

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 30 : أبريل 2015

✓ مع موازيع العدد 30 : أبريل 2015 :

- التسوية القضائية لصعوبات المؤسسات.
- قضية المخاطر في المصارف الإسلامية .
- تجربة خلايا التكفل بضحايا العنف بالمغرب.
- الحماية القانونية للطفل المختطف في القانون.
- اللجنة الشرعية للمالية التشاركية.
- اليتيم الحكمي في المجتمعات الإسلامية.
- الولاية في التزويج في ميزان التأويل المصلحي.
- من معاني الشرعية والمشروعية والشرعنة.
- التحقيق العقاري كطريق لتسوية الملكية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والدراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	قراءة في النظام الفقهي الموائم (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد
---	---	--	---

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصلوا بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات فقهيّة | مقالات قانونية | مقالات مقارنة | مقالات بلقنسية | حوارات علمية | تكريم جامعية | المساهمون بالمجلة | أعداد المجلة | نشرات بالمجلة

العدد الثلاثون : أبريل 2015

❖ 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 عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثلاثون : لشهر أبريل 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 30 لشهر أبريل 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. التسوية القضائية لصعوبات المؤسسات "دراسة في المدونة التجارية الموريتانية" : فضيلة الأستاذ الدكتور أحمدو

ولد عبد الدائم أستاذ التعليم العالي مؤهل ، كلية الحقوق جامعة نواكشوط.....06

3. المخاطر في المصارف الإسلامية : فضيلة الدكتور محمد الأمين ولد بابيه أستاذ الاقتصاد بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية - جامعة نواكشوط - موريتانيا.....15

4. تأملات على ضوء مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية : من إعداد فضيلة الأستاذة نزهة مسافر

عضوة في جمعية نادي قضاة المغرب نائبة رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش.....26

5. تجربة خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف بالمغرب الحصيلة والآفاق : الأستاذ أنس سعدون عضو

نادي قضاة المغرب عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية باحث في صف الدكتوراه بجامعة عبد الملك

السعدي بطنجة نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب.....34

6. تأملات في الإطار القانوني المنظم لعمليات المراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية : الأستاذ محمد الحمياني عضو

نادي قضاة المغرب قاضي بالمحكمة الابتدائية لفجيج ببوعرفة.....40

7. آليات تجسيد الحماية القانونية للطفل في التشريع الجنائي الجزائري (اختطاف الأطفال نموذجاً) : زهور دقايشية

باحثة بصف الدكتوراه جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان الجزائر.....45

8. اللجنة الشرعية للمالية التشاركية : مطابقة أم فتوى..؟ : الأستاذ رشيد صبيح باحث بصف دكتوراه القانون

الخاص مجال القانون البنكي ، بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء ، جامعة الحسن

الثاني.....62

9. اليتيم الحكمي في المجتمعات الإسلامية بين الماضي والحاضر : إعداد فضيلة الدكتورة فريدة بلفراق أستاذة محاضرة

بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة باتنة - الجزائر.....71

10. قضية الولاية في التزويج في ميزان التأويل المصلحي : من إعداد الدكتور أحمد الدحماني باحث في قضايا الأسرة

ومقاصد الشريعة.....79

11. من معاني الشرعية و المشروعية و الشرعية : من إعداد الأستاذ عبد الحق بلفقيه باحث بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة.....89
12. التحقيق العقاري كطريق لتسوية الملكية العقارية في الجزائر : من إعداد حساين عومرية باحثة في الدكتوراه قانون إجرائي بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم وعضوة في مخبر القانون العقاري و البيئة.....98

✓ تقارير جامعية :

13. تقرير الأطروحة التي نوقشت يوم 2015/2/19 برحاب كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة القاضي عياض - مراكش بعنوان اجتهادات مدونة الأسرة -دراسة وتأصيل- : إعداد الباحث محمد توفيق الرقبي ببنية تأهيل الأسرة وآفاق التنمية.....110

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 14.L'autonomie entre l'autodétermination et la gouvernance territoriale : Cas du Sahara marocain : Tlemçani Tarik Doctorant à la FSJES de Tanger Spécialité : Droit public.....116
- 15.le droit des changes au maroc : l'état actuel et les mutations nécessaires : par Mme Imane hilani doctorante en droit privé Université Hassan II Casablanca.....133
- 16.la responsabilité du transporteur maritime : par Mohamed BAZTAMI chercheur en droit privé Université Hassan II Casablanca.....147
- 17.L'efficacité des associations de protection du consommateur à la lumière de la loi 31-08 : M. Hamid echcharyf doctorant en droit privé Faculté du droit Mohammedia.....170

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الثلاثين لشهر أبريل 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 30 لشهر أبريل 2015 من مجلة الفقه والقانون ، وقد ضم العدد الجديد بين جنباته العديد من الأبحاث والدراسات القيمة عن التسوية القضائية لصعوبات المؤسسات "دراسة في المدونة التجارية الموريتانية" ، وعن المخاطر في المصارف الإسلامية ، كما ناقش موضوع اللجنة الشرعية للمالية التشاركية : مطابقة أم فتوى..؟

وارتباطا بقضايا الأسرة شمل هذا العدد مواضيع هامة عن حصيلة وآفاق تجربة خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف بالمغرب ، وآليات تجسيد الحماية القانونية للطفل في التشريع الجنائي الجزائري (اختطاف الأطفال نموذجا) ، ثم اليتيم الحكمي في المجتمعات الإسلامية بين الماضي والحاضر ، وقضية الولاية في التزويج في ميزان التأويل ، هذا فضلا عن تقرير أطروحة جامعية بعنوان : "اجتهادات مدونة الأسرة -دراسة وتأصيل".

هذا من جهة ومن جهة أخرى تناول العدد أيضا تأملات على ضوء مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية ، ووجهة نظر حول الإطار القانوني المنظم لعمليات المراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية، وحديثا مفصلا عن معاني الشرعية والمشروعية والشرعنة ، ثم قضية التحقيق العقاري كطريق لتسوية الملكية العقارية في الجزائر، بالإضافة إلى مجموعة هامة من الدراسات والأبحاث القيمة باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

النسوية القضائية لصعوبات المؤسسات " دراسة في المدونة التجارية الموريتانية "



فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد و ولد عبد الدائم

أستاذ التعليم العالي مؤهل ، كلية الحقوق

جامعة نواكشوط محام لدى المحاكم الموريتانية

مدخل عام :

لئن كانت القاعدة في المجال المدني أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، يتقاسمونها ، ما لم تكن ثمة أسباب قانونية للتفضيل ⁽¹⁾، تفضيل بعضهم علي بعض ، فإن مبدأ آخر أرسته المدونة التجارية ، خضد هذه القاعدة و أضعف سلطانها ، مبناه ضرورة التوازن بين حقوق الدائنين ووقاية المؤسسة من التلاشي باعتبارها مكسبا وطنيا ، لها دورها الاقتصادي و الاجتماعي ⁽²⁾ وذلك من خلال نظام التسوية القضائية، الذي هو نظام متكامل، يقوم علي توازن دقيق بحكم العلاقات بين أطرافه، و أي اختلال قد يعتري جانبا من هذا النظام يفضي إلي سلسلة من التأثيرات تفضي إلي الإخلال بالنظام برمته.

فمسطرة التسوية القضائية تفتتح لفائدة المؤسسة التي تعاني من صعوبات أدت إلى توقفها عن الدفع دون أن تكون مختلفة بشكل لا رجعة فيه، أي أن هناك إمكانيات جديدة لعلاجها و تصحيح وضعيتها، فلا يسلط عليها سيف الإفلاس وما يلحق من تدمير ⁽³⁾.

وهكذا فالأهداف التي حددها المشرع وهو بصدد وضع النصوص القانونية المتعلقة بنظام صعوبات المؤسسة ، أعطت الإشارة لتراجع دور مفهوم التاجر استنادا إلى فكرة الفصل بين الشخص و المؤسسة ، و أفرزت العديد من الخصوصيات التي أصبحت تميز هذا النظام بشكل كبير سواء على مستوى الموضوع أو على مستوى الإجراءات المسطرية.

⁽¹⁾ حول أسباب الأولوية انظر المادة 1171 وما بعدها من قانون الالتزامات و العقود الموريتانية
⁽²⁾ انظر : القاضي مبروك بنموسي دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الخاص ، التقرير التمهيدي لملتقي نظمه كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس و الجمعية التونسية للقانون الخاص أيام : 19 و 20 و 21 أكتوبر 1995 ، ص : 368 من هذه الدراسات.
⁽³⁾ راجع : د أحمد شكري السباعي ، مسطرة التسوية القضائية أو التصحيح القضائي ، منشور في الأنترنت علي الرابط : http://articedroit.blogspot.com/2009/09/blog-post_17.html

والمقصود هنا بالخصوصيات في إطار هذه الدراسة، مجموع المستجدات المسطرية التي نظم بها المشرع مسطرة التسوية القضائية و خرج بها عن القواعد العامة الراسخة في قانون الالتزامات و العقود وقانون الإجراءات المدنية و التجارية و الإدارية.

وتبعاً لذلك فقاضي مساطر معالجة صعوبات المؤسسات عامة و التسوية القضائية خاصة يحتكم في تسيير ملفاته ومعالجة قضاياها إلى المنطق الاقتصادي و المالي و بمنطلقات و أسس دينك المنطقين و مفاهيمهما و قواعدهما أكثر مما يحتكم إلى القواعد القانونية .

كل ذلك بهدف إعداد و تهيئة التدابير القانونية و الاقتصادية و المالية التي تهدف إلى تشخيص وضعية المؤسسة و أسباب اختلالاتها و تقويم هذه الاختلالات⁽¹⁾.

فمقتضيات الكتاب السادس من المدونة التجارية الموريتانية و إن صيغت في شكل مقتضيات قانونية تستند في جوهرها و منطقتها العام إلى المنطق الذي يحكم الميادين المالية و الاقتصادية و الاجتماعية .

إذ المشرع الموريتاني⁽²⁾ في سياق التسوية القضائية مسكون بمواصلة المؤسسة نشاطها باعتبارها مصدراً للخيرات و التشغيل، يضعفها التطبيق المفرط لمبادئ الضمان و مؤاخنة المسيرين بأخطائهم ، وذلك بهدف إقرار مبدأ التوازن بين حقوق الدائنين ووقاية المؤسسة من التلاشي⁽³⁾.

فجاءت التسوية القضائية في مسعى لمساعدة المؤسسة علي الصمود أمام الصعوبات التي تخلقها المنافسة الحرة و الانفتاح علي الاقتصاد العالمي⁽⁴⁾.

ونحن في هذا المقال الذي نخصه للتسوية القضائية وفقاً للمدونة التجارية الموريتانية نحاول تلمس مظاهر مسعى المشرع التجاري الموريتاني مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية علي مواصلة نشاطها من خلال إقالة عثرتها ومواصلة نشاطها و ذلك من خلال نظام التسوية القضائية ، في محافظة من المشرع علي مواطن الشغل فيها و الوفاء بديونها و هو مسعى لا يخفي علينا أنه اقتصادي و اجتماعي بالأساس قانوني بصفة ثانوية ، عرضية ، ويجسد غاية خطيرة ، مصدر خطورتها ليس هيمنة الطابع الاقتصادي فحسب ، وإنما أيضاً إمكانية الانحراف بنظام التسوية القضائية أو الإنقاذ القضائي عن أهدافه و غياته سواء :

- إفراطاً في طلب المساعدة إخلالاً بتوازن المصالح .

- استغلال حداثة التجربة و طغيان الجانب الفني علي القانوني تحقيقاً لأهداف و غيات لم يقصدها الشارع .

وظاهر الأمر أن الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية - بخلاف التصفية القضائية - لا يترتب عنه توقف استغلال المؤسسة، إنما تواصل نشاطها و تتكفل المحكمة المختصة بسيرها.

(1) راجع: حسن الوزاني التهامي، صعوبات إعداد الحل في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاول و أحمد لفروجي "التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقاول" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء طبعة 2005 الإيداع القانوني 2005/1215.

(2) - لم يكن المشرع الموريتاني بدعا في إقراره نظام التسوية القضائية و إنما حذا حذو التشريعات الفرنسية و المغربية و التونسية

(3) راجع : القاضي مبروك بنموسي دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الخاص (مرجع سبق ذكره) ص : 370

(4) - انظر في هذا المعنى : محمد كرام الوجيز في مساطر صعوبات المقاول في التشريع المغربي، الجزء الأول الطبعة الأولى 2010 . المطبعة ، الوارقة الوطنية الحي المحمدي-مراكش.

حيث وضعت المدونة التجارية الآليات الضرورية لذلك، تمكينا للقضاء التجاري من بسط سيطرته علي المؤسسة خلال فترة التسوية القضائية .

فما هي الأجهزة التي تناط بها التسوية القضائية (المبحث الأول) و ما شروط فتح مسطرة التسوية القضائية وما هي الحلول واجبة الإلتباع كما رسمها المشرع التجاري الموريتاني (المبحث الثاني) وما مآلات التسوية القضائية وفقا للمدونة التجارية الموريتانية (المبحث الثالث) .

المبحث الأول - أجهزة التسوية القضائية :

إن الأجهزة الفاعلة في نطاق التسوية القضائية هي 1- المحكمة التجارية 2 - و القاضي المنتدب 3 - و أمين التفلسة .

1 - المحكمة التجارية :

تقوم المحكمة التجارية بدور قطب الرحى خلال أعمال نظام التسوية القضائية ، فقد وضع المشرع الموريتاني في يدها سلطات واسعة للنظر في سائر النزاعات المرتبطة بالتسوية القضائية و البت فيها ، فبينت المادة 1296 من المدونة التجارية ، أنه بإمكان المحكمة في أي وقت أن تأمر بوقف نشاط المؤسسة كلا أو جزءا و النطق بتصفيتها القضائية وذلك بناء علي :

- طلب معلل من أمين التفلسة أو طلب من :- رئيس المؤسسة أو - تلقائيا بناء علي تقرير القاضي المنتدب.

كل ذلك يبرز دور المحكمة التجارية باعتبارها أهم جهاز عامل في نطاق التسوية القضائية حيث تشرف علي السير العام للمسطرة ، و تفصل في المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة و دائنيها و القاضي المنتدب و السينديك⁽¹⁾ .

ولا يقتصر دور المحكمة التجارية علي الناحية القانونية الصرفة و البت في النزاعات بل يتجاوز دورها الاختصاص التقليدي ليطل تقويم المؤسسة اقتصاديا و ماليا و اجتماعيا و ذلك بهدف إنقاذ المؤسسة ، مراعية في تطبيق كل ذلك الآثار السلبية و الإيجابية علي مستوي التشغيل راجع : أحكام المادة 1329 من المدونة التجارية .

و المحكمة التجارية هي التي تعين القاضي المنتدب و السينديك (انظر المادتين 1361 و 1362 من المدونة التجارية الموريتانية) ، و تقرر استمرارية المؤسسة محددة وفقا للقانون مخطط الاستمرارية الذي نصت المادة 1320 من المدونة التجارية علي أنه لا يتجاوز ستة سنوات .

و للمحكمة التجارية سلطة المشورة و الحوار مع الأطراف المعنية و كل الفعاليات الاقتصادية و الخبراء و ذوي الاختصاص من مؤسسات بنكية و مالية عامة أو خاصة ، و كل المهتمين بمجال الاقتصاد دون أن تواجه بالسر المهني (انظر المادة 1291 من المدونة التجارية الموريتانية) .

و للمحكمة سلطة استبدال مسير أو عدة مسيرين متي استدعت استمرارية المؤسسة ذلك ، تلقائيا أو بناء علي طلب من أمين التفلسة (انظر المادة 1308 من المدونة التجارية الموريتانية) .

(1) - راجع : عبد الواحد الصفوري "التوقف عن الدفع بين الفقه والقانون والقضاء". الطبعة الأولى. مطبعة ابن سينا، الدار البيضاء 2008.

فالمحكمة التجارية إذن تطبق القانون برؤية اقتصادية واجتماعية و تحوله من فكر مجرد إلي واقع ملموس، وليس بالهين تحويل الفكر المجرد إلي واقع يعاش و يلمس، كل ذلك من أجل الحفاظ علي استمرار المؤسسة و الحفاظ علي مناصب الشغل التي توفرها للفرد و المجتمع (1).

2 - القاضي المنتدب :

ذهبت المدونة التجارية الموريتانية إلي إعطاء دور محوري للقاضي المنتدب الذي تعينه المحكمة التجارية من القضاة (انظر المادة 1362 من المدونة التجارية الموريتانية).

وينوب القاضي المنتدب عن المحكمة في الإشراف ، وله وظائف اقتصادية و قانونية تخدم أطراف التسوية القضائية و تتغى إنقاذ المؤسسة و إدارة المسطرة إدارة قضائية فعالة و ناجعة .

ولهذه الأهداف الجليلة سلح المشرع القاضي المنتدب بترسانة قانونية تمكنه من جمع المعلومات الضرورية عن الوضعية الاقتصادية و الاجتماعية للمؤسسة و تقويمها تقويما سليما يفيد المحكمة و ينير سبيلها فيما تتخذ من حلول و خيارات و ما ستسلكه من سبل تصحيحا لوضع المؤسسة .

وعلي السينديك تحقيقا للغايات السالفة أن يتيح للقاضي المنتدب الاطلاع علي كل المعلومات التي تعطيه فكرة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية و المالية و الاجتماعية للمؤسسة سواء كان مصدرها مفوض الحسابات (انظر المادة 1296 من المدونة التجارية الموريتانية). أو اللجنة المكلفة بمتابعة المؤسسات (انظر المواد 1271، 1304، 1305 من المدونة التجارية الموريتانية).

3 - السينديك :

يعد السينديك (2) وكيل و أمين التفلسة وهو ممثل كتلة الدائنين وهو المحرك الأساسي و الأول للآلة الاقتصادية و الاجتماعية و القانونية لمسطرة التسوية القضائية و عنصر جوهري لحل مشاكل المؤسسة المرتبطة بالتسوية القضائية ، متي كان ذا خبرة عالية و ذكاء و قاد و هو رأس الحربة في الإدارة يتمتع بصلاحيات أساسية و كثيرة تحدد مصير المؤسسة ، ويفترض كل ذلك أن يكون أمين التفلسة متمتعا بخبرة و كفاءة و دراية عالية بالمسائل الاقتصادية و المالية و الاجتماعية و القانونية وهي اعتبارات نأمل أن يأخذها المرسوم مستقبلي الصدور في الاعتبار . موقع السينديك ذو خصوصية قضائية و قانونية بخلاف الخبر الحلف لدى المحاكم.

ويعد السينديك أحد الأجهزة الأساسية في مسطرة معالجة صعوبات المؤسسة ، ومحركا أساسيا للآلة الاقتصادية و الاجتماعية لتلك المسطرة و المفتاح الهام للمشاكل التي تعاني منها المؤسسة ، و يكلف السينديك بمراقبة عمليات التسيير بمساعدة رئيس المؤسسة في الأعمال المتعلقة بالتسيير .

(1) راجع : الأستاذة سمية حامدي ، إشكالات تحصيل الدين العمومي ، صعوبة المقولة نموذجا ، بحث منشور في المنبر القانوني العدد - 6 - أبريل 2014 ص : 163 وما بعدها .

(2) - ينتقد استعمال المشرع لتسمية السينديك بوصفها كلمة غريبة عن لغتنا العربية و يفضل استبدالها بكلمة عربية كالوكيل القضائي أو أمين المسطرة في هذا المعني يراجع الدكتور أحمد شكري السباعي ، الوسيط في مسطرة الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقولة و مساطر معالجتها ، الجزء الثاني ، ص : 290 .

وفى معظم الحالات التي تقرر فيها المحكمة فتح مسطرة التسوية القضائية، فإنه يتم تعيين السنديك من ضمن الخبراء ذوي الخبرة والتجربة في ميدان المحاسبة والتدقيق، وتسيير المؤسسات ما يجعله قادرا على تحليل الشؤون المالية والاقتصادية والإدارية للمؤسسة بشكل دقيق.

و تعيين السنديك يتم بمجرد صدور حكم بفتح مسطرة التسوية القضائية بشأن المؤسسة، إلى جانب القاضي المنتدب الذي له الصلاحية القانونية للإشراف على مهام و أعمال السنديك.

و السنديك بصفته أحد الأجهزة الأساسية في مسطرة معالجة صعوبات المؤسسات، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط الجوهرية من قبيل الكفاءة المهنية والخبرة العالية في مجال الحسابات وتسيير المؤسسة، وأن يتوفر على مساعدين مؤهلين للقيام معه وتحت إشرافه بهذه المهمة في أحسن الظروف.

وفي إطار إعداد الحل الملائم الذي يتناسب مع وضعية المؤسسة يصبح السنديك ممثلا للمؤسسة من جهة، وللدائنين من جهة أخرى، وذلك بغية الحفاظ على نشاط هذه الأخيرة وإيجاد التوازن الضروري بين المصلحتين، المتعارضتين ولو نظريا .

إن السنديك وهو يمارس مهامه، لا بد أن يجعل نصب عينيه إنقاذ المؤسسة والحفاظ على مناصب الشغل، والإبقاء على معنويات العمال عالية، مع تمكين الأطر والعمال من جميع المعلومات الضرورية حول الوضعية الحقيقية لمؤسستهم، خاصة أن الإضرابات والاحتجاجات العمالية غالبا ما تكون راجعة إلى تخوفاتهم من مستقبل المؤسسة التي يشتغلون فيها⁽¹⁾.

كما ينبغي عليه كذلك إقناع أطر المؤسسة بالعمل على إنقاذها بدلا من البحث عن عروض فرص الشغل خارجها، وأن يزرع الثقة في نفوسهم إزاء المقاول، وأن يحاول إقناعهم بجدوى المساهمة في استمراريتها، الذي يمر بالأساس عبر تمويلها عوض التخلي عنها وتركها تتخبط في أزماتها.

إن جميع هذه الإجراءات، ما هي إلا القليل مما يتحمله السنديك منذ تعيينه في إطار مسطرة معالجة صعوبات المؤسسات.

المبحث الثاني - شروط فتح مسطرة التسوية القضائية و الحلول واجبة الإتيان خلالها :

تتطلب المدونة التجارية تكامل شروط لفتح مسطرة التسوية القضائية - 1 - كما أن المشرع التجاري أعان المحكمة في تلمسها الحلول واجبة الإتيان لتفضي التسوية القضائية إلى حلول مرضية - 2 - .

1 - شروط فتح مسطرة التسوية القضائية :

إن تحديد شروط الاستفادة من نظام التسوية القضائية يكتسي دورا أساسيا، باعتبار تكامل تلك الشروط بداية نهج طريق التسوية القضائية الموصل إلى تحقيق أهداف التسوية القضائية، غير أن كل توسع في تلك الشروط يمثل إخلالا بالتوازن الذي تقوم عليه التسوية القضائية .

(1) - وما أحداث إضراب عمال الشركة الوطنية للمناجم بموريتانيا منا ببعيدة، حيث صورها البعض ثورة قادمة من الشمال و بعضهم اعتبرها مطالب مشروع غيبتها الصمت الطويل صور متشابهة ينسج كل طرف عليها مقاربه... لتخرج الصور في قوالب متعددة وقراءات مختلفة... كرس في احد جوانبها اصرار علي التحدي و المضي في خيار الصمود حتي تتحقق المطالب، مما يبرز خطورة مصاعب المؤسسات علي السلم الأهلي وضرورة التعاطي معها بحذر.

وشروط أعمال نظام التسوية القضائية هي :

- ممارسة مؤسسة في مفهوم المادة 1268 من المدونة التجارية، لنشاط تجاري أو صناعي أو حرفي وفق مقتضيات المادة 1289، ما يعني أن نظام التسوية القضائية يستفيد منه كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاطي نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا. هذا مع ملاحظة ارتباط برامج التسوية القضائية الإنقاذية بتوفر جملة من المعطيات و الوثائق الموضحة لأوضاع المؤسسات المعنية ، مما يعني التساؤل عما إذا كانت أحكام المدونة التجارية تنطبق علي كل المؤسسات التي تتعاطي نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا بغض النظر عن الهيكل الذي يسيرها أو طرق التصرف التي تتبعها، أم أن نظام التسوية القضائية لا ينطبق إلا علي المؤسسات المهيكلة، التي لها طرق تصرف واضحة يمكن الرجوع إليها لتقويم أوضاعها⁽¹⁾. ونحن نري أن نظام التسوية القضائية لا يستفيد منه إلا المؤسسات التي لها هيكل تسيير معينة و تلك التي تتوفر علي عناصر حسابية لتأتي معاينة وضعها المالي و الاجتماعي.

- وجود المؤسسة علي النحو السالف في وضع اقتصادي صعب ، ذلك أن المؤسسة في حياتها تعترضها عدة صعوبات اقتصادية تؤثر علي نشاطها و عمالها و دائئها، لذا أعطاهها المشرع طابعا موضوعيا خاضعا لتقدير المحكمة ، وبالنظر إلي أن فكرة الصعوبات الاقتصادية فكرة اقتصادية و فنية أكثر منها قانونية زودت المدونة التجارية القاضي ببعض المعايير (ا) و الوسائل المساعدة (ب) دعما لاجتهاده في تحديده الصعوبات الاقتصادية .

ا - المعايير :

لقد بينت المدونة التجارية الموريتانية معايير تساعد علي تحديد الصعوبات الاقتصادية منها نذكر :

- خسارة ثلث رأس المال (انظر المادة 1271 من المدونة التجارية الموريتانية) وهو مؤشر دال علي ظهور صعوبات مستقبلية ، قد يعسر حلها إن لم تتخذ الإجراءات المناسبة ، ذلك أن الواقع الموريتاني أظهر أن أغلب المؤسسات لا تتجاوز فيها نسبة التمويل الذاتي 30 بالمائة من رأس مالها⁽²⁾ .

فتولد المؤسسة وهي مدينة بثلاثي رأس مالها ، لذلك يكون من الطبيعي أن تقع كل مؤسسة تخسر كامل تمويلها الذاتي في صعوبة اقتصادية منذرة بالخطر ، لما ينشأ عن ذلك من نقص في التمويل و ارتفاع في التكاليف ، تكاليف رأس المال المثقل بالفوائض وخدمات الدين ، ومن شأن كل ذلك أن يفضي إلي انهيار المؤسسة و توقفها عن النشاط.

لكن تساؤلا يثار حول رأس المال الذي عنت المادة: 1271 ، أهو رأس المال الذي تأسست به الشركة وهذا ما نراه ، أم رأس المال المكتسب.

- عدم الوفاء بالديون العمومية انظر المواد : 1272 و 1273 و 1274 من المدونة التجارية الموريتانية .

ب - الوسائل المساعدة :

وقد بينت مدونة التجارة الموريتانية وسائل تساعد علي تحديد صعوبات المؤسسة أهمها :

(¹) راجع : القاضي مبروك بنموسي دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الخاص (مرجع سبق ذكره) ص : 373
(²) - راجع الحكم رقم 2012/25 الصادر عن المحكمة التجارية بولاية نواكشوط في القضية رقم : 2012/46 بتاريخ 2012/03/08 .

- الاسترشاد قصد معرفة و وضع المؤسسة الاقتصادي من مسيرها ، وفي هذا السياق كانت المحكمة التجارية بنواكشوط حريصة علي الاستماع للمسير في غرفة مشورتها قبل اتخاذ الإجراء اللازم⁽¹⁾.

- الاختبار من خلال الاستعانة بخبير للتحقق من وضعية المؤسسة .

2 - الحلول واجبة الإلتباع :

إن الحلول واجبة الإلتباع يجسدها مخطط استمرار نشاط المؤسسة و تصفية الخصوم و الحفاظ علي استقرار الشغل (انظر المادة 1304 من المدونة التجارية الموريتانية).

لذا وضعت مدونة التجارة مجموعة التزامات حين حصر مخطط الاستمرارية ، وذلك بهدف تأمين مصالح الأطراف و المؤسسة من خلال وضع إجراءات صارمة علي المؤسسة موضوع التسوية القضائية حين الإخلال بها تقيد تصرفات الشركة حيث يمكن للدائن طلب فسخ هذا المخطط .

فالواجب و الحالة هذه أن تبرهن المؤسسة علي حسن نيتها وتبذل كل طاقاتها سبيلا لتنفيذ الجانب الأكبر من مخطط الاستمرارية الذي حصرتة المحكمة⁽²⁾ .

المبحث الثالث - مآلات التسوية القضائية وفقا للمدونة التجارية الموريتانية :

عملا بأحكام المادة 1314 من المدونة التجارية الموريتانية تقرر المحكمة نهاية المطاف إما : 1- استمرار قيام المؤسسة بنشاطها ، أو ، 2- التنازل عنها ، أو، 3- تصفيتها القضائية كل ذلك بناء علي تقرير أمين التفلسة و بعد الاستماع للملاحظات و أفكار رئيس المؤسسة و مندوبي العمال .

1- استمرارية المؤسسة :

ويتم تبني هذا الحل متى كانت هناك إمكانيات جدية لتسوية وضعها وسداد خصومها وذلك مراعاة لمخطط التسوية ، وخلال فترة استمرارية المؤسسة يمكن المحكمة أن تقرر عدم إمكانية التنازل عن الأموال التي تعتبرها ضرورية لإستمرار المؤسسة ، دون ترخيص منها وذلك لمدة تحددها المحكمة ، ويبطل كل عقد أبرم خرقا لهذه القاعدة ، بطلب من كل ذي مصلحة خلال ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام العقد أو نشره (انظر المادة 1318 من المدونة التجارية الموريتانية).

هذا مع ملاحظة أنه إذا لم تنفذ المؤسسة التزاماتها المحددة في المخطط يمكن المحكمة أن تقضي تلقائيا أو بناء علي طلب من أحد الدائنين وبعد سماع السينديك بفسخ مخطط الاستمرارية .

(1) انظر حكمها سالف الذكر صفحته الثالثة .

(2) راجع : الحكم عدد 2003/079 المؤرخ في 2003/12/17 بشأن الملف رقم 99/26/5 المحكمة التجارية بالرباط ، منشور في سلسلة القانون و الممارسة القضائية العدد : 5، 2005.

2 - التنازل :

عملا بمقتضيات المادة 1321 وما بعدها من مدونة التجارة الموريتانية ، يهدف التنازل إلي الإبقاء علي النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل مع المحافظة علي كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط و إبراء ذمة المؤسسة من الخصوم و يكون التنازل إما كلياً أو جزئياً .

مع ملاحظة أن للمحكمة أن تختار الغرض الذي يمكن و في أحسن الظروف من ضمان استمرار أطول للتشغيل المتعلق بموضوع التنازل و أداء مستحقات الدائنين (انظر المادة 1329 من المدونة التجارية الموريتانية).

ولا يمكن للمتنازل له أن يتنازل عن الأموال ما لم يدفع ثمن التنازل كاملاً ، وذلك باستثناء المخزونات .

ويوزع أمين التفلسة ثمن التنازل بين الدائنين حسب مراتبهم .

3 - التصفية القضائية :

إن مسطرة التصفية القضائية تطبق على المؤسسات الميؤوس من وضعيتها ، لكونها مختلة بشكل لا رجعة فيه ، و تعد الخيار النهائي للمحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة .

وافتح إجراءات التسوية القضائية يخضع لشروط وينتج آثاراً منصوص عليها في المدونة التجارية⁽¹⁾ فلا يمكن أن يخضع كل شخص مهما كان لهذه الإجراءات إلا بتوافر شروط موضوعية منصوص عليها في القانون المذكور أعلاه وبعض النصوص الأخرى كالقانون المتعلق بالحرف ، كما أن افتتاح هذه الإجراءات يتطلب شروطاً شكلية صارمة⁽²⁾.

خاتمة :

من خلال هذا المقال رصدنا اتجاه المشرع التجاري الموريتاني في سياق التسوية القضائية إلي الأخذ بعين الاعتبار كل المعاملات المالية للمؤسسة - موضوع التسوية القضائية - إذ هو مسكون بجوهر المسطرة الاقتصادي حريص و لو نظرياً علي الإبقاء علي المؤسسة .

و صفوة القول إن هذه الدراسة لا تستهدف سرد المقتضيات المتعلقة بمرحلة التسوية القضائية، أو حسم النقاش القديم الجديد حول تمكين المحاكم التجارية من التطبيق السليم لمقتضيات الكتاب السادس، وإنما الهاجس المحوري هو الوقوف عند ما جد واستجد من مقتضيات مسطرية خرج بها المشرع عما هو معمول به في القواعد العامة، وعليه فإن الإشكالية المحورية في هذا البحث تتمحور حول التساؤل عن الإجراءات المسطرية التي وضعها المشرع بمناسبة افتتاح مسطرة التسوية القضائية و سيرها أمام المحكمة التجارية ، وهل استطاع المشرع أن يحقق الاستقلالية على مستوى الإجراءات المسطرية المقررة في مسطرة التسوية القضائية عن تلك المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية و التجارية و الإدارية ؟ .

(¹) انظر تلك الضوابط كما أشار إليها الحكم رقم 2012/25 الصادر عن المحكمة التجارية بولاية نواكشوط في القضية رقم : 2012/46 بتاريخ 2012/03/08 (سبقت الإشارة إليه) والتي من أهمها : - التوقف عن الدفع ، حيث بين ذلك الحكم أنه حالة واقعية تثبت بجميع الوسائل وتقدرها المحكمة انطلاقاً مما له أصل ثابتة في الملف .

(²) راجع : أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، المغرب 2000 م.

وبذلك يكون المشرع قد أحدث تغييرا جذريا على الطبيعة القانونية التقليدية لنظام الإفلاس وعلى أهدافه، مرجحا المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للدائنين ومغلبا الطابع الاقتصادي والاجتماعي على الطابع القانوني، وذلك من أجل خلق توازن بين إنقاذ المؤسسة وحمايتها باعتبارها فاعل اقتصادي تجب المحافظة علي استمراره من جهة، ومن أجل إيفاء حقوق الدائنين من جهة أخرى (1).

وقد أنط المشرع التجاري الموريتاني بالقضاء سلطة واسعة في سير المساطر الجماعية لما يعرفه من ضمانات الاستقلال والتجرد وعلى أساس أن هذه المساطر تجمع في إطارها مصالح متعارضة يصعب التوفيق بينها دون تدخل سلطة محايدة تتمثل في المحكمة التجارية، ومعنى ذلك أن القضاء أصبح له دور جديد في تأطير الخصومة، إذ لم يعد دوره يقتصر على البت في المنازعات وإصدار الأحكام والإشراف على تنفيذها، بل أصبح يتمتع بدور اقتصادي هام يتمثل في مراقبة المؤسسات والبحث لها عن حلول لمشاكلها قصد معالجتها من الصعوبات التي تعترضها لإبقائها على قيد الحياة داخل النسيج الاقتصادي، أو الحكم بتصفيته إذا كانت وضعيتها ميئوس منها، وقد اطلعت المحكمة التجارية بنواكشوط، كما يتضح من أحكامها، بهذا الدور.

