاه المشرع الجزائري في مجال تعويض حوادث الاستهلاك، من خلال إدماجه لمبدأ إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية للمنتجات- *assurance responsabilité civile - produits* -^{xxxix}، و في ذلك توفيق بين مصالح المضرورين في الحصول على تعويض و بين مصالح المشروعات الإنتاجية، و تعزيز لوظيفة هذه المشروعات في توزيع المخاطر المتأتية من منتجاتها المعيبة، على شريحة معتبرة من المتعاملين الاقتصاديين، بغرض توفير الغطاء المالي الكفيل بتعويض هؤلاء الضحايا^{xxxix}.

الفرع الثاني: أزمة التوجه الداعي إلى توظيف الثنائية "التأمين-المسؤولية":

لقد تحول قانون المسؤولية المدنية، بدعم من آلية التأمين، إلى نظام تعويضي حقيقي - *un véritable droit d'indemnisation* -، أمام التوسع السائر لأحكام المساءلة-*extension de la responsabilité* -، و الناتج عن الانسحاق المتنامي للديناميكية " التأمين-المسؤولية "، و الذي أشاع جواً من التحول و عدم الاستقرار القانوني بداخل قواعد المسؤولية المدنية (I) و هو العامل الذي دفع تقنية تأمين مسؤولية إلى محدوديتها في مجال تغطية المخاطر و تسييرها، نتيجة للعجز الذي أبدته هذه الآلية في توفير الاقتدار المالي الكفيل بتعويض المضرورين (II).

I- انعدام الاستقرار القانوني في قواعد المسؤولية المدنية :

Instabilité juridique des règles de la Responsabilité Civile

لقد تعددت المفاهيم التي اعتمدها الفقه لوصف حالة الشك و عدم الاستقرار القانوني، الناتجة عن الانسحاق المتطرف للديناميكية الثنائية « التأمين-المسؤولية -couple assurance- responsabilité »، فمنهم من اعتبرها أزمة تأمين المسؤولية-*la crise de l'assurance responsabilité* -^{xxxv}، و منهم من أطلق عليها أزمة المسؤولية المدنية-*la crise de la responsabilité civile* -^{xxxv}، في حين أقر آخرون بأنها أزمة الثنائية "التأمين-المسؤولية المدنية"-*la crise du couple assurance-responsabilité* -^{xxxvi}.

و أيضاً تعددت المسميات التي أطلقها الفقه تفسيراً لهذه الظاهرة- الأزمة -، إلا أن أغلبهم أرجع مسببات هذه الأزمة، إلى الاعتماد المفرط للثنائية " التأمين-المسؤولية "، و الذي يجعل من قواعد المسؤولية مجرد دعم-*support* - في خدمة آلية التأمين، و هو الأمر الذي من شأنه تهديد فعالية كلاً من المنظومتين في تأديتهما للوظيفة التعويضية، و كذا المساس بعنصر الثبات و الاستقرار الذي تتمتع به أحكام المسؤولية المدنية^{xxxvi}.

فهذه الأستاذة Geneviève VINEY^{xxxvi}، لاحظت كيف أن تفعيل آلية التأمين من المسؤولية، حفز المشرع على التخفيف المتزايد لشروط إثارة المسؤولية في وجه المضرورين لتمكينهم من اقتضاء حقهم في التعويض،

كما دفع القضاة أيضاً إلى اتخاذ حريات واسعة - un libéralisme - في تقدير أحكام المسؤولية، خاصة فيما يتعلق بتقييم الضرر و تقدير مبالغ التعويض المستحقة.

و ذات الأمر أكدت عليه الأستاذة Lydia MORLET^{xix}، فرأت أن إعمال آلية التأمين من المسؤولية بغرض كفالة حق المضرورين في التعويض، أصبح يساهم في حركة التحول - altération - و التمسُّخ - dénaturación^{xc} الذي يتعرض له مفهوم الخطأ، و ذاك أمر مشهود خلال مرحلتي تقدير السلوك المنحرف للشخص محل المساءلة - appréciation du comportement -، و كذا فيما يتعلق بطرق إثبات السلوك الخاطئ - modalités de preuve - من جانب المضرور.

ذلك أن القدرة التأمينية للشخص محل المساءلة، أصبحت تشكل معياراً أساسياً للبحث عن شخص مسؤول يُنَاط به مهمة التعويض، و كأن المسؤول أصبح يلعب في هذا الإطار دور الشخص المُمَوَّل للتأمين - un fournisseur d'assurance -، و أن القدرة التأمينية - aptitude à l'assurance - صارت الإيديولوجية المعتمدة من قبل القضاة لإلقاء عبء التعويض^{xci}.

بل أن هذا الوضع في تصور الأستاذ René SAVATIER، أصبح يساهم في حركة التشويه الذي تتعرض له المفاهيم الأساسية للمسؤولية، منها مفهوما المسؤول و المضرور - dégradation des concepts de responsable et victime^{xci i}، و لعل ذلك راجع برأيه إلى الانسحاق المبالغ فيه الذي تبديه الجهات القضائية وراء آلية التأمين من المسؤولية، و الذي يدفعها إلى توسيع مجال المساءلة في جانب الأطراف المهنية، بحجة توفر التغطية التأمينية لديهم^{xci ii}.

و هو ذات الأمر الذي أبداه الأستاذ François CHABAS، فأقر أن الاعتماد المفرط على الثنائية " التأمين - المسؤولية "، ترتب في اتساع نطاق المساءلة بدعم من تقنية التأمين، و أسهم في حركة التشويه - perversion^{xci v} و الانحراف - déviation - لمفاهيم المسؤولية، و كرس أحد ثغرات آلية تأمين المسؤولية و سبباً لأزمة هذه الثنائية^{xcv}.

خاصة إذا ما علمنا، بأن ذات المعطيات السالف ذكرها، شكلت مسببات الأزمة التي عرفتها الثنائية " التأمين - المسؤولية " في الولايات المتحدة الأمريكية^{xcvi}، و الناجمة عن حركة التطور الذي عرفه قانون المسؤولية هناك بدعم من آلية تأمين المسؤولية، و الذي أدى إلى انحراف حقيقي للقانون - une véritable déviation du droit^{xcvi i}.

و هو الأمر الذي دفع الأستاذ André TUNC، إلى تشخيص عناصر الأزمة الأمريكية للمسؤولية و التأمين، بالاتساع المفرط لحجم المسؤوليات الموضوعية - extension des responsabilités objectives -، و الاعتماد المتنامي على صيغة تأمين المسؤولية - third-party insurance^{xcvii i}، على حساب صيغة التأمين المباشر - first-party insurance - و الذي أسهم برأيه هذا الأستاذ إلى انحراف مفهوم السببية - notion de causalité^{xci x}، بل مفهوم المسؤولية المدنية ذاتها.

II- عجز آلية التأمين من المسؤولية في توفير الاقتدار المالي:

Incapacité financière du mécanisme d'assurance responsabilité

يفترض التأمين بداءة وجود خطر معين يتم التأمين منه، وفقاً لأسس قانونية^{ci} وأخرى فنية^{ci i} تنبني عليها عملية التأمين -*opération d'assurance*، ولما كان الخوف والارتباب والقلق حالات تحالط النفس البشرية، ومن حق كل فرد أن يسعى إلى إزالة أسباب هذه الحالات، فغالباً ما تتحرى الفئات المهنية الوسائل المشروعة للوقاية من آثار الأخطار التي قد تصاحب نشاطاتهم، ولعل أحد هذه الأدوات تقنية التأمين من المسؤولية، والتي تسعى في المقام الأول إلى بث جو من الأمن والاستقرار القانوني في نفوس ذوي النشاطات الخطرة في المجتمع^{ci ii}.

إلا أن كثيراً من المهنيين المشتغلين في مجال التأمين عموماً، أبدوا مخاوفهم واحتجاجاتهم حول عنصر عدم الاستقرار الذي يسود قواعد نظام المسؤولية، والذي يجعل من مهمة ضبط خطر المسؤولية أمراً صعب المنال، وحينها أدرك الممتهنون في قطاع تأمين المسؤولية، وعلى حد قول الأستاذ Gilles BÉNÉPLANC، بأن دور شركات التأمين في هذا القطاع، أصبح يتعدى مركز البائعين أو الموردين لعقود تأمين، وصارت فيه شركات التأمين أطراف فاعلة في إطار نظام تعويضي يسوده التعقيد -*un système complexe d'indemnisation*، ألا وهو نظام التأمين من المسؤولية^{ci v}.

ذلك أن احتجاج و تخوف مهني التأمين من عنصر عدم الاستقرار و اللأمن القانوني - *insécurité et instabilité juridique* التي تفرزه آلية التأمين من المسؤولية، يرتبط في نظرهم بالتطور المذهل لنظام المسؤولية المدنية، و الذي يجعل قواعده غير ثابتة و سريعة التغير - *variabilité de règles*، و هو الأمر الذي يحول دون تمكين شركات التأمين من قياس خطر المسؤولية - *le risque de responsabilité*، و دون تحقيق تعاضدية - *mutualisation* - لهذا الخطر^{cv}، و يدفع بالية تأمين المسؤولية إلى العجز عن توفير الغطاء المالي الكفيل بالاستجابة إلى طلبات التعويض^{cv i}.

و ترجع مسببات الأزمة التي عرفتها آلية تأمين المسؤولية في وجهة نظر مهني التأمين، إلى الانحراف الذي مارسته القدرات التأمينية التي تتوفر عليها النشاطات المهنية، و التي حفزت القضاة و المشرعين على مضاعفة حالات المسؤولية المشددة على عاتقهم، و بالتوازي توسيع نطاق الضمان المقرر لتعويض المضرورين^{cv i}.

فترتب عن أعمال ما يسمى بنظرية " الجيب الممتلئ *la poche profonde-deep pocket* " في الولايات المتحدة الأمريكية، تحويل ميكانزمات نظام المسؤولية المدنية إلى مجرد آليات في خدمة تقنية التأمين، و دفعت بهذه الأخيرة إلى وضعية العجز الاقتصادي و المالي، و التي تضاءلت معه فرص المضرورين في الحصول على تعويضات من شركات التأمين^{cv i i}.