(1) انظر : الأستاذة سمية حامدي، إشكالات تحصيل الدين العمومي، صعوبة المقابلة نموذجا (مرجع سبق ذكره) ص : 175 .

المخاطر في المصارف الإسلامية



فضيلة الدكتور محمد الأمين ولد بابيه

أستاذ الاقتصاد بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية - جامعة نواكشوط - موريتانيا

لقد أدت الأزمات المتكررة في النظام الرأسمالي إلى الاهتمام بالمصارف بصفة عامة والمصارف الإسلامية بوجه خاص ، وذلك لكون المصارف معنية قبل غيرها بهذه الأزمات نظرا لكونها كيانا اقتصاديا تختلف طبيعة نشاطاتها عن غيرها من الكيانات الاقتصادية الأخرى حيث أنها تعتمد في نشاطها على نوعين من الموارد :

- الموارد الذاتية ، والتي تشمل كافة حقوق الملكية ؛

- الموارد الخارجية، سواء كانت على شكل ودائع من العملاء، أو قروض متوسطة أو طويلة الأجل من الغير بالنسبة للمصارف التقليدية، أو على شكل حسابات استثمارية بمختلف أشكالها بالنسبة للمصارف الإسلامية.

ونظرا لذلك فإن للمصارف أهمية ودورا كبيرين في الاقتصاد والمجتمع، كما أن المخاطر التي تتعرض لها تنعكس على الحياة الاقتصادية وعلى ظروف عدد كبير من أفراد المجتمع .

من هنا تأتي أهمية دراسة المخاطر البنكية وخصوصا في المصارف الإسلامية التي تشهد صناعتها المصرفية تناميا ملحوظا بحيث أصبحت تحتل حيزا مهما في العمل المصرفي في الكثير من الدول.

وتعرف الصناعة المصرفية بأنها فن التعامل مع المخاطر وليس تجنبها، وذلك ما جعلها تخضع لسلطة رقابة تمثل صمام الأمان، الذي يجنب المصارف الوقوع في أية أزمات مالية.

ويهدف هذا البحث إلي التعرف علي البنوك الإسلامية ومنتجاتها والمخاطر التي تتعرض لها من خلال ممارستها اليومية لنشاطها. وفي إطار الهدف السابق يمكن طرح التساؤلين التاليين :

ما هي أهم المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات المصرفية الإسلامية؟.

ما هي أهم الفوارق بين المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية؟.

وللإجابة علي التساؤلين السابقين يمكن تقسيم البحث إلي محورين علي النحو التالي :

المحور الأول : أهمية المصارف الإسلامية ومصادر تمويلها.

المحور الثاني : المخاطر التي تتعرض لها المصارف الإسلامية.

المحور الأول : أهمية المصارف الإسلامية ومصادر تمويلها :

يمكن تقسيم هذا المحور إلي ما يلي :

أولاً : أهمية البنوك الإسلامية :

المصارف الإسلامية هي تلك المؤسسات التي يرخص لها بممارسة الأعمال المصرفية بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها⁽¹⁾، وهي كذلك مؤسسة مالية مصرفية تستمد مقومات وجودها من مبادئ الاقتصاد الإسلامي، وتقوم بتجميع الأموال واستثمارها والقيام بالخدمات المصرفية في نطاق الشريعة الإسلامية، وذلك بهدف تحقيق عائد مناسب للمساهمين وأصحاب الحسابات الاستثمارية بالإضافة إلي تحقيق غايات اجتماعية وتكافلية لبناء المجتمع المسلم.

ولذلك زادت المناعة التي أظهرتها المصارف الإسلامية، وفي وجه الأزمات العاصفة زادت من اهتمام الغرب عموماً والأوروبيين خصوصاً، بالنظام المصرفي الإسلامي، لاسيما وأنهم كانوا حتى وقت قريب، يستغربون تأسيس هذه المصارف، وهكذا سارعت المصارف السويسرية والأمريكية والبريطانية، إلى توسيع دائرة خدماتها المالية الإسلامية.⁽²⁾

ولقد أدت الأزمة المالية التي يشهدها الاقتصاد العالمي منذ فترة و التي باتت تهدد بانهيار النظام الرأسمالي بالبنوك الغربية إلى التوجه نحو التخلي التدريجي عن تجميع الأرباح من، حيث أصبح البعض يرى أنه للخروج من الأزمة ينبغي إتباع أمرين :

- تعديل معدل الفائدة إلى حدود الصفر ؛

- مراجعة معدل الضريبة إلى ما يقارب 2 %.

وهي أمور تتطابق مع إلغاء الربا ونسبة الزكاة في النظام الإسلامي.⁽³⁾

ولقد نجم عن ذلك الاهتمام أن وصل عدد المؤسسات المالية الإسلامية إلى قرابة 300 مؤسسة، مابين بنوك تجارية وشركات استثمار وتأمين، وتتنوع هذه المؤسسات في نحو 75 دولة، وتنمو في العالم بمعدل 15 % إلى 20 % سنوياً.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ المجلس العام للبنوك والمؤسسات الإسلامية، القانون النموذجي للعمل المصرفي الإسلامي، المادة الرابعة، البحرين 2013 ، ص 3 ،

⁽²⁾ جوردون براوين، رئيس الوزراء البريطاني، نقلا عن مجلة بنك البحرين الإسلامي.

⁽³⁾ موريس آلي ، الاقتصادي الفرنسي، المرجع السابق.

⁽⁴⁾ المجلة العلمية الإسلامية، المفيد بنك البحرين الإسلامي، البحرين 2012، ص 13.

إن مسؤولية الوضع الطارئ في الاقتصاد العالمي الذي نعيشه اليوم، ناتج عن الفساد المستشري والمضاربات التي تتحكم في السوق، التي أدت إلى مضاعفة الآثار الاقتصادية، وإن التوازن الاقتصادي يمكن التوصل إليه بفضل التمويل الإسلامي، بعد تحطيم التصنيف الغربي الذي يشبه الاقتصاد الإسلامي بالإرهاب.(1)

وقد تقوم التعليمات الأخلاقية التي تركز عليها المالية الإسلامية، بتقريب البنوك إلى عملائها بشكل أكثر من ذي قبل، فضلا على أن هذه المبادئ قد تجعل هذه البنوك تتحلى بالروح الحقيقية المفترض وجودها بين كل مؤسسة تقدم خدمات مالية.(2)

إن الاقتصاد الإسلامي والصيرفة الإسلامية بشكل خاص تشهد اليوم تطورا ملموسا ونموا ملحوظا، زاد من تأثيرها وتوجه الناس إليها ووعيهم بأهدافها وغاياتها ومقاصدها وفهمهم لها كنظام لم ينشئه بشر، بل هو نظام رباني بعمومه وقواعده وأسسها.

ثانيا: المخاطر في البنوك:

المخاطر هي احتمالية التعرض إلى خسائر غير متوقعة وغير مخطط لها، نتيجة تذبذب العائد المتوقع على استثمار معين، أي هي انحراف الأرقام الفعلية عن الأرقام المتوقعة.(3) كما تعرف بأنها احتمالية الخسارة من قبل المستثمر (4)

وقد عرفت لجنة التنظيم المصرفي في إدارة المخاطر المنبثقة عن هيئة قطاع المصارف في الولايات المتحدة الأمريكية بأنها " احتمالية حصول الخسارة، إما بشكل مباشر من خلال خسائر في نتائج الأعمال، أو خسائر في رأس المال، أو بشكل غير مباشر، من خلال وجود قيود تحد من قدرة المصرف على الاستمرار في تقديم أعماله وممارسة نشاطاته من جهة، وتحد من قدرته على استغلال الفرص المتاحة في بيئة العمل المصرفي من جهة أخرى.(5)

وعرفها معهد المدققين الداخليين الأمريكيين بأنها: مفهوم يستخدم لقياس حالات عدم التأكد في عمليات التشغيل والتي تؤثر على قدرة المؤسسة في تحقيق أهدافها، ويمكن أن يكون الأثر سلبيا فيطلق عليه خطر، أما إذا كان إيجابيا فيطلق عليه فرصة.(6)

كما سبق يتضح أن القاسم المشترك لمصطلح المخاطر هو حالة التأكد وعدم معرفة المحصلة النهائية لأعمال المؤسسة المالية.

ولذلك يمكن القول بأنها احتمالية تعرض المصرف لخسارة مباشرة أو غير مباشرة، تؤدي لانحراف الأرقام الفعلية عن الأرقام المتوقعة، وبالتالي عدم قدرة المصرف على الاستمرار في تقديم أعماله أو استغلال الفرص المتاحة.

إن تعدد الأزمات المالية والمصرفية قد استدعى من الدول المتقدمة التفكير في إيجاد آلية تساعد في هذه الأزمات، وهو ما أدى إلى إنشاء لجنة بازل عام 1974.

¹ الباحثة الإيطالية (لورينا نابليونى) في كتابها (الاقتصاد أين اوى)، روما 2012.

² مجلة الفاتيكان (أوسيرفاتور رومانو) ، روما 2012.

³ Dossam, Marks (1998), introduction to Risk Management and insurance 6 th – 10 ED, Prentica Hall

⁴ السامرائي سعيد عبودة، القاموس الاقتصادي الحديث، ط1، بغداد، مطبعة المصارف، 1980، ص 244.

⁵ the financial Services Roud Table , Guiding principles in risk management for U.S.12 Commercial Banks 99.

⁶ carry Bahader , Risk- Bazed internal, Auditing mai 2002-2003.

وتهدف اللجنة في إطار مواجهة المخاطر إلى تحسين مفهوم ونوعية الرقابة المصرفية عالمياً، وإن كانت اللجنة لا تملك أي سلطة رقابية، وليس لقراراتها الصفة القانونية، لكنها تعمل على تعميم معايير وإرشادات لأفضل الممارسات على المستوى الرقابي.(1)

وتنقسم المخاطر بصفة عامة إلى مخاطر مالية وغير مالية :

1 - المخاطر المالية :

أ - مخاطر السوق : وهي المخاطر الناشئة عن التغيرات في ظروف السوق، ولذلك فإن مصدرها الأدوات والأصول التي يتم تداولها في السوق ويتضمن ذلك على سبيل المثال :

- مخاطر أسعار الفائدة : وتمثل الخسائر الناتجة عن تقلب أسعار الفائدة في الأسواق أو الناتجة عن التغير في أسعار المنتجات الناشئة عن التغير في أسعار الفائدة.(2)

- مخاطر أسعار العملة : وتمثل الخسائر الناتجة عن تقلبات أسعار العملات الأجنبية والمتعلقة بموجودات والتزامات البنك.(3)

ب - مخاطر الائتمان : وهي احتمال إخفاق عملاء المصرف المقترضين بالوفاء بالتزاماتهم تجاه المصرف، وذلك عند استحقاق هذه الالتزامات، أو عدم السداد حسب الشروط المتفق عليها، أي أن هذه المخاطر مرتبطة بالطرف المقابل في العقد، من حيث قدرته على سداد التزاماته تجاه المصرف في الموعد المحدد.

ج - مخاطر السيولة : وهي المخاطر الناتجة عن عدم قدرة المصرف على الوفاء بالتزاماته عندما تستحق الأداء، من خلال توفير الأموال اللازمة لذلك، دون تحمل خسائر غير مقبولة، بمعنى آخر عدم كفاية السيولة لمتطلبات التشغيل العادية.

وقد تكون نتيجة الصعوبة في الحصول على السيولة بتكلفة معقولة عن طريق الاقتراض، أو عدم القدرة على تسهيل الأصول.

2 - المخاطر غير المالية :

أ - مخاطر التشغيل : هي مفهوم عام وربما تكون نتيجة الأخطاء البشرية أو الفنية أو الحوادث، وهي مخاطر الخسارة المباشرة وغير المباشرة الناتجة عن عوامل داخلية أو خارجية (4)، ولذلك فإن المخاطر التشغيلية يمكن أن تندرج تحتها تحتها المخاطر التالية:

- المخاطر القانونية : عدم احترام النظم والترتيبات المعمول بها وما يترتب على ذلك من مخاطر.

(1) إبراهيم محمد، المفيد في المعاملات المالية الإسلامية، مجلة بنك البحرين الإسلامي، البحرين 2013، ص 12.

(2) الرمحي زاهر عطا، تطور أسلوب التدقيق المبني على المخاطر، أطروحة دكتورة، كلية الاقتصاد، جامعة عمان 2011، ص 22

(3) الرمحي زاهر مصطفى، المصدر السابق، ص 23 .

(4) خان طازق الله واحمد حبيب، إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، ورقة مناسبات، رقم 5، جدة، السعودية، البنك الإسلامي للتنمية، الرياض 2005، ص 21 .

- مخاطر السمعة : وهي المخاطر الناشئة عن توفر انطباع سلبي عن المصرف، وقد يؤدي ذلك إلى تحول العملاء إلى البنوك المنافسة، أما أسباب حدوث هذا الانطباع فقد تكون من :
تصرفات موظفي المصرف.

عدم خدمة العملاء بالجودة والسرعة المطلوبة.

عدم التزام المصرف الإسلامي بالقواعد الشرعية.

ثالثا : مصادر الأموال في المصارف الإسلامية :

تقسم مصادر الأموال في المصارف الإسلامية، إلى مصدرين هما : (1)

1 - المصادر الداخلية وتشمل :

أ- رأس المال : حيث يعد رأس المال بالنسبة للبنوك هو صمام الأمان لامتناع الخسائر غير المتوقعة، ورأس المال هو الأموال التي يحصل عليها البنك من المساهمين، وتشكل عادة نسبة ضئيلة من مصادر أموال البنك لأن الحجم الأكبر من مصادر الأموال تأتي عن طريق الإيداع بأشكاله المختلفة.

ب - الاحتياطات : وهي المبالغ المقتطعة من الأرباح الصافية على شكل احتياطي إجباري، اختياري أو عام أو خاص بهدف تدعيم المركز المالي للبنك. 2 .

وتقوم البنوك الإسلامية بتكوين الاحتياطات المختلفة لدعم مراكزها المالية والحفاظ على سلامة رأس مالها، والحفاظ على ثبات قيمة ودائعها وموازنة أرباحها.

ج - الأرباح المحتجزة : وهي الأرباح التي يتم احتجازها لإعادة استخدامها بعد ذلك لدعم المركز المالي للبنك. (3)

2 - المصادر الجارية : تعد الحسابات هي أهم مصادر الأموال الخارجية وتنقسم إلى :

أ - الحسابات الجارية :

وهي الحسابات التي يحق لصاحبها السحب والإيداع منها في أي وقت، ولا يستحق أي ربح ولا يتحمل أية خسارة، ويلتزم المصرف بدفع الرصيد كاملا للمتعامل عند طلبه، وهي إذا الحسابات الدائنة الجاهزة للسحب والإيداع بدون قيد ولا شرط، وهي تمثل سندا هاما لنشاط المصرف، وذلك بإتاحة التمويل قصير الأجل، وعنصرها هاما من عناصر السيولة. ويسمح المصرف الإسلامي لأصحابها بالحصول على قروض حسنة، والربح كله ملكا للبنك، لكن عليه الضمان.

¹ البنك الإسلامي الأردني، قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، ط2 ، رقم 13 ، عمان 2001، ص 40.

² غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامي، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، جدة 2003 ، ص 389

³ المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعايير كفاية رأس المال، مرجع سابق، ص 58.

أما بالنسبة للتخريج الشرعي للحسابات الجارية، فحسب القاعدة الشرعية " الخراج بالضمان" (1)، أي أن المصرف يضمن رأس مال الوديعة مع السماح لصاحبها بسحبها متى شاء، وفي أي وقت مقابل أن أي إيرادات تتحقق من استثمار الوديعة هي من حق المصرف.

ب - الحسابات الاستثمارية وتنقسم إلى :

- حسابات استثمارية مطلقة: وهي الحسابات التي يعطي أصحابها الحق للبنك في استثمارها على أساس عقد المضاربة على الوجه الذي يراه مناسبا، دون تقييدهم له باستثمارها بنفسه، أو في مشروع معين، أو لغرض معين، أو بكيفية معينة، كما أنهم يأذنون له بخلطها بأمواله الذاتية (حقوق الملكية) أو الأموال التي له حق التصرف المطلق فيها (الحسابات الجارية أو أي أموال أخرى تسلمها البنك على غير أساس عقد المضاربة).

وقد اختلف الفقهاء في جواز خلط مال المضاربة، سواء خلط مال أرباب الأموال أنفسهم أو خلط أموال المستثمرين بأموال المضارب.

وهذه المسألة في غاية الأهمية بسبب قيام البنوك الإسلامية بخلط أموال المضاربة مع بعضها البعض ومع أموال المساهمين، مما يؤثر بشكل مباشر في عملية قياس وتوزيع الربح بين أطراف عقد المضاربة.

ومع اختلاف الفقهاء في جواز خلط مال المضاربة بمال المضارب أو بأموال مضاربين آخرين، إلا أن الراجح هو أن المضارب لا يملك الخلط بمطلق العقد، لأن ذلك كما قال الكاساني يوجب في مال المضاربة حقا لغيره، ولا يجوز إيجاد حق في مال أحد بغير إذنه، وأنه يملك الخلط بالتفويض العام كقول رب المال للمضارب: اعمل برأيك أو بما أراك الله ولا يحتاج إلى الإذن الصريح بذلك، لأن التفويض ينصرف إلى ما هو متعارف بين التجار. وفيه مصلحة للمضاربة. (2)

و تعود نتائج الاستثمار لهذه الحسابات المطلقة على مجموع المشاركين فيها بالمال أو بالجهد، وتسمى أحيانا الوديعة مع التعويض.

- حسابات الاستثمار المقيدة: وهي الحسابات التي يعطي أصحابها الحق للبنك في استثمارها على أساس عقد المضاربة أو عقد الوكالة بالاستثمار وبقيدون البنك ببعض الشروط كأن تستثمرها في مشروع معين، أو أن لا يخلطها بأمواله.

ويتضح من خلال طبيعة المعاملات المتقدمة أن البنوك التي تستخدمها تكون عرضة لبعض المخاطر الناجمة عن عمليات الإيداع والاقتراض، وهو ما سيتم تناوله فيما يلي :

(1) ابن عبد البر 6 / 428 .

(2) القضاة زكريا، السلم والمضاربة، ط1، دار الفكر للنشر، عمان 1984 . ص 329 .

المحور الثاني : المخاطر التي تتعرض لها المصارف الإسلامية :

يمكن تقسيم هذا المحور إلى ما يلي :

أولاً : المخاطر التي يتعرض لها رأس مال المصرف نتيجة قبوله حسابات الاستثمار :

تنقسم هذه المخاطر إلى ما يلي :

- مخاطر إساءة الائتمان : فلو قامت إدارة المصرف بالتصرف بشكل مخالف لنصوص عقد الاستثمار، أو ارتكبت مخالفة، فإن المصرف يكون مسؤولاً عن الخسائر التي تتعرض لها هذه الأموال.

- المخاطر التجارية المنقولة،⁽¹⁾ وهي أن المصرف معرض لأن يجد نفسه تحت ضغوط تجارية، مضطراً لدفع معدل عائد واف لأصحاب حسابات الاستثمار بما يؤدي إلى إقناعهم بالاستمرار في استثمار أموالهم لدى المصرف بدلا من سحبها واستثمارها في مكان آخر. وإذا كان معدل العائد المطلوب أعلى من معدل العائد الذي سيدفعه المصرف بموجب الشروط العادية التي يتضمنها عقد الاستثمار، فإن المصرف قد يتعرض لضغوط لتخلي عن جزء من حصته في الربح الذي يكون في الأموال العادية، من حق مساهمي المصرف، وربما يؤدي امتناع المصرف عن جزء من حصته من الربح إلى سحبيات للأموال بحجم كبير من قبل المستثمرين مما قد يعرض مركز المصرف التجاري للمخاطرة.

وعليه فإن جزءاً من المخاطرة التجارية المتعلقة بالعوائد المنسوبة إلى حسابات الاستثمار، يتم في الواقع تحويله إلى أموال المساهمين أو رأس مال المصرف، ويبدو من الناحية المنطقية أنه بالإضافة إلى المخاطرة الاستثمارية، فإن المخاطرة التجارية المنقولة لها أيضاً آثار بالنسبة لكفاية رأس مال المصرف، وبالتالي تكون لها آثار إضافية على جزء من الموجودات الموزونة حسب درجة مخاطرتها التي يتم تمويلها من حسابات الاستثمار التي يجب أن يشملها مقام النسبة.

ثانياً : مخاطر الائتمان :

تنشأ مخاطر الائتمان في التمويل الإسلامي من :

. الذمم المدينة لعقود المراجعة؛

. المضاربة؛

. مخاطر الأطراف المتعامل معها في عقود السلم؛

. الذمم والأطراف المتعامل معها في عقود الاستصناع؛

. الصكوك التي يتم الاحتفاظ بها حتى تواريخ استحقاقها في السجل المصرفي.

⁽¹⁾ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسة المالية: بيان عن الغرض من نسبة كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية وكيفية حسابها، المنامة، البحرين، آذار 1999 ، ص 9.

1- المراجعة :

أ- المراجعة البسيطة: وهي التي يقوم المصرف بشراء سلعة بقصد إعادة بيعها دون أن يكون هناك طرف آخر أمره بشرائها.

ولذلك فإن السلعة تبقى في حوزة المصرف حين توفر من يشتري (هذه السلعة + ربح محدد)، وبعد البيع تتحول العلاقة مع المشتري إلى علاقة دائن بمدين، ولذلك فإن تطبيق هذه الصيغة يمر بمرحلتين :

- المرحلة الأولى : اقتناء المصرف للسلعة لعرضها للبيع، وبالتالي تعامل السلعة على أنها مخزون للبنك، وتعرض هنا لمخاطر تغلب الأسعار (مخاطر السوق).

- المرحلة الثانية : وهي المتعلقة ببيع السلعة مراجعة للمشتري بالأجل، وفي هذه الحالة قد لا يستطيع المصرف تحصيل الدين القائم على المشتري، وهو ما يعرف بمخاطر عدم دفع الطرف الآخر أي مخاطر الائتمان.

ب - المراجعة للآمر بالشراء مع الوعد الملزم وهي قد تعرض المصرف لمخاطر منها :

- عدم دفع الأمر بالشراء للدين المترتب عليه، وبالتالي يتعرض المصرف لمخاطر الائتمان.

. الأخطاء البشرية أو الفنية المتعلقة بالمصرف نفسه.

أما المراجعة للآمر بالشراء مع الوعد غير الملزم فتعرض المصرف للمخاطر التالية :

- احتمال امتناع الأمر بالشراء من شراء السلع وبالتالي يدخل المصرف في خطر تغير سعر السلعة (خطر السوق)؛

- عدم تسديد الأمر بالشراء الذي اشترى السلعة فعلا للدين الحال عليه، وندخل هنا في مخاطر الائتمان.

- التعرض لبعض المخاطر التشغيلية الأخرى.

2. الاستصناع والاستصناع الموازي :

وهو اتفاق بين المصرف وطالب شراء الأصل على بيع أو شراء أصل لم تتم صناعته بعد، على أن تتم وفقا لمواصفات المشتري النهائي، وتسليمه له في تاريخ مستقبلي محدد وبسعر بيع محدد سلفا. وللمصرف الإسلامي الخيار في صناعة أو بناء الأصل بنفسه، أو أن يقوم بعقد اتفاق مع طرف آخر غير المشتري النهائي ليقوم بصناعته بنفس المواصفات المطلوبة على أن يحدد موعد التسليم قبل الموعد المحدد لتسليم الأصل للمشتري النهائي، وهو ينقسم إلى حالتين:

- الحالة الأولى : عقد استصناع بدون استصناع موازي، حيث يتعرض المصرف لاحتمالية تغير أسعار المواد الخام الداخلة في عملية صناعة أو بناء الأصل المطلوب، وهو ما يدخل في مخاطر السوق.

وبعد الانتهاء من الصناعة وتسليمها لطالبتها، فإنه قد يمتنع عن تسديد ما يستحق عليه وهنا ندخل في مخاطر الائتمان، أما مخاطر التشغيل فإن المصرف قد يتعرض لها من خلال، إما أخطاء في تقدير كلفة الأصل أو أخطاء في عملية التصنيع.(1)

- الحالة الثانية : عقد استصناع مع عقد استصناع موازي : في هذه الحالة يقوم المصرف بإبرام عقد الاستصناع بعقد اتفاق آخر مع طرف آخر لصناعة الأصل المطلوب، بموجب عقد استصناع موازي وبنفس المواصفات، أي أنه قام بتثبيت تكلفة صناعة الأصل المطلوب مع تثبيت سعر بيعه، ولذلك فإن مخاطر التغير في أسعار المواد المستخدمة في التصنيع ليست من مسؤولية المصرف، لكنه يبقى عرضة لمخاطر عدم تسليم الأصل المطلوب من قبل البائع في عقد الاستصناع الموازي، حسب الشروط والمواصفات المطلوبة، وهذا يعد ضمن مخاطر الائتمان، بالإضافة إلى أن هناك احتمال لعدم قدرة طالب الأصل على تسديد الدفعات المطلوبة منه، وبالتالي التعرض لمخاطر الائتمان .

وفي حالة أي أخطاء أو تقصير من قبل المصرف في العقدين، فإن هذا يدخل ضمن مخاطر التشغيل.

3 . عقد المضاربة : هو اتفاق بين المصرف والعميل صاحب الخبرة في مجال معين، يقوم بموجبه المصرف بتقديم رأس المال في مشروع أو نشاط يقوم بإدارته العميل بصفته عاملاً (مضارباً)، ويتم توزيع الأرباح التي يدرها المشروع وفقاً لشروط الاتفاقية.

أما الخسائر فيتحملها المصرف، إلا إذا كانت الخسائر ناتجة عن تعدد أو تقصير من قبل العامل (المضارب).

وهناك نوعان من المضاربة :

أ - المضاربة المقيدة : وهي المضاربة التي يضع المصرف فيها قيوداً على المضارب، من حيث تحديد تجارة محددة أو نشاط محدد.

ب - المضاربة المطلقة : وهي المضاربة التي تطلق يد المضارب في الاستثمار دون قيد.

يتعرض المصرف للمخاطر حسب نوع النشاط الذي سيمارسه المضارب :

- إذا كان النشاط في مشروع تجاري يمارس أعماله في السلع أو الأسهم ، ففي

هذه الحالة سيتعرض لتقلبات أسعار الأسهم أو السلع، مما سيعرضه لمخاطر السوق؛

- أي نشاط آخر سيعرضه للمخاطر التالية :

* عدم دفع العامل لمستحقات المصرف، وتعد مخاطر ائتمان.

* تآكل رأس مال المضاربة.

(1) موسى عمر مبارك، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس المال، المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2012، ص 116.

. في حالة أن المصرف قصر في أي مرحلة من مراحل عقد المضاربة، من حيث عدم اختيار المضارب بشكل جيد، أو أن دراسته الائتمانية لم تكن واضحة، أو لم يتم بعملية التوثيق بشكل جيد فإنه سيتعرض لمخاطر التشغيل.

4. عقد المشاركة: وهي اتفاق بين المصرف والعميل للاشتراك في رأس المال، سواء بنسبة متفاوتة أو متساوية، لإنشاء مشروع جديد أو تطوير مشروع قائم أو صفقة محددة.

ويتم توزيع الأرباح حسب الاتفاق، أما الخسائر فتوزع حسب رأس المال. (1)

أ - المشاركة الدائمة: يتعرض المصرف لعدة أنواع من المخاطر:

* مخاطر تآكل رأس المال، وهي خسارة المبلغ المقدم للمشروع؛

* مخاطر تذبذب العائد؛

* مخاطر السوق في حالة الشركات التجارية.

* مخاطر إدارة المشروع، من قبل الشريك العامل، الذي يدير أعمال الشركة، وبالتالي يتعرض لمخاطر التشغيل.

ب - المشاركة المتناقصة: وهي التي تتم بين المصرف والعميل، ويتضمن الاتفاق وعداً بأن يشتري الشريك نصيب المصرف ويقوم بالدفع في تاريخ أو تواريخ لاحقة، بحيث تؤول ملكية المشروع للشريك. ويعتمد سعر البيع على القيمة العادلة للجزء الذي تم تحويله للشريك في تاريخ كل عملية شراء. (2)

والمخاطر التي يتعرض لها المصرف في هذه الصيغة هي:

- عدم قدرة أو رغبة الشريك بالدفع للمصرف، وهذا يعد مخاطر ائتمان؛

- قد تكون المبالغ القابلة للاستيراد من الشريك أقل من المبلغ المستثمر، وهذا ما يعرف بمخاطر تآكل رأس المال؛

- المخاطر المتعلقة بتقصير المصرف في دراسة المشروع الائتمانية، أو أي أخطاء من قبل المصرف، تعرض المشروع للخسارة، ولذلك سيتعرض لمخاطر تشغيلية.

5. السلم والسلم الموازي: وصورته اتفاق لشراء سلعة معينة ذات مواصفات محددة، ويتم تسليم ثمن السلعة من قبل المصرف عند إبرام عقد السلم، وقد يقوم المصرف بإبرام عقد بيع آخر لطرف آخر يطلب سلعة بنفس المواصفات، وبسعر أعلى دون الإشارة أو الاتفاق على نفس السلعة الأولى، وإلا سيكون من باب بيع السلم فيه قبل قبضه وهذا لا يجوز وسمي هذا العقد بالسلم الموازي.

* مخاطر صيغة السلم:

- يقوم المصرف بتسليم ثمن السلعة المتفق عليه للعميل عند توقيع العقد، في هذه الحالة قد يتعرض المصرف لعدم تسلم السلعة من قبل العميل، وهذا يصنف ضمن مخاطر الائتمان.

(1) مخاطر صيغ التمويل الإسلامي، مصدر سبق ذكره، ص 118 .

(2) نفس المصدر السابق 118.

- في حالة تسلم المصرف السلعة وعدم وجود عقد سلم موازي، فإن المصرف سيتعرض لتقلبات سعر الشراء للسلعة وهذا ما يصنف ضمن مخاطر السوق.

أما إذا كان هناك عقد سلم موازي، فإنه سيحمي المصرف من مخاطر السوق، لأن مشتري السلعة جاهز وبسعر محدد مسبقاً.

- أي أخطاء بشرية أو في الدراسة الائتمانية، تعد من المخاطر التشغيلية بالنسبة للمصرف.

الخاتمة :

لقد زاد الاهتمام بالمصارف الإسلامية بعد حدوث الأزمات المالية المتكررة مما ساهم في انتشارها في العالم، وانطلاقاً مما سبق يمكن التوصل للنتائج التالية:

- صمود المصارف الإسلامية في ظل الأزمات المتعاقبة زاد من اهتمام الغرب بها، مما أدى إلى توسيع دائرة الخدمات المالية الإسلامية لديه.

- دعم منتجات التمويل الإسلامي بواسطة تدابير تتعلق بنظامه الضريبي والرقابي.

- ضرورة إلغاء الربا في المعاملات واستبداله بالصيغ الإسلامية.

- المشكلات التي يعيشها الاقتصاد العالمي ناتجة عن الفساد والمضاربات التي تتحكم في السوق.

- المخاطر المصرفية تنشأ نتيجة انحراف الأرقام الفعلية عن الأرقام المتوقعة.

- يتم تحويل جزء من المخاطر التجارية المتعلقة بالعوائد المنسوبة إلى حسابات الاستثمار إلى أموال المساهمين ورأس مال المصرف.

- يقوم المصرف بإبرام عقد الاستصناع بعد اتفاق مع طرف آخر لصناعة الأصل المطلوب بموجب عقد استصناع موازي وبنفس المواصفات.

- المضاربة المطلقة هي التي تطلق يد المضارب في الاستثمار دون قيد.

- في حالة تقصير المصرف في أي مرحلة من مراحل عقد المضاربة أو لم يتم بعملية التوثيق بشكل جيد فإنه سيتعرض لمخاطر التشغيل.

- يتم توزيع الأرباح في عقد المشاركة حسب الاتفاق، في حين أن الخسائر تتوزع حسب رأس المال.

نأملات على ضوء مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية



من إعداد فضيلة الأستاذة نزهة مسافر

عضوة في جمعية نادي قضاة المغرب

نايبة رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش

شهد التشريع المغربي خلال الأربع سنوات الأخيرة صدور ترسانة غير يسيرة من التشريعات التي حاولت من خلال مضمونها مسايرة ما تضمنه دستور المملكة المؤرخ في فاتح يوليوز 2011¹ من مقتضيات تزيد من تعزيز وضمان الحقوق والحريات، وهو الدستور الذي رفع السقف عاليا في هذا الشأن، في ترجمة منه لالتزام بلادنا ملكا وشعبا بكل ما تنص عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان من مبادئ وأسس، سواء من حيث الحقوق أو الواجبات². حيث إن جلالة الملك محمد السادس أيده الله، ما فتى يولي فائق عنايته لإصلاح منظومة العدالة، إيمانا منه بأن العدل هو قوام دولة الحق والمؤسسات، وهو المحفز للاستثمار والمحقق للتنمية في كافة المجالات³. و عليه، بات الكل يعلم أن الدستور الجديد يعد طفرة نوعية من حيث المقتضيات المتعلقة بالقضاء المغربي وما يمكن أن تخلقه هذه الأخيرة من رقي للسلطة القضائية وجعلها مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتحقيق الضمانات المخولة لاسترجاع الثقة في الجسم القضائي ككل، شريطة تطبيق تلك المقتضيات تطبيقا فعليا و سليما على أرض الواقع⁴.

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور منشور بـ ج.ر.ع 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.

² - يمكن الرجوع في هذا الصدد للخطاب الملكي السامي بتاريخ 09 مارس 2011 والذي أعلن عن مشروع الإصلاح الدستوري.

³ - الخطاب الملكي السامي بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب بتاريخ 20 غشت 2009، والمخصص لموضوع إصلاح القضاء.

⁴ - أنس سعدون: استقلالية السلطة القضائية بالمغرب سنتين بعد الدستور، مقال منشور بجريدة الصباح، العدد 3811 بتاريخ 13 يوليوز 2012.

ومن ضمن مشاريع القوانين التي وضعت لتفعيل المبادئ الدستورية أعلاه، نجد مشروع القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الذي وضع استجابة لمقتضيات الفصل 116 من الدستور في فقرته الرابعة . هذا المجلس الذي يعد هيئة عليا تسهر على استقلال القضاء وتطبيق الضمانات الممنوحة للسادة القضاة¹، و من المعول عليه أن يحقق مجموعة من الأهداف نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

- تسيير الشأن القضائي والإشراف على الإدارة القضائية ومراقبة مدى تخليقها للعمل القضائي بالمحكم .
- تمتعه باستقلال مالي وإداري يضمن عدم تبعيته لأية جهة .
- إحاطته بكل ما يتعلق بالمسار المهني للسادة القضاة .
- ضمانه لمبدأ تكافؤ الفرص وعدم التمييز والمنصفة في تدبير وضعيتهم الفردية.