و تجلت مظاهر الأزمة في انتشار عنصر اللأمن القانوني الناتج عن أعمال تقنية تأمين المسؤولية^{ci x}، و المرتبط بالتطور المذهل الذي عرفه نظام المسؤولية المدنية، و الذي لا يسمح بإعطاء نظرة واضحة لشركات التأمين لتغطية الخطر، و تصبح معه آلية التأمين عاجزة عن توفير الأمن، و هي التي وُجدت تحقيقاً لهذا المتغى.

هذا وقد حمل تقرير فرقة العمل التي شكّلت في الولايات المتحدة الأمريكية و المسماة " *Tort Policy Working Group* "، حول أزمة تأمين المسؤولية التي شهدها البلد خلال الفترة الممتدة بين 1983 إلى 1986، نفس وجهة نظر شركات التأمين، حيث ربطت هذه الفرقة أسباب عدم فعالية آلية التأمين في مجال المسؤولية، بالتطور المفرط الذي عرفته ميكانيزمات هذه المنظومة، و التي نذكر منها^{CX}:

- التوجه الموضوعي المتطرف الذي عرفه نظام المسؤولية المدنية تحت تأثير مبررات توزيع المخاطر - dilution du risque - و أفكار المجتمع التأميني - société assurantielle -.
- التوسع المشهود لمفهوم السببية، والذي تسبب في مساءلة المؤسسات الإنتاجية بصفة تضامنية عن أضرار المنتجات بالنظر إلى نصيبها في إنتاج نفس السلعة.
- التنامي الضخم الذي عرفته مبالغ التعويض المحكوم بها في مجال الأضرار غير الاقتصادية.
- ارتفاع نسب دعاوى المسؤولية التي شهدتها القطاعات المهنية، منها مجال مسؤولية المنتج و الذي تضاعفت فيه دعاوى المسؤولية فيما بين الفترة الممتدة بين 1974 إلى 1985، من 1579 إلى 13554 قضية، و ارتفعت دعاوى المسؤولية الطبية أيضاً بنسبة 123 % ما بين الفترة الممتدة بين 1979 إلى 1983 .
- و من الملفت للانتباه في هذا الصدد، أن ذات مظاهر الأزمة التي تجلّت في الولايات المتحدة الأمريكية، و تضاءلت معها مكانة التأمين من المسؤولية بشكل مخيف، انتقلت إلى فرنسا بداية من سنة 2002، فهذا الأستاذ Jean Philippe THIERRY راح يصف هذه السنة بالخرجة بالنسبة للتأمين من المسؤولية - année critique pour l'assurance responsabilité -، و التي دفعت بأكبر الشركات الأمريكية في مجال التأمين من المسؤولية الطبية للانسحاب من السوق الفرنسية، بل حتى المؤسسات الفرنسية المستثمرة في ذات المجال نقلت نشاطها إلى بريطانيا و ألمانيا، لعدم قدرتها على توفير الاقتدار المالي بالنظر إلى الأعباء المالية المرتفعة و أمام تضاعل نشاطاتها^{CXI}.

و نفس الوضع أكد عليه فريق عمل تابع للفيدرالية الفرنسية للشركات التأمين - FFSA -^{CXi i}، من خلال تناولها للدراسة مصير الثنائية " التأمين - المسؤولية في إطار الأزمة التي تشهدها، فطرح السؤال " هل صار الفصل بين آلية التأمين و المسؤولية المدنية أمر محتوم؟ " ^{CXi ii}.

- و أبدى من خلال هذه الدراسة الأستاذ Jacques DEPARIS، تخوفه من حالة عدم الاستقرار القانوني - instabilité juridique - التي تسود قواعد المسؤولية المدنية، و التي مثلت برأيه أحد أسباب عجز فعالية آلية تأمين المسؤولية، و ذلك لأن هذا الوضع لا يعطي رؤية واضحة - visibilité - لخطر المسؤولية و لحجمه و ضخامته - intensité du risque assuré -، و الذي يحول تمكن شركة التأمين من تغطية هذا النوع من الخطر^{CXi v}.

و أمام هذا الوضع، استشعر الأستاذ Philippe DELPOUX لمواجهة هذه الأزمة، ضرورة امتثال القضاة خلال حلهم لنزاعات المسؤولية المعروضة عليهم لعنصري الثبات و الاستقرار، و لا يتم ذلك إلا بالاعتراف بحدود الثنائية " التأمين - المسؤولية " في تأديتها لوظيفة كفالتها حق التعويض، مع اللجوء عند الاقتضاء إلى وسائل مباشرة لحماية المضرور - آليات التعويض المباشرة -، و المالا المبادرة بإقرار مسؤولية الدولة عن تعويض المضرورين جراء الحوادث الكارثية - catastrophe -^{CXV}.

الإحالات: 1

¹ المادة 42 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. عدد 44، 2005، المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني.