فهل كان واضعوا المشروع موفقين في جعل مقتضياته تعكس ما سعى إليه الدستور المغربي من إقرار للضمانات المحققة لاستقلال القضاء و بالتالي اعتبار المجلس الاعلى للسلطة القضائية مؤسسة كفيلة بالنهوض بالدور المنوط بها لتكريس سلطة قضائية مستقلة عن باقي السلط ؟ هل كان في مستوى التطلعات المرجوة منه و خاصة تلك التي تسعى إليها مختلف المؤسسات الفاعلة في حقل العدالة للحصول على جسم قضائي سليم ومضطلع بدوره الأساس المتمثل في تحقيق النجاعة القضائية التي يأملها المواطن المغربي؟ وما هي التصورات التي من شأنها جعل المشروع المذكور قريبا من صفة الكمال ومحققا للمأمول منه إذا ما أخذت بعين الاعتبار في هذه المرحلة التي هي مرحلة دراسة أمام قبة البرلمان؟

كلها علامات استفهام سنحاول مقاربتها من خلال التعرض إلى الإيجابيات التي جاء بها مشروع قانون المجلس الاعلى للسلطة القضائية وكذا المآخذ التي اعترته، مع التطرق بشكل مقتضب لمقترحات نادي قضاة المغرب باعتباره جمعية مهنية تعمل في مجال الدفاع عن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة وما يرتبط بذلك من التزامات تملئها المرحلة القضائية الراهنة، والذي كان سباقا لوضع تصورات حول مختلف مشاريع القوانين التي تم تنزيلها خلال الثلاث سنوات الفارطة .

ونشير هنا إلى أن الأمر يتعلق بخامس نسخة من النسخ المعلن عنها، وهي مسالة تحسب للجنة التشريعية التي قامت بسنه، وتعكس الجهود المضنية التي بذلت من لدنها سعيا منها لبلورة قانون يليق بمؤسسة سامية ووازنة في نسيج العدالة ببلادنا .

أولا : ملاحظات شكلية :

على مستوى الشكل : نجد أن هذا المشروع، يتسم بلغة جيدة و تراتبية ممتازة فيما يخص التبويب وتقسيم المواد، وهو يحتوي 112 مادة تم تقسيمها بشكل متوازن وفق ما يلي :

- القسم الاول: أحكام عامة
- القسم الثاني: تأليف المجلس .
- القسم الثالث :تنظيم وسير المجلس .
- القسم الرابع :الاختصاصات المنوطة به .
- القسم الخامس : أحكام انتقالية و مختلفة .

¹ حجبية البخاري: أي توجهات لاصلاح العدالة ؟ قراءة في الملف الطلي لنادي قضاة المغرب، مقال منشور بجريدة الأخبار العدد 290 بتاريخ 25 أكتوبر

وقبل التطرق لقراءة في فحوى المشروع، نشير هنا إلى ملاحظة تتمثل من جهة في طريقة تعاطي الهيآت الحكومية و التشريعية مع هذا القانون، حيث تمت إحالتها للمناقشة أمام البرلمان بمعزل عن مشروع النظام الاساسي للقضاء، مع العلم أنه وثيق الصلة به و كان من الأجدر أن يحالها معا بقصد المناقشة¹، ومن جهة أخرى نجد أنه أحيل رفقة ترسانة مهمة من مشاريع قوانين أخرى، و هو ما سيحرمه حقه في المناقشة بشكل يتناسب و الأهمية التي يكتسيها .

ثانيا : ملاحظات جوهرية :

- من المادة 1 إلى المادة 4 :

تضمنت هذه المواد الأحكام العامة التي تؤطر القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، والتي تستمد أسسها من المبادئ المنصوص عليها في دستور المملكة² والتي يمكن إجمالها في التأكيد على أن السلطة القضائية هي سلطة مستقلة عن التشريعية والتنفيذية وأن جلاله المالك هو الضامن للاستقلال المذكور، إضافة إلى اعتبار المجلس الأعلى للسلطة القضائية هيئة مستقلة متمتعة بالشخصية الاعتبارية و الاستقلالين الاداري والمالي وأن الدولة ملزمة بتوفير كافة الوسائل المادية و البشرية و مقر خاص به كي يتسنى له القيام بالمهام المسندة له .

- من المادة 5 إلى المادة 19 :

تولت هذه المواد مهمة تبيان مكونات المجلس تجسيدا لما نص عليه الدستور المغربي في الفصل 115 منه ، و كل ما يتعلق بالعضوية فيه، و حالات التنافي معها، إذ يتكون المجلس الأعلى للسلطة القضائية من :

- الرئيس الأول لمحكمة النقض ، رئيسا منتدبا .
- الوكيل العام للملك بنفس المحكمة .
- رئيس الغرفة الأولى بنفس المحكمة .
- عشر قضاة منتخبين، أربعة منهم عن محاكم الاستئناف، و ستة عن محاكم أول درجة .
- الوسيط .
- رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان .

- خمس شخصيات يعينها الملك من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى .

والملاحظ في هذه التشكيلة أنها تتسم بالتنوع ولا تقتصر على من يحملون الصفة القضائية، و هذه مسألة جد إيجابية، لكن حبذا لو اعتمد الانتخاب كأسلوب لاختيار الرئيس الأول بمحكمة النقض والوكيل العام للملك لديها من طرف القضاة أنفسهم، على أن يوافق جلاله الملك بظهير على تعيينهما من قبل المجلس الأعلى للسلطة القضائية انسجاما مع الفصل 57 من الدستور³ .

و الإيجابي في هذا المقترح أنه يجسد الروح الديمقراطية للدستور والقائمة على مبدأ التشاركية التي يتعين أن تتجسد في هذه الحالة في إشراك القضاة أنفسهم في اختيار من يشرف على الهيئات التابعة لهم ، كما أنه يعكس المبادئ

¹ - أنظر لمزيد من التفاصيل :

- أنس سعدون: قراءة ثانية في مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية، مجلة الفقه والقانون، العدد 28، فبراير 2015، ص 06 وما بعدها.

² - أنظر الفصول 107 ، 113 و 116 من الدستور .

³ - فاتح كمال: من يخاف من استقلال القضاة في اختيار الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الاخبار، العدد 256، بتاريخ 13 شتنبر

الدولية بشأن تشكيل المجالس العليا للقضاء، ويكرس المبدأ الدستوري القائم على ربط المسؤولية بالحاسبة¹، علما بأن آلية الانتخاب سوف تمثل أكبر ضمانا لعدم التعسف في ممارسة السلطة.

كما أن اعتبار رئيس الغرفة الأولى بمحكمة النقض عضوا بقوة القانون، لن يكون مبررا لعدم انتخابه، و الأفضل أن يتم ذلك من لدن جمعية عمومية يتعين اعتماد العمل بها بمحكمة النقض تجسيدا لروح الاستقلالية، من أجل ضمان الشروط السليمة لتنزيل مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة.

و يعتبر توفر شروط الكفاءة والتجرد والنزاهة، والعطاء المتميز في سبيل الدفاع عن استقلال السلطة القضائية وسيادة القانون و ضمان احترام المؤسسات في كافة الأعضاء المذكورين أنفا من الأمور التي لا خلاف بشأنها.

كذلك، تطرقت المواد المذكورة إلى عدم الجمع بين العضوية في المجلس وبين أي ممارسة فعلية لمهام قضائية بالنسبة للقضاة المنتخبين، وهو مقتضى جد إيجابي من شأنه ضمان حسن سير الأشغال بالمجلس و تيسير التواصل بين الأعضاء و بين باقي القضاة.

تم التعرض أيضا لمسألة تعويضات السادة الاعضاء من لهم الصفة القضائية بمناسبة قيامهم بمهامهم في المجلس و عدم الجمع بينها و بين تعويضات أو أجور أخرى، مدة العضوية التي تم تحديدها في خمس سنوات غير قابلة للتجديد بالنسبة للاعضاء المنتخبين وقابلة للتجديد مرة واحدة بالنسبة للأعضاء المعينين من طرف العاهل المغربي، بالإضافة إلى حالات انتهاء العضوية المنصوص عليها في المادة 13، و نشير هنا إلى ملاحظة بشأن هذه الأخيرة حيث ورد فيها لفظ "الإحالة على التقاعد بالنسبة للأعضاء المنتخبين" كحالة من حالات انتهاء العضوية، والحال أن الإحالة هي نوع من العقوبة، و كان الأولى استبدالها بكلمة "بلوغ" سن التقاعد.

تستوقفنا أيضا مقتضيات المادة 18 التي نصت على أن القضاة المنتخبين و طيلة مدة عضويتهم لا يحق لهم الاستفادة من أية ترقية في الدرجة، وهذا فيه إجحاف لهم، و عليه يتعين إلغاء هذا المقتضى ضمانا لحقهم في المساواة مع باقي قضاة المملكة، مع التأكيد على عدم إمكانية نقلهم أو تعيينهم في مهام أخرى طيلة مدة انتدابهم، على أن لا يحضر العضو المعني بالترقية خلال اجتماعات المجلس حين البت في وضعيته، حتى نتفادى تضارب المصالح.

¹ - أنس سعدون: قراءة في مذكرة نادي القضاة حول مشروع القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الأخبار، العدد 302، بتاريخ 8 نونبر 2013، والعدد 308 بتاريخ 15 نونبر 2013.

- بالنسبة للمواد من 20 إلى 45 :

تعرضت المواد المذكورة إلى كل ما يتعلق بالعملية الانتخابية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، بدءا بمواعيد إجرائها، مروراً بالشكليات المستلزمة لصحتها ونهاية بنشر نتائجها و كيفية الطعن فيها .

من بين النقط الإيجابية المسطرة في هذا الشق أنه تم التنصيب على أن تكون عدد المقاعد المخصصة للنساء القاضيات من ضمن الأعضاء العشرة المنتخبين (أربعة من محاكم الدرجة الثانية و ستة من محاكم أول درجة) تتناسب ونسبة حضورهن في السلك القضائي في كل هيئة، وهذا في تكريس للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفصل 115، واعتراف بالدور الفعال الذي تلعبه المرأة القاضية في النهوض بمهنة القضاء¹، و ما أبدته من مؤهلات لا تقل عما أبداه زميلها الرجل في هذا الشأن .

بالمقابل، لم يكن هناك داع لاشتراط أقدمية معينة للترشح لعضوية المجلس مثلما ورد في المادة 24 من المشروع²، و كان من الأولى السماح لكل من تتوفر فيه شروط الانتماء لمحاكم الدرجة الأولى و الثانية في أن يترشح من غير تقييد لهذا الحق، و ذلك حتى لا يحرم المجلس الأعلى للسلطة القضائية من كفاءات وطاقات قد تسهم مساهمة فعالة في تكريس روح الاستقلال الحقيقي للسلطة القضائية³.

إيجابية أخرى تسجل لصالح المشروع و هي إشراف الرئيس المنتدب للمجلس على العملية الانتخابية منذ بدايتها إلى نهايتها، وهذا فيه تكريس لاستقلال السلطة القضائية.

كما تم التنصيب على أحقية كل مترشح في الطعن في النتائج التي أسفرت عنها العملية الانتخابية أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض ووفق المساطر القانونية دفاعاً عن حقه في الترشح .

أما بالنسبة لآليات عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية فقد تم التنصيب عليها في المواد 46 إلى 61 من المشروع، وتهم بالأساس:

أ - الشق المالي و الإداري .

حيث تم تحويل الرئيس الأول لمحكمة النقض بصفته الرئيس المنتدب للمجلس صفة الأمر بالصرف، وكذا الحق في تفويض هذه الصلاحية وفق الأنظمة والقوانين المعمول بها في هذا المجال .

و قد كان النص القانوني في هذا الشأن و الذي هو المادة 60 سيتصف بنوع من الكمال لو أنه تم التنصيب فيه على أن ينوب عنه في حالة تعذر قيامه بأعماله لأي سبب كان الوكيل العام لدى نفس المحكمة .

كذلك، كان يتعين العمل على تعزيز ضمان الاستقلال المالي للمجلس من خلال مشاركته في إعداد ميزانية السلطة القضائية و توفير جميع الإمكانيات و الموارد لتطلع بدورها في حماية الحقوق الفردية و الجماعية للمواطنين .

¹ - أنظر لمزيد من التفاصيل حول تجربة المرأة القاضية بالمغرب:

- أنس سعدون : دور المرأة القاضية في تفعيل ورش اصلاح القضاء، مقال منشور بصحيفة الصباح في جزئين؛ العدد 3710 بتاريخ 18/17 مارس 2012 والعدد 3711، بتاريخ 19 مارس 2012، منشور أيضا بصحيفة الصحراء المغربية العدد 8129 بتاريخ 19 مارس 2012، والعدد 8130 بتاريخ 20 مارس 2012.

² - محمد الهيني : مظاهر اقضاء القضاة الشباب في مسودتي القانونين التنظيميين للنظام الأساسي للقضاة والمجلس الأعلى للسلطة القضائية، مقال منشور بجريدة الأخبار العدد 326 بتاريخ 06 دجنبر 2013.

³ - أنس سعدون : قراءة ثانية في مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية، مرجع سابق، ص 10 وما بعدها.

ومن سمات الاستقلال الإداري للمجلس الأعلى للسلطة القضائية في هذا المشروع، تمكينه من مقر مستقل وكذا من موظفين إداريين تابعين له و مسؤولين أمامه .

ب - بالنسبة لآليات الاشتغال :

فإن أداء المجلس للمهام الموكولة له يمر عبر احترام مجموعة من القواعد تتمثل في :

-احترام انعقاد الدورتين العاديتين للمجلس الأعلى للسلطة القضائية ، وفق ما نص عليه الدستور ،مع شرط الانتظام في ذلك الانعقاد .

-إمكانية عقد دورات استثنائية للمجلس كلما دعت الضرورة إلى ذلك بناء على طلب الرئيس المنتدب و وفق جدول أعمال محدد سلفا ، أو بناء على طلب أغلبية أعضاء المجلس .

-إعداد نظام داخلي للمجلس يحدد كيفية اشتغاله يتضمن معايير تركز الشفافية وتضمن المساواة بين القضاة يصادق عليه المجلس و لا يصبح ساري المفعول إلا بعد التصريح بدستوريته من طرف المحكمة الدستورية.

- تشكيل لجان دائمة و أخرى مؤقتة تساعد المجلس في الإعداد لأشغاله و تجهيز الملفات والقضايا والمهام التي تدخل في نطاق اختصاصه .

وهي كلها مقتضيات دعت إليها جمعية نادي قضاة المغرب من خلال مختلف المذكرات التي ضمنتها تصوراتها في هذا الصدد .

-تشكيل أمانة عامة للمجلس تحت إشراف الرئيس المنتدب على رأسها قاض يعين باقتراح من الرئيس المنتدب لمدة ست سنوات، لكن كان من الأولى أن تكون غير قابلة للتجديد .

و بمقتضى المادة 51 من المشروع تحدث هيئة مشتركة بين المجلس والسلطة الحكومية المكلفة بالعدل للتنسيق في مجال الإدارة القضائية،شريطة عدم المساس باستقلال السلطة القضائية .

لكن ما يلاحظ على هذه المادة هو عدم تبيان المعيار الذي سيتم على أساسه معرفة ما إذا تم مساس بهذه الاستقلالية أم لا،وكذا أين يبدأ و أين ينتهي التعاون المذكور .

ج - بالنسبة لاختصاصات المجلس :

فقد تم تناولها في المواد 62 إلى 105 من خلال ثلاث محاور أساسية هي :

1-تدبير الوضعية المهنية للسادة القضاة و المعايير المعتمدة بشأنها :

حيث تم حصر تدبير المسار المهني والوضعية الفردية للقضاة بيد المجلس دون غيره، وهذا فيه تفعيل لمبدأ التدبير الذاتي للسلطة القضائية و تعزيز لاستقلاليتها وإبعادها عن كل تأثير محتمل ،و هذا لن يتأتى بشكل كلي إلا بجعل أشغال التفتيش تحت إمرة المجلس و إبعاد وزارة العدل بصفة نهائية عن تلك الأشغال .

وقد تم تعداد المعايير المعتمدة في تدبير وضعية السادة القضاة في المادة 63،بالإضافة إلى التقارير المنجزة من لدن المفتشية العامة للشؤون القضائية وتلك المنجزة أيضا من لدن المسؤولين القضائيين و السلطة التي يتبعها قضاة النيابة العامة بالنسبة لهؤلاء، و التي ستصبح مؤسسة الوكيل العام بحكمة النقض بعد أن تم الأخذ باستقلال النيابة العامة عن السلطة التنفيذية بفضل جهود لا يمكن إنكارها لجمعية نادي قضاة المغرب في هذا الشأن .

و بالرجوع إلى المادة 67 من المشروع نجد أنها تحيل في مضامينها المتعلقة بتعيين القضاة في مهام المسؤولية على المادة 10 من النظام الأساسي للقضاء و كأنه ساري التنفيذ،و الحال أن هذا الأخير لم تتم مناقشته بعد على الأقل كمشروع امام قبة البرلمان،و نفس الأمر نجده في المادة 74 التي تحيل على المواد من 39 إلى 43 في القانون المذكور فيما يتعلق بانتداب القضاة و التظلمات المرفوعة بشأنه .

السلبية البارزة في هذا الشأن تتمثل في استمرار تقييم السادة المسؤولين القضائيين من لدن وزارة العدل، وهو ما تؤكد مقتضيات المادة 69 في فقرتها الأخيرة، وهذا فيه ضرب لمبدأ الاستقلال بين السلط .

الملاحظ كذلك هو الصياغة التي جاءت بها المادة 73 المتعلقة بانتقال القضاة، حيث نصت على ان المجلس يراعي على الخصوص المعايير المسطرة في صلب المادة، وهو ما يوحي أن هناك معايير أخرى ظل مسكوتا عنها في هذا الشأن. و نفس الملاحظة تسري على المادة 71 المتعلقة بالمعايير المعتمدة في الترقية .

2- فيما يخص مسطرة التأديب :

باستقراء المواد المتعلقة بهذا الشأن و الجملة في المادة 79 إلى المادة 96، نلاحظ أنه تمت تقوية الضمانات المخولة للقضاة على مستوى المسطرة، وهذا من الحسنات التي تحسب للمشروع، مع التأكيد على ضرورة إنشاء مجلس الدولة بوصفه أعلى هيئة إدارية بالملكة تناط بها مهمة النظر في الطعون المتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة .

3 - حماية استقلال القاضي¹ .

خصصت له المواد 97 إلى 100، حيث يتولى المجلس الأعلى للسلطة القضائية وضع مدونة أخلاقيات تعتبر الاطار المرجعي والسلوكي لتدعيم الأخلاقيات بالنسبة لأعضاء السلطة القضائية، وهو المقترح الذي أكده نادي قضاة المغرب في كافة مذكراته، بالإضافة إلى تولي المجلس مسألة تخليق مرفق القضاء والسهر على استقلالية القضاة وحفظ هيبتهم وتمكينهم من ممارسة مهامهم بكل تجرد ومسؤولية دون التعرض إلى أي نوع من أنواع الضغوط .

كما يتولى المجلس تتبع ثروات القضاة وإصدار التوصيات الملائمة بشأن عدالة بلادنا استنادا على ما يرفع له من تقارير من طرف الرئيس الاول لمحكمة النقض و الوكيل العام بها بصفته رئيسا للنيابة العامة، السلطة الحكومية بالملكية بالعدل، المفتشية العامة، الجمعيات المهنية القضائية، بالإضافة إلى مؤسسات حماية الحقوق والحريات والجمعيات المجتمع المدني، استنادا لمقتضيات المواد 101 إلى 105 . كانت هذه قراءة نقدية سريعة ومقتضبة لمجمل مواد مشروع قانون المجلس الاعلى للسلطة القضائية، حيث حاولنا من خلالها الوقوف على الإيجابيات التي جاء بها وكذا المآخذ التي تعثره، دون أن ننكر الجهود الممتاز الذي بذل في سبيل صياغته و إخراجة إلى حيز الوجود .

ثالثا : مقترحات لتدعيم مشروع القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية :

لكي تكتمل تلك الصورة النموذجية لهذا المشروع لترتقي به إلى مصاف القوانين التنظيمية ويكون صالحا لعقود من الزمن، حبذا لو تتم تكملته بالمقترحات التالية:

- 1- ضرورة جعل الوظيفة الاستشارية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية أمرا واقعا ولا يمكن تجاوزه مادام الأمر يتعلق بتصميم اختصاص المجلس.
- 2- إشراف المجلس الأعلى للسلطة القضائية على المعهد العالي للقضاء والإدارة القضائية، وضمان تكوين علمي وعملي رصين للقضاة المتدربين مع ضمان مستوى تكوين مستمر عال الجودة للقضاة الممارسين، و جعل انفتاحهم على المعارف المتنوعة واللغات الأجنبية موضوع اهتمام يدخل في صلب التخطيط للتكوين و التكوين المستمر .
- 3- تولي الرئيس المنتدب رئاسة المجلس الإداري للمعهد العالي للقضاء والإدارة القضائية .

¹- أنظر لمزيد من التفاصيل :

- حجبية البخاري: التأثير على القضاة من خلال مشاريع قوانين السلطة القضائية، مقال منشور بجريدة الأخبار العدد 326 بتاريخ 06 دجنبر 2013.

- 4- ضمان شروط الشفافية و النزاهة و التجرد عند التعيين و الاستحقاق للقضاة الجدد .
- 5- ضمان انفتاح المجلس و أعضائه على الجمعيات المهنية القضائية من خلال السماح لمثلي هذه الجمعيات بحضور اجتماعاته كملاحظين لتتبع أشغاله مع التزامهم بكتمان سريتها .
- 6- ضمان سهر المجلس الأعلى للسلطة القضائية فعليا على استقلال القضاة في مختلف أطوار مشوارهم المهني و لا سيما من حيث تنصيبهم ونقلهم وترقيتهم وتأديبهم وتقاعدهم مع مراعاة الضمانات الدستورية التي يمنحها دستور فاتح يوليوز 2011 للقضاة.
- 7- ضرورة التقيد برغبات القضاة المتعلقة بالانتقالات و لا ينقل القضاة من أماكن عملهم إلا بناء على ما يقتضيه القانون مع ضرورة تعليل جميع مقررات المجلس .
- 8- اقتراح إنشاء مجلس الدولة - بوصفه أعلى هيئة إدارية بالملكة - للفصل في الطعون المتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة وفقا للمستجدات الدستورية؛ باعتبار إنشاء المحكمة المذكورة هو الضمان الأساسي لعدم خضوع الجهة المكلفة بالنظر في الطعون المتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة لنفوذ و سلطة القضاة الأعضاء المعينين في المجلس بقوة القانون .
- 9- إسناد وظيفة المراقبة والافتحاص والتفتيش للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، و تحدث لجنة للتفتيش تتكون من قضاة منتخبين تتوفر فيهم شروط التجرد و المهنية و الكفاءة و التجربة و التخصص . و يعهد للجنة المذكورة بتفتيش المحاكم في إطار التفتيش العام أو الخاص ، وكذا القيام بكافة التحريات اللازمة بخصوص وضعيات التأثير التي يبلغ بها القضاة في إطار الفصل 109 من الدستور كلما اعتبروا أن استقلالهم مهدد .
- 10- استشارة السلطة الحكومية المكلفة بالميزانية للمجلس عند إعداد الميزانية الخاصة بالسلطة القضائية و خاصة نفقات التسيير و التجهيز كما تناط بالمجلس جميع الأمور المتعلقة برواتب القضاة و القضاة المتدربين .
- 11- التنصيب على إمكانية استشارة المجلس الأعلى للسلطة القضائية من طرف الحكومة او مجلس النواب او مجلس المستشارين بخصوص مشاريع ومقترحات القوانين ذات الصلة بمجال العدالة مع تحديد أجل لإبداء المجلس لرأيه، و جعل الاستشارة المذكورة على سبيل الوجوب كلما تعلق الأمر بالقواعد المتعلقة بأداء السلطة القضائية لمهامها ضمنا لاستقلالية هذه الأخيرة، كما يعمل المجلس على إشعار الجمعيات المهنية القضائية بمشاريع و مقترحات القوانين المذكورة وإبداء تصوراتها في الموضوع .
- و خلاصة القول، فإن التعرض لمشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية بالدراسة و النقد لا يبخره قدره من الأهمية و لا يقلل من شأن الجهود التي بذلت في سبيل إخراجه إلى حيز الوجود وترجمة مختلف المبادئ الدستورية الرامية إلى تكريس سلطة قضائية مستقلة من خلال مقتضياته، و تبقى هذه الدراسة مجرد محاولة ترمي إلى تعزيزه كقانون يهدف ضمن مجموعة قوانين أخرى إلى النهوض بمنظومة العدالة ببلادنا و جعلها ترقى إلى مصاف تلك التي تتمتع بها الدول المتقدمة، و خير دليل على ذلك الأسس التي تضمنها الدستور المغربي لسنة 2011 و الذي لم يكن ليرفع السقف عاليا فيما يخص الحقوق والحريات لولا استشعار عاهل البلاد و معه الشعب المغربي بأحقية هذا الأخير في التمتع بقوانين تضمن له كل ما ذكر.

نجربة خرايا النكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف بالمغرب الحصيلة والآفاق



الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب

عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية

باحث في صف الدكتوراه بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة

نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب

تبقى التجربة المغربية في مجال النهوض بوضعية المرأة نموذجا متميزا على الصعيد العربي والإسلامي، وذلك بالنظر لجرأة التعديلات التي تبناها المغرب في تشريعاته من أجل الارتقاء بالوضع الحقوقي للمرأة المغربية وملاءمته مع المعايير الدولية¹، وقد تجسد هذا الاهتمام في اتخاذ مجموعة من التدابير على المستويين التشريعي والمؤسسي، من بينها:

- انخراط المغرب في المنظومة الدولية لحقوق الإنسان بالصادقة على معظم الآليات الجوهرية لحقوق الإنسان².

¹ - أنظر لمزيد من التفاصيل:

- أنس سعدون : واقع المرأة من خلال مؤتمرات الأمم المتحدة، اعلان بكين نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2007/2008، ص 169 وما بعدها.

- خديجة الفيلاي علاش، العنف الأسري ضد المرأة بالمغرب، أية حماية؟-العنف الزوجي نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرز-فاس وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة السنة الجامعية 2005-2006.

- سناء زعيم، الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرز- فاس وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة السنة الجامعية 2005-2006.

² - يتعلق الأمر بكل من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اتفاقية مناهضة جميع أشكال التمييز العنصري، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اتفاقية مناهضة التعذيب وجميع ضروب المعاملات اللا إنسانية أو المهينة، اتفاقية حقوق الطفل، والبروتوكولين الاختياريين الملحقين بالاتفاقية، واتفاقية حقوق العمال المهاجرين وأفراد عائلاتهم، والاتفاقية المتعلقة بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

أنظر لمزيد من التفاصيل:

-المنذوبية الوزارية المكلفة بحقوق الانسان: الاتفاقيات الأساسية في مجال حقوق الانسان التي يعد المغرب طرفا فيها، نونبر 2014.

- الارتقاء بحقوق المرأة من خلال دستور فاتح يوليو 2011، وذلك من خلال تنصيبه على حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس، وضرورة تمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية، والسياسية، والاقتصادية والاجتماعية، والثقافية، والبيئية، والنص على تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، وإحداث هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز لهذا الغرض، كما تم التنصيب بشكل صريح على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على التشريعات الوطنية.

-مراجعة العديد من القوانين، وملاءمتها مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، بهدف إلغاء جميع مظاهر التمييز على أساس النوع الاجتماعي، وعلى رأسها مدونة الأسرة، ومدونة الشغل، والقانون الجنائي، وقانون المسطرة الجنائية، ومدونة التجارة، وقانون الالتزامات والعقود، وقانون الحالة المدنية، وكفالة الأطفال المهملين، وقانون الجنسية.

-انخراط المغرب في أهداف الألفية من أجل التنمية، التي تشكل مرجعية في مجال إعداد السياسات والاستراتيجيات العمومية².

-اعتماد الاستراتيجية الوطنية من أجل الإنصاف والمساواة بين الجنسين بإدماج مقاربة النوع الاجتماعي في السياسات والبرامج التنموية في مارس 2006، في إطار السياسات العامة المتعلقة بالمساواة بين الجنسين وبتمكين المرأة³.

- إعداد الآلية الوطنية المكلفة بالنهوض بحقوق المرأة من طرف وزارة التنمية الاجتماعية والأسرة والتضامن، عن طريق مخطط استراتيجي للفترة الممتدة ما بين سنتي 2008 و2012، حيث تم تخصيص المحور الاستراتيجي الثاني "لنهوض بحقوق النساء وإدماج مقاربة النوع وتكافؤ الفرص"، وقد تمت أجزائه عبر 6 أهداف⁴.

وفي هذا السياق انخرط المغرب في محاربة ظاهرة العنف ضد النساء والأطفال وذلك منذ تسعينات القرن المنصرم، ولعل الاهتمام المبكر بمحاربة هذه الظاهرة أسهم في تكسير تدريجي لحاجز الصمت الذي ظل يلفها مدة من الزمن، كما ساعد على بداية تكون مناخ ملائم لقيام مقاربة تشاركية بين مختلف الفاعلين المهتمين بمواجهة الظاهرة وهو ما تحقق بالفعل عبر عدة خطوات متوالية استهلّت بالإعلان عن أول استراتيجية وطنية لمواجهة ظاهرة العنف ضد النساء سنة 2002، ثم مخطط تنفيذي لها سنة 2005/2004 وهو ما ساهم في تطوير تدريجي لمقاربات العمل البين قطاعية وتنسيق التدخلات والمبادرات وفق شراكات تطويرية متعددة الأطراف والأبعاد⁵. وتعززت هذه الجهود بإحداث خلايا للتكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف على مستوى كل محكمة، فما المقصود من هذه التجربة، ما هي أهدافها، ما طبيعة تدخلها، وما حصيلة عملها، وإلى أي حد استطاعت أن تضطلع بأدوارها في مكافحة العنف الذي يستهدف النساء؟

¹- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور منشور ب.ج.ر. ع. 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.

²-وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، أهداف الألفية للتنمية لصالح النساء والفتيات، المكتسبات وتحديات ما بعد 2015، تقرير المملكة المغربية، نيويورك، مارس 2014.

³- عرف المغرب منذ سنة 2005 إعداد ميزانية تستجيب لمقاربة النوع، وهو بصدد تطويرها، وتعزيزها عن طريق تعزيز قدرات مختلف القطاعات، وكذا إشراك البرلمان في دعم هذه المبادرة.

⁴- وزارة التنمية الاجتماعية والأسرة والتضامن :

⁵- كتابة الدولة المكلفة بالأسرة والطفولة والأشخاص المعاقين، رصد المنجزات في مجال محاربة العنف ضد النساء، ص: 7.

⁶- وزارة التنمية الاجتماعية والأسرة والتضامن : اللقاء الوطني لاطلاق البرنامج التحسيبي المندمج في مجال مناهضة العنف والتمييز ضد النساء والفتيات، 09 مارس 2013.

أولا - التعريف بخلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف :

ثمة عدة قطاعات حكومية تتدخل في مجال مكافحة العنف ضد المرأة والطفل (العدل، الداخلية، المرأة والأسرة والتضامن، الصحة، الأوقاف، الاعلام..)، إلى جانب جهات أخرى تتمثل في المجتمع المدني من جمعيات حقوقية تنشط في المجال ، دون أن نغفل دور القضاء، ونظرا لتعدد المتدخلين فإنه يطرح دوما مشكل متعلق بالتنسيق من أجل ضمان تكفل ناجح بالمرأة أو الطفل ، وهي الفلسفة العامة التي قامت عليها فكرة احداث خلايا قضائية للتكفل بالنساء والأطفال.

وهكذا تم احداث خلية قضائية على مستوى كل محكمة تتولى التنسيق بين كافة الجهات المتدخلة في مجال محاربة ظاهرة العنف وضمنان مسار تكفل ناجح وفعال بالنساء المعنفات والأطفال.

و تشكل هذه الخلية همزة وصل بين القضاء والضحايا، وتقوم بتقديم كل المساعدات القانونية الهادفة إلى تسريع البت في ملفات العنف ، وضمنان الخدمات الصحية والإدارية للضحايا. وذلك بشكل مجاني.

وتحرص على عدم اللجوء إلى تفعيل المسطرة القضائية إلا كحل أخير يلجأ له بعد فشل كل محاولات الصلح بين أطراف النزاع.

ثانيا : مكونات خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف :

يبلغ حاليا عدد خلايا التكفل القضائي بالنساء والأطفال المنتشرة على المستوى الوطني بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف حوالي 86 خلية، تتواجد مقراتها بالنيابات العامة وتتكون من ممثل عن النيابة العامة، وقاضي التحقيق، وقاضي الحكم، وقاضي الأحداث، وكتابة الضبط، والمساعدة الاجتماعية بالمحكمة.

ثالثا : استراتيجية لدعم خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف :

وضعت وزارة العدل والحريات إستراتيجية للارتقاء وتحسين أداء خلايا التكفل بالنساء والأطفال تقوم على المحاور الآتية :

* تحسين أداء خلايا التكفل بالنساء والأطفال من خلال :

- دعم هذه الخلايا بالموارد البشرية والمعدات والتجهيزات الكفيلة بذلك.

- تسهيل الولوج إلى خدمات الخلايا وتنسيق العمل فيما بينها ومع باقي الشركاء.

* تعزيز قدرات وآليات تدخل خلايا التكفل بالنساء والأطفال عن طريق:

- وضع معايير نوعية موحدة لعمل الخلايا.

- تقوية قدرات القضاة وباقي أعضاء الخلايا من خلال التكوين والتكوين المستمر، وتبادل الخبرات.

* تعزيز تكامل مهام وقدرات المتدخلين الرئيسيين في ميدان التكفل بالنساء والأطفال من خلال:

- تعزيز التنسيق مع باقي الشركاء.

- تطوير وسائل تجميع المعلومات والرفع من جودتها.

و تنفيذاً لهذه الخطة عمدت الوزارة على القيام بالعديد من الإجراءات منها:

* تخصيص وتجهيز فضاءات خاصة بالمحاكم لاستقبال النساء والأطفال لدى هذه الخلايا في ظروف تراعي خصوصيات أوضاعهم الاجتماعية. و تشوير هذه الخلايا بالمحاكم لتسهيل الولوج إليها من طرف النساء والأطفال وإعداد مطويات للتعريف بها وبخدماتها.

* إعداد دليل عملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال يشكل إطاراً مرجعياً لعمل هذه الخلايا، ويهدف إلى وضع خطة محكمة موحدة ومتناسقة ليستأنس من خلالها القضاة والفاعلون والمتدخلون في هذا المجال، كما يرمي إلى وضع مسار عملي متكامل للتكفل القضائي بهذه الفئات خلال كافة مراحل المسطرة القضائية، وتوحيد المساطر وتسهيلها¹.

* دعم تجربة المنظومة المعلوماتية حول العنف ضد النساء من أجل رصد الظاهرة وأبعادها.

ثالثاً: حصيلة تجربة خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف:

مكنت حصيلة عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف من تحقيق عدة نتائج إيجابية من بينها:

إيجاد حيز مكاني على مستوى كل المحاكم من أجل استقبال الحالات التي تدخل ضمن اهتمام الخلية،

توفير التكوين المستمر للموارد البشرية خاصة القضاة والمساعدين الاجتماعيين،

تعميم عدة إجراءات لتيسير عمل الخلايا وضمان مسار تكفل ناجح بالحالات التي تخضع لعمل الخلايا من بينها: الاستماع الفوري للنساء المعنفات والأطفال ضحايا العنف بمقر الخلية، والتعجيل بدراسة الملفات المعروضة، وإفراد لون خاص بهذا النوع من القضايا بغية تحقيق النجاعة على مستوى التتبع، مع تشجيع مساطر الصلح وحفظ الملفات البسيطة لاعتبارات الملاءمة...

تعميم دليل التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف من أجل تبسيط المساطر أمام الجهات المعنية بتطبيق الدليل وتوحيد جهود التدخل وضمان مسار ناجح للتكفل؛

رابعاً: من أجل تدعيم تجربة خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف:

ثمة عدة تساؤلات يمكن طرحها عند محاولة تقييم حصيلة عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف من قبيل: ماذا أضافت هذه التجربة للجهود المبذولة في مجال محاربة كل أشكال العنف التي تستهدف المرأة والطفل، وهل تم فعلاً تحقيق تقدم ملموس، وتغيير على مستوى ظروف استقبال النساء والأطفال المعنفين؟ ألن يساهم إحداث خلية

1- وزارة العدل والحريات: دليل عملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مديرية الشؤون الجنائية والعفو.

واحدة تعني في نفس الوقت، بقضايا المرأة وقضايا الطفل في إعادة إنتاج نفس الصورة النمطية للمرأة والتي يتم دائما إصاقتها بالأطفال؟

هل مواجهة ظاهرة العنف الذي يستهدف المرأة والطفل يتحقق فقط بالتدابير والاجراءات أم لا بد من العمل على اخراج قانون مكافحة العنف ضد النساء والذي لا يزال معلقا رغم مرور سنوات عن اطلاق المبادرة؟

هل فعلا يحس القائمون على عمل هذه الخلايا بدورها المحوري في مواجهة ظاهرة العنف وهل يملكون الوسائل والآليات الكفيلة بتحقيق الهدف المتوخى منها وهو ضمان تكفل ناجح وناجح بالنساء والأطفال المعنفين؟

قد يكون الجواب على هذه الأسئلة سابقا لأوانه نظرا لحدثة هذه التجربة لكن بالتأكيد يمكن تشخيص مجموعة من العقبات التي لا تزال تواجه عمل الخلايا، تتمثل أساسا في:

- غياب الاطار القانوني المنظم لعمل هذه الخلية، فإلى حدود الساعة لا يوجد أي نص قانوني يوطر عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف؛

- وجود قصور في عمل بعض الخلايا¹ مرده غياب التخصص والتفرغ ووسائل العمل وأدوات التحفيز بالنسبة للقائمين عليها وصعوبة التنسيق بينهم وافتقار عنصر الالتزام في طريقة الاشتغال التي يغلب عليها الطابع التطوعي .

-عدم تحقيق الردع اللازم في قضايا العنف ضد النساء وهو ما يبدو من خلال ارتفاع ظاهرة العود إلى ارتكاب نفس الفعل الاجرامي؛

-صعوبة الاثبات فالعنف الزوجي الذي يقع داخل الجدران ووراء الأبواب الموصدة يطرح اشكال صعوبة اثباته حيث يبقى الاعتماد على القرائن القوية من أجل تكوين قناعة المحكمة؛

-رغم الجهود المبذولة على مستوى ضمان التخصص من طرف العاملين بالخلية فانه لم يتم في اغلب الحالات ضمان التفرغ فقاضي الاحداث قد يكون هو ذاته قاضي التحقيق وهو قاضي الأسرة وهو القاضي الذي يبيت في الجرح والمخالفات، والنائب المكلف بالخلية هو ذاته الذي ينظر في قضايا أخرى تتعلق بمساطر الاتجار في المخدرات وقضايا التهريب ..

- رغم تخصيص ملفات خاصة بقضايا العنف وتمييزها بلون مغاير فان ذلك لم يؤدي في أغلب المحاكم الى افراد جلسات خاصة ومستقلة بقضايا العنف الزوجي اذ تدرج هذه القضايا ضمن نفس الجلسات المخصصة لقضايا التلبس أو القضايا الجنحية العادية. وهو ما يضطر العديد من النساء المعنفات إلى قضاء مدة طويلة في المحكمة لانتظار موعد ادراج ملفهم.

- ضعف الامكانيات الكفيلة بضمنان تكفل ناجح وناجح بالنساء المعنفات وهو ما يبدو من خلال المشكل الذي يواجهه أغلب النيابة العامة في حماية النساء المعنفات عند حالة طردهن من بيت الزوجية حيث يطرح اشكال عدم وجود فضاء آمن لايوائهن، والتدابير الكفيلة بتحقيق حماية أكبر لهن من المعنفين خاصة في حالة غياب الاثبات .

1- دراسة تشخيصية للتكفل بالنساء ضحايا العنف بالمغرب، وزارة العدل، مديرية الشؤون الجنائية والعفو، 2008.

- مشاكل تتعلق بتعميم بعض المبادرات على مستوى جميع الخلايا منها على سبيل المثال : تعميم محاضر الاستماع للضحايا، تعميم فئة المساعدات الاجتماعية، وضمان مجانية الشواهد الطبية ..
- مشاكل تتعلق بغياب دور الإعلام في التعريف بعمل الخلايا.
- وجود مشاكل على مستوى التنسيق بين الجهات المتدخلة في مجال التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف من مسبباته افتقاد قاعدة بيانات توفر المعلومات المتعلقة بالجهات المتدخلة في مجال عمل الخلية .
- ومن بين المقترحات التي يمكن تقديمها من أجل دعم هذه التجربة:
- الاسراع بإخراج قانون مكافحة العنف ضد النساء ووضع اطار قانوني واضح ودقيق ينظم عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف؛
- دعم التكوين المستمر بالنسبة لكافة المتدخلين في مجال خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف؛
- ضمان التفرغ بالنسبة للقائمين على خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف؛
- وضع دليل للتواصل يتضمن البيانات المتعلقة بكافة الجهات المتدخلة في مجال مكافحة العنف ضد النساء والأطفال (قاعدة بيانات لمراكز الإيواء والمؤسسات الموجودة وطنيا وجهويا مع توضيح طبيعتها ومجالات اهتماماتها، أسماء الجمعيات المهتمة وعناوينها، أسماء وعناوين وأرقام هواتف القضاة المكلفين بالخلايا، أسماء وعناوين وأرقام هواتف ضباط الشرطة القضائية المكلفين بقضايا العنف..)؛
- وضع دليل للممارسات القضائية المثلى في مجال التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف يستهدف توثيق بعض الحالات الناجحة لعمل الخلايا من أجل التعريف بها، ونشرها مما يسهم في التحفيز والتنافس بين الخلايا الموجودة ويوفر نوعا من التراكم ليستفيد منه كل العاملين في مجال مكافحة العنف.
- ضمان انفتاح خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف على محيطها خاصة على المجتمع المدني والإعلام للتعريف بها ودعم دورها في التنسيق وتفعيل قضاء القرب.

نأملات في الإطار القانوني المنظم لعمليات المراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية



ذ . محمد الحمياني عضو نادي قضاة المغرب

قاضي بالمحكمة الابتدائية لفجيج ببوعرفة

إذا كانت مراجعة اللوائح الانتخابية المدخل الصحيح لتنظيم الاستحقاقات الانتخابية المقبلة بغية إقامة المؤسسات التمثيلية الترابية وفقا لأحكام الدستور، فإنها بذلك تعتبر مرحلة في غاية الأهمية ومناسبة لمجموعة من المواطنين والمواطنات غير مسجلين في اللوائح الانتخابية من أجل التسجيل استعدادا للقيام بواجبهم في اختيار من يمثلهم، كما تعتبر فرصة للذين غيروا محل إقامتهم من أجل نقل تسجيلهم إلى لائحة الجماعة أو المقاطعة أو الدائرة الانتخابية التي انتقلوا للإقامة بها، كما تعتبر بطبيعة الحال مناسبة من أجل التشطيب على اللذين فقدوا الأهلية الانتخابية وتنقيح اللوائح الانتخابية.

في هذا السياق صدر قانون 14.88 المؤرخ في 2014/12/10 المتعلق بالمراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية والذي نصت مادته الأولى أنه مع مراعاة أحكام هذا القانون، تسري على المراجعة أحكام القسم الأول من القانون رقم 57-11 المؤرخ في 2011/10 31 ."

والجدير بالإشارة بداية أن القانون رقم 14-88 قد حمل تعديلات مهمة على القانون 57-11 وشكل قيمة مضافة في اتجاه تكريس حقوق المواطنة، تجلت بالخصوص في اعتماد أجل واسع وغير مسبق لتقديم طلبات القيد حدد في 60 يوما عوض 30 يوما، وتبسيط عملية التسجيل في اللوائح عبر إقرار آلية جديدة تتمثل في إمكانية طلب القيد عن طريق موقع الكتروني حسب مرسوم السيد وزير الداخلية رقم 2.14.857 بتاريخ 2014/12/18 كما حددت آجال قصيرة وفورية لتبليغ قرارات اللجنة للمواطنين المعنيين، وبالمقابل منحت آجال كافية لاجتماعات اللجان الإدارية قصد اتخاذ قراراتها، مع وضع مسطرة دقيقة لتنظيم عملية الشطب من اللوائح الانتخابية.

بالإضافة إلى ذلك فقد عمد القانون إلى تمكين الأحزاب السياسية من مواكبة عملية وإعداد لوائح الهيئة الناخبة خلال كافة مراحلها، وأتاح لوكيل كل حزب على صعيد الجماعة أو المقاطعة إمكانية تقديم ملاحظاته لدى السلطات الإدارية المحلية بشأن ناخبين يعتبر أنهم مقيدون بصفة قانونية، مع ذكر السبب وإبداء ملاحظاته، حيث على ضوءها تقوم السلطات المحلية ببحث حول كل حالة على حدة، وتضمن نتائج بحثها في تقرير ترفعه إلى اللجنة الإدارية.

غير أن الملاحظ أن المشرع كان متسرعاً ومسبقاً للزمن من أجل إخراج القوانين المتعلقة بتنظيم عمليات مراجعة اللوائح الانتخابية، حيث جاءت بعض النصوص غير دقيقة في معانيها ومرتبكة في صياغتها بل وأحياناً متناقضة في

مواجهة بعضها، لهذا نحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على بعض مقتضيات حتى يتسنى استظهار مكانم الخلل الذي يشهده تنزيل قوانين مراجعة اللوائح الانتخابية على أرض الواقع، وما ترتب عن ذلك من تضارب في القرارات والنتائج، مع التأكيد على بعض المقترحات من وجهة نظرنا.

-ملاحظات بشأن القيد في اللوائح الانتخابية :

تأكيدا لما أقره القانون 7.97 المؤرخ في 2 أبريل 1997 المتعلق بمدونة الانتخابات، من إلزامية وضرورة التقيد في اللوائح الانتخابية، فقد أكد قانون 11.57 (المعتمد القسم الأول منه كأساس لقانون 11.88) على ذلك أيضا ويلحاح عندما نصت المادة 02 منه على إجبارية القيد في اللوائح الانتخابية، ثم استهلّت المادة 04 بعبارة " يجب".

غير أنه رغم هذا الطابع الملزم فإن المشرع لم يحدد أي جزاء على عدم التقيد في اللوائح الانتخابية، اللهم الجزاء المعنوي المتمثل في الحرمان من الحق في التصويت أو الترشح في الانتخابات والمساهمة في تدبير الشأن العام.

وهو ما يمكن اعتباره جزاء غير كافي ولا يساهم في حل معضلة العزوف الانتخابي، الأمر الذي يفرض في نظرنا - طالما أن المشرع اعتبره واجبا- فرض جزاءات أكثر فعالية كالحرمان من تقلد الوظائف داخل الدولة مثلا، أو الحرمان من بعض الرخص الإدارية كرخصة فتح محلات أو حمل السلاح...

ومادام أن هدف المشرع هو التقيد في اللوائح الانتخابية وإغناء المشاركة الانتخابية، فإنه حينما فرض بموجب المادة 04 من القانون رقم 11.57 على المواطنين التقدم بطلبات القيد بصفة شخصية، قد وقع في تناقض مع الهدف المذكور وتعامل بصرامة غير مطلوبة ودون مراعاة ما إذا كان المعنى بالتسجيل مسافرا أو مريضا أو تعذر عليه الحضور إلى المكاتب المخصصة للتسجيل داخل الأجل.

فالتسجيل في اللوائح يفرض التعامل بنوع من المرونة التي من شأنها تحفيز المواطنين على التقيد في اللوائح الانتخابية، كأن يجيز طلب القيد بواسطة الوكالة لزوج المعنى بالقيد أو أحد فروعه أو أصوله المباشرين لا غير- تلافيا لأي إنزال انتخابي أو تسجيلات بالجملة للمحسوبين على المرشحين-، أو تكليف السلطة المحلية بالإدلاء بقائمة لحاملي البطاقة الوطنية للجنة الإدارية المكلفة من أجل تسجيلهم مثلا، خاصة إذا علمنا أن المشرع تراجع - ضمينا- عن شرط الحضور الشخصي عندما استحدث التسجيل الكترونيا عن طريق الموقع الإلكتروني www.listeselectorales.ma المعد لهذا الغرض.

ولعل التناقض مع هدف إغناء المشاركة في الانتخابات، امتد أيضا إلى الوثائق المطلوبة في القيد، ذلك أن المشرع أكد في المادة 03 من قانون 57.11 على أن البطاقة الوطنية تعتمد أساسا في القيد، ثم عاد مرة أخرى وألزم طالب القيد من خلال الفقرة السادسة من المادة 4 بضرورة الإدلاء بالوثائق المثبتة لتوفره على الشروط القانونية المطلوبة للقيد، علما أنه حسب المادة 07 من القانون رقم 06-35 بتاريخ 12/03/2007 المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية أصبحت هذه الأخيرة تعفي من الإدلاء برسم الولادة، وشهادة الإقامة، وشهادة الحياة وشهادة الجنسية في جميع المساطر التي يجب فيها الإدلاء بهذه الوثائق.

أما بخصوص الاستثناءات المرتبطة بانتفاء شرط الإقامة الفعلية أو مدتها، فمن المعلوم أن القانون (المادتين 05 و 06) جاء بثلاث استثناءات: الموظفين بشكل عام حيث تم استثنائهم من مدة 03 أشهر كأجل للإقامة الفعلية، وكذلك المقيمين بالخارج، والمنتسبين لمناطق الترحال.

فإذا كانت المادة 05 ألزمت الأشخاص المنتسبين للجماعات الواقعة في مناطق اعتيادية للترحال عند رغبتهم في تقديم طلبات تقييدهم بمحل ولادتهم الإدلاء بشهادة يسلمها رئيس اللجنة الإدارية التي يقيمون بها تثبت عدم قيدهم في لائحتها الانتخابية، وإذا كانت المادة 06 ألزمت المواطنين المولودين أو المقيمين بالخارج بإثبات علاقتهم

بالجماعة المراد القيد بها بكل وسيلة من الوسائل المألوفة كالشهادة الإدارية للولادة أو الشهادة اللغوية أو غيرها من الوثائق الإدارية، فإن المشرع سكت عن حالة الموظفين والأعوان العاملين بالإدارات العمومية المنتفي فيهم شرط الإقامة، ولم يفرض أي سند للإثبات كما فعل بالنسبة للحالتين المذكورتين، مما يطرح استفهام عن كيفية إثبات وظيفتهم أو وضعيتهم الإدارية، وما إذا كان ينبغي الإدلاء بشهادة العمل مثلا أو الاكتفاء بإفادة أعوان السلطة بشأن وظيفتهم.

نفس الغموض يكتنف تفعيل المادة 07 التي أكدت أنه لا يمكن أن يقيد في اللوائح الانتخابية المحكوم عليهم بعقوبات جنائية أو بعقوبات عن بعض الجرح، حيث لم يحدد المشرع طريقة للحصول على الأحكام القضائية النهائية. في هذا الصدد نقترح أن يلزم القانون النيابات العامة - باعتبارها الجهة المكلفة بتنفيذ العقوبة - بضرورة توجيه المقررات القضائية التي يترتب عنها الحرمان من حق التصويت بمجرد صيرورتها نهائية إلى اللجان الإدارية المسجل بلوائحها المحكوم عليه، خاصة إذا علمنا أن بعض أنواع العقوبات التكميلية والإضافية مثل التجريد من الحقوق الوطنية أو الحجر القضائي أو تطبيق مسطرة التصفية القضائية... لا تثير انتباه الرأي العام أو السلطات المحلية - مثل العقوبات الحبسية -، رغم أثرها المتمثل في الحرمان من التسجيل إلى حين انصرام أجل التقادم الخمسي المحدد بموجب المادة 08 التي نصت على أنه "لا يجوز لفاقدي الأهلية بسبب العقوبات المذكورة أن يطلبوا قيدهم في اللوائح الانتخابية إلا بعد انصرام أجل خمس سنوات..." وهي بالمناسبة صياغة نعتبرها معيبة على اعتبار أن تقديم الطلب هو من حق الجميع، أما مسألة الاستجابة إليه من عدمه يبقى من صميم عمل اللجنة الإدارية.

بذلك نرى أنه كان على المشرع أن يستعمل مثلا عبارة: "لا تقبل طلبات..." موجها خطابه للجنة المذكورة (براءة قاض وعضوية ممثل السلطة المحلية وممثل المجلس المنتخب)، والتي تبقى طريقة تشكيلها أصلا محل تساؤل بعدما اكتفت المادة 10 بالإشارة إلى أنه "تحدث في كل جماعة... لجنة إدارية..." دون توضيح ما إذا كان تشكيل هذه اللجنة دائمة ما دام أن نفس الأعضاء المشكلين لها لا زالوا يزاولون مهامهم بنفس الدائرة القضائية والترابية، أم أنها مؤقتة يتم إحداثها وتعيين عناصرها في موعد كل مراجعة عادية أو استثنائية للوائح الانتخابية!!

- التشطيب من اللوائح الانتخابية :

يعتبر المستجد الأبرز الذي جاء به قانون 88-11 هو إمكانية الأحزاب السياسية التقدم بملاحظات بشأن كل قيد أو تشطيب يهم الناخبين بواسطة رسالة إلى السلطة المحلية يبين فيها علاوة على اسمه وصفته وعنوانه والبيانات الخاصة بالناخبين المعنيين، حيث تقوم هذه الأخيرة بإجراء بحث في شأن الملاحظات المذكورة، وتضع تقريرا بذلك تحيله رفقة هذه الملاحظات إلى اللجنة الإدارية ثم تقوم هذه الأخيرة ببحث الملاحظات التي تقدم بها وكلاء الأحزاب السياسية استنادا إلى تقرير السلطة الإدارية المحلية.

فالملاحظ أن المشرع تحدث عن رسالة - وليس عن طلب - وأوجب على وكيل الحزب تضمينها علاوة على اسمه وصفته وعنوانه والبيانات الخاصة بالناخبين والسبب المعتمد في شأن قيدهم، غير أن الغريب أنه لم يرتب أي جزاء على الإخلال بهذه البيانات الشكلية باستثناء شرط الأجل الذي رتب عليه جزاء عدم قبول الرسالة.

وما دام أن الأمر كذلك إذن فإن السلطة المحلية ملزمة فقط بمراقبة احترام الأجل (أي التأكد من تقديم الملاحظات داخل أجل 15 يوما ابتداء من اليوم الأول من الفترة المخصصة للإيداع لطلبات القيد).

وهو ما لا يمكن استساغته من وجهة نظرنا إذ كيف يمكن قبول ما أسماه المشرع "رسالة" أو "ملاحظات" دون أن يلزم القانون صاحبها بتحديد اسمه أو صفته أو عنوانه، وكيف يمكن اعتماد ذلك دون إلزام صاحبها - بأي جزاء أو اثر - بإبراز البيانات الخاصة بالناخبين والسبب المعتمد في شأن قيدهم!!؟.

وبذلك نرى أنه كان على المشرع أن يقر مثلا جزاء عدم قبول أي رسالة أو ملاحظات للأحزاب لم تحترم الشروط المذكورة.

ومن بين أهم المستجدات التي حملها القانون 88-14 أيضا ما أسماه بالاجتماعات الأولية للجان الإدارية (المادة 05) لتحديد جميع الأشخاص المقيدون في اللوائح الانتخابية الذين اختلت فيهم الشروط المطلوبة في القيد، حيث يقوم رئيس اللجنة بإخبارهم فوراً وبكل وسيلة من وسائل التبليغ بعزم اللجنة على التشطيب على أسمائهم. وهو مستجد لا يسعنا إلا أن نستحسنه لما فيه من ضمانة وحرص قبل اتخاذ أي قرار بالتشطيب، إلا أن أول ما يثير الانتباه أن المادة تتحدث عن الإخبار الفوري بواسطة التبليغ القانوني، رغم ما بين الفكرتين من اختلاف إذ أن الإخبار أشمل وأوسع من التبليغ ويتم بأي طريقة، سواء بإعلانات أو ملصقات أو رسائل... في حين أن التبليغ أدق من الإخبار وهو مسألة قانونية صرفة نظمتها قانون المسطرة المدنية في المواد 37 وما يليه ولا يمكن تماما أن تنسجم مع الفورية والسرعة المطلوبة في مجال الانتخابات ولا تتلاءم مع طبيعة قرارات اللجنة ومدة اشتغالها.

ذلك أن المشرع ميز في الفصول 37 وما يليها من قانون المسطرة المدنية بين التوصل الشخصي والتوصل القانوني، كما تعرض لحالة رفض التوصل وعدم العثور على المعني بالأمر أو الرفض، حيث ألزم مثلا في الحالة الأخيرة انتظار 10 أيام مع إعادة الاستدعاء بواسطة البريد المضمون...، وميز بخصوص المدد بين ما إذا كان المعني بالأمر يوجد داخل الدائرة القضائية أم خارجها حيث تتراوح الآجال بين 05 أيام إلى 03 أشهر...، بل إنه في حالة عدم العثور أوجب التعليق في مكان ظاهر بأخر مسكن أو تعيين قيم...!! فكيف يمكن إعمال هذه المقضيات القانونية داخل أجل لا يتجاوز 30 يوما في أحسن الأحوال أي المدة الفاصلة بين الاجتماعات الأولية والاجتماعات المنصوص عليها في المادة 10!!

بل إن المادة الأخيرة أوجبت على رئيس اللجنة إخبار المعنيين بالأمر بقرارات رفض قيدهم أو نقل قيدهم أو التشطيب عليهم داخل أجل 07 أيام من تاريخ اتخاذ القرار، وتمكين المعنيين بالأمر من تقديم شكوى في الموضوع في اليوم الموالي لتوصلهم، ثم أوجبت على اللجنة البت في الشكوى داخل أجل 03 أيام. كما أنه وفي جميع الأحوال وحسب المادة 11 يجب ألا تتجاوز جميع هذه التبليغات والإجراءات والقرارات 21 يوما حيث يتم إيداع الجدول التعديلي مرفقا باللائحة الانتخابية محينة.

فكيف إذن يمكن تطبيق قواعد التبليغ القانونية في هذا الظرف القياسي علما أن الأمر يتعلق بتبليغ كتلة من الناخبين تقدر بالآلاف، قد تكون من ضمنهم مجموعة كبيرة من الرحل يستحيل توصله بقرارات اللجنة لاعتيادهم على التنقل والترحال، بل يستحيل أيضا تعليق القرار في آخر عنوان لأن سكن الرحل لا يعدو أن يكون عبارة عن خيم متنقلة، يضاف إلى ذلك أن أغلب السادة أعوان السلطة لا يتقنون عملية التبليغ بالشكل القانوني، ناهيك عن الطابع السياسي للعملية وما يحتمله من إمكانية التحايل في التوصل ...

لهذا نعتقد أنه لا يمكن تطبيق هذه قواعد التبليغ القانونية في ميدان مراجعة اللوائح الانتخابية المحدد أجلها في مدة معينة، الأمر الذي كان معه على المشرع الاكتفاء بالإخبار عبر الإعلان أمام مختلف الإدارات والمؤسسات الرسمية أو الجرائد المحلية... دون قواعد قانونية مسطرية معقدة ومحددة بآجال وضوابط.

من جهة أخرى يلاحظ أن المشرع أسند للسلطة المحلية مهمة تلقي التعرض على قرارات الاجتماعات الأولية للجنة (المادة 06) في حين أسند الاختصاص بخصوص تلقي الشكاوي بشأن قرارات رفض القيد وقرارات رفض القيد إلى اللجنة الإدارية (الفقرة الأخيرة من المادة 10)، مما يطرح تساؤل عن جدوى التمييز بين المؤسستين طالما أن الأمر يتعلق بطعن في قرار صادر عنهما!!؟.

كما يلاحظ بعد استقراء المادة 10 كذلك أن المشرع سمح بتقديم شكوى بسبب رفض طلب القيد أو نقل القيد دون السماح بتقديم شكوى بخصوص قرارات التشطيط، وهو ما يعتبر فراغا تشريعيا بالغ الخطورة، حيث لا يعلم كيف ستتعامل اللجان الإدارية مع الأمر وهل ستبت في الشكاوي بشأن قرارات التشطيطات أم ستقف عند حرفية النص ولا تلتفت لشكاوي المشمولين بقرارات التشطيط !!، حيث لا يبقى أمامهم إذاك إلا انتظار الإعلان عن الجدول التعديلي ثم اللجوء إلى الطعن أمام المحكمة طبقا للمادة 12.

التشطيط من اللوائح الانتخابية بسبب الوفاة يبقى هو الآخر محل نظر، ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة 23 من قانون 57.11 أكدت على أنه " تقوم اللجنة بشطب أسماء الأشخاص المتوفين بعد الإطلاع على مستخرج من رسم الوفاة".

وهو مقتضى على الرغم من أهميته لتفادي أي تلاعب في هذا النوع من التشطيطات لخطورته، غير أنه إذا استحضرنا كيفية التصريح بالوفاة لدى ضابط الحالة المدنية بالشكل المنصوص عليه في المواد 24 إلى غاية 30 من قانون رقم 37.99 بتاريخ 2002/10/03 المتعلق بالحالة المدنية، نقف على مجموعة من المساطر والإجراءات والآجال التي تختلف باختلاف ما إذا تعلق الأمر بوفاة داخل المنزل أو بالمستشفيات أو المؤسسات السجنية أو أثناء سفر بحري أو جوي أو داخل الوطن أو خارجه أو بصدد الدفاع عن الوطن... كما أنه إذا لم يتم التصريح بالوفاة داخل أجل شهر فلا يمكن تسجيل رسم الوفاة إلا بناء حكم قضائي.

وبالتالي تكون السلطة المحلية أمام ضرورة الإدلاء بوثيقة رسمية قد يتخذ أجل الحصول عليها أشهر أو سنوات، فكيف سيتم اعتمادها كشرط لا محيد عنه للتشطيط على الوفيات من اللوائح الانتخابية، لاسيما بخصوص حالات الوفيات الحديثة العهد أو الواقعة قبيل بداية المراجعة الانتخابية أو أثناءها، الأمر الذي يستحسن معه على المشرع أن يكتفي بإفادات أعوان السلطة على غرار باقي الإفادات المعتمدة.

استنادا إلى ذلك يتحتم علينا القول بأنه لا يكفي أن يقرر المشرع مقتضيات تأتت المشهد الانتخابي كإسناد رئاسة رجال القانون (قضاة) للجان المكلفة بمراجعة اللوائح الانتخابية، وإنما يجب أن يكون ضمان تفعيل هذه القواعد مكفولا من خلال تطبيقها السليم على أرض الواقع، كما أن اقتباس قواعد قانونية صرفة وحشرها حشرا في عملية المراجعة الانتخابية يناقض الطبيعة الواقعية لهذه الأخيرة التي تخضع لأجال قصيرة ومحددة وفق جدول زمني معد سلفا. على ضوء هذه الدراسة نؤكد بأن أي صياغة للقانون من طرف المشرع ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار خصوصية العملية الانتخابية وصعوبتها والإمكانيات المحدودة المتوفرة، دون إغفال كون العملية غالبا ما تكون محاطة بمقالب وحسابات سياسية ضيقة - التي ينبغي بطبيعة الحال أن يبقى القضاء والقانون والسلطة بمنأى عنها - وبذلك ناشد المشرع للتدخل من أجل ملائمة القوانين المرتبط بمراجعة اللوائح الانتخابية مع المنظومة القانونية السائدة وإفرازات الواقع العملي.

آليات تجسيد الحماية القانونية للطفل في التشريع الجنائي الجزائري (إخفاف الأطفال نودجا)



زهوردقايشية باحثة بصف الدكتورة

جامعة ابوبكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

email : zhourdegaichia@gmail.com

مقدمة :

أثبتت الدراسات والأبحاث التربوية مدى خطورة مرحلة الطفولة وتأثيرها في بناء شخصية الإنسان وتحديد اتجاهاته المستقبلية، ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى : " ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلا."¹ وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ لقوله تعالى : " وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فيستأذنوا كما أستأذن الذين من قبلهم."²

أما عن المفهوم القانوني فقد اختلفت القوانين الدولية والداخلية في تحديد المقصود بالطفل على وجه الدقة، وتباينت التشريعات الوطنية لمختلف الدول حول تحديد بداية ونهاية مرحلة الطفولة، وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلحات كثيرة للدلالة على الطفل في النظام القانوني منها: الطفل³، القاصر⁴، الحدث⁵، الولد⁶، في حين لم يعرف الطفل في نص صريح وواضح.

¹ سورة الحج: الآية 5.

² سورة النور: الآية 59.

³ أنظر المواد 314، 317، 320، 321، 327، 442 من القانون رقم 01-14 المؤرخ في 04/02/2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

⁴ أنظر المواد 49، 50، 51، 326، 328، 329 من قانون العقوبات الجزائري .

--أنظر أيضا المواد 134، 38 القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/15/2007 المتضمن القانون المدني.

--أنظر أيضا 88-99 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02

المؤرخ في 27/02/2005.

⁵ أنظر المواد من 442-494 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/04/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

⁶ أنظر المواد 36 الفقرة 3، 41، 62، 75، 87 وغيرها قانون الأسرة.

وبالنظر للطبيعة البشرية للطفل فالقانون يعتبره شخصا طبيعيا، وهذا الأخير إنسان وهذه النتيجة منصوص عليها في المادة 25 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته." فهذه المادة تلخص الطفل في كونه إنسان، وهو ما اعتمده الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1989 في مادتها الأولى لما عرفت الطفل بأنه : " كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه."¹ كما عرفته المادة 20 من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل المعتمد في أديس أبابا سنة 1990 بقولها: " بموجب هذا الميثاق يقصد بالطفل أي إنسان يقل عمره عن 18 عاما."²

ولما كان الطفل إنسان ضعيف البنيان، غير مكتمل النضج بدنيا وعقليا، غير قادر على حماية حقوقه أو الدفاع عن نفسه وفي حاجة إلى من يمنحه الأمن و الاستقرار، ويتولى عنه مسألة الكسب والإنفاق لتوفير متطلبات الحياة المادية والمعنوية، أقرت له التشريعات الوطنية والدولية حقوقا ووسائل ردية لحماية من الانتهاكات.

والمشرع الجزائري ليس في منأى عن ذلك، حيث أقر الحماية بشقيها المدنية والجزائية للطفل سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، قانون حماية الطفولة.

إلا أننا سنحاول من خلال هذه الورقة أن نقصر بحثنا على معالم الحماية الجنائية التي خصها المشرع الجزائري للطفل الضحية دون الخوض في الشق المتعلق بالحماية الجنائية للطفل الحدث أو المعتدي، وذلك بالوقوف على بعض مظاهر الحماية الجنائية للطفل في النصوص العقابية والمتعلقة بحقوقه الأسرية والجرائم الماسة بأخلاقه (أولا)، لنركز في طرحنا على جريمة اختطاف الأطفال من خلال قراءة في أحكام قانون العقوبات و التعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 14-01 (ثانيا).

لنخلص في الأخير لتقديم جملة من الاقتراحات التي من شأنها تعزيز مكانة الطفل في المجتمع والقانون وضمان أكبر قدر ممكن من الحقوق.

أولا : مظاهر الحماية الجنائية للطفل في النصوص العقابية :

لا يسعنا في هذا المقام الوقوف على جميع الجرائم الماسة بحقوق الطفل لذا سنحاول التطرق إلى أهم هذه الجرائم والتي من شأنها المساس بالحقوق الأسرية للطفل وبأخلاقه على النحو الآتي بيانه:

1/ الحماية الجنائية للحقوق الأسرية للطفل :

نصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في البند الثالث على أن: " الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة." فالأسرة هي الدعامة الأولى في بناء الدولة، وحصول الإنسان على حقوقه فيها من الأهمية بمكان إذ هي المدرسة الأولى التي يتعلم فيها المواطن معنى الحقوق والواجبات.

فالطفل وهو في كنف الأسرة يتمتع بجملة من الحقوق أقرتها له الشريعة الإسلامية ومن بعدها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، فهي بذلك واجبات والتزامات تقع على عاتق الأولياء أو من يقوم مقامهم تفرض عليهم

¹ مرسوم رئاسي رقم 61/92 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر عدد 92.

² مرسوم رئاسي رقم 03-242 مؤرخ 8 جويلية 2003 يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، ج ر 41.

الرعاية والاهتمام بالطفل، وتواجههم بجملة من الوسائل الردعية في حال عدم تنفيذهم أو تقصيرهم في أداء التزاماتهم، وسنتطرق إلى بعض الحقوق والحماية الجنائية المقررة لها حال الإعتداء عليها.