² و ذلك على غرار المادة 1 من التوجيه الأوروبي رقم 85-374 و المدمجة في المادة 1-1386 من القانون المدني الفرنسي و التي جاء فيها «Le producteur est responsable du dommage causé par le défaut de son produit»

³ قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية، ص.188، كذلك:

Didier FERRIER, *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1996, p.53.

⁴ بداية بتوجيه **Bruxelles** لسنة 1976 و المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات في حال الأضرار الجسدية و الوفاة ثم اتفاقية **Strasbourg** الصادرة عن المجلس الأوروبي في 27 جانفي 1977 و المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ثم التوجيه الأوروبي رقم 85-374 الصادر في 25 جويلية 1985 و الساعي إلى إحداث انسجام فيما بين الأحكام التشريعية و التنظيمية في مجال مسؤولية المنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته.

⁵ منها القانون الفرنسي رقم 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998، ج.ر. رقم 117، 1998، و المتضمن المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

^{vi} *Second Restatement of Torts, Section 402 A: Special Liability of seller of product for physical harm to user or consumer.*

⁷ قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج:، ص.176.*

^{viii} Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle* (préface A.TUNC), thèse Doctorat, L.G.D.J, Paris, 1965, n°309, p.257.

⁹ قضية الأكسجين السائل—affaire de l'oxygène liquide— Cass.civ, 2^{ème}, 5 janv. 1956, JCP, 1956.II.9095

¹⁰ ذلك أن الحراسة تتطلب استجماع السيطرة المادية و الفعلية على الشيء و التي لا يمكنها أن تجتمع بين يدي شخصين وفقاً للمبدأ السائد و الذي يقر بأن الحراسة تكون تبادلية لا جمعية *la garde est alternative et non-cumulative*، أنظر في هذا: قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج:، ص.121.*

¹¹ و هي فكرة وليدة الفقه على رأسهم الأستاذ B. GOLDMAN سعياً منه لتحقيق توزيع عادل للمسؤولية عن فعل الشيء في الحالة التي يتعذر فيها على حائز الشيء التحكم في بنيته أو تركيبته الداخلية، ذلك أن القضاء في تفسيره لعبارة « فعل الشيء fait de la chose » يؤدي به إلى افتراض خطأ الحارس في استعماله للشيء و تكليفه بضمان عيوب الشيء الداخلية—vices internes— في ذات الوقت، و هذا غير مبرر لأنه إن كان من الطبيعي افتراض خطاه في الحراسة بالنظر إلى سلطته في استعمال الشيء و إدارته و رقابته بصفته (حارساً للاستعمال)، ليس الأمر كذلك بالنسبة إلى عيوب الشيء الداخلية و التي لابد أن تبقى على عاتق من يملك رقابة تقنية على البنية الداخلية للشيء، أي الصانع بصفته (حارساً للتكوين أو الهيكل)، أنظر عن هذا : قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية، ص.122; و كذلك:

G.VINEY et P.JOURDAIN, *Traité de droit civil* (sous direct. J.GHESTIN), *les conditions de la responsabilité*, n°691, p.663.

^{xii} Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité*, n°277, p.236.

¹³ و انتقد جانب كبير من الفقه الفرنسي، منهم الأساتذة H.MAZEUD و Ph. MALINVAUD و J.F.OVERSTAKE الطبيعة القاطعة لهذه القرائن و اعتبروا أن هذا التوجه القضائي لا يرتكز في حقيقة الأمر على مجرد قرائن présomption فحسب، بل أنه يستند على التزام السلامة يُجبر في إطاره الصانع fabricant بواجب العلم بكافة العيوب و من ثم تقاديبها و إلغاءها *la connaissance et l'élimination des vices*، أنظر عن هذا : Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz: la responsabilité du fabricant dans une perspective de réforme*, Les Cahiers de Droit, 5, 1980-21, p.17.

^{xiv} و هي المواد الخاصة بالالتزام بضمان العيوب الخفية و التي تقابل المواد 379 و 380 من القانون المدني الجزائري.

¹⁵ قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة...، ص.121، و كذلك :*

Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *art. Préc*, p.16.

^{xvi} Guido ALPA, *La Responsabilité civile en Italie, problèmes et perspectives*, RID.Comp, 4-1986, n°1, p.1100.

¹⁷ و هي الضابطة المستوحاة من فحوى المادة 1 من التوجيه الأوروبي و التي جعلت من عيب السلامة في المنتج أساساً للدعوى المرفوعة ضد المنتج من دون الالتفات إلى سلوكه.

¹⁸ قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم و تأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج: دراسة مقارنة في القانون الجزائري و المقارن*، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص، عدد 8، 2011، ص.63 و كذلك:

Guido ALPA, *Le nouveau régime juridique de la responsabilité du producteur en Italie et l'adaptation de la directive communautaire*, RID.Comp., 1991-1, n°4, p.81.

¹⁹ حيث جاء في الحثية رقم 2 من التوجيه الأوروبي رقم 85-374 : « Considérant que seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne », voir :

Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit Civil* (s. direct. J.GHESTIN),

....., n°770, p.762.