1-1 الحماية الجنائية لحق الطفل في الرعاية :

لقد حرص المشرع الجزائري على رعاية الطفل اجتماعيا، واتخذ لأجل ذلك خطوات جادة كتقريره الحق في التعليم وجعله مجانيا في جميع أطواره¹، وتقع على الأولياء مسؤولية مشتركة في رعاية الأبناء من إحسان تربيتهم، ونموهم العقلي والبدني، وينصرف هذا الحق إلى كل من يحل محل الوالدين من المسؤولين عن رعاية الطفل والقيام على مصالحه، لأن الإهمال في تربية الأطفال هو إفساد لأخلاقهم.

ولقد نصت المادة الثالثة الفقرة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل على أن : " تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهيته، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونيا عنه، وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة."

كما تنص المادة 5 من الاتفاقية على أن : " تحترم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة، حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المؤهلين قانونا عن الطفل، في أن يوفرها بطريقة تتفق مع القدرات المتطورة التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية." فنص المادة يؤكد على وجوب الرعاية وجعل واجبات الوالدين اتجاه الطفل وفق ما ينص عليه العرف المحلي لكل بلد وتعترف بنزع الولاية من الأولياء الذين يسيئون معاملة أبنائهم متى كان ضروريا لصون مصالح الطفل².

وهو ما تضمنته المادة 357 ف3 قانون العقوبات الفرنسي بأن تعاقب الأب أو الأم اللذين يهملان في الرعاية الصحية لأطفالهم بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وغرامة مالية، كما تضمنت المادة 378 ف1 من القانون المدني الفرنسي على حرمان الأب والأم من السلطة الأبوية متى صدر الحكم جنائيا ضد أيهما نتيجة للتقصير في العناية اللازمة للطفولة.

وفي هذا الشأن نصت المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري على أن : " كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب على مجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

فإذا نشأ عن الترك أو التعويض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

¹ أنظر المادة 53 من الدستور الجزائري.

² علي القصير: الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراة في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008، ص 70.

وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

وإذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت فتكون العقوبة هي السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة."

وقد شدد المشرع العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة من أصول الطفل أو ممن له سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته بحيث تصبح العقوبة للحبس من سنتين إلى خمس سنوات كل من ترك طفلا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك :

- السجن من خمسة إلى عشر سنوات إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة عشرون يوما.

- السجن من عشر إلى عشرون سنة إذا حدث للطفل عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.

- السجن المؤبد إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت¹.

ويميز القانون بين عقوبة ترك الطفل في مكان خال من الناس و بين تركه في مكان أهل معمور بالناس بحيث :

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل من ترك طفل غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك و تتراوح العقوبة بين الحبس ستة أشهر و سنتين إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز عشرون يوما. أما إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة تصبح العقوبة هي الحبس لسنتين كحد أدنى و خمس سنوات كحد أقصى و إذا أدى ذلك إلى الوفاة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات².

كما شدد المشرع الجزائي العقوبة أيضا في حالة الترك أو الإهمال في مكان غير خال من الناس إذا كان مرتكب الجريمة من أصول الطفل أو ممن يتولون رعايته لتتراوح العقوبة بين الحبس لستة أشهر كأدنى حد للعقوبة و السجن عشرون سنة كأقصى حد للعقوبة في حالاتها الأربع المذكورة أنفا³.

هذا و يحمي المشرع الجزائري من خلال نصوصه العقابية الطفل من جرائم تحريض الأبوين للتخلي عن الطفل المولود أو الذي سيولد و ذلك بنية الحصول على فائدة⁴.

و كل من ارتكب الجرائم السابق ذكرها يجرم من الاستفادة من الفترة الأمنية⁵ و يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة و الوضع في الورشات الخارجية أو البيئية المفتوحة وإجازات الخروج و الحرية النصفية الإفراج المشروط⁶.

¹ أنظر المادة 315 ق.ع.ج

² أنظر المادة 316 ق.ع.ج.

³ أنظر المادة 317 ق.ع.ج.

⁴ أنظر المادة 320 ق.ع.ج.

⁵ أنظر المادة 320 مكرر ق.ع.ج

⁶ أنظر المادة 60 مكرر ق.ع.ج.

كما قرر المشرع الجزائري حماية لحق الطفل في الرعاية وكل ما يتعلق بها من حقوق مادية ومعنوية، فبموجب المادة 330 الفقرة 1 يعاقب أحد الزوجين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين يتخلى فيها عن كامل التزاماته المادية والأدبية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية والعقوبة هي من شهر إلى سنة وغرامة مالية تتراوح بين 25000 دج و 100000 دج .

ويتضح من نص المادة المذكورة آنفا أن الجريمة تشمل عدة أركان تتمثل في :

*ترك مقر الأسرة لمدة تزيد عن الشهرين.

*وجود أولاد أو على الأقل العلم بأن الزوجة حامل.

*عدم تنفيذ الالتزامات العائلية وهي :

-التزامات مادية تتمثل في النفقة المنصوص عليها في المادة 75 قانون الأسرة.

-التزامات أدبية تتمثل في رعاية الأطفال بالإشراف على تربيتهم.¹

وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في القرار 228139 الصادر بتاريخ 1999/11/16 بقولها: " متى تبين في قضية الحال أن الطاعن قد حكم عليه بالنفقة لابنتيه إلا أن رغم إلزامه بالدفع امتنع عن ذلك لمدة تتجاوز الشهرين، ولما تمت إدانته بجنحة الإهمال العائلي والحكم عليه بالحبس والغرامة، فإن القرار المطعون فيه قد طبق القانون تطبيقا صحيحا."²

أما عن جريمة الإهمال المعنوي التي تمس بحق الطفل في الرعاية فقد حصرها المشرع الجزائري بموجب المادة 330 فقرة 3 في ثلاث حالات وهي :

- تعريض صحة الأولاد للخطر.

- تعريض أمن الأولاد للخطر.

- تعريض خلق الأولاد للخطر.

وباستقراء نص المادة نستخلص أن الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي يتكون من العناصر التالية :

-توافر صفة الأب أو الأم، وبدخل في ذلك الكافل للطفل القاصر طبقا للمادة 116 قانون الأسرة.

أعمال الإهمال وهي حسب المادة .

-إساءة معاملة الأطفال أو أن يكون مثلا سيئا لهم لاعتياده السكر أو سوء السلوك

-أن يهمل رعايتهم أو أن لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم.

¹ بلقاسم سويقات: الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011، ص 102.

² المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2000، الديوان الوطني للأشغال، 2001، ص 227.

- تعريض صحة وأمن وأخلاق الأطفال للخطر الجسيم.

وقرر لها عقوبة الحبس من شهرين إلى سنة واحدة وغرامة من 250000 دج إلى 100000 دج، في حين لم يشترط القانون القصد الجنائي لقيام الجريمة فإنها تقضي أن يكون الجنائي واعي لخطورة تقصيره في أداء واجباته العائلية¹.

1-2: الحماية الجنائية لحق الطفل في النفقة :

إن النفقة على الأبناء ضرورة حتمية يفرضها الشرع ويثب عليها الإنسان المسلم حتى لا يضيع الأبناء ويتعرضوا للتشرد، ولكن تلك الضرورة بقدرها، أي في غير إسراف، حتى لا يفسد الأبناء من الترف والتدليل²، لقوله عز وجل: "واللذين إذا أنفقوا لم يسرفوا، ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما"³.

فالطفل له الحق في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والديني والاجتماعي، وبثبت هذا الحق للطفل على أبيه، ثم على غيره من أقاربه الموسرين، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويمتد هذا الحق للولد حتى يصبح قادرا على الكسب، والبنت حتى تتزوج أو تستغني بكسبها⁴.

فهو بذلك في حاجة لمن يحتضنه وينفق عليه ويوفر له ضروريات الحياة من مأكّل وملبس ومسكن، ويكفيه ذل سؤال الغير، ومهانة الاحتياج، ويلتزم الأب بالنفقة ولو كان معسرا، ونظرا لأهمية النفقة وتأثيرها في البناء النفسي للطفل والاستقرار الأسري أولى المشرع الجزائري النفقة القضائية بحماية جنائية في حال الامتناع عن دفعها، حيث تنص المادة 331 قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا في أية حالة من الأحوال".

فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن سلوك الجنائي في هذه الجريمة هو سلوك سلبى بالامتناع عمدا عن دفع نفقة الطفل المحضون لمدة تتجاوز الشهرين⁵.

ويتضمن الركن المادي للجريمة عنصرين :

- وجود حكم قضائي بأداء النفقة: وفي هذا الصدد تأخذ عبارة "حكم" بمفهومها الواسع لتشمل الحكم الصادر عن المحكمة، والقرار الصادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة⁶.

- الامتناع عن أداء النفقة لمدة تتجاوز الشهرين.

¹ احسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2009، ص158.

² خديجة النبراوي : حقوق الإنسان في الاسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2006، ص40.

³ سورة الفرقان : الآية 67.

⁴ خديجة النبراوي المرجع السابق، ص 41.

⁵ بلقاسم السويقات : المرجع السابق، ص104.

⁶ احسن بوسقيعة : المرجع السابق، ص 160.

أما بالنسبة للركن المعنوي فيتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ في الأجل المحدد.

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة مستمرة ولا تخضع لقواعد التقادم، فهي جريمة لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية فيها شكوى، كما أن هذه الجريمة تبقى قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون معه، ويتكفل بكل مستلزماتهم وإن أثبت ذلك بواسطة محضر قضائي، حيث قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1999/11/16 تحت رقم 228139 بأن: " قضية الموضوع لما استبعدوا هذا المخضر كون الحضنة مازالت في ذمة المطعون ضدها، وألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب الرفض".

وفي هذا الشأن نحن مع الرأي القائل بأن المدة التي حددها المشرع الجزائري لقيام الجريمة هي مدة طويلة بإمكانها أن تلحق ضررا جسيما بصحة الطفل وربما بحياته، والأجدد أن تحدد بمرور شهر واحد على أقصى تقدير¹.

1-3 الحماية الجنائية لحق التأديب :

يعتبر تأديب الأطفال ملازما لحق الولاية الذي يمارسه الآباء على أولادهم والمسؤولية عن تربية الطفل، لذلك استقرت النظم القانونية المقارنة على منح الأب حق تأديب الصغير بغية تهذيب أخلاقه، هذا وقد أبحاث المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري وبصورة ضمنية التأديب ضمن ما يتيحه العرف العام².

ويكون التأديب مشروعا إذا كان بقصد التهذيب والتعليم، أما إذا استهدف التأديب الانتقام من الصغير أو من ذويه فهنا تقوم المسؤولية الجنائية كاملة، واستعمال حق التأديب كسبب من أسباب الإباحة يخضع لضوابط منها:

- أن يكون الحق موجودا.

- يجب التزام حدود الحق.

- توافر حسن النية.

لذا سنتطرق لحالة تأديب الولي وحالة تأديب المعلم وفقا لما يلي :

أ : حالة تأديب الوالدين.

إن حق تأديب الأطفال يتعلق بالولاية على النفس، ويتعين أن تتوفر فيه الشروط التالية :

- أن يكون حق تأديب للأب أو الأم أو الوصي.

- أن يكون هذا الحق بقصد التهذيب او التأديب، فإذا خرج عن مضمونه استوجب الفعل المساءلة.

- أن تكون الوسيلة المستعملة في التأديب معقولة أي يتعين أن يكون الضرب خفيفا.

¹ بلقاسم سويقات: المرجع السابق، ص 106.

² مبروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الاسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2003، ص 220.

فإذا تجاوز أحد الوالدين هذه الشروط وقع الفعل تحت نص التجريم وتوقع مرتكبه العقوبات المقررة قانوناً¹.

وقد نصت المادة 269 ق.ع على أنه: " كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً لا يتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج."

كما نصت المادة 270 ق.ع على أنه: " إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان المشار إليه في المادة السابقة مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشر يوماً، أو إذا وجد سبق إصرار، أو ترصد فتكون العقوبة الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات والغرامة من 500 إلى 6.000 دج."

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون، وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر".

ب : حالة تأديب المعلم :

إذا كان فعل التأديب بإذن الولي أو الوصي فلا تقوم مسؤولية المعلم، لأن المسؤولية عند التأديب على الولي أو الوصي فلا تبتعه على المعلم لضرورة التعليم، بشرط ألا يترتب عن هذا الحق أي ضرر أو تلف بحيث لا يتصور أن يؤدي التأديب المباح إلى إيذاء الطفل أذى بالغاً بجرحه أو قتله، فإذا خرج التأديب عن حدوده، فيعد تجاوزاً، والتجاوز يسأل عنه المؤدب². وتقوم مسؤوليته لتمام أركان الجريمة بتوافر القصد الجنائي فيها ألا وهو العمد وانطواء ركنها المادي على فعل العدوان، كأن يضرب المعلم الطفل ضرباً مبرحاً يؤدي إلى قتله أو إلى إحداث عاهة مستديمة به انتقاماً من الأب أو الجد أو الوصي الذي عهد بالطفل إليه.

ويجوز عموماً للولي أو الوصي عن الطفل أن يأذن للمعلم بمراقبة الطفل وتأديبه فلا يحتاج المعلم في كل مرة إلى الولي عند وجود ضرورة للتأديب، فهذا الأخير مصاحب للرقابة على الطفل، فإذا انتقلت الرقابة عليه من وليه إلى شخص آخر كالمعلم مثلاً انتقل بالضرورة حق التأديب معها³، وتعتبر الأضرار الناجمة عن العقاب البدني خطأً شخصياً يتحمل المتسبب فيه كامل المسؤولية من الناحية المدنية والجزائية، ولا يمكن لإدارة التربية أن تحل محل الموظف المعني في تحمل تبعاتها، وبذلك فإن المعلم الذي يتجاوز حدود التأديب يتابع طبقاً للقواعد العامة⁴.

2/ الحماية الجنائية للطفل من الجرائم الماسة بالأخلاق :

تتعدد الجرائم الماسة بالأخلاق التي يرتكبها الجناة في حق الطفل من الجرائم العرض وجرائم البغاء أو التحرش الاستغلال الجنسيين وبذلك تتخذ وسائل الحماية الجزائية التي أقرها المشرع الجزائري لحق الطفل في صيانة عرضه صور عدة سنحاول إيجازها كالتالي :

¹ علي القصير: المرجع السابق، ص 76.

² إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، 1981، ص 170.

³ علي القصير: المرجع السابق، ص 77.

⁴ مانع علي: الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 1 لسنة 2001، ص

2-1 الحماية الجنائية للطفل من جرائم العرض :

أ/ جريمة هتك العرض :

لم يعرف المشرع الجزائري هتك للعرض أو ما يصطلح عليه بالاغتصاب في حين يستشف مفهوم هتك العرض من بعض التشريعات العربية أن هتك العرض هو واقعة أنثى بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة¹.

وعليه لا تقوم جريمة هتك العرض إلا بتوافر ثلاثة شروط :

- فعل الوقاع : ويتحقق بأن يوطئ الرجل الأنثى².

- انعدام رضا الأنثى : باستعمال العنف مادي أو المعنوي كالتهديد ويعتبر عدم التمييز صورة من صور عدم الرضا.

وبقصد توفير حماية جنائية صارمة للطفل شدد المشرع الجزائري من العقوبة المقررة لجريمة هتك العرض إذا وقعت ضد قاصر لم تكمل السادسة عشرة من عمرها، وجعل بذلك سن الضحية ظرف مشددا بحيث تتراوح العقوبة بين 5 سنوات سجنا كحد أدنى و 20 سنة كأقصى حد³، لتصل العقوبة إلى السجن المؤبد (وهو ما يؤكد خطورة الفعل)، إذا كان الفاعل من أصول القاصرة (الطفلة) أو ممن لهم السلطة عليها أو كان من معلميه أو ممن يخدموها أو كان موظفا أو من رجال الدين أو كان الجاني قد استعان على فعلته بشخص أو أكثر⁴.

ب/ الفعل المخل بالحياة المرتكب بالعنف ضد قاصر لم يتجاوز 16 سنة :

يقصد بالفعل المخل بالحياة كل فعل يمارس على جسم الإنسان سواء كان ذكر أو أنثى ويكون من شأنه أن يشكل إخلالا بالأداب وسواء كان ذلك علنية أو في الخفاء⁵.

وقد جرم المشرع الجزائري هذا الفعل بموجب المادة 335 ق.ع.ج وميز بينه وبين هتك العرض في نقطتين هامتين هما:

- أن هتك العرض لا يقع إلا على الأنثى بينما يقع الفعل المخل بالحياة على الذكر والأنثى على حد سواء.

- أن هتك العرض لا يقع إلا بالوطء في حين يشمل الفعل المخل بالحياة كل الأفعال الماسة بالعرض ماعدا الوقاع⁶.

¹ أحمد محمد أحمد: الجرائم المخلة بالأداب العامة، دار الفكر والقانون، مصر، 2009، ص 05.

² عبد الحميد الشواربي: جريمة الزنا، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 83.

³ أنظر المادة 336 فقرة 2 ق.ع.ج.

⁴ أنظر المادة 337 ق.ع.ج.

⁵ احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 99.

⁶ بلقاسم سويقات: المرجع السابق، ص 85.

ويعتبر صغر سن المجني عليه الذي لم يتجاوز 16 سنة ظرفا مشددا حيث يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة¹، وترفع العقوبة إلى السجن المؤبد إذا كان الفاعل من أصول الطفل القاصر أو من رجال الدين أو كان الجاني قد استعان على فعلته بشخص أو أكثر².

ف نظرا لخطورة الفعل المرتكب والذي يمكن أن يحدث تأثيرا بالغا في نفسية الطفل واجهه المشرع الجزائري وأعطاه وصف الجنائية وألزمه بأقصى الجزاءات إيمانا منه بالضرورة الحتمية لحماية براءة أطفالنا.

2-2 الحماية الجنائية للطفل من التحريض على الفسق والدعارة :

تحت هذا العنوان هدف المشرع إلى حماية الطفل من الفساد، ولم تقتصر الحماية على معاقبة الجاني على اعتدائه جنسيا على الطفل بل أن السماح له بدخول الحانات وتحريضه على تناول الخمر أو مشاهدة الأفلام الخليعة يعد فعلا من شأنه تعريض أخلاقه للفساد .

أ/ جريمة تحريض طفل على الفسق وفساد الأخلاق :

نصت المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري على أنه : " كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة ذكورا أو إناثا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها بالعقوبات المقررة للجريمة التامة."

فجريمة التحريض على الفسق وفساد الأخلاق تأخذ وصفين :

-صورة الجريمة العرضية .

-صورة الاعتياد إذ يشترط الاعتياد إذا كان الطفل قاصر ولم يكمل 18 سنة.

غير أن كل من الصورتين تشتركان في الأركان حيث أن :

الركن المادي : يتمثل في تحريض الطفل على أعمال الفسق وفساد الأخلاق أو تشجيعه أو مساعدته على ذلك سواء بالقول أو غيره بغض النظر عن الوسيلة المستعملة من طرف المحرض ليمهد له طريقا للفسق ويزين له ذلك بالهدايا³.

الركن المعنوي : هو القصد، والقصد المطلوب في مثل هذه الجريمة هو القصد العام المستخلص من علم المتهم بأن ما يقوم به من تحريض من شأنه أن يؤدي بالطفل إلى الدخول مطبة الفسق وفساد الأخلاق، كما أن الشروع في فعل التحريض يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون⁴.

¹ أنظر المادة 335 فقرة 2 ق.ع.ج.

² أنظر المادة 337 ق.ع.ج.

³ عبد العزيز سعد: الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، دت، ص 84.

⁴ أنظر المادة 342 الفقرة 2.

ويتعرض كل من ثبتت ضده الجريمة إلى عقوبة الحبس من 5 إلى 10 سنوات وغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج.

ب/ جريمة تحريض الأطفال على أعمال الدعارة :

يقصد بتحريض الأطفال على الدعارة كل فعل من شأنه التأثير على نفسياتهم أو إقناعهم على مباشرة هذا الفعل أو تسهيله لهم أو مساعدتهم على ارتكابه، وذلك بعرض أجسادهم على الغير لإشباع شهواتهم الجنسية بمقابل، سواء كان الطفل ذكرا أو أنثى.

فالمشرع الجزائري وبموجب المادة 344 ق.ع جعل من سن القاصر ظرفا لتشديد العقوبة فإذا كانت العقوبة المقررة للجنة التحريض على الدعارة من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 20000 دج إلى 50000 دج 200000 دج فإن الجزاء المقرر للأفعال المنصوص عليها في المادة 344 ق.ع ج على قاصر لم يكتمل 18 سنة الحبس من 5 إلى 10 سنوات وغرامة مالية تتراوح بين 20000 دج و 200000 دج.

أما على الصعيد الدولي فقد تصدت الاتفاقيات العالمية لحقوق الطفل إلى مثل هذه الجرائم التي من شأنها تحريض قاصر على البغاء، حيث نصت المادة 19 الفقرة 1 من الاتفاقية العالمية لحقوق الطفل على ضرورة اتخاذ التدابير الخاصة بعدم الإساءة إلى الطفل، وبذ كل ما يمس بحياته الجنسية وهي في رعاية الولي أو الوصي أو أي شخص آخر، ودعت الضرورة إلى اتخاذ إجراءات للتحقيق في مسائل تخص هذا الجانب، وكذلك ضرورة تدخل القضاء عند اللزوم في حالة ثبوت الإساءة الجنسية له.

كما منعت المادة 33 من اتفاقية حماية الطفل جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي وإكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع، ومنع استخدام أو استغلال الأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة، ودعت نفس المادة إلى ضرورة اتخاذ التدابير المناسبة سواء التشجيعية أو الإدارية أو الاجتماعية أو التربوية لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل.

كما ورد في منشور عن اليونسيف سنة 1991: " أن أي صورة أو قصة أو أي حدث يعرض للصوصية والكذب، الكيل، الخيانة، البغضاء، والفسق وكل الأعمال التي تعتبر جرائم أو جنح أو التي من شأنها أن تحطم أخلاق الطفل من الضروري وضعها تحت الرقابة."¹

¹ علي القصير: المرجع السابق، ص 94.

ثانيا : جريمة خطف الأطفال :

الاختطاف هو انتزاع قاصر (طفل لم يبلغ بعد سن الرشد) من حضانة الوالدين الشرعيين للطفل أو الأوصياء الموكلين قانونا برعايته دون وجه حق.

هو الأخذ غير المصرح به للقاصرين من عهدة الآباء الطبيعيين أو الأوصياء المعنيين قانونا.

ويمكن تصنيف مصطلح اختطاف الأطفال إلى مجموعتين قانونيتين واجتماعيتين، حيث تختلف كل منهما باختلاف مرتكبيها، وهما: الاختطاف على أيدي أحد أفراد أسرة الطفل أو الاختطاف الذي يقوم به غرباء.

-اختطاف الأطفال على أيدي أحد الوالدين : تتمثل في انتزاع حضانة طفل دون وجه حق يقوم بها أحد أقربائه (عادة أحد الولدين) دون توافق بين الوالدين، بما يتنافى مع أحكام قانون الأسرة، ويحدث هذا النوع في حال انفصال أو طلاق بين الوالدين، وقد يضم هذا النوع من الاختطاف الأسري أو الأبوي الاغتراب عن أحد الوالدين، وهو شكل من أشكال الإعتداء على الأطفال بهدف فصل الطفل عن الوالد المستهدف، وقد نصت المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على هذا النوع من الاختطاف والجزاءات المقررة له.

-الخطف أو الاختطاف الذي يقوم به مجموعة من الغرباء (من خارج أفراد الأسرة أو الأوصياء الشرعيين أو القانونيين) الذين يقومون بإبعاد طفل لأغراض إجرامية قد يكون من بينها :

*الابتزاز للحصول على فدية من الأوصياء في مقابل عودة الطفل.

*التبني غير القانوني، حيث يقوم شخص غريب بخطف طفل بقصد تربيته أو بيعه لأحد الوالدين غير الشرعيين.

*الاتجار بالأطفال أو تجارة الأعضاء.

*التحرش الجنسي.

*القتل.

ونظرا لخطورة جرائم الاختطاف التي ترتكب من الغرباء، وتنامي هذه الظاهرة في مجتمعنا بمعدل 15 حالة اختطاف وقتل شهريا سنة 2012¹، سنركز دراستنا على هذا النوع من جرائم الاختطاف المرتكبة ضد الأطفال من الغرباء دون الخوض في تلك التي يكون أحد الوالدين فاعلا أصليا فيها، وذلك بالوقوف على موقف المشرع الجزائري من هذه الجريمة من خلال قراءة في أحكام قانون العقوبات قبل تعديله(1)، ومدى تجاوب هذه الأحكام لتطور الجريمة ضد الأطفال في المجتمع من خلال دراسة مدى فعالية التعديلات التي أدخلت على قانون العقوبات في هذا الشأن(2).

1/ جريمة خطف القاصر في قانون العقوبات الجزائري قبل تعديل 2014 :

تنص المادة 326 من ق.ع.ج على أنه : " كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار.

¹ موقع <http://ar.wikipedia.org> تاريخ الإطلاع يوم 2014-04-24 الساعة 15:26.

وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.¹

فجريمة خطف أو إبعاد قاصر بدون عنف أو تحايل من الجرائم المادية، والضرر فيها هو حرمان القاصر من بيئته الطبيعية التي يوجد فيها مع ذويه وحرمان أهله من رعايته.

وتجدر الإشارة إلى أن الخطف أو الإبعاد تؤديان نفس المعنى تقريبا، فخطف القاصر يتمثل في أخذه من الأشخاص الذين يتولون حراسته ويتحقق بنقله عمدا من المكان الذي يوجد فيه إلى مكان آخر، حتى وإن تم ذلك برضاه.

في حين يتمثل الإبعاد أساسا في عدم تسليم القاصر إلى من له الحق في المطالبة به أو في حضانته، ويقتضي الإبعاد نقل القاصر من مكان إقامته العادية أو من المكان الذي يتواجد فيه تحت من يمارس عليه سلطة الرقابة.

وباستقراء نص المادة 326 ق.ع.ج أعلاه نستخلص أنه لا يشترط لقيام الجريمة المنصوص عليها أن يتم إبعاد القاصر بل تقوم حتى في حال ما إذا رافق القاصر الجاني بمحض إرادته.

وسنحاول التطرق لأركان هذه الجريمة في القانون الجزائري قبل تعديله :

1-1 أركان الجريمة :

تقوم الجريمة على توافر ركنين وشرط أولي يتعلق بالضحية، بحيث تشترط المادة 326 ق.ع.ج أن يكون الضحية قاصر لم يكمل سن 18 من عمره.

أ/ الركن المادي :

- فعل الخطف : وهو إبعاد الطفل القاصر عن المكان الذي يوجد فيه ونقله إلى مكان آخر، سواء كان الإبعاد عن الوسط الذي يعيش فيه أو حتى المكان الذي من المعتاد أن يجلس في الطفل، غير أن إبعاد الشخص من مكان وجوده لا يكفي لاكتمال الركن المادي في الجريمة، وإن كان من الأعمال التنفيذية لها، وإنما يلزم بالإضافة إليه نقل الشخص إلى مكان آخر يخفى فيه عن أهله وبناء على ذلك فإنه إذا اختطف شخصا من بيته في سيارة وانتقلت به بسرعة فلاحقتها أسرة هذا القاصر واسترداده اعتبرت الواقعة شروعا في الخطف لا خطفا تماما¹.

- مدة الغياب أو الإبعاد : عنصر لا يستهان به لتحديد الجريمة، فالفقه الفرنسي بوجه عام يتفق على أنه الغياب ليلة واحدة يكفي لقيام الجريمة، في حين لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة، وبذلك سواء كان الإبعاد لساعة أو ليلة فإنه يكفي لقيام الإبعاد، وفي هذا الصدد يمكن القول أن القانون يعاقب على التحويل التام كما يعاقب على الشروع فيه.²

- يجب أن يتم الإبعاد بدون عنف أو تهديد أو تحايل، أما إذا تم الخطف أو الإبعاد بالعنف أو بالتهديد أو بالتحايل فإن وصف الجريمة يتحول من جنحة إلى جناية وتطبق عليه العقوبات المقررة بموجب نص المادة 293 مكرر التي لا تميز بين الضحية القاصر أو البالغ، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي جرم خطف القاصر أو إبعاده

¹ رمسيس بنهام: قانون العقوبات-جرائم القسم الخاص- منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1999، ص 1015.

² احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 189.

بالعنف أو التهديد أو التحايل تجرّما خاصا، الأمر الذي كان يعاب على المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون العقوبات¹.

ب/ الركن المعنوي :

يتمثل الركن المعنوي في هذه الجريمة في القصد الجنائي أي انصراف إرادة المتهم إلى إبعاد القاصر عن ذويه الذين لهم الحق في رعايته وقطع الصلة بهم، دون الأخذ بعين الاعتبار الباعث إلى ارتكابها².

كما لا يجب أن يعلم الجاني بأن القاصر دون 18 من عمره، إلا أنه قضي في فرنسا في هذا الصدد بعد قيام الجريمة في حالة ما إذا ساد الاحتمال أن الجاني قد أخطأ في تقديره لسن الضحية معتقدا أنها تجاوزت 18 سنة، ولا يشترط لقيام الجريمة الإعتداء الجنسي على الضحية ولا إغوائها فمجرد إبعادها عن مكانها ونقلها إلى مكان آخر يكفي لقيام الجريمة³.

1-2 المتابعة والجزاء :

نصت المادة 326 قانون عقوبات على أنه: "كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يبلغ الثامن عشر وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار.

وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.

باستقراء نص المادة تتضح لنا إجراءات المتابعة وكذلك الجزاء المترتب عليه.

أ/ المتابعة :

لا يشترط القانون أية شكوى لتحريك الدعوى العمومية فالأصل إذن، أن تباشر النيابة العامة المتابعة الجزائية فور علمها بارتكاب الجريمة، وذلك طبقا لقواعد القانون العام، وتبقى للنيابة العامة سلطة ملائمة المتابعة .

غير أن الأمر يتعقد إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها كما سنوضحه في ما يلي :

أوردت المادة 326 في فقرتها الثانية حكما خاصا بالضحية الأنثى "إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة..."

وهكذا يكون زواج القاصرة المخطوفة بخاطفها حاجز أمام المتابعة يحول دون معاقبة الجاني، ويستفيد منه حتى الشريك.

غير أنه من الجائز رفع هذا الحاجز بتوافر شرطين وهما :

-إبطال الزواج؛

¹ المرجع نفسه: ص190

² رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص1020.

³ احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 190.

- الشكوى المسبقة للأشخاص الذين لهم صفة إبطال الزواج.

وهذا يثير التساؤل حول إجراءات إبطال الزواج والأشخاص المؤهلين لطلب إبطال الزواج.

وللإجابة على السؤالين نرجع للعلاقة الوطيدة لهذا النص (326 ق.ع) ببعض فروع القانون مثل القانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون الأسرة، فإن حسن الإلمام بمحتواه يفرض علينا الرجوع إلى المحيط القانوني الذي صدر في هذا النص، وهو المحيط ذاته الذي يتحكم في تطبيقه .

فنجيب على السؤالين في ظل القانون الجزائري يبطل الزواج في القانون الجزائري لسببين:

-إبطال الزواج لانعدام الأهلية : تكتمل أهلية زواج المرأة في الجزائر بتمام التاسع عشر سنة (المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر المؤرخ في 2005/02/27)، وللقاضي أن يرخص بذلك لمصلحة أو لضرورة.

يكون الزواج الذي تم قبل هذه السن (19) بدون ترخيص باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز تثنيته لانعدام الأهلية (المادة 102 قانون مدني).

-إبطال الزواج لتخلف ركن من أركانه : نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على شروط الزواج وهي، علاوة على رضا الزوجين: أهلية الزواج، حضور الشاهدين والصدّاق، وولي الزوجة وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

وتضيف المادة 11 من القانون المذكور المعدلة بموجب الأمر المؤرخ في 2005/02/27، في فقرتها الثانية أن ولي القاصرة هو الذي يتولى زواجها، ووليها هو أبوه فأحد الأقربين، والقاضي ولي من لا ولي له.

أما عن حكم زواج القاصر الذي يتم بدون ولي فقد نصت المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر المؤرخ في (2005/02/27) على أنه: "إذا تم الزواج بدون ... ولي في حالة وجوبه ... يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل...".

نستنتج مما سبق، أن زواج عديمة الأهلية وفاقدة التمييز (أقل من 13 سنة) باطلا بطلانا مطلقا في ظل القانون الجزائري (المادة 102 قانون مدني والمادة 82 قانون الأسرة) ولا يزول البطلان بالإيجازة.

أما زواج القاصر التي بلغت من التمييز (13 سنة) دون بلوغ سن الزواج (19 سنة)، فحكمه مرهون بالدخول: يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده.

وبناء على ما سبق، يتبين لنا أن الفقرة الثانية من المادة 326 لا تصلح في ظل التشريع الجزائري إلا في صورة ما إذا تم الدخول ووافق الولي على الزواج بثبتيته.

*وفيما يخص التقادم فتستمر الجريمة مدة الخطف أو الإبعاد، ولا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذي ينتهي فيه ذلك الخطف أو الإبعاد.

وفي كل الأحوال، ومادام الأمر يتعلق بالخطف أو الإبعاد بدون عنف، يبدأ حساب التقادم من تاريخ بلوغ المخطوف أو المبعد سن الثامنة عشرة .

تعاقب المادة 326 على خطف أو إبعاد قاصر لم يكمل 18 سنة بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، علاوة على العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح.

2/ دراسة لأهم التعديلات الحاصلة في قانون العقوبات ما تعلق منها بجرائم خطف الأطفال :

إن قانون العقوبات يعاقب على القتل العمدي ويعاقب على قتل الأطفال والاعتداءات الجنسية... وغيرها، وذلك من خلال ما تضمنه من آليات معينة لتطبيقه، فكل جريمة يعاقب عليها القانون سواء كانت بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 20 سنة أو السجن المؤبد أو الإعدام. غير أن عقوبة الإعدام لا تنفذ في الجزائر لتصويت هذه الأخيرة لصالح مشروع القرار المتعلق بوقف تنفيذ عقوبة الإعدام الذي قدمه الإتحاد الأوربي في الدورة 62 للجمعية العامة للأمم المتحدة¹.

وفي إطار التكفل بحماية حقوق الطفل، فقد تمت المصادقة على مشروع القانون الخاص بمحاربة ظاهرة الإجرام التي تطل الأطفال خلال اجتماع مجلس الوزراء المنعقد يوم 29 سبتمبر 2013، حيث تم تشديد العقوبات في هذا المجال.