^{xx} Guido ALPA, *La Responsabilité civile en Italie,*, p.1100.

- xxi Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*,, n°770, p.763.
- 22 فمضمون العيب وفقاً للقواعد العامة يتفق مع المفهوم الموسع و التعاقدى aspect contractuel، و الذي يرى أن معيوبية المنتج تنبني على عدم مطابقته للصفات المتفق عليها في العقد non-conformité و الذي يؤدي إلى عدم صلاحيته للعمل inaptitude à l'usage، و هو ذات المفهوم المستوحى من المادة 379 من القانون المدني الجزائري و الخاصة بضمان عدم المطابقة و العيوب الخفية من قبل البائع.
- xxiii Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*, précité, n°751, p.717.
- 24 قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم و تأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، السابق ذكرها، ص.63.
- xxv Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit*, n°773, p.768.
- xxvi « Les dispositions légales relatives à la responsabilité contractuelles ont été conçu à l'origine pour assurer le but économique des relations contractuelles, pour garantir la conformité et l'utilité des produits aux prévisions des parties, et non pour assurer la sécurité des consommateurs », أنظر:
- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2005، الإسكندرية، ص.155.
- 27 القانون رقم 03-09 و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009 و الذي يلغي القانون رقم 89-02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك و المؤرخ في 7 جوان 1989، ج.ر عدد 15، 2009.
- 28 و التي خصها بالدراسة الأستاذ قادة شهيدة في مقالته: إشكالية المفاهيم و تأثيرها على رسم ملامح النظام, ص.ص.46-68.
- xxix « يُقصد في مفهوم أحكام هذا القانون...بالمنتج السليم و النزيه قابل للتسويق produit sain loyal et marchand : منتج خال من أي نقص و/أو عيب خفي défaut et/ou vice caché يضمن عدم الإضرار بصحة و سلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية أو المعنوية ».
- 30 « يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون....بالمنتج المضمون produit sûr: كل منتج، في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها، بما في ذلك عنصر المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطاراً محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج و تعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة و سلامة الأشخاص».
- 31 و لعل الاستعمال غير الموزون هذا ناجم عن الترجمة الخاطئة لمصطلح «produit sûr» الوارد في النص الفرنسي للمادة، ذلك أن كلامنا عن المنتج المضمون «produit garantie» يدل بالأحرى عن الأضرار الاقتصادية dommages économiques، بينما يُستعمل مصطلح المنتج الآمن للكلام عن الضرر الجسدي dommage corporel، أنظر في هذا: قادة شهيدة، المحاضرات الملقاة على طلبية الماجستير تخصص مسؤولية المهنيين، غير منشورة، 5 أبريل 2010، غير منشورة، جامعة تلمسان، و كذلك: قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم و تأثيرها, ص.63، و كذلك: Jean CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD.Com, 1994, p.247.
- 32 و هي المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري و كذا المادتين 9 و 10 من قانون 03-09 و اللتان وإن لم تتعلقا مباشرة بمسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة إلا أنهما ألزمتا المنتج أو كل متدخل intervenant في عملية الوضع للاستهلاك بواجب أمن المنتجات sécurité des produits تحت طائلة الجزاءات المدنية أو الجزائية.
- 33 منها التشريع الفرنسي في المادة 1386-4 من القانون المدني الفرنسي.
- 34 و المادة 1 من التوجيه الأوروبي رقم 85-374.
- xxxv Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*, précité, n°774, p.769.
- 36 في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان « إلزامية أمن المنتجات l'obligation de la sécurité des produits ».
- 37 حيث جاء النص الفرنسي لمادة أكثر وضوحاً بقوله « les produits mis à la consommation doivent être sûrs » أي أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك آمنة و سليمة.
- 38 حيث جاءت الصيغة الفرنسية أكثر دقة تكريماً لمعيار « الأمان الذي يمكن أن يُنتظر بحق من مجموع المستهلكين »، حيث جاء فيها: « les produits doivent présenter la sécurité qui en est légitimement attendue. أي أن تستجيب المنتجات لعنصر الأمان الذي يمكن بحق أن ينتظر ».
- 39 في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان « إلزامية مطابقة المنتجات l'obligation de la conformité des produits ».
- xl و الذي يكتفي بإدراك الطابع المعيب للمنتج المعروض للاستهلاك لإثارة مسؤولية المنتج، طبقاً لضابطة معيوبية المنتج
- 41 حيث شهدت الولايات المتحدة الأمريكية بوادر حركة التصنيع المتطور و حوادث المنتجات المعيبة، و نشأت استقلالية هذه المادة في مجال المسؤولية المدنية تحت مسمى « strict liability in Tort »، على المستوى القضائي أولاً في قضية 27 57, 377 P.29 897, 2nd 59 Cal. 2nd *Greenman v. Yuba Power Products. Inc.* (1963) 697 Rprtr، ثم على المستوى التشريعي في سنة 1964 بمبادرة من « المعهد الأمريكي للقانون American law institute » و الذي أدمج أحكام المسؤولية الموضوعية للمنتج في قانون المسؤولية الأمريكي «Restatement of Torts» في قسمه A 402 تحت عنوان « Special Liability of seller of product for physical harm to user or consumer » و الذي تم اعتماده من قبل 45 ولاية أمريكية فيما عاد ولاية لويزيانا Louisiana، أنظر في هذا : Florence TARTANSON, *Les risques de développement dans la responsabilité des fabricants: étude comparative*, Mémoire Maitrise, institue droit comparé, MC Gill, Montréal, 1990, p.63.