وخلال مناقشة قانون العقوبات، وبخصوص جرم الاختطاف اقترحت اللجنة المكلفة بالمجلس الشعبي الوطني تعديل مع ما جاء النص به في المادة 293 مكرر 1، وتضمن المادة 293 مكرر المعدلة "كل من يخطف أو يحاول خطف شخص معين مرتكبا في ذلك عنفا أو تهديدا أو غشا يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من مليون إلى مليوني دينار جزائري. ويعاقب الفاعل بالسجن المؤبد إذا تعرض الشخص المخطوف إلى تعذيب جسدي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية وتطبيق على الفاعل العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 263 من هذا القانون إذا أدى وفاة الشخص المخطوف، ولا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في هذا القانون مع مراعاة المادة 294 أدناه."

واقترحت اللجنة أيضا تعديل المادة 293 مكرر 1 من خلال صياغة المادة على النحو الآتي "يعاقب بالسجن المؤبد كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل ثمانية عشرة سنة عن طريق العنف أو التهديد أو الغش أو غيرها من الوسائل وتطبق على الفاعل العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 263 من هذا القانون إذا تعرض القاصر المخطوف إلى تعذيب جسدي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتب عنه وفاة الضحية."

وعن آراء النواب بخصوص هذا القانون عشية عرضه على المجلس الشعبي الوطني، قال حسن العريبي، النائب عن حزب جبهة العدالة والتنمية إن قانون العقوبات كما هو معلوم جاء ليخدم مصالح الناس جميعا دون استثناء فئة على فئة أخرى، مشيرا إلى أنهم كانوا ينتظرون أن يكون قانون العقوبات أعمق وأشمل وأدق مما هو عليه الآن، واعتبر النائب أن بعض الإجراءات التي جاءت تتنافى والواقع الحالي فقضية الإجرام في حق الأطفال والإجراءات المتخذة في حق المختطفين لا تلي متطلبات المجتمع الجزائري.

وقالت نائبة عن "الحركة الشعبية الجزائرية" بأن هناك إجحافاً في دراسة نص القانون، بدعوى أن العملية تمت بسرعة، في حين أن دراسته تتطلب وقتاً أوسع، مع إشراك الجميع، وخالف موقف نواب "حزب العمال" باقي المتدخلين، بالقول أن حكم الإعدام هو "مظهر شنيع يتنافى مع الحق في الحياة"، مع العلم أن المطالبة بالقصاص في

¹ موجز معلومات حقوق الطفل في الاستعراض الدوري الشامل للجزائر منشور على موقع www.CRIN.com

حق مختطفي الأطفال تحولت مؤخرا إلى مطلب شعب، رفعه مواطنو مناطق مختلفة، كانت مؤخرا مسرحا لجرائم بشعة، آخرها ولاية تبسة التي تألم سكانها لاختطاف الطفل بهاء الدين والتنكيل به وقتله بشاعة، في حين أن سنه لا يزيد عن الثماني سنوات، ومع ذلك يجد هؤلاء القتلة المجرمون من يدافع عن حقهم في الحياة، في وقت تفادى نواب حزب جبهة التحرير الوطني توجيه انتقادات للمشروع¹.

وقد اعترض فرع منظمة العفو الدولية بالجزائر، على تنفيذ عقوبة الإعدام، والذي رافع من أجله نواب المجلس الشعبي الوطني خلال مناقشة تعديل مشروع قانون العقوبات، وذلك لسببين الأول أن تنفيذه ينهي ما سمته "الحق في الحياة"، والثاني "أنه لم يثبت علميا أن الإعدام سيخفض من نسب الجريمة" حيث استند السيد إبراهيم محديد المكلف بالاتصال لفرع منظمة العفو الدولية بالجزائر في مبررات معارضة تنفيذ عقوبة الإعدام على الجاني الذي أنهى بدوره حق الضحايا في الحياة، إلى الإحصائيات التي سجلتها المنظمة عبر العالم، وهي أن الإعدام لم يثبت تخفيضه للجرائم، وأعطى مثلا بكندا التي انخفض فيها معدل الإجرام من 3.09 بالمائة من أصل 100 ألف ساكن سنة 1971، إلى 2.41 في السنة التي تلت إلغاء عقوبة الإعدام².

وبعد أخذ ورد وتباين في الآراء و التبريرات استحدثت المشرع الجزائري المادة 293 مكررا 1 ليجرم فعل اختطاف القاصر الذي لم يكمل 18 سنة من عمره عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج ليسلك بذلك مسلك المشرع الفرنسي، ويقرر له عقوبة السجن المؤبد.

أما إذا تعرض القاصر إلى التعذيب أو عنف جسدي أو كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتب على فعل الخطف وفاة الضحية فقد أحالنا المشرع لتطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 263 ق.ع وهي عقوبة الإعدام، ولقد استوقفنا هذه النقطة التي من شأنها أن تفتح مجالا للحديث حول نية المشرع من هذه الإحالة، هل فعلا تقرير عقوبة زجرية للجنة؟ أم مجرد إحالة شكلية الهدف منها امتصاص غضب المجتمع، مع العلم أن عقوبة الإعدام في الجزائر قيد وقف التنفيذ كما ذكرنا سابقا.

خاتمة :

لقد حاولنا من خلال هذه الورقة الوقوف على مدى فعالية النصوص العقابية في التشريع الجزائري، لضمان أكثر حماية لحقوق الطفل، وهو الأمر الذي لمسناه فعلا، حيث حاول المشرع الجزائري في كل مرة تجريم كل فعل من شأنه المساس بصحة الطفل وأخلاقه، وسلوكياته، وتقرير عقوبات ردية قد تصل للسجن المؤبد أو الإعدام أحيانا، لكل معتدي على حقوق هذا الطفل، إلا أن ظاهرة الإجرام ضد الأطفال في المجتمع في تنامي مستمر، ولعل العيب لا يكمن في قلة النصوص القانونية، وإنما في غياب الوازع الديني والابتعاد عن المبادئ الأخلاقية وتبني فكرة العولة بكل مضارها ومساوئها، وعلى هذا الأساس نتقدم بالاقترحات التالية :

- في ميدان التعليم: تكوين الأطفال في الأطوار الابتدائية وتكثيف تلقينهم مبادئ الأخلاق الحميدة القائمة على أسس إسلامية.

- تقديم برامج توعوية للآباء باستغلال كل الوسائل المسموعة والمقروءة، وتشجيعهم على حماية أبنائهم من خطر الشذوذ الجنسي (يعد الدافع الأكبر وراء جرائم الاختطاف)، الناتج في غالبية الأحيان عن مشاهدة الأفلام والمواقع الإباحية.

- ضرورة تفعيل دور الجمعيات والهيئات المكلفة بحماية الطفولة، في التوعية والتحسيس.

¹ موقع <http://www.echoroukonline.com> تاريخ الإطلاع 2014/04/24 الساعة 15:45.

² الموقع نفسه .

اللجنة الشرعية للمالية النشاركية : مطابقة أم فنوى..؟



من إعداد : رشيد صبيح باحث بصف دكتوراه القانون الخاص

مجال القانون البنكي ، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني

email : sabihrachid@gmail.com

مقدمة :

تعد المصارف الإسلامية شكلا جديدا، و متميزا من المؤسسات المصرفية فهي لا تستمد مبادئها و قواعد عملها من النظام المصرفي العالمي، كما هو الحال من بالنسبة للمصارف التقليدية، بل تستمدتها من الشريعة الإسلامية و بالتحديد من ذلك الجزء الغني من الفقه الإسلامي، هو فقه المعاملات.

كما تعد ظاهرة البنوك الإسلامية الحدث الأبرز على صعيد الساحة المصرفية العربية والإسلامية، بل والدولية في ربع القرن الأخير وذلك للفرق الجوهرية في الأساس الذي تستند عليه كل من البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية في تحديد معيار الربا من عدمه.

على أن الحديث عن هذه الأخيرة بالمغرب سبقته الأفواه بالكلام و الكثير من الأعلام أسالت مدادها¹ في موضوع "المصارف الإسلامية" التي ولدت في رحم متعثر بعد مخاض عسير، التي و بالأمس القريب تم المصادقة على قانون² اعتمادها "بنوكا تشاركية بالمغرب" مصطلحا و معاملة إسلامية في عمقها تستجيب لفائدة عريضة في مجتمعنا الذي لازال يعرف معدل التبنيك جد منخفض.

¹ - منها الملم بالمالية الإسلامية عمومية أو ممن هم بعيدون لا يبتون بصله إلا من جهة التجارة من خلال أعلامها .

² - البنك التشاركي كما يسميه القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، والذي من أهم مستجداته التنصيص على "البنوك التشاركية" حيث خصص لهذه الأخيرة القسم الثالث كله، والذي يشتمل على المواد من 54 إلى 70 .

- تجدر الإشارة على أنه سبقت المصادقة على مشروع القانون البنكي قيام العديد من المؤسسات والفعاليات الاقتصادية وغيرها باستقصاء رأي حول مدى قابلية فئات المجتمع المغربي العريضة بالتعاطي بما يسمونه البنك الحلال أو البنك غير ربوي.

بالإضافة إلى ذلك، طرح التساؤل أيضا حول الهيئة أو المؤسسة التي سيعهد إليها بالتأشير على معاملاتها و ما مدى مطابقتها لمقاصد الشريعة الإسلامية، و من سيقبها، و كيف ستتم طرق إدارتها للبنوك التشاركية .

على أن الحديث عن اللجنة الشرعية يقتضي منا بداية التحدث عن الرقابة الشرعية أو ما يسميها البعض من الخبراء الاقتصاديين Charia Bord، هذه الأخيرة التي تعددت أنواعها في الإسلام، فمنها ما يعرف " بالرقابة العليا" وهي رقابة الله عز وجل على خلقه، لمصادق قوله تعالى: (إن الله كان عليكم رقيبا)¹. ومنها "رقابة الإنسان على الإنسان" وهي نظام الحسبة، و أيضا "رقابة الولاة والأئمة والمسؤولين"، و"رقابة ولاية المظالم (على الولاة)"، و "رقابة مجموع المسلمين أو الرقابة المجتمعة أو الشعبية". وبالإضافة إلى "رقابة الإنسان على نفسه"، وهي ما يعرف بالرقابة الذاتية.

أما الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية فإنها تدخل في أكثر من نوع من هذه الرقابات، فعضو الرقابة الشرعية هو المخبر عن الحكم الشرعي لكل مسألة وبالتالي فهو المخبر عن حكم الله في ذلك.

يقول الحنبلي في تعريف للمفتي: هو المخبر بحكم الله معرفته بدليله (أي لمعرفة المفتي بالحكم عن طريق الدليل)؛

بمعنى آخر: هو المخبر عن الله بحكمه².

✓ مسميات الرقابة الشرعية Chariaa Bord :

تتعدد مسميات الجهات المسؤولة عن الرأي الشرعي في المصارف الإسلامية العربية و الأجنبية، وذلك تبعاً للاختلاف في أشكالها وفي مفهوما وأهدافها، وكذلك تبعاً لوزنها ومكانتها القانونية في المصرف. ومن الملاحظ أن أكثر التسميات شيوعاً للجهات المسؤولة عن الرأي الشرعي في المصارف الإسلامية هي: "هيئة الرقابة الشرعية، المستشار الشرعي، و لجنة الرقابة الشرعية، المراقب الشرعي، المجلس الشرعي، اللجنة الدينية، الهيئة الشرعية، و أيضا جهاز الرقابة الشرعية. وقد تكون هذه التسمية هي الأنسب حيث تشمل كل تخصصات أعضاء الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي من مفتين ومستشارين ودعاة وأمين سر وباحثين وغير ذلك.

كما وردت التسمية بالرقابة الشرعية، والجهاز الشرعي، وهيئة الفتوى والمتابعة الشرعية، ووحدة الفتوى والمتابعة الشرعية، وإدارة الفتوى والبحوث.

بيد أن التجربة ببلادنا الحبيبة " المغرب" أخذت بداية بالرقابة الشرعية بالنسخة الثانية من مشروع القانون البنكي، و من تم الانتقال إلى النسخة الأخيرة للمشروع قانون رقم 103.12³ بالتنصيص على جعل المجلس العلمي الأعلى هيئة مطابقة للمصادقة و إبداء الرأي حول ما يحال عليها.

¹ - القرآن الكريم سورة النساء الآية: 1 .

² - صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، الإمام أحمد الحارثي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1977م، ص 4.

³ - قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015).

هذا الأخير كان محل تأكيد من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي و البيئي¹ بعد رأي الاستشارة الذي أحيل له من قبل رئيس مجلس المستشارين قبل تمرير مشروع القانون البنكي على " لجنة المالية و التخطيط و التنمية الاقتصادية" لإبداء رأيه ك لجنة استشارية، و الذي أكد بدوره أهمية هيئات المطابقة مع تحديد اختصاصها و حدود عملها و علاقاتها بمجلس المنافسة.

وتجدر الإشارة، على أن صدور القانون البنكي الجديد (شهر يناير 2015)، و بعده بالأمس القريب أصدر صاحب الجلالة الملك محمد السادس ظهير الشريف رقم 1.15.02 صادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) بتتيمم الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية الذي يقضي بإحداث اللجنة الشرعية للمالية التشاركية².

- ✓ فما هو تعريف اللجنة الشرعية ؟
- ✓ ما هو نظامها القانوني ؟
- ✓ كيف تتم شاكلتها ؟
- ✓ من أن ينتدب أعضائها ؟
- ✓ هل تنفرد برأيها بالمصادقة لوحدها أم تحتاج رأي مختصين في المجال المصرفي الإسلامي؟
- ✓ علاقتها بهيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية³ علاقة خضوع أم استفادة خبرة ؟
- ✓ هل هي هيئة مستقلة ؟
- ✓ ماهي حدود اختصاصها ؟

أسئلة و أخرى سنحاول الإجابة عنها من خلال التصميم التالي :

المبحث الأول : اللجنة الشرعية للمالية التشاركية.

المطلب الأول : موقع اللجنة في القانون المنظم للمصارف التشاركية.

المطلب الثاني : عدد أعضاء اللجنة وشروط.

المبحث الثاني : دور اللجنة الشرعية للمالية التشاركية.

المطلب الأول : مهام و مراحل اللجنة الشرعية.

المطلب الثاني : استقلال اللجنة الشرعية بقراراتها.

¹ - رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي و البيئي في الإحالة رقم 08 / 2014 حول مشروع القانون البنكي رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان و الهيئات المعتمدة في حكمها.

² - صدر بالجرينة الرسمية عدد 6333 بتاريخ 9 فبراير 2015.

³ - تأسست الهيئة بدولة البحرين بصفتها هيئة عليية ذات شخصية معنوية مستقلة <http://www.aoifi.com/ar>

قبل الخوض بالحديث في موضوع بحثنا، كان لزاما علينا التطرق - ولو بقليل - لنظرية الهيئات الشرعية :

✓ نظرية الهيئات الشرعية :

تستمد نظرية الهيئات الشرعية أصولها من واقع السيرة النبوية، فقد وجدت مهام الإفتاء و الرقابة الشرعية في الواقع العملي للمسلمين منذ بعثة النبي (صلى الله عليه و سلم) كأحد الركائز الأساسية للأمن الاقتصادي الإسلامي¹.

على أنه و في العصر الحديث امتد الالتزام الشرعي إلى المؤسسات المالية التي تنص في نظمها الأساسية على الالتزام بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كافة أعمالها و عملياتها، و إن هذا الإلتزام الشرعي و القانوني يستلزم وجود مرجعية فقهية ترشد وتوجه أعمال المصارف الإسلامية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ز كانت بدايتها "المستشار الشرعي" تم فرضت الحاجة العملية اليومية وجود لجنة شرعية ثم بعدها وجود جهاز شرعي متفرغ، هو ما اصطلح على تسميته بعد ذلك بهيئة الفتوى و الرقابة الشرعية².

وفي ظل التسرع المطرد الذي يعرفه نمو المصارف الإسلامية و تعددها سواء بالدول العربية أو الأجنبية، فإن الهيئات الشرعية أخذت أشكالاً متعددة، معتمدة على أسس كلبنة لها، تمثلت في: المفهوم - مجال العمل - و الإلزام - الاستقلالية - و طبيعة مهامها - و شكلها القانوني، فضلا على منهج الإفتاء على المعاملات و كيفية الحكم على أعمال المصارف الإسلامية بداية.

و من هنا كانت انطلاقة "نظرية الهيئات الشرعية"، على نرمي بالتساؤل حول ما هي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية ؟

و أحسب أن هذه الورقة بما تختص به من إيضاح لهاته الهيئة، بعد إصدار صاحب الجلالة لظهير شريف هم إحداثها وتكوينها و دورها في فبرابر من السنة التي نعايشها 2015. من هنا جاءت هذه الورقة بعنوان: " اللجنة الشرعية للمالية التشاركية"، فأسأل الله العلي القدير أن ينفع بهذا الإسهام المتواضع، و أن يجعله لبنة صالحة كبادرة استفتاحية تعبيدا للطريق للوليد الجديد المالية التشاركية، الذي لا محال هو إضافة نوعية للاقتصاد الإسلامي ككل.

المبحث الأول : اللجنة الشرعية للمالية التشاركية :

بالرجوع إلى معايير هيئة المراجعة و المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية³ نجدتها عرفت مصطلح " الرقابة الشرعية" و ذلك في معيار الضبط رقم 2⁴ حيث نص على أن: " الرقابة الشرعية هي عبارة عن فحص مدى التزام المؤسسة بالشريعة الإسلامية في جميع أنشطتها".

¹- ذ. رياض الخلفي، "منهج الحكم على المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية مع التطبيق على هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية- الفصل الخاص بالرقابة الشرعية في السيرة النبوية و السلف الصالح" رسالة دكتوراه، الكويت.

²- للرقابة الشرعية على عدد من المصارف الإسلامية أثناء نشوءها، مثال " البنك الإسلامي، و بنك دبي الإسلامي، و بيت التمويل الكويتي في بداية.

³- أنظر ما سبق

⁴- الضابط 2 الصفحة 15 منه .

ويقول البعض الآخر في تعريف لها بأنها: "الجماعة من الفقهاء يعهد إليهم النظر في أعمال المؤسسات المالية بغرض حفظها عن المخالفات الشرعية"¹.

و اللجنة الشرعية للمالية التشاركية كانت محل نقاش كبير إبان الإعلان في النسخة الثالثة من مشروع قانون البنكي سنة 2014 عن إرجاء مسألة إبداء الرأي بمطابقة المالية التشاركية لأحكام الشريعة الإسلامية إلى "المجلس العلمي الأعلى".

وكنا قد تساءلنا بدورنا: حول مدى اختصاص المجلس العلمي الأعلى لإبداء الرأي بالمطابقة من عدمه، أم أن ذلك يفرد عليه وجود مختصين في المجال؟

وكان كجواب عن تساؤلنا صدور قانون إحداث " لجنة شرعية للمالية التشاركية".

على أنه تجدر الإشارة، على أننا سنعالج في هذا المبحث، موقع اللجنة في القانون المنظم للمصارف التشاركية (مطلب أول) تاركين مناقشة عدد أعضاء اللجنة وشروط (كمطلب ثاني).

المطلب الأول: موقع اللجنة في القانون المنظم للمصارف التشاركية:

باستقراء مقتضيات القانون البنكي الجديد القسم الثالث المحدد " للبنوك التشاركية"، بالخصوص الباب الثاني المعنون بهيئات المطابقة² المادة 62 منه تنص: " يصدر المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 01.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجلس العلمية، الآراء بالمطابقة المنصوص عليها في هذا القسم".

انطلاقاً من المادة أعلاه نجدتها تحدثت عن المجلس العلمي الأعلى، وهذا ليس بجديد مادام أن المسودات الأولى لمشروع قانون 103.12 كانت تقيد عمل المجلس العلمي الأعلى في إبداء الرأي بالمطابقة وحده دون سواه كهيئة تجمع نخبة من علماء الدين والفقهاء المشهود لهم بذلك عبر تاريخ المغرب. بالإضافة لا ننسى على أن الفقه هو مصدر من مصادر التشريع للقاعدة القانون.

أما المادة الثانية من الظهير الشريف³ تتمم الظهير السالف الذكر المتعلق بإعادة تنظيم المجالس العلمية - إحالة خارجية على نص منظم-، الفصل الخامس منه من الباب الثاني على النحو التالي: المادة 10 مكرر - علاوة على اللجان العلمية المشار إليها في المادة 8 أعلاه، تحدث لدى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء لجنة علمية متخصصة، تحمل اسم " اللجنة الشرعية للمالية التشاركية"...

..."

¹ - ذ. رياض الخلفي، المرجع السابق .

² - المؤطرة بموجب المواد: من 62 إلى 65 منه .

³ - رقم 1.15.02 صادر في 28 ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) بتتيم الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية .

وعليه وبالرغم من التنصيص على اللجنة شرعية للمالية التشاركية بقانون مستقل إلا أن عملها و تشكيلها يتم من خلال المجلس العلمي الأعلى.

إذن كيف يتم تشكيلها؟ وما هي شروطها؟

المطلب الثاني : عدد أعضاء اللجنة وشروط :

تنص المادة 10 مكرر مرتين في فقرتها الأولى على أنه : " تتألف اللجنة الشرعية للمالية التشاركية من منسق اللجنة و تسعة أعضاء من العلماء الفقهاء المشهود لهم بالمعرفة الراسخة و الإلمام الواسع بأحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها. و بالقدرة على الإفتاء و بيان حكم الشرع في القضايا المعروضة على اللجنة. يعينون بمقرر للأمين العام للمجلس العلمي الأعلى من بين أعضاء هذا المجلس.

"...

كما أضافة نفس المادة في فقرتها الثانية، أنه : " يمكن أن تستعين اللجنة على سبيل الاستشارة بخمسة خبراء دائمين على الأقل يختارون من بين الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين المشهود بكفاءتهم و خبرتهم في مجال من مجالات القانون و المالية التشاركية و المعاملات البنكية و قطاع التأمينات و سوق الرساميل، يعينون بمقرر للأمين العام للمجلس العلمي الأعلى و تحدد وضعيتهم بموجب عقود

"...

على أنه يمكن لمنسق اللجنة أن ينتدب كل شخص من ذوي الخبرة و الاختصاص، بصفة مؤقتة للحضور لبعض اجتماعات اللجنة قصد الاستشارة، هذا ما أكده منطوق المادة 10 مكرر مرتين الفقرة الثالثة.

المبحث الثاني : دور اللجنة الشرعية للمالية التشاركية :

سنتطرق في هذا المبحث، لمهام و مراحل اللجنة الشرعية في (مطلب أول) و استقلال اللجنة الشرعية بقراراتها في (مطلب ثاني).

المطلب الأول : مهام و مراحل اللجنة الشرعية :

بالحديث عن الدور الذي ستقوم به اللجنة الشرعية فيما يخص المصارف الإسلامية و المالية التشاركية عموماً ، نستشهد بمقتضيات المادة 10 المكررة : " تحدث لدى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء لجنة علمية متخصصة، تحمل اسم " اللجنة الشرعية للمالية التشاركية"، تكلف بالمهام التالية :

1- إبداء الرأي بشأن مطابقة المنتوجات المالية التشاركية التي تقدمها مؤسسات الائتمان و الهيئات المعتمدة في حكم لزيائتها، و نماذج العقود المتعلقة بهذه المنتوجات، لأحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها، كلما كان تقديم هذه المنتوجات و إبرام العقود المتعلقة بهار هينا بصدور الرأي المذكور طبقاً للتشريع الجاري به العمل؛

2- إبداء الرأي بشأن مطابقة مضمون المناشير التي يصدرها والي بنك المغرب لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، المتعلقة بالمنتجات المالية التشاركية، و الودائع الاستثمارية، و العمليات التي ينجزها صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية؛

3- إبداء الرأي بصفة خاصة بشأن مطابقة عمليات التأمين التكافلي التي تقوم بها مقاولات التأمين و إعادة التأمين، في إطار المالية التشاركية، لأحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها، و ذلك طبقا للتشريع الجاري به العمل؛

4- إبداء الرأي بشأن مطابقة عمليات إصدار شهادات الصكوك طبقا للتشريع الجاري به العمل مع أحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها، كيفما كانت الجهة المصدرة لها.

وتضيف نفس المادة على أنه : " تعد اللجنة، من أجل تمكينها من القيام بالمهام المسندة إليها، دليلا مرجعيا لعملها، و دلائل استرشادية، عند الاقتضاء، توضع، قصد الاستئناس، رهن إشارة الهيئات و المؤسسات المشار إليها في المادة 10 المكررة ثلاث مرات من هذا الظهير الشريف تتضمن، بصفة خاصة، الأحكام الشرعية المتعلقة بالمنتجات المالية التشاركية و العمليات المتعلقة بها..."

كما لا يحول إصدار اللجنة لهذه الدلائل دون طلب إبداء رأيها بشأن المنتجات و العمليات المذكورة طبقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل."

المطلب الثاني : استقلال اللجنة الشرعية بقراراتها :

تمثل الاستقلالية أهم الأسس التي تكون/تأصل لمفهوم الرقابة الشرعية، و هي الضمانة القانونية و الأدبية التي توفر حربة اتخاذ الفتوى و الرأي بالمطابقة من غيره، على أن يكون و القرار الشرعي الصادر عن اللجنة الشرعية يتسم بالموضوعية و التجريد، و بعيدا عن أية ضغوط سببية قد تؤثر في أداء هذه الأخيرة لمهامها الشرعية و لدرها الاستراتيجي مادام أن قراراتها ستكون مرجعا لعملها و دليلا له.

ومن هنا يطرح التساؤل: حول مدى استقلالية اللجنة الشرعية للمالية التشاركية عن بنك المغرب ؟ و أين تكمن حدود العلاقة بينهما ؟ و مدى إلزامية قراراتها الشرعية ؟

✓ استقلالية اللجنة المالية الشرعية عن البنك المركزي BCM :

- اللجنة الشرعية للمالية التشاركية داخل اللجان العلمية بالمجلس العلمي الأعلى، تكون مسؤولة عن كل ما يتعلق بالمصارف التشاركية، على أن لا تخضع هذه اللجنة لإدارة والي بنك المغرب، فهي ستعرف لديها مسطرة خاصة لدراسة طلبات إبداء الرأي الحالية عليها و الجواب عنها¹ بموجب نظام داخلي تضعه اللجنة و تعرضه على المجلس العلمي الأعلى قصد الصداقة عليه.

¹ - المادة 10 المكررة خمس مرات من الظهير الشريف رقم 1.15.02 صادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) بتتيم الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية الذي يقضي بإحداث اللجنة الشرعية للمالية التشاركية.

- يجب أن تكون اللجنة الشرعية للمالية التشاركية مستقلة غير تابعة لأي مؤسسة أو سلطة مالية، فهي لا تمثل إلا نفسها، على أن يقتصر دورها وفق ما خوله لها القانون المحدث لها، بمتابعة كل ما يتعلق بالمصارف التشاركية و المنتجات و العقود و كل شيء يحال عليها فيه، ومنفصلة عن بنك المغرب.

- اللجنة الشرعية للمالية التشاركية - حسب القانون- هي جهة استشارية مركزية داخل المجلس العلمي الأعلى، تفتي بالمسائل المعروضة عليها فقط ولا صلة لها بأي عمل خارج عن مهامه.

✓ حدود العلاقة بين اللجنة الشرعية للمالية التشاركية و بنك المغرب :

اللجنة الشرعية للمالية التشاركية لا تربطها أية علاقة سواء أكانت مباشرة أم غير مباشرة مع بنك المغرب، فعلاقتها تحدد في إطار العلاقة المباشرة مع المجلس العلمي الأعلى. و من وجهة أخرى المصارف التشاركية ملزمة برفع تقارير سنوية عن كل سنة محاسبية تكون تقييمها حول مطابقة عملياتها و أنشطتها للآراء الصادرة عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية للمجلس العلمي الأعلى¹ الأمر الذي يفرض على المصارف التشاركية إحداث وظيفة جديدة داخلية تنكب على مراقبة تقييد المصرف بآراء اللجنة الشرعية للمالية التشاركية للمجلس العلمي الأعلى².

✓ مدى إلزامية الفتاوى أو الآراء بالمطابقة الصادرة عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية :

الفتاوى الصادرة عن اللجنة أعلاه تلزم المصارف التشاركية في كل معاملاتها و منتجاتها و عقودها التي تقدمها لعملائها في حينه، فمن شأن التقييد بالفتاوى أو الرأي بالمطابقة هو حماية خارجية لحكمة داخلية للوليد الجديد الذي لازالت أراضيته تتعبد في ذل ترقب كبير للعملاء قصد ولوج هذه المصارف للاستفادة من خدماتها.

المادة 64 من القانون البنكي المحدث للمصارف التشاركية صريحة في قولها، حيث نصت :

"يجب على البنوك التشاركية أن تحدث وظيفة للتقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى، تقوم بما يلي :

- التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها و أنشطتها للآراء بالمطابقة التي يصدرها المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 أعلاه و الوقاية منها؛
- ضمان تتبع و تطبيق للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المذكور و مراقبة احترامها؛
- السهر على وضع و احترام الدليل و المساطر الواجب احترامها؛
- التوصية باعتماد لتدابير المطلوبة في حالة عدم احترام مؤكد للشروط المفروضة عند تقديم منتج للجمهور صدر في شأنه عن المجلس العلمي الأعلى رأي بالمطابقة.
- ..."

¹ - المادة 63 من قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتمدة في حكمها. ، الجريدة الرسمية عدد6328 فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015).

² - المادة 64 من نفس القانون السالف الذكر.

خاتمة :

تتمثل الفتاوى أو الرأي بالمطابقة الصادران عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية قوة رقابة الشرعية من خلال موقعها داخل المجلس العلمي الأعلى - الجهة التي تتبعها-، تلزم المصارف التشاركية بالعمل بها لتفادي الوقوع مستقبلا في مخاطر تعرقل سيرها.

ووجدنا من خلال بحثنا المتواضع، على أن مصطلح فتوى أو مطابقة في مفهومهما سيان لمعنى واحد ما مدى مطابقة بالمعاملات أو المنتجات أو العقود أو غيرها لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومنه نتساءل حول مسألة - لا أدري هل هي إغفال أم سهو من المشرع- جد مهمة، تكمن في كيف سيتعامل المجلس العلمي الأعلى و بنك المغرب و السلطات المالية، مع الفتاوى الصادرة عن اللجنة و الخارجة عن ما هو شرعي لفائدة مصالح دنيوية نتيجة تقصير صادر عن أحد أعضائها ، مع العلم أن الإنسان ضعيف يصيب و يخيب ؟

هل هذا يفرض بالضرورة صدور قانوني جزري لمحاسبة الطرف المقصر؟ ومن هي الجهة المخول إستصدار مثل هذا القانون ؟

اليتيم الحكمي في المجتمعات الإسلامية بين الماضي والحاضر



اعداد فضيلة الدكتورة : فريدة بلفراق

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم

السياسية جامعة باتنة - الجزائر-

مقدمة :

هناك الكثير من المواضيع التي تعتبر من الطابوهات التي لا يمكن الحديث عنها أو التقرب من دراستها، نظرا لارتباطها بالأحكام الاجتماعية المنبثقة عن العادات والتقاليد، ومدى حظر ونبذ بعض السلوكيات التي لا يمكنها أن تزول من المجتمعات البشرية، ومن بين الظواهر الاجتماعية المسكوت عنها منذ أمد بعيد في تاريخ الأمم، ظاهرة الأطفال غير الشرعيين أو اللقطاء كما درجت على تسميتهم المجتمعات العربية الحديثة، مع العلم أن هذا النوع من الأيتام وُجد في كل العهود حتى الإسلامية منها، رغم القيم السامية السائدة آنذاك، إذ أن الخطيئة لصيقة ببني آدم حتى الأزل .

مما يستدعي إلى طرح الإشكالية التالية، ما مدى انتشار ظاهرة الأطفال غير الشرعيين أو اللقطاء في العصور الإسلامية الأولى؟ وكيف تعامل المسلمون مع هؤلاء الأيتام؟

وهل هناك اختلاف في النظرة إلى أيتام الخطيئة والأيتام العاديين؟ وكيف ينظر مسلمو الحاضر إلى هذه الشريحة المفروضة واقعيا؟

سنحاول من خلال هذه الدراسة ملامسة بعض النقاط المتعلقة بموضوع الأيتام ورعايتهم وإبراز وضعية الأيتام الحكميين في التاريخ الإسلامي، وكيف كان يُنظر إليهم في السابق، ولماذا تغيرت نظرة المجتمع الإسلامي اليوم لهؤلاء الأيتام ونبذهم واعتبارهم وصمة عار وتحميلهم أوزار آباءهم الجهوليين وحتى إنكار حقوقهم، كحقهم في الاسم والنسب... الخ وعجز الدول العربية، خاصة البعض منها أمام تفاقم هذه الظاهرة في التكفل الحقيقي بهم، بل تزايد مأساة هذه الشريحة من المجتمع جراء المشاكل التي يتخبط فيها الكثير من الشباب، مما أدى بدوره إلى تنامي ظاهرة الأمهات العازبات، خاصة في دول المشرق العربي والبلدان الإفريقية الإسلامية أين انتشرت ملاجئ الأيتام ومراكز

الطفولة المسعفة ودور إعادة التأهيل، أمام فشل السياسات الاجتماعية المتكفلة بقضايا البطالة والفقر والتسرب المدرسي والتشرد والإرهاب .

أولاً : تعريف اليتيم :

- لغة: وردت كلمة اليتيم في قواميس أهل اللغة على عدة معاني :

- المعنى الحقيقي :

أ/ الإنفراد : وهو أصل المعنى وقال الليث: " الفرد ما كان وحده"⁽¹⁾ وقال ابن خالويه " و اليتيم الفرد ويطلق على كل شيء يعز نظيره"⁽²⁾

وقال ابن الأعرابي : " اليتيم المفرد من كل شيء "⁽³⁾

وعن الراغب : " كل مفرد يتيم، ويقال درة يتيمة تنبئها على أنها انقطعت مادتها التي خرجت منها وقيل بيت يتيم تشبيها بالدرة اليتيمة."⁽⁴⁾

والمفضل يرى أن : " أصل اليتيم الغفلة وبه سمي اليتيم يتيماً لأنه يتغافل عن بره"⁽⁵⁾ وقال أبو عمرو : " اليتيم الإبطاء ومنه أخذ اليتيم لأن البر يبطئ عنه."⁽⁶⁾

ب/ فقدان الأب : قال الحرالي : اليتيم، فقدان الأب حين الحاجة، ولذلك أثبتته مثبت في الذكر إلى البلوغ، والأنثى إلى الثوبه لبقاء حاجتها بعد البلوغ،⁽⁷⁾ قال ابن بري: " اليتيم الذي يموت أبوه. وقال ابن السكيت: اليتيم في الناس من قبل الأب وفي البهائم من قبل الأم "⁽⁸⁾

قال الراغب : اليتيم، انقطاع الصبي عن أبيه قبل بلوغه، وفي سائر الحيوانات من قبل أمه، قال تعالى " ألم يجدرك يتيماً فأوى"⁽⁹⁾ و "يتيماً وأسيراً" وجمعه يتامى " و آتوا اليتامى أموالهم"⁽¹⁰⁾. وقال ابن خالويه: ينبغي أن يكون اليتيم في الطير من قبل الأب والأم، لأنهما كليهما يرزقان أفراخهما⁽¹¹⁾

تعريف ابن خالويه يتضمن وجوباً وإلزاماً أن يكون يتم الطائر من أبويه (الأم والأب) فالاعتبار بهما، وأعطى سبباً وهو كون مهمة إطعام الأفراخ مهمة الاثنين، فإذا فقد أحدهما نقصت الرعاية، وكلام ابن خالويه يصدق على البشر تماماً كون الطيور والمجتمع الإنساني يتفقان في بعض الأمور منها القيام بشؤون الصغار بالإطعام والحفظ والمراقبة، فوظيفة الأبوين للطير كوظيفة الأبوين لصغير الإنسان، لأن كليهما مسئولان على رعاية الصغير من كل

(1) ابن منظور، لسان العرب، 1004/3 .