42 و هي الدعوى التي تقابل في نظامنا المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ، و التي يجب فيها على المضرور إثبات أمرين، الأول أنه دائن لطرف الأخر بالتزام بعناية « *duty of care* »، و أنه لم يلتزم بها مخالفة لسلوك الرجل العادي « *reasonable man* » مما ألحق به ضرراً، أنظر في هذا : Florence TARTANSON, *Les risques de développement dans la responsabilité des fabricants : étude comparative*, précitée, p.61 ; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz:*, p.24.

43 أنظر في هذا : سالم محمد رديعان العزاوي، *مسؤولية المنتج : في القوانين المدنية و الاتفاقيات الدولية*، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008، ط.1، بغداد، ص.308. و كذلك : Thérèse ROUSSEAU-HOULE , *ibidem*, p.24.

xliv Sophie SCHILLER, *Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité*, archives philosophie du droit, 45, 2001, n°35, pp.193-194.

xlv Florence TARTANSON, *op.cit*, p.71 et 79.

xlvi مع العلم بأن المشرع الجزائري فضل استعمال مصطلح " الوضع للاستهلاك " و ثارة أخرى " العرض للاستهلاك " كترجمة لعبارة « la mis à la consommation ».

47 قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم و تأثيرها على رسم ملامح ...*، ص.47.

48 حيث ورد ذكر عبارة « عملية الوضع للاستهلاك processus de mis à la consommation » في فحوى هذا القانون 10 مرات في المواد: 2 و الفقرات 3 و 7 و 8 و 14 من المادة 3 و المادة 4 فقرة 1 و المادة 6 فقرة 1 و المادة 29 و المادة 56 و المادة 67 و المادة 79.

49 المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 و المتضمن ضمان المنتجات و الخدمات، ج.ر، عدد40، 1990، ص.ص.1246-1248.

50 حيث نصت المادة 2 من القانون 09-03 « تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً و على كل متدخل و في جميع مراحل عملية الوضع للاستهلاك ».

ii Dalila ZENNAKI, *L'importance de la détermination de la Conformité*, RASJEP, n°01/2002, p.10.

52 حيث أن العبرة في ضمان مطابقة المبيع و خلوه من العيوب الخفية، بوقت تسليم المبيع إلى المشتري و ذلك طبقاً للمادة 379 من القانون المدني الجزائري و الخاص بالتزام البائع بضمان مطابقة المبيع و خلوه من العيوب الخفية.

iii Dalila ZENNAKI, *L'importance de la détermination de la Conformité*, art.préc. p.10.

liv Philippe LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, 2001, n°388, p.84.

55 قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم و تأثيرها*، ص.47.

lvi و الذي عرفته المادة 3 فقرة 7 من هذا القانون « بكل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك ».

57 قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم و تأثيرها*، ص.58.

lviii الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 و المتضمن قانون التأمين و المعدل و المتمم بالقانون 06-04، ج.ر، عدد13، 1995.

59 و لو أن عبارة conception تقترب إلى مصطلح التصميم منها إلى مصطلح الابتكار.

60 حسب المادة 1 من المرسوم التنفيذي 96-48 المؤرخ في 17 جانفي 1996، و المتضمن شروط و كفاءات التأمين في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات، ج.ر عدد5، 1996، ص.ص.12-13.

61 و هو المفهوم الذي كرسه المادة 1-1386 من القانون المدني الفرنسي و التي عرفت المنتج: « 1° qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque, ou un autre signe distinctif ; 2° Qui importe un produit dans la communauté européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution ».

lxii قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج*، ص.174.

lxiii Guido ALPA, *La Responsabilité civile en Italie,*, p.1113.

lxiv Philippe LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, 2001, n°401, p.86.

lxv بهاء بهيج، شكري، *التأمين من المسؤولية في النظرية و التطبيق*، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط.1، 2010، ص.138.

lxvi قانون التأمين رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، ج.ر عدد13-1995.

lxvii Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil : les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J, 2001, n°356, p.635.

lxviii Henry USSING, *Évolution et transformation du droit de la responsabilité civile*, RID.Comp., 3-1955, p.488.

lxix Hadi SLIM, *La responsabilité civile dans les pays arabes du Proche-Orient a l'aube du troisième millénaire*, Beyrouth, 2001, pp.17-18.

70 و هي كلمة لاتينية معناها "عبء الإثبات la charge probatoire"، أنظر عن هذا: Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 5^{ème} éd., P.U.F, 1996, p.860.

lxxi Guido ALPA, *La responsabilité civile en Italie, ...*, pp.1102-1003.

lxxii *Ibidem*.

lxxiii Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2000, n°17, p.39.