(2) تاج العروس، الزبيدي، 113/9، مادة "تيم"

(3) المرجع نفسه 114/9.

(4) الراغب الأصفهاني، معجم مفردات ألفاظ القرآن، ص 611، مادة " يتم".

(5) ابن منظور، لسان العرب، 3/، 1004 والزبيدي، تاج العروس، 114/9.

(6) المرجع نفسه 1004/3.

(7) الزبيدي، تاج العروس، 113/9، مادة يتم .

(8) المرجع نفسه 113/9 مادة يتم .

(9) سورة الضحى، الآية 6.

(10) سورة النساء، الآية 2.

(11) الراغب الأصفهاني، المرجع السابق، ص 611، مادة يتم .

*يزقان: الزق إطعامه فراخه، قال ابن دريد: زقزق الطائر فرخه، أولج فيه الطعام، الزبيدي، تاج العروس 371/6، فصل الزاي من بابا القاف

الجوانب وما يقرب المعنى أكثر قوله تعالى "و ما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم" ما فرطنا في الكتاب من شيء ثم إلى ربهم يحشرون" (1) قال ابن كثير: (2) "و ما من دابة ولا طائر يطير جناحيه إلا أمم أمثالكم قال مجاهد، أي أضاف مضغعة تعرف بأسمائها، وقال قتادة الطير أمة والإنس أمة والجن أمة، وقال آخر "إلا أمم أمثالكم" أي خلق أمثالكم" (3).

ثانيا : المعنى المجازي :

ربط اليتيم بالصبي الذي لم يبلغ الحلم، فإذا بلغ زال عنه اسم اليتيم إلا أنه قد يخرج عن هاته القاعدة ويطلق حتى بعد البلوغ مجازا لا حقيقة، قال أبو سعيد "يقال للمرأة يتيمة لا يزول اسم اليتيم أبدا." (4)

فأبو سعيد يرى اسم اليتيم مصاحبا للمرأة طول حياتها سواء بلغت أو لم تبلغ، ذلك أنها تبقى دائمة الحاجة إلى من يعولها ويتكفلها وبالتالي لا تفقد الصفة أبدا، وخالفه أبو عبيدة بقوله: "تدعى يتيمة فإذا تزوجت زال عنها اسم اليتيم" (5) فأبو عبيدة ربط زوال اليتيم بالزواج، فالمرأة إذا تزوجت زال عنها اليتيم حقيقة وعادة الزواج دليل على البلوغ، فإذا تزوجت زال يتيما بلوغها.

ويبقى الحكم عاما للرجل والمرأة، يعني أنه إذا بلغا زال عنهما اسم اليتيم حقيقة وقد يطلق عليهما مجازا بعد البلوغ كما كانوا يسمون النبي صلى الله عليه وسلم وهو كبير، يتيم أبي طالب لأنه ربه بعد موت أبيه، وفي الحديث عن أبي هريرة قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها" (6)

أراد باليتيمة البكر البالغة إن مات أبوها قبل بلوغها فلزهما اسم اليتيم فدعيت به وهي بالغة مجازا (7).

نلخص من مجمل هذه التعاريف أن أهل اللغة اتفقوا على أن اليتيم مداره الانفراد والانقطاع وأنه مختص بالصبي الذي لم يبلغ الحلم ويطلق عليه مجاز بعد البلوغ .

ثالثا : مفهوم اليتيم عند العلماء :

اتفقت تعاريف معظم العلماء على مفهوم واحد لمعنى اليتيم، إلا أن بعضهم زاد على التعريف الأول بأن جعله من ناحية الأم أيضا وقد ورد ذلك كالتالي:

فللناوي يذكر، أن اليتيم فقد الأب حين الحاجة، ولذا أثبتته ما ثبت في الذكر إلى البلوغ والأنثى إلى الثبوبة لبقاء حاجتها بعد البلوغ، (8) ولو أمعنا النظر قليلا في تعريف المناوي لميزنا أموراً منها:

(1) الزبيدي تاج العروس، 113/9 مادة تيم .

(2) سورة الأنعام، 38.

(3) ابن كثير الحفاظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير القرشي دمشقي، تفسير ابن كثير 20/3 دار الأندلس، ط2 1980/1400.

(4) الزبيدي، تاج العروس، 113/9.

(5) المرجع نفسه، 371/6.

(6) أخرجه النسائي، النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة 393/6-395، وانظر الترميذي، كتاب النكاح، ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، وأحمد بن حنبل .

(7) الزبيدي، تاج العروس، 113/9.

(8) محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ص، 747

أ - فقدان :

والفقدان قد يكون بالموت وهو أصل إطلاق اسم اليتيم، وقد يعرف بجياة الأب أيضا وذلك في حالة طلاق أمه وانسلاخه من مسؤولية النفقة عليه، لأن الصغير فاقد لرعايته وعونه وحنانه والإنفاق عليه وهو كثيرا ما يحدث .
ب- الحاجة :

والحاجة لا تقتصر على الصغير العاجز فقط، بل تتعدى إلى الكبير فيحتاج والده رغم بلوغه واستقلاله عن أبيه في تحمل المسؤولية سواء أكان الأب حيا أو ميتا .

وهو ما أجمله الإمام أبو البقاء في الكليات بقوله : اليتيم كل فرد يعز نظيره فهو يتيم وحق هذا الاسم أن يقع على الصغار والكبار لبقاء الانفراد على اعتبار الأخذ والإعطاء من الموالي بالنظر إلى حال نفسه، إلا أنه غلب أن يسمى به قبل أن يبلغ مبلغ الرجال، فإذا زال عنه الاسم وعلى وفق هذا ورد عرف الشرع، قال صلى الله عليه وسلم: " لا يتم بعد احتلام وصمات يوم إلى الليل، " أي لا يجري عليه أحكام اليتيم ولا يحتاج إلى الولي⁽¹⁾ .

فبالرغم من إتباع الإمام أبو البقاء التعريف المتفق عليه كون اليتيم يزول عنه اسم اليتيم بعد البلوغ إلا أنه قبل ذلك أراد أن يكون الاسم مصحبا للصغار والكبار لبقاء الانفراد اعتبارا بالأخذ والإعطاء من الولي.

ويقول الجمل في الفتوحات، " و الاشتقاق " يقتضي صحة إطلاقه على الكبير أيضا واختصاصه بالصغار على العرف إما قوله صلى الله عليه وسلم : " لا يتم بعد احتلام " فتعليم للشريعة لا تعيين لمعنى اللفظ أي لا يجري على اليتيم بعده حكم الأيتام وفي العرف اختص بمن لم يبلغ مبلغ الرجال، وإنما سماهم يتامى بعد البلوغ جريا على مقتضى اللغة أو لقرب عهدهم باليتيم⁽²⁾ .

فالإمام الجمل جعل اشتقاق اليتيم مطلقا لا يختص بالصغير فحسب فقد تعدى للكبير لأن أصل اليتيم الانفراد وهو يشمل الصغير والكبير معا، إلا أن العرف جرى على اختصاص اليتيم بالصغار، وقد تبنى الإمام محمد رشيد رضا تعريف الفقهاء بقوله، " اليتيم في عرف الفقهاء من مات أبوه وهو صغير، فمتى بلغ زال يتمه إلا إذا بلغ سفيها فإنه يبقى في حكم اليتيم ولا يزول عنه الحجر"⁽³⁾ .

في هذا التعريف زيادة عن باقي التعاريف ب : " إذا بلغ سفيها فإنه يبقى في حكم اليتيم ولا يزول عنه الحجر .

فمن التعريف نستخلص أن اعتبار اليتيم يكون عند الصغر، فقيّد بالسن (الصغر) وإذا بلغ زال عنه حكم اليتيم إلا إذا بلغ سفيها في دائرة المحجوز عليهم، يذكر سعيد حوى أن " اليتامى هم الذين لا كاسب لهم، وقد مات أبائهم وهم ضعفاء صغار دون البلوغ والقدرة على التكسب."⁽⁴⁾

وهكذا فقد أجمع أصحاب هذه الآراء على أن اليتيم هو الصبي الذي فقد الأب ولم يبلغ بعد الحلم، واقتصر اليتيم على فقدان الأب دون الأم، إلا أن هناك من ذهب إلى أنه يخص جانب الأم أيضا .

(1) أبو البقاء بن موسى الحسني الكوفي، الكليات معجم المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، ط2، 1993، ص 978.

(2) سليمان بن عمر العجلي الشافعي المعروف بالجمل، الفتوحات الإلهية بتوضيح الجلالين لدقائق الحقبة 354/1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(3) محمد رشيد رضا، تغيير القرآن الكريم، دار المعرفة، بيروت، 1993، 342/4.

(4) محمد رشيد رضا، المرجع السابق .

إذ يذكر ابن عطية قول الماوردي في المحرر: "اليتيم الفرد من الأبناء واليتيم في البشر من قبل الأم أيضا." (1)
وفي أحكام القرآن لابن العربي جاء قوله: "وقد يطلق أي اليتيم فيها على المنفرد من أمه الأول أظهر لغة وعليه وردت الأخبار والآثار، ولأن الذي فقد أباه عدم النصرة والذي فقد أمه عدم الحضانة، وقد تنصر الأم لكن نصرة الأب أكثر، وقد يحضن الأب لكن الأم أرفق حضانة." (2)

وفي الجامع لأحكام القرآن يقول القرطبي: "وقد قال أهل اللغة اليتيم الذي يموت أبواه، وقد قال قيس بن الملوح: إلى الله أشكو فقد ليلى كلما شكاً*** إلى الله فقد الوالدين يتيم" (3)

فالإمام القرطبي في هذا الموضوع يبين وظيفة كل من الأم والأب ويجعل تكاملهما ضروريا في حياة الصغير إذ الأب جانبه مادي ينم عن القوة والأم جانبها روحي معنوي ينم عن الحضن والرفق والحنان، ودونهما تكون حياة الطفل مضطربة غير مستقرة.

"أما اليتيم فهو من فقد أباه وأمّه أو فقدهما معا، وقد يغلب أن يكون المراد من فقد ما عليه من بني آدم." (4)
وقال الشاعر:

ليس اليتيم من انتهى أبواه من *** همّ الحياة وخلفاه ذليلا

والشاهد في البيت هو انتهاء الأبوين من حياة اليتيم وتركه وحيدا ذليلا.

ولما كان الصغير لا يمكنه الاستغناء عن أحد الوالدين إذ بهما تقوم حياته وتستقر، نخلص إلى أن اليتيم هو الصبي الذي مات والداه قبل بلوغه لبقاء اعتماده عليهما، وقد يكون يتمه من جهة الأب بفقدان الأم أو من جهة الأم بفقدان الأب، إلا أن الاعتبار بهما لأنه بهما نشأ وتكوّن، وبهما يكبر لذا فإن أعلى مراتب اليتيم موت الأبوين .

رابعاً: اليتيم في القرآن الكريم:

ذكر القرآن الكريم اليتيم في ثلاث وعشرين موضعاً من ثلاثة وعشرين آية في اثنا عشر سورة، ويمكننا تصنيف اليتيم حسب ما ذكره في الآيات الكريمة كالتالي:

1- اليتيم مطلقاً:

قوله تعالى "كلا بل لا تكرمون اليتيم" (5)، وقوله تعالى: "فأما اليتيم فلا تقهر" (6) حيث أمر تعالى من خلال الآيات بإكرام اليتيم وعدم قهره، وفي هذا الصنف يدخل باقي أصناف اليتامى من قريب أو بعيد، غني أو فقير، ذكر أو أنثى .

2- اليتيم القريب: في قوله تعالى: "وإطعام في يوم ذي مسغبة يتيماً إذا مقربة" (7)

(1) أمين عطية، محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، 76/4، مؤسسة دار العلوم، ط 1987 .

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 154/1.

(3) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985.

(4) محمد علي طه الدرة، تفسير القرآن الكريم واعرابه وبيانه، دار الحكمة، دمشق، 64/8.

(5) سورة الفجر، الآية 175.

(6) سورة الضحى، الآية 9.

(7) سورة البلد، الآية 15.

فالقريب أولى بالإطعام من غيره، وكفالتة ورعايته واجبة على قرابته، فهو أولى بالمحافظة على نفسه وماله من غيره، فإن عدموا فالأمر عائد للدولة ولمن شاء التكفل به لما في ذلك من الأجر والثواب .

3- اليتيم الغني : في قوله تعالى : " و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده" (1) ففي المال جاذبية قوية في حب امتلاكه، خاصة إذا تعلق الأمر بالضعيف كاليتيم، لذلك جاء النهي الشديد في عدم الاقتراب منه والمحافظة عليه حتى بلوغه سن الرشد وحسن التصرف في ماله مع ضرورة الإشهاد عليه لضمان جانب الطرفين الولي واليتيم .

4- اليتيمة : وذلك في قوله تعالى : " و إن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع." (2)

وقوله تعالى أيضا: " و يستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء." (3) فاليتيمة ضعفها مزدوج ضعف اليتيم، وضعف الأصل كونها أنثى لأن طبيعتها تستدعي المزيد من العناية والحماية، والحماية، خاصة في مجتمع تكثر فيه الاعتداءات والانحرافات، فلكافلها الأجر العظيم، وله أن يتزوجها بشرط حمايتها وإعطائها حقها في الصداق كباقي قرباناتها والعدل بينها وبين غيرها إن كانت لرجل له أكثر من زوجة .

5- اليتيم الفقير :

وذلك متضمن في قوله تعالى : " و يطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا..." (4) ففي الفقرة دعوة ملحة إلى الإنفاق عليه وإيوائه وإطعامه وتجنبيه كل ما من شأنه أن يذله ويهينه ويشرده، وتوفير الجو الملائم له من كفيله ومجتمعه لضمان حياة مستقرة له بعيدا عن عقد النقص التي تؤدي به إلى الانحراف والعدوان والانتحار في آخر المطاف.

وقد جاء ذكر اليتيم في الآيات الكريمة مطلقا، إذ لم يحدد إن كان هو فاقد أمه فقط أو أباه فقط أو من فقدتهما معا، لذلك كانت تعاريف العلماء مختلفة بين الذي فقد أباه قبل بلوغه وبين الذي جعل جانب فقدان الأم أيضا يطلق عليه اليتيم أو الذي يجمع بينهما .

خامسا: اليتيم الحكمي (اللقيط) في الشريعة الإسلامية :

يطلق مصطلح اليتيم الحكمي على ما يسمى في عصرنا باللقيط، وقد عرفنا أن اليتيم هو الطفل الذي فقد أبويه أو أحدهما قبل سن البلوغ .

ويتمه حقيقي لأن والديه معلومان ويندرج في هذا الإطار اللقيط، وهو الذي يدخل تحت حكم اليتيم إلا أنه يختلف عنه في كون أبويه مجهولين، فكان اهتمام الشريعة الإسلامية بهما على نفس الدرجة من الأهمية .

فاللقيط : لغة من لقط، لقطه، لقطا، أي أخذه من الأرض، فهو ملقوط ولقيط، وأما الصبي المنبوذ الذي يجده إنسان فهو اللقيط عند العرب (5) .

(1) سورة الأنعام، الآية 15، سورة الإسراء، الآية 34.

(2) سورة النساء، الآية 03.

(3) سورة النساء، الآية 127.

(4) سورة النساء، الآية، 08.

(5) الزبيدي، تاج العروس، وابن منظور، لسان، 385/5-386.

أما معناه في الشرع، فاللقيط هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة خوفا من مسؤولية إعالته أو فرارا من تهمة الريبة أو الزنا⁽¹⁾، أو هو طفل لا يعرف نسبه ولا عرضه، نبذ أو ضل فأخذه إنسان⁽²⁾.

واللقيط نفس وجب إحيائها بغض النظر عن فعل والديه فلا يؤاخذ مجيرتهما ويؤثم من تركه إذا ثبت هلاكه لو ترك، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن التقاط اللقيط واجب ولأن في التقاطه إحياء لنفس بشرية، ولأن اللقيط آدمي محترم كونه إنسان من خلق الله فوجب حفظه، بإطعامه وإنجائه من الغرق إذا كان ذلك وسيلة لدفع الهلاك عنه مثلا⁽³⁾.
فترغيب الفقهاء والعلماء في التقاطه وانقاذه من الهلاك من أعلى مراتب الرحمة والإنسانية لذلك كفل له الإسلام حقوقا تضمن له حياة كريمة باعتباره فردا من المجتمع بغض النظر عن وزر آبائه مصداقا لقوله تعالى: "و لا تزر وازرة وزر أخرى"⁽⁴⁾.

وأول هذه الحقوق وأهمها حقه في الحرية، فاللقيط عند المسلمين مسلم حر، لأن الأصل في الإنسان إنما هو الحرية، والأصل بقاء ما كان حتى يوجد ما يغيره لذلك يبقى كل المسلمون أحرار بمقتضى الأصل العام.

حسب ما ورد من تاريخ الإسلام العريق الذي تبنى كل القضايا الإنسانية قبل كل الحضارات السابقة واللاحقة ومنها من الأمثلة ما يبين لنا مدى إنصاف الإسلام واهتمامه بتكريم الإنسان دون الرجوع إلى أصوله أو منابعه لتمكينه من حقوق الإنسان بكل أنواعها.

فعن ابن شهاب عن سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ أَنَّهُ وَجَدَ مِنْبُودًا فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسْمَةِ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكْذَلِكَ؟ قَالَ نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ: أَذْهَبَ فَهُوَ حُرٌّ وَلَكَ وَلاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ"⁽⁵⁾ فلما تأكد عمر بن الخطاب من صلاح الرجل أثبت له حق الاحتفاظ باللقيط لأن توفر شرط الصلاح ضمن للقيط حياة طيبة في ظل أسرة تحميه من الانحراف ومساوئ الأعمال.

ومن حقوقه أيضا، النفقة استتجا من قول عمر "علينا نفقته" فحق اللقيط كان ثابتا من بيت مال المسلمين، لأن في ذلك ضمان له من ناحية غذائه وكسوته ومأواه وتعليمه وأجمع العلماء على أن الملتقط أولى بإمساك اللقيط من غيره، فإن شاء تبرع بتربيته والانفاق عليه، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر أحد بالتكفل به على نفقة بيت المال.

هذا إذا لم يكن للقيط مال، فإن كان له مال، بأن وجد الملتقط معه مالا، فتكون النفقة من مال اللقيط فلا يثبت حقه حينئذ في بيت المال⁽⁶⁾.

واهتمام الشريعة الإسلامية باللقيط لم يقتصر على حق الحرية والنفقة فحسب، بل اهتمت بحق أساسي له لأنه إذا أهمل هذا الحق كانت له آثاره السلبية على حياته النفسية والاجتماعية، ألا وهو الحق في النسب وذلك أنه إذا ادعى الرجل اللقيط لحق به، وإذا ادعاه رجلان ولم تكن لأحدهما بينة أو كان لكل واحد منهما بينة على ابنه أوري

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 764/5، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989.

(2) عبد الكريم زيدان، المفصل، مؤسسة الرسالة بيروت، ط2، 1994.

(3) المرجع نفسه.

(4) سورة فاطر، الآية 18.

(5) البخاري، كتاب الشهادات وانظر أيضا، الإمام مالك، كتاب الأفضية باب القضاء على المنبوذ.

(6) وهبة الزحيلي، المرجع السابق.

القافة⁽¹⁾ فمن حُكمت له به القافة لحق وعمل القافة في تحديد نسب اللقيط كان يعتمد على الفراسة والنظر لأنه في الأبحاث العلمية الطبية الحديثة يمكننا أن نرجع تبعية الملقوط لمن يدعى به، كالتحاليل الطبية وأحدثها (البصمة، الجينية) أو ما يعرف DAN، وتعتبر هذه الطريقة العلمية المعاصرة أدق بكثير من عمله القافة، واعتقد أنه لو كانت الكشوف العلمية توصلت إلى هذه الحلول في عهد النبي صلى الله عليه وسلم لعمل بها دون تردد لأنها أنجع وسيلة للوصول إلى الحقيقة .

إلا أن مجتمعاتنا الإسلامية والعربية اليوم، وعلى الرغم من اتساع الأمراض الاجتماعية المتولدة عن وضعيات وظروف متنوعة الأسباب والمصادر، نجد أن معالجة المشاكل المعروضة غير فعالة، وأمام انتشار الملاجئ ومراكز إسعاف الأطفال غير الشرعيين عبر الأقطار العربية، خاصة البعض منها وتبني الدولة سياسة محتمدة في معالجة هذه الظواهر المستهجنة والمنبوذة من المجتمع والمأخوذة بنوع باللامبالاة من قبل أصحاب الحل الاجتماعي، تبقى شريحة الأطفال غير الشرعيين أو اليتامى الحكميين في عداد المنبوذين والمهضومة حقوقهم والمصنفين دون مرتبة البشر في كثير من الأقطار الإسلامية والعربية.

خاتمة :

وعليه فإن الشريعة الإسلامية أعطت للطفل اللقيط أو ما يسمى باليتيم الحكمي جميع الحقوق التي يتمتع بها الطفل الشرعي، بل أكثر من ذلك حملت الدولة وأفرادها على حد سواء مسؤولية السهر على رعاية وتطبيق هذه الحقوق من أجل الحفاظ على النفس البشرية وتوفير البيئة الصالحة التي ينشأ فيها هذا اليتيم، فيكبر متخلصاً من عقدة النقص والذل والانطواء فتمكنه من خلال هذه المعاملات الإنسانية العالية من حياة كريمة وسوية وحمائته من التشرد والانحراف، وللعمل على كسب فرد صالح في المجتمع، وبالتالي نجد أنه مهما وضعت من قوانين في البلدان العربية والإسلامية لحماية هذه الفئة المستضعفة، فإن السلوك الاجتماعي يبقى دائماً يحتفظ بالنظرة السلبية والقاسية على هؤلاء الأيتام دون مراعاة إنسانيتهم أو الأوضاع التي وجدوا في خضمها، مع بعض الاستثناءات التي تعرفها بعض المجتمعات العربية في التعامل مع هؤلاء .

(1) القائف، الذي يعرف الآثار والجمع القافة، هو الذي يعرف شبه الرجل بأمنه وتربيته والمصدر القيافة، ابن منظور، لسان العرب، 188/5.

قضية الولاية في النزوح في ميزان النوايل المصلحي



من إعداد : الدكتور أحمد الدحماني

باحث في قضايا الأسرة ومقاصد الشريعة

مقدمة :

قضية الولاية في النزوح من القضايا التي أثارت جدلا - وما يزال - بين فقهاء التشريع الإسلامي منذ بزوغ الفقه الإسلامي إلى الآن، تبعا للنصوص الواردة في مجالها، من حيث الثبوت أولا، ثم من حيث الدلالة ثانيا، حيث اعتبر أغلب الفقهاء الولاية شرطا في صحة عقد النكاح، بينما رأى البعض أنها ليست شرطا.

والسبب في هذا الاختلاف بين الفقهاء، يرجع إلى أن موضوع الولاية لم يرد في شأنها إلا نصوص ظواهر تحتمل شرطيتها، وتحتمل عدمها على حد سواء، وهو ما أشار إليه ابن رشد الحفيد، بعد أن ذكر أن الولاية شرط في النكاح عند مالك والشافعي، وأنها سنة فقط عند ابن القاسم من المالكية أنفسهم، وشرط في البكر دون الثيب عند داود، وأن أبا حنيفة يميز للمرأة أن تعقد نكاحها بدون ولي، قائلا : "وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك"⁽¹⁾. وهو ما يفتح بإمكانية التأويل المصلحي لحل هذه القضية، لكن بعد سوق النصوص المتعلقة بشأنها، وبيان الاحتمال الوارد فيها.

- فمن نصوص القرآن :

1- قوله تعالى : (وأُنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله) ووجه الاستدلال بهذه الآية على كون الولي شرط في صحة عقد النكاح، أن الخطاب فيها موجه إلى الأولياء، فلو لم يكن حق الولاية لهم، لما خوطبوا بوجوب إنكاح الأيامى⁽²⁾ من النساء، أي من لا أزواج لهن، فدل ذلك على أن ولاية عقد النكاح للأولياء، لا للنساء، فليس للمرأة ولاية عقد الزواج أصلا، وإن تولته، كان باطلا.

(1) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (9/2)

(2) - الأيامى: جمع "أيم" بالياء المشددة المكسورة، وهي المرأة التي لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبا، وجاء في سبيل السلام: "الأيّم: التي فارقت زوجها بطلاق أو موت"، (253/3).

لكن يجب على هذا، بأن الخطاب في الآية الكريمة (وأنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله) يحتمل أن يكون موجها إلى عامة المسلمين، أو إلى أولي الأمر فيهم⁽¹⁾، أي إلى الولي العام، لا إلى الولي الخاص للمرأة من عصباتها، حتى يكون مأمورا بمباشرة عقد الزواج على موليته، وإذا كان هذا محتملا، فمن المقرر أصوليا، أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال، فلا حجة للجماهير إذن في هذه الآية الكريمة التي استدلو بها على كون الولي الخاص شرطا في صحة عقد النكاح، لمكان الاحتمال الذي يسقط به الاستدلال.

ومفاد هذا الاحتمال ومسوغه أن المسلمين؛ - بما فيهم أولو الأمر - مأمورون بإعفاف النساء المسلمات اللاتي لا أزواج لهن مطلقا - ثيبات وأبكارا - وذلك بتيسير سبل تزويجهن من الأكفاء، وإعانتهم على ذلك، لأن مصلحة المجتمع الحقيقية المعتمدة، أن يتم هذا الإعفاف تطهيرا للمجتمع من أسباب الفساد، ودواعيه⁽²⁾، وألا يدعوا أسباب هذا الفساد تستشري، ودواعي الفاحشة تشيع، لأن هذا منهي عنه بالنص، بل مهدد عليه بأشد العذاب في الدنيا والآخرة، في قوله تعالى: إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة⁽³⁾. والنهي عن الشيء أمر بضده، وهو الإعفاف.

2- قوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن ولأمة مومنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مومن خير من مشرك ولو أعجبكم)⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بهذه الآية على شرطية الولي في عقد الزواج، هو أن الخطاب فيها، موجه إلى الأولياء أيضا، بالنهي عن تزويج المشركين، حتى يؤمنوا، ولا يوجه الخطاب بالنهي لمن لا يملكه، فدل ذلك على أن ولاية التزويج لا يملكها إلا الأولياء، وإلا ما صح توجيه الخطاب إليهم أصلا، ولكان توجيهه خلوا من الفائدة.

وما قيل في الدليل الأول يتجه على هذا الدليل، باحتمال أن يكون الخطاب فيه موجها إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر في الأمة، لا إلى الأولياء خاصة⁽⁵⁾. لأن أولي الأمر هم القادرون على تحقيق مبدأ الإعفاف بالإعانة على الزواج، وتيسير سبله، وبذل المساعدة لإتمامه، كما مر بيانه.

3- قوله تعالى: وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف)⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال بهذه الآية على شرط الولي في عقد النكاح، هو أن الخطاب موجه إلى الأولياء ينهاهم عن منع تزويج من تحت ولايتهم من النساء.. والخطاب بالنهي عن المنع، إنما يتجه إلى من بيده الشيء الممنوع، وهو

(1) - أي ليقوموا بمهمة الإنكاح حسبة الله تعالى.

(2) - وهذا يتسق وتوجيهات الرسول - صلى الله عليه وسلم - في هذا الشأن، حيث قال: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض" (سبق تخريجه)، [انظر: (ص: 292)].

(3) - سورة النور، الآية: 19.

(4) - سورة البقرة، الآية: 219.

(5) - بداية المجتهد، (10/2).

(6) - سورة البقرة، الآية: 230.

الولاية، ولو كان للمرأة أن تستقل بتزويج نفسها دون وليها، لما كان لنهيمهم عن العضل⁽¹⁾ والمنع أي معنى، فدل ذلك على أن الولاية حق للأولياء، ولا يصح عقد الزواج إذا لم يباشر الولي الشرعي حقه فيه، وأن المرأة ليس لها حق الولاية على تزويج نفسها، فضلا عن غيرها وكالة.

قال الإمام الشافعي: هذه الآية "أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا، وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف"⁽²⁾. وإنما منعت المرأة من مباشرة العقد، لأن ذلك ينافي حال الصيانة والمروءة منها، ويوحي بتساهلها في أعز ما تملك وهو عرضها، ولا يليق ذلك بمحاسن العادات⁽³⁾.

يؤيد هذا، ما ورد في سبب نزول الآية: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف).

فقد روى البخاري في صحيحه، وأبو داود، والترمذي، وصححه، عن معقل بن يسار، أنه زوج أختا له رجلا من المسلمين، فطلقها طليقة، وبعد انقضاء عدتها، جاء يخطبها من وليها، فقال له: زوجتك وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها؟! لا والله! لا تعود إليها أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله حاجته إليها، وحاجتها إليه، فأنزل الله هذه الآية، فقال: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بسبب النزول هذا، بما يؤكد المذهب القائل باشتراط الولي لصحة عقد النكاح، أنه لو كان للمرأة أن تزوج نفسها دون ولاية الولي، لفعلت، مع شدة رغبتها في زوجها، ورغبته فيها، فثبت أن الولاية شرط في صحة عقد النكاح.

ويتجه على هذا الاستدلال، بأن التشريع في هذه الآية عام، يتوجه الخطاب فيه إلى المسلمين عامة، بالنهي أن يكون بينهن عضل أو منع للنساء أن يتزوجن ممن يرغبن في التزوج منه من الرجال. ويرشح هذا المعنى، إسناد النكاح إليهن، لا إلى خصوص أوليائهن، في قوله: (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم) والأصل في الإسناد، أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، فيقتضي ذلك تصور النكاح منها. يضاف إلى هذا، الاحتمال الذي أثاره الفخر الرازي في تفسيره؛ من أن الخطاب في الآية (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) موجه إلى الأزواج، لا إلى المسلمين عامة، ولا إلى خصوص الأولياء، مدعما رأيه هذا بسباق الآية الكريمة نفسها. وبيان ذلك أن الخطاب الإلهي، بدءا من صدر الآية الكريمة موجه إلى خصوص الأزواج، بدليل قوله تعالى: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف). ومن البين، أن ما في حيز الشرط، خطاب للأزواج، لأن الطلاق لا يتأتى من غيرهم شرعا، فوجب أن يكون ما في حيز جواب الشرط، خطابا للأزواج أيضا، أي أن يستمر توجه الخطاب

(1) - العضل: لغة المنع، جاء في لسان العرب: وعضل المرأة عن الزوج حسبها، (لسان العرب، مادة "عضل") وفي الاصطلاح الشرعي: هو امتناع الولي من تزويج موليته من ترصاه. (انظر أحكام القرآن، لابن العربي، تحقيق رضى فرج الهمامي، المكتبة العصرية، بيروت، 2009 (225/1).

(2) - الأم، للشافعي، (5/12، 18).

(3) - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني، تحقيق: خليل عياني، دار المعرفة، ط1، (1418هـ/1997م)، (147/3، 148).

(4) - أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي حديث رقم: (5130)، (3/444)، وانظر كذلك: لباب النقول في أسباب النزول، للسيوطي، (ص: 46).

إليهم، حتى نهاية الآية الكريمة، في الشرط وجوابه على السواء، لأنها جملة واحدة مركبة من شرط وجواب. أما أن يكون الخطاب موجهاً إلى الأزواج في صدر الآية، وموجهاً إلى الأولياء في شطرها الآخر، فذلك تفكيك للنظم تسمو عنه بلاغة القرآن الكريم، وأسلوب بيانه المعجز، فلا بد أن يسلكها وحدة الخطاب فيما بين الشرط والجواب⁽¹⁾.

غير أن هذا الاحتمال الذي أورده الإمام فخر الدين الرازي في تفسيره، من أن الخطاب موجه إلى الأزواج بدءاً ونهاية، أي في الشرط والجواب، يعكس عليه سبب النزول - الذي أورده سابقاً - إذ يلقي ضوءاً على المعنى المراد من الآية الكريمة؛ فيشير إلى أن الخطاب موجه إلى الأولياء، لأن معقل بن يسار ولي شرعي لأخته، وقد منعها من أن تعود إلى زوجها. جاء في سبل السلام للصنعاني:

"وبسبب نزول الآية يعرف ضعف قول الرازي إن الضمير للأزواج"⁽²⁾.

وهكذا تبدو الاجتهادات والأفهام والقرائن متعارضة ومحتلمة، فتارة تسند النكاح إلى الأولياء، وتارة أخرى إلى النساء، وتارة إلى عامة المسلمين، ولا يرفع هذا الإشكال إلا التأويل الذي ينسق بين المعاني، ويرجح الاحتمال المناسب، لا سيما التأويل الذي يعتمد دليل المصالح الشرعية المعتمدة كقرائن مرجحة للاحتمال. وهو ما سنوضحه، لكن بعد سوق النصوص الواردة بشأن الولاية من السنة النبوية.

- فمن نصوص السنة: الواردة بشأن الولاية نذكر ما يلي:

1- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽³⁾.

ففي هذا الحديث دلالة على أن الولي شرط لصحة عقد الزواج، فإذا انتفى الشرط، انتفت الصحة، إذ لا يصح الشيء بدون شرطه المعلق عليه، وإلا ما كان ثمة من وجه لتعليقه عليه. والنفي هنا في قوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح" ينصب على الصحة، فيرفعها، لأنها أقرب شيء إلى نفي الذات، فيقتضي ذلك أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت، لم يصح النكاح⁽⁴⁾.

وهذا الحديث مطلق، إذ لم يفرق بين الصغيرة والكبيرة، ولا بين البكر والثيب، فتطرق إليه هو أيضاً الاحتمال.

2- قوله صلى الله عليه وسلم - فيما روته عائشة - رضي الله عنها: "أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل"⁽⁵⁾.

(1) - مفاتيح الغيب، للرازي، [عند تفسيره لسورة البقرة، الآية: 230].

(2) - سبل الإسلام، (ج3، ص: 255).

(3) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم: (2085)، (ص: 316)، والترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: (1101)، (ص: 259)، وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: (1880) و(1881)، (ص: 327).

وهذا الحديث صحيح يصلح الاستدلال به، وأن الطعون الموجهة إليه لا تسقطه، [انظر: نيل الأوطار للشوكاني، المطبعة العثمانية العصرية، ط1، (1357هـ-)، (6/118)].

(4) - المغني، لابن قدامة المقدسي، (6/449).

(5) - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب (15) من حديث عائشة، حديث رقم: (1102)، (ص: 259) وأبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، من حديث عائشة، حديث رقم: (2083)، (ض: 316).

وفي هذا الحديث دلالة صريحة على أن نكاح المرأة بغير إذن وليها باطل، والباطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل، وإذا كان تصرفها باطلا لم يجوز لها مباشرته، والحديث عام في كل امرأة بكرًا كانت أو ثيبًا، لأن لفظ "أي" في "أيما" شرطية تفيد العموم. ودالة على تأكيده.

3- ما روي عن أبي هريرة، قال: قال صلى الله عليه وسلم: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال، أن وصف المرأة التي تلي إنشاء عقد الزواج لنفسها أصالة، أو غيرها وكالة، إن وصفها بما ذكر من المعصية، يدل على نهاية القبح، وهو دليل على التحريم، فدل ذلك أن ولاية عقد النكاح حق للأولياء، لا للنساء.

ويتجه على استدلال الجمهور بهذه الأحاديث، بأنها محتملة، ووجه الاحتمال فيها؛ كونها عامة في كل امرأة - أعني المولى عنها - بكرًا كانت أم ثيبًا، ومن ثم يمكن حملها على من كانت دون البلوغ. ومسوغ هذا الحمل، أن الولاية على الشخص، لا تكون إلا حيث الحاجة الماسة إليها بسبب عجز العقل عن إدراك الأمور، وبعد البلوغ وتمام العقل ليس ثمة حاجة توجب الولاية. ثم إن هذه الأحاديث ليس فيها إلا اشتراط إذن الولي، وليس حضوره وإشهاده أثناء إبرام عقد الزواج. أي ليس فيها ما يمنع المرأة من أن تعقد على نفسها، بل الأظهر منها، أنه إذا أذن الولي لها، جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح إشهاد (إحضار) الولي معها⁽²⁾.

هذا، وإن كل ما تفيد هذه الأحاديث هو استقباح أن تخرج المرأة على العرف السائد الصحيح، وتنفيها لها أن تستبد بعقد زواجها دون إذن وليها، واستطلاع رأيه في أمر زواجها، على ما هو المتعارف، فضلا عن أن استقلالها في ذلك واستبدادها به مما ينسبها إلى الوقاحة عادة، أو التجرد عن فطرة الحياء الذي فطرت عليه المرأة. وليس فيها ما يدل على بطلان نكاحها فيما لو باشرته بنفسها بإذن وليها؛ وذلك لأن الولي إنما يراد ليختار كفوًا لها، لدفع العار والأذى عنه، وذلك يحصل بإذنه.

فتحصل من ذلك أن :

وجه دخول الولي في عقد نكاح وليته، إنما يراد ليختار لها كفوًا، ولنفي الضرر والمعرفة عن نفسه، وعنها بوضع نفسها في غير الكفء، وذلك يحصل بإذنه، لأن المرأة في الغالب قليلة الاختلاط بالرجال، وسريعة الاعتزاز، وقوية العاطفة، فتعوزها الخبرة، فكان لا بد من أخذ إذن الولي، واستطلاع رأيه، جبرًا لهذا النقص، لا سيما في أمر يتصل بعقد العمر. فتأمينًا لمصلحتها، وإقامة لبنين الأسرة على أسس متينة، كان لا بد من استئذان الولي، حتى يكون إذنه شرطًا لصحة عقد الزواج، ولا بد من إذنها أيضًا، لينم عن رضاها بالزوج الذي ستعيش معه طوال عمرها، وتظفر هذه الأسرة الناشئة بالنجاح في استمرارها. وتلك مصلحة اجتماعية تقع في اعتبار الشارع موقع التقدير.

حتى إذا تراضيا على الزواج، فليتولى إنشاء العقد حينئذ من يتولاه.

وإذا كانت أقوال واجتهادات العلماء محتملة على النحو الذي رأينا، فما الذي يترجح لدينا بإعمال التأويل المصلحي في هذه القضية؟

(1) - أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: (1897)، (ص: 327).

(2) - بداية المجتهد، (10/2)، بدائع الصنائع، (248/2، 249).

من المؤكد أن عقد الزواج يعتبر من أهم العقود، لما يترتب عليه من قيام أسرة جديدة في المجتمع، وإنجاب الأولاد، وحقوق وواجبات تتعلق بكل من الزوجين.

ولما كان كل واحد من الزوجين طرفا في العقد، ناط الشارع إبرامه بهما، وجعله متوقعا على إرادتهما ورضاهما. كما تفيده أحاديث عديدة، منها ما ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال أن تسكت"⁽¹⁾. وفي لفظ في الصحيح: "البكر يستأذنها أبوها"⁽²⁾. فللهذا نهى صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح حتى تستأذن" وهذا يتناول الأب وغيره.

وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية "فتاة صغيرة السن" أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم⁽³⁾.

وروى نحوه ابن ماجه من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: "جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: أجزت ما صنع أبي، لكن أردت أن أعلم النساء، أن ليس للأباء من الأمر شيء"⁽⁴⁾ ولم يذكر فيه بكرا ولا ثيبا.

وقال البخاري في صحيحه: باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها⁽⁵⁾.

وقال أيضا: باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود⁽⁶⁾، قال الحافظ: هكذا أطلق فشم البكر والثيب⁽⁷⁾.

وقال الحافظ بن القيم في ذكر أفضيته وأحكامه صلى الله عليه وسلم في النكاح وتوابعه: "فصل، حكمه صلى الله عليه وسلم في الثيب والبكر يزوجهما أبوها، ثبت عنه في الصحيحين أن خنساء بنت خدام زوجها أبوها وهي كارهة وكانت ثيبا، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها، وفي السنن من حديث ابن عباس أن جارية بكرا

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب (41) لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم: (5136)، (446/3). والأيم: لغة هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا، أو هي المرأة التي فارقها زوجها بطلاق أو موت، بكرا كانت أم ثيبا، (نيل الأوطار: (19/6)).

(2) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (1421)، والبيهقي في السنن الكبرى (115/7) من حديث ابن عباس، وهذا في أحد ألفاظ حديثه.

(3) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجهما أبوها ولا يستأمرها، حديث رقم: (2096)، (ص: 318)، وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب (12) من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم: (1875)، (ص: 326).

(4) - أخرجه ابن ماجه في سننه، من حديث ابن بريدة، في كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم: (1873)، (ص: 326)، وجاء في الحجة البالغة: أقول لا يجوز أيضا أن يحكم الأولياء فقط، لأنهم لا يعرفون ما تعرف من نفسها، ولأن حار (نفع) العقد وقاره (ضرره) راجعان إليها. والاستثمار طلب أن تأذن ولا تمنع، وأدناه السكوت، وإنما المراد استئذان البكر البالغة دون الصغيرة". (انظر: الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، (ج2/ص: 5).

(5) - صحيح البخاري، (446/3).

(6) - صحيح البخاري، (448-447/3).

(7) - فتح الباري، (244/10).

أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أبأها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم،⁽¹⁾ وهذه غير خنساء. فهما قضيتان قضى في إحداهما بتخير الثيب وقضى في الأخرى بتخير البكر. وثبت عنه في الصحيح أنه قال: "لا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تسكت"⁽²⁾. وفي صحيح مسلم: "البكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها"⁽³⁾.

وموجب هذا الحكم أنه لا تجبر البكر البالغ على النكاح ولا تزوج إلا برضاها، وهذا قول جمهور السلف ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه، وهو القول الذي ندين الله به ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره ونهيه وقواعد شريعته ومصالح أمته.

أما موافقته لحكمه، فإنه حكم بتخير البكر الكارهة... وأما موافقته لأمره، فلأنه قال: "والبكر تستأذن" وهذا أمر مؤكد؛ لأنه ورد بصيغة الخبر الدال على تحقق المخبر به وثبوته ولزومه، والأصل في أوامره صلى الله عليه وسلم أن تكون للوجوب، ما لم يجمع على خلافه... وأما موافقته لنهيه، فلنقله: "لا تنكح البكر حتى تستأذن"، فأمر ونهي، وحكم بالتخير، وهذا إثبات للحكم بأبلغ الطرق، وأما موافقته لقواعد شرعه، فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها... فكيف أن يخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريد وهي من أكره الناس فيه، وهو من أبغض شيء إليها، فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريد ويجعلها أسيرة عنده... ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها. ولقد أبطل من قال إنها إذا عينت كفواً تحبه وعين أبوها كفواً، فالعبرة بتعيينه ولو كان بغيضا لها قبيح الخلقة.

وأما موافقته لمصالح الأمة، فلا يخفى مصلحة الثيب في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها بذلك، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر عنه"⁽⁴⁾...

والمعتبر من جملة هذه الأقوال، هو حصول الرضا من المرأة البالغة في عقد زواجها، لأجل أن يكون الزواج قائما على المودة والرحمة، والألفة والمحبة. ومن الحال - عادة - تحقيق تلك المقاصد بزواج قائم على الإكراه والإجبار.

ومع ذلك نقول: إن اشتراط رضا الولي في عقد الزواج، لا ينبغي إهماله، لأن فيه مصلحة؛ وهي دفع سوء اختيار الزوج؛ وذلك بحكم كون المرأة قليلة الاختبار والتجربة، سريعة الاغترار والتأثر والانخداع، يغيرها الشئ وزخرف القول، وتخضع لحكم العاطفة، وهي تحتاج بحكم ذلك إلى من يعينها ويشير عليها في أمر اختيار من ترغب في الاقتران به، ولا يحصل ذلك إلا بإذن الولي، الذي يعد مظهرا من مظاهر جبر ذلك النقص الحاصل، ولأن الولي أقدر منها على معرفة الكفء، وتمييز الصفات اللازمة في الرجل المناسب لها.

فيكون إذن تصرف الولي منوط بهذه المصلحة في اختيار الزوج الكفء لمن هي تحت ولايته. فإذا تصرف على غير وفق هذه المصلحة، كان متعديا، ويجسن أن تنزع منه هذه الولاية، وتستند إلى غيره من الأولياء، حسبما هو موضح في كتب الفقه. وهذه المصلحة المنوطة بالولي، هي مصلحة شرعية معتبرة، تحقق مقصود الشرع من الزواج في تحقيق العفاف، ودوام الألفة والمودة والرحمة، وحصول التساكن، والتماسك الاجتماعي؛ لأن ارتباط الزوجين وتآلفهما،

(1) - سبق تخريجه، انظر: (ص: 348).

(2) - سبق تخريجه، انظر: (ص: 347).

(3) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح، حديث رقم: (1420).

(4) - زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الفكر، ط2، المجلد الثاني، (ج 4، ص: 2 و 3).

يتعداهما إلى ذويهما وعائلتهما وأقاربهما.

يقول عبد الحليم أبو شقة: "إن حضور الولي عقد الزواج كما يثبت إقرار العائلة لهذا الزواج، يساعد على تأكيد أن رابطة الزواج لا تقتصر على علاقة حميدة بين شخصين رجل وامرأة، بل هي كذلك صلة وثيقة بين عائلتين أو عشيرتين، وكما يحضر ولي المرأة، فيندب حضور والد الرجل فضلا عن أقارب الزوجين، حتى يكون هذا الزواج بداية التحام بين العائلتين"⁽¹⁾.

كما أن المفصلة إذا حصلت بسبب زواج غير الأكفاء، ذهبت مقاصد النكاح، وحصل الضرر وتعدى للأولياء. ومن أجل ذلك فإن اشتراط الولي في الزواج مصلحة للمرأة، لأن الولي يتقص البحث عن أحوال الخاطب أكثر من المرأة، ويزيد في التثبت في الكفاءة، من منطلق أنه لو وضعها في غير كفاء، لكان ذلك معرة وضررا عليه وعليها، وهذا يحمله على الجهد الصادق لمعرفة الزوج الكفاء لموليته... ولذلك يشترط في الولي أن يكون أهلا لممارسة هذه المهمة بأن يكون ذكرا بالغاً عاقلاً رشيداً حراً⁽²⁾... كما هو مثبت في كتب الفقه. مما يضمن سلامة تصرفه ويحصل المنفعة للمولي عليه ويقيه المساوى والمفاسد.

وبهذا يتبين أن الولاية في الواقع هي مظهر من مظاهر تكريم الإسلام للمرأة، حيث كلف الرجل بأن يضع نفسه في خدمة المرأة التي في ولايته، ليعينها على اختيار الزوج الكفاء، أي الصالح - المرضي دينا وخلق -، وليصونها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها وميلها إلى الرجال⁽³⁾. وهذا يعني أيضاً أنه ليس في الولاية تسلط على المرأة من طرف الرجل، ولا أية استهانة بها، أو انتقاص من قدرها. بل إن على الولي أن يستأذن وليته ويأخذ برأيها ورضاها قبل العقد، فلا يجوز له أن يكره وليته على الزواج بمن لا رغبة لها فيه، لأن ذلك يتنافى مع مقاصد الشرع التي جعلت الزواج أساسه الألفة والمودة والرحمة والوئام.

وتأكيداً لذلك فإن الشريعة الغراء أعطت للمرأة كامل الحرية في اختيار شريك حياتها، وليس معنى هذا أن تهمل رأي وليها، بل لا بد من الأخذ برأيه، فهو أدري بأحوال الرجال، من المرأة، هذا فضلاً على أن خصائص المرأة الأنثوية وطبيعتها الخلقية وعاطفتها الزائدة يستدعي ذلك نوعاً من الحماية لها والذود عنها بحفظ كرامتها حتى لا تقع في فخاخ العابثين والمتلاعبين بأعراض الناس، وفيمن يغريها بالقول وخطاب العاطفة، يقول الشيخ يوسف القرضاوي: "ليست المرأة المسلمة الشريفة هي التي تزوج نفسها بدون إذن أهلها، فإن كثيراً من الشبان يختطفون الفتيات ويضحكون على عقولهم، فلو تركت الفتاة الغرة لنفسها، لطيبة قلبها، ولعقلها الصغير، لأمكن أن تقع في شرك هؤلاء، وأن يخدعها الخادعون من ذئاب الأعراض، ولصوص الفتيات، لهذا حماها الشرع وجعل لأبيها أو وليها... حقاً في تزويجها ورأياً في ذلك، واعتبر إذنه واعتبر رضاه كما هو مذهب جمهور الأئمة"⁽⁴⁾.

(1) - تحرير المرأة في عصر الرسالة، دار القلم، ط1، (1410هـ/990م)، (76/5).

(2) - انظر: الفقه المالكي وأدلته، للحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، (226/3، 227). والمغني، (335/7، 356)، وبدائع الصنائع (239/2).

(3) - إن الإسلام راعى أن لا تظهر المرأة أثناء انعقاد الزواج، وأمام الشهود والناس بمظهر التناقض في النكاح، الطالبة له على نحو صريح، فجعل الولي يقوم بذلك عنها، في مظهر من مظاهر إكرام الإسلام للمرأة، وإعزازها، وتقديرها لما ينبغي نحوها من واجب حمايتها من أي موقف يمس حياءها وعزتها.

(4) - فتاوى معاصرة، للقرضاوي، (ج2/86 و87).

فالولاية في التزويج لا تشكل طعنا على المرأة في عقلها، ولا إلغاء لشخصيتها، ولا سلبا لحريتها، ولا تنقيصا من أهليتها، وإنما ينظر الإسلام إلى المرأة على أساس أن أنوئتها مظهر إيجابي فيها؛ من مظاهر الرقة والعاطفة يستدعي نوعا من الحماية لها، وليست جانبا سلبيا فيها، بل ميزة تتميز بها وجانب جمالي فيها. ومثل هذا قد يغطي على عقل المرأة وجوها من المصالح، فتلقي نفسها لأجل عاطفتها ورقتها فيما يريدها في دنياها وأخراها، فناسب أن تفوض في ذلك وليها ينظر في مصالحها بكامل النظر، بما يحقق مصلحتها في الظفر بالزوج الكفء. وحين يشترط الإسلام أن يبار الولي عقد زواج المرأة، فمعنى هذا أنه قام - (وهو عاقل رشيد حريص على مصلحتها غاية الحرص) - بفحص حقيقة حال المتقدم والاستيثاق من أنه صادق فيما عرضه وقدمه عن حاله، وقد يقتضي الأمر أن يقوم الولي بسفرة أو أسفار في سبيل هذا الاستيثاق، وهذا ما لا تستطيع المرأة أن تقوم به بنفسها، لأنها تغلب عليها العاطفة، ولا تستطيع أن تقوم ولو بأدنى طريقة من طرق التأكد من حال المتقدم إليها، إلا إذا سلمت الأمر لوليها، فهو أدرى بعالم الرجال وبطرق الفحص والتحقيق والتمحيص، وكل ذلك لإسعاد المرأة وضمان مستقبلها⁽¹⁾.

فهو لا يباشر عقد النكاح إلا عن دراسة وتمحيص، بحيث يختار لموكلته من يصلح لها، مع اعتبار إذنها ورضاها - بالتأكيد - وهذا يرينا إلى أي حد يحترم الإسلام المرأة، ويحترم رأيها في اختيار زوجها⁽²⁾. وإذا ثبت أنه تعسف في استعمال هذا الحق المخول له، بما يمس مصلحة المولى عليها، ويدوس كرامتها، وينغص عليها حياتها وراحتها، فإنه ينزع منه هذا الحق، ولو كان أباه، ويسند إلى غيره، كما تقدم.

كما أن القول باشتراط الولي ووجوده يتضمن إكراما وإحسانا بالأبوين، وعدم إشراكهما واعتبارهما يحمل نوعا من العقوق والجحود لأعمالهما وتضحياتهما.

ويقصد من مشاركة الأولياء ووجودهم تحمل تبعات الزواج مع المرأة قبل انعقاده وبعد حصوله وفي حالة الفراق، إن لم يكتب الاستمرار، فغرم هذه التبعات يستلزم غنم المشاركة من باب القاعدة الفقهية: "الغرم بالغنم"، ووجود الولي حماية للمرأة من كل ما يمكن أن يكون من تصرفات سيئة مضرّة بها من طرف الزوج، وإذا زوجت المرأة نفسها بنفسها دون إذن أهلها ورضاهم، قد تجد نفسها دون سند إذا وقعت المشاكل، واستفرد بها زوج ظالم... وكثير من هذه المشاكل وقعت، ووجدت طريقها إلى الحل بسبب تحكيم أسرتي الزوجين.

فدور الأسرتين هو رعاية واحتضان الزواج الجديد وتسديده والتدخل عند الضرورة لإصلاح ذات البين... كما أن سوء اختيار الزوج وتبعاته المادية والنفسية لا تختص بالزوجة وحدها، لأن زوج ابنتهم أو أختهم يضاف ضرورة إلى أسرتهم، بمجرد العقد، فتكون لهذه الأسرة الجديدة والناشئة حقوق، تتمثل في صلة الرحم والكفالة وغيرها، فكان هذا ادعى لأن يكون لأسرة الزوجة رأي لا يمكن إغفاله في زواج ابنتهم، ولهذا رأى الإسلام أن يعينها بولي يرشدها ويعينها ويكرمها باختيار الزوج الكفء، ولا ينتقص ذلك من قدر المرأة ولا من حرّيتها إذا هي احتاجت عند زواجها إلى ناصح أمين يشترك معها في مسؤولية الاختيار.

وإجمالا، فإن موضوع الولاية ينتظمه مبدآن من المبادئ الكلية:

مبدأ المسؤولية: وهي مسؤولية الولي تجاه موليته، بحيث يتوجب على الولي أن يكون تصرفه هذا - بالولاية - منوط بالمصلحة، نافعا في حق موليته، لا ضارا بها.

(1) - مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة، للدكتور محمد بلتاجي، مكتبة الشباب، المنيرة، (د.ت.و)، (ص: 330، 331).

(2) - مقاصد الولي في الزواج، ذ. أحمد كافي، مجلة الفرقان المغربية، (1424هـ/2003م)، (العدد: 49، ص: 111).

فتصرفات الولي منوطة بشرط المصلحة للمولى عليه، لأنها لمصلحته وجبت، وليس لمصلحة الولي، فهي نعمة للمولى عليه ومسؤولية للولي. فإذا تصرف الولي على غير وفق مصلحة المولى عليه كان متعدياً. كأن يتعسف الولي في استعمال هذا الحق المخول له فيعامل ابنته كسلعة مريجة، أو وسيلة يحقق بها مصالحه، أو يكسب بها رضا بعض أقاربه دون اعتبار لرضاها ولا اهتمام بما يحقق سعادتها، بل ربما ارتكب ما يدوس كرامتها وينغص عليها حياتها وراحتها...

وهذه المسؤولية المنوطة بتحقيق المصلحة تتمثل في اختيار الزوج الكفء لمن هي تحت ولايته. والكفء هو المرضي ديناً وخلقاً، والمرضي خلقة.

والمبدأ الثاني الذي ينتظم موضوع ولاية التزويج، هو: مبدأ التساكن والمودة والرحمة؛ لأن الظفر بالزوج الكفء لا يكون ميسوراً دائماً، والزوج الكفء ضروري لتحقيق مقاصد النكاح هذه؛ إذ بالكفء تصلح الحياة الزوجية غالباً، وتستقر، لأنه يعرف متطلباتها وحقوقها وواجباتها مما يؤدي إلى دوامها واستمرارها، وتحصيل الكفء يكون بتعاون الولي مع المولى عليها على اعتبار أن الولي أقدر منها على معرفة الكفء وتمييز الصفات اللازمة في الرجل المناسب لها.

وخلاصة القول: إن الولاية التي تحدث عنها الشرع لا تتعارض مع الحرية التي منحها الإسلام للمرأة في حق اختيار من ترغب في الاقتران به، لأنها ليست ولاية تسلط وتحكم واستبداد، بل هي ولاية مشورة وتعاون وتوجيه وإرشاد تراعى فيها مصلحة الطرفين معاً، مصلحة الولي في أن يضع موليته في الزوج الكفء، حتى لا يلحقه ضرر ولا معرفة من سوء الاختيار. وهو ما يحمله على الجهد الصادق لمعرفة الزوج الكفء لموليته. ومصلحة المولى عليه في تحقيق قيم الاستقرار وصيانة المرأة وجبر كسرهما وضعفها الذي تقتضيه أنوثتها.

من معاني الشرعية و المشروعية و الشرعة



من إعداد : الأستاذ عبد الحق بلفقيه

باحث بجامعة عبدالمالك السعدي بطنجة

Email : benhouda12@gmail.com

مقدمة :

كل منا يكتشف الدولة قبل أن يكتشف الحرية، تجربة الحرية تحمل في طياتها تجربة الدولة، لان الدولة هي الوجه الموضوعي القائم في حين أن الحرية تطلع إلى شيء غير محقق. إن المرء يعيش طوال حياته، دون أن يتساءل مرة واحدة عن مضمون الدولة، ذلك ما يقع بالفعل لأغلبية الناس، و ذلك ما يتمناه أصحاب السلطة، لكن لا يجتمل أن يجي المرء دون أن تطرق سمعه كلمة "دولة" (1).

و التساؤل حول معيار شرعية الدولة و مصادرها يتجدد باستمرار دون أن ينتهي إلى جواب ثابت. هذا التساؤل ينبع من تجربة الحاضر، و في نفس الوقت يعبر عن تجارب الماضي. فما الذي يعطي الدولة حق ممارسة السلطات على مواطنيها؟ وكيف تكتسب السلطة قوة الإرغام و فرض مشيئتها على العامة؟

فمنذ بداية تكون الدول في مرحلة ما قبل الميلاد، شكلت السلطة القابضة على زمام الحكم محورا مركزيا عند العامة من الناس و عند النخبة الراغبة في ممارسة هذه السلطة و الساعية إليها. و كان للسلطة و ما يزال، بريقها الخاص الذي يحفز الأفراد و الجماعات للتمرد و الثورة و الانقلاب و التغيير، هذا فضلا عن ارتباط مفهوم السلطة، على مدى التاريخ، بالتعاليم و القيم الروحية و الإنسانية.

و تحت وطأة السعي لاكتساب السلطة و ممارستها، سفكت دماء و اشتعلت حروب، حتى أن هذه الحروب استغرقت شطرا عظيما من التاريخ، و فسرت جانبا مهما من العلاقات بين الدول، أو بين جماعات الدولة الواحدة، إنها السلطة ذات الجاذبية و المسؤولية معا، و هي التي ارتبطت بعاملين ثابتين على الدوام هما : القوة و الحق(2).

فالسلطة السياسية هي إذن المرجع المخول من قبل الأفراد لتطبيق القانون، و الإمساك بالقوة التي تكره العامة كي ينصاعوا لحكم القانون. و ما بين قوة الإكراه التي تمارسها السلطة و ميول الناس إلى الحرية يبقى الفكر السياسي

¹عبدالله العروي، " مفهوم الدولة "، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء- المغرب، الطبعة التاسعة، 2011، ص:5.

²لمزيد من التفاصيل، انظر: جامعة الكويت، موسوعة العلوم السياسية (الكويت : مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994، خ 1، ص 219.

مجتهدا في إطار فكرة العدالة . إنها جدلية التناقض ما بين السلطة و الحرية. فالسلطة ضرورية للحياة الإنسانية، و الحرية مطلب كل إنسان.

و يأتي التفكير في مسألة " الشرعية "، كصفة تنسب لنظام سياسي ما من قبل الخاضعين - وفق ماكس فيبر - كفعل مستمر ما استمر النوع البشري⁽¹⁾. لكن لا يمكننا الحديث عن مفهوم " الشرعية " دون الحديث بالأساس عن طبيعة النظام السياسي أولا. حيث إن فهم ماهية النظام السياسي، بحثها و معالجتها تتطلب مناقشة السلطة الحاكمة و تفكيك مكونات النظام و رصد ثقافته و الذهنية المسيطرة عليه، ثم الصلات القائمة بين الحاكم و المحكوم أي بين السياسي و الاجتماعي، و قنوات التواصل بين هذين الشريحتين، و خانة الأنظمة التي ينتمي إليها منفتحة أم مغلقة، ديمقراطية أم مستبدة⁽²⁾.

بهذا المعنى نجد أن " الشرعية " في مفهوم الأنظمة السياسية المنفتحة حيث " الشعب مصدر للسلطة و حيث السلطة مقننة و مراقبة، و القبول بها طوعي و إرادي، إذ تتأسس الشرعية في هذه الحالة على العقلانية و المنجز و التنمية و المؤسسات و التنافسية⁽³⁾ "، تختلف اختلافا تاما مع الشرعية في الأنظمة السياسية المغلقة التقليدية، حيث السلطة مطلقة و قهرية و الخضوع إكراهي.

الشرعية في الأنظمة المنفتحة و الديمقراطية تمتح من المؤسسات و القوانين و الإرادة العامة و ليس من الأشخاص، و هذا ما يفسر سمو المؤسسة في هذه الأنظمة باعتبارها علامة مميزة لشرعيتها - فالمؤسسة تعد بمثابة جماعة اجتماعية منظمة وفق قواعد مستقلة عن إرادة أعضائها⁽⁴⁾ - و بناء عليه يصبح النظام ممأسسا (في الاتجاه الذي لا يمكن فيه أن يمارس إلا إذا احترمت القواعد التي لا تستنبط إرادة الحكام، بل إرادة حكم مؤسس، و منفصل و سام⁽⁵⁾).

و هذا عكس ما يوجد في الأنظمة الاستبدادية المغلقة بحيث لا يحق للأفراد اختيار راعيها بقدر ما يتوجب عليها الإذعان، و إذا ما شقت عصا الطاعة، كانت لها عصا العنف بالمرصاد. و يؤكد Karl Wittfogel أن الأنظمة الاستبدادية تتسم بالغياب الكلي لفعل الرقابة الاجتماعية الفعالة، و لا يوجد مركز قادر على إخضاع السلطة المطلقة للرقابة أو تحجيمها، و وجود دساتير لا يعني حضور الرقابة الدستورية و لا الالتزام بمتضمنات الدستور ذاته أن تنحد سلطة النظام عند المتاح به وفق المساطر الدستورية⁽⁶⁾.

و بناء عليه فلا تواصل بين الحاكم و المحكوم، إذ يروم الحاكم دوما إذابة جسد الرعية في سلطة الرعاية تأكيدا لمقولة " أنا الدولة "، و هكذا فإن شرعية استخدام العنف تتحرك ضد كل من سولت له نفسه الاعتراض⁽⁷⁾. و عليه فالمنافسة السياسية غير مرحب بها في هذا النوع من الأنظمة، و حتى الانتخابات لا تفتح إمكانية الاختيار، بل يجب أن تكون الآلية التي تسمح بتعيين من هم أكثر ولاء و قدرة على الاشتغال ضمن الإيديولوجية الرسمية⁽⁸⁾.

و قبلا، ما مفهوم الشرعية ؟ و لماذا يتسم بالنسبية و الالتباس و التغيير ؟ و ما هي أهم التحولات التي طرأت على مفهوم الشرعية ؟ و ما هي حدود تداخله و تمايزه عن مفهومين رئيسيين آخرين و هما المشروعية و الشرعية ؟ و كيف يتآكل و ينمحي مفهوم الشرعية ؟

¹ Wilson McWilliams, on political legitimacy, public policy, Vol: 19 summer 1971.

² د. هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي "، منشورات دار الأمان، مطبعة الأمنية - الرباط، 2009، ص: 33.

³ Philippe Braud. " La vie politique », P.E.F., Que sais je ? 1985, p : 9.

⁴ Jean William « la pierre, le pouvoir », encyclopedia universalis, 2004/ aussi : J.W. la pierre vivre sans Etat ? Edi. Seuil 1977. Pp : 69-185.

⁵ د. هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي "، منشورات دار الأمان، مطبعة الأمنية - الرباط، 2009، ص: 45.

⁶ Karl Wittfogel, le despotisme oriental, Ed. Minuit Paris 1977 p p : 128-130

⁷ د. هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي "، منشورات دار الأمان، مطبعة الأمنية - الرباط، 2009، ص: 47

⁸ Georges Burdeau, les régimes politiques, l'Encyclopaedia Universalis 2004

I- مبدأ الشرعية : Principe de la légitimité

يعد "مبدأ الشرعية" أحد الخصائص الرئيسية المميزة للأنظمة القانونية المعاصرة، بحيث لا يمكن أن نتصور وجود دولة حديثة لا تتبنى مبدأ الشرعية الذي يمكن أن نعبر عنه بـ "الوعاء القانوني" أو "الأساس القانوني" أو "القاعدة القانونية" الذي يرتكز عليها النظام العام في الدولة. وبهذا المعنى، يعتبر مبدأ الشرعية "أصل كل نشاط قانوني يمارس داخل الدولة"¹، لذلك فهو يعلو على باقي المبادئ المكونة للدولة الحديثة، وهو بذلك تعبير عن "سيادة حكم القانون"². فكيف ظهر و تطور هذا المفهوم؟

أولاً: في ماهية الشرعية :

أ- التعريف :

يعرفها ماكس فيبر بأنها "صفة" تنسب لنظام ما من قبل أولئك الخاضعين له، من خلال عدة آليات، فالشرعية في هذه الحالة تعرف كقاعدة من قواعد السلطة (أي بعدها السياسي). فإذا كانت لفظة "الشرعية" تشير بمثلها الدقيق إلى شرعية السلطة القائمة، من حيث صلاحياتها كسلطة للأمر الذي يستوجب التكليف بالطاعة، فإنها لذلك تقع في جملتها في مجال الفلسفة السياسية، وهي تدور حول مدى صلاحية السند الذي يرتكز إليه النظام القانوني للدولة في جملته⁽³⁾، ومن ثم فليس من المتصور أن تكون قضاياها من شأن ذلك النظام القانوني، وإنما يحتكم في شأن هذه القضايا إلى تلك الفلسفات التي سبقت النظام القانوني، وهي من هذا المنطلق "ظاهرة سياسية و ليست ظاهرة قانونية"⁽⁴⁾.

ب- التصنيف الفيبري للشرعية :

يعرفها ماكس فيبر بأنها صفة تنسب لنظام ما من قبل أولئك الخاضعين له، من خلال عدة آليات تتجلى في التقاليد أو بعض المواقف العاطفية أي ما تحدته الكاريزما من تأثير في نفوس الجماهير، أو عن طريق الاعتقاد العقلاني والأساليب القانونية⁽⁵⁾. و الشرعية في الأنماط الثلاثة معرفة في سياق قبول المجتمع بحكومته و زعمائه⁽⁶⁾. بالنسبة للشرعية التقليدية في التنميط الفيبري فإنها تنبع من قدسية التقاليد و قوة الامتداد في الزمن، حيث يسود للسلطة أنها مجرد "" امتداد لنظم كانت موجودة في الزمن السابق، أو أن الرئيس تقلد منصبه بموجب مؤهلات معينة كانت شرعية في الزمن الماضي. فالخضوع هنا سببه الشرعية التاريخية او التعود منذ القدم على طاعة هذه الأوامر⁽⁷⁾. ففكرتا التاريخ و المدة تمثل حجر الزاوية في السلطة التقليدية. و إذا كانت الشرعية التقليدية تسند إلى (الزمن/المدة/ التاريخ) فان الشرعية الكاريزمية تتقعد على فكرة "" القيمة "" التي يجسدها شخص لدرجة يغدو من الصعب التمييز بين القيمة و الشخص الذي يجسدها⁽⁸⁾.

¹ د. مها بهجت يونس الصالحي " الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون"، سلسلة كتب شهرية يصدرها بيت الحكمة العراقي، الطبعة الأولى 2009، ص: 58

² د. عبد الله طلبية، " القانون الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة: القضاء الإداري"، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى: ص: 14

³ د. هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، ، مشار إليه، ص: 63.

⁴ Freund Julien, « l'essence de la politique », Sirey 1981, pp : 259 à 266.

⁵ Max Weber, the theory of social and economic organization, Tran by A. M. Henderson and Talcott Parsons, 6 th ed, New York: Free Press, 1969. P: 130.

⁶ Ibid, pp : 130-135-328/

⁷ البروفسور دينكن ميتشل، معجم علم الاجتماع (مترجم)، دار الطليعة، بيروت 1981، ص 29 إلى 32.

⁸ د. هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، منشورات دار الأمان، مطبعة الأمنية – الرباط، 2009، ص: 50

في المجتمعات القائمة