74 على اعتبار أن حلول المؤمن assureur في الالتزام بالتعويض محل المسؤول، جردَ هذا الالتزام من طابع العقوبة و الزجر caractère punitif فأصبح التعويض المدني يقترب إلى " إجراء لإعادة التوازن لذمة المضرور une pure opération d'équilibre financier"، أنظر عن هذا: Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 10^{ème} éd., Dalloz, 1998, n°18, pp.13-14.

75 حيث كان يبدو في إطار النظرة الأخلاقية و الفردية لقواعد المسؤولية المدنية، بأن التأمين من المسؤولية (تأميناً عن الأخطاء assurance des fautes) هو بمثابة محاولة الشخص في عدم تحمل عواقب أفعاله و تصرفاته قصد الإفلات من المسؤولية، فكان هذا النوع من التأمين غير مشروع و غير أخلاقي، أنظر عن هذا: Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe : contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, thèse doctorat, Dalloz, 2001, n°31, p.14.

lxxvi André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap.1, introduction, n°169, p.97.

77 و هذا ما يُستكشف من محدودية قواعد المسؤولية المدنية في تحقيق وظيفة توزيع المخاطر بصدد قطاعات تحوي على عناصر التقنية و التكنولوجيا المتقدمة، على غرار قطاع حوادث العمل أو حوادث المرور، أنظر عن هذا: Guido ALPA, *La responsabilité civile en Italie...*, art. Préc., p.1107.

lxxviii قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم و تأثيرها ...*، ص.56.

79 و هذا ما أوضحه الأستاذ André TUNC و الذي أقر بأن تقنية التأمين إنما وُجدت في الأصل لتحقيق و وظيفة توزيع المخاطر باعتبارها أحد ركائزها الجوهرية « loss distribution is the very raison d'être of insurance... and its basic function »، أنظر:

André TUNC, *Ibidem*.

lxxx بهاء بهيج، شكري، *التأمين من المسؤولية في النظرية و التطبيق*، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط.1، 2010، ص.118.

lxxxii Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 10^{ème} éd., Dalloz, 1998, n°18, p.13-14 ; Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à ...*, n°32, p.14 : « ...la mis en ouvre de l'assurance responsabilité civile permet de concilier la liberté d'agir de l'auteur potentiel... Et le droit de sécurité de la victime éventuelle, car en octroyant à l'assuré une certaine sécurité qui laisse la liberté d'agir, elle donne en même temps une garantie efficace de réparation ».

82 بمقتضى الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 و المتضمن قانون التأمين و المعدل و المتمم بالقانون 06-04، ج.ر، عدد13، 1995، بالإضافة إلى المادة 1 من المرسوم التنفيذي 96-48 المؤرخ في 17 جانفي 1996، و المتضمن شروط و كفاءات التأمين في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات، ج.ر عدد5، 1996، ص.ص.12-13.

lxxxiii قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم و تأثيرها ...*، ص.66.

lxxxiv André TUNC, *Où va la responsabilité civile aux États-Unis ?*, RID.Comp., 3-1989, n°1-2, pp.712-713 ; André TUNC, *Le spectre de la responsabilité civile*, RID.Comp., 4-1986, p.1163.

lxxxv Geneviève VINEY, *Traité droit civil (sous directv. J.GHESTIN), introduction à la responsabilité*, précité, n°33, p.56 ; Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à ...*, thèse précitée, n°169, p.75.

lxxxvi Claude DELPOUX, Jacques DEPARIS, Anne HAUTEVILLE, Sabine LOCHMANN, Jacques- Emmanuel MERCIER, *Le divorce entre assurance et responsabilité civile inéluctable*, les entretiens de l'assurance, Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA), 2002, pp.52-54, voir :

lxxxvii Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la...*, précité, n°25, p.60 ; Lahlou Khiair GHENIMA, *Le droit de l'indemnisation...*, précitée, p.128 ; Claude DELPOUX, *Le divorce entre assurance et...*, art. Préc., pp.53-54.

lxxxviii Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la...*, précité, n°60, p.98.

lxxxix Lydia MORLET, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit privé de l'indemnisation*, thèse Doctorat, université du Maine, 2003, n°507, pp.341-342.

90 و هو ذات الوصف الذي استعمله الأستاذ Christophe JAMIN ، أنظر في هذا: Christophe JAMIN, *La Responsabilité Civile : faute, risque et multiplication des obligations*, revue Experts, n°25-12, 1994, p. 2.

lxxx Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la...*, précité, n°25, p.60.

lxxxii Lahlou Khiair GHENIMA, *Le droit de l'indemnisation...*, précitée, p.128.

lxxxiii Henry USSING, *Évolution et transformation du droit ...*, art. Préc., p.488,

xciv Basil S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile*, p.308.

xcv Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance ...*, thèse précitée, n°171, p.76.

96 و هي الأزمة التي عرفتها و.م.أ بين الفترة الممتدة بين 1984-1987 و التي دفعت الوزارة آنذاك إلى تنصيب فرقة عمل تدعى بـ *Tort Policy Working* و التي قامت بنشر تقرير حول دراسة الأزمة تحت عنوان " أزمة التأمين: نتيجة لاتساع نطاق المسؤولية المدنية d la crise de l'accès à l'assurance en conséquence de l'extension de la responsabilité", أنظر عن هذا: André TUNC, *Le spectre de la responsabilité civile*, art. Préc., p.1163.

xcvii قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج...*، ص.ص.374-375.

xcviii أنظر في تعريف هذه التقنية: الفصل التمهيدي من هذه المذكرة، ص.19.

99 إذ عرفت و.م.أ خلال هذه الأزمة تطبيق ما يسمى بنظرية " نصيب السوق *théorie la part du marché-industry wide liability*" و التي تسعى إلى مساءلة المؤسسات الإنتاجية بالنظر إلى نصيبها في إنتاج أو طرح المنتج المعيب المتسبب في الضرر بالتزامن مع باقي المنتجين و المصنعين لنفس المنتج، و هذا ما أسهم في ظهور مفهوم جماعي للسببية *notion collective de la causalité* أدت في بعض الأحيان إلى مساءلة منتج و صناع و إلزامهم بتعويض مضرورين لم يسبق لهم استهلاك منتجاتهم من قبل، و مؤاخذتهم فقط بمبرر اشتراكهم في إنتاج نفس السلعة المؤدية للضرر، أنظر عن هذا: قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج...*، ص.375، و كذلك: André TUNC, *Où va la responsabilité civile aux États-Unis ?*, art. Précité, n°3, p. 713.

100 و ذلك لدرجة أن معايير إنفاذ المسؤولية في و.م.أ أصبحت ترتبط في مجملها بعامل القدرة المالية أو التأمينية *aptitude financière ou assurantielle* نتيجة لتطبيق ما يسمى بنظرية " مسؤولية ذوي الجيوب الممتلئة *deep-pocket liability*" و التي تلجأ إلى مساءلة الشخص ليس باعتباره مسؤولاً عن الضرر، بل لتوفره على غطاء مالي كافي أو لقدرته التأمينية تمكنه من الاستجابة لطلبات التعويض، أنظر عن هذا: Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance ...*, précitée, n°164, p.73.

101 فأما العملية القانونية للتأمين فتتضمن تحديد بنود العقد من: الخطر المؤمن منه، قيمة التأمين، حقوق و واجبات الطرفين، أنظر عن هذا: أسامة أحمد بدر، *التأمين من المسؤولية الطبية: دراسة تحليلية مقارنة*، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي الإماراتي رقم 10، 2008، ص.200.

102 و تشمل العملية الفنية للتأمين *opération technique* على مجموع الطرق التقنية الإحصائية و الحسابية التي تجريها شركات التأمين قصد تقييم حجم الخطر المؤمن منه، قصد تنظيم تعاضدية للخطر المؤمن منه، أنظر عن هذا: Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance ...*, thèse précitée, n°174, p.78.

103 أسامة أحمد بدر، *التأمين من المسؤولية الطبية: دراسة تحليلية مقارنة*، السابق الإشارة إليها، ص.200.

civ Gilles BÉNÉPLANC, *Quelle assurance responsabilité civile pour demain*, les entretiens de l'assurance, Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA), 1999, p.1.

cv « ..Le contrat d'assurance organise un mutualité à base de prévision fait à partir de certaines données, dont juridique, si cette mutualité est mis en péril par les évolution et des révolution, même juridiques, cela Pourrat se retourner contre l'assuré en mettant en cause la solvabilité de l'assureur, car ces données nouvelles peuvent être extrêmement lourdes et graves », voir : Chantal RUSSO, *De l'assurance de responsabilité ...*, précitée, n°174, p.78.

cvi Chantal RUSSO, *ibidem*.

cvi Chantal RUSSO, précitée, n°170, p.76.

cvi Chantal RUSSO, *ibidem*.

109 و هو الوضع الذي انصب عليه الملتي الذي عقد بفرنسا في 3 أكتوبر 1996 تحت عنوان " اللأمن القانوني و المسؤولية et insécurité juridique

l'assurance " و الناجم عن صعوبة التوقع بتطور نظام المسؤولية المدنية، أنظر عن هذا: Chantal RUSSO, précitée, n° 76, p.170.

cx André TUNC, *Le spectre de la responsabilité civile*, art. Préc., p.1164.

cxii قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج...*، ص.ص.377-378.

112 و يضم هذا الفريق كل من الأستاذ Claude DELPOUX و الأستاذ Jacques DEPARIS و الأستاذ Anne d'HAUTEVILLE و الأستاذ Sabine LOCHMANN بالإضافة إلى الأستاذ Jacques-Emmanuel MERCIER.

cxiii « *Le divorce entre assurance ...* », art. Préc., pp.52-54

cxiv Jacques DEPARIS, *Le divorce entre assurance et responsabilité ...*, art. Préc., p.53.

cxv Claude DELPOUX, *Le divorce entre ...*, pp.53-54

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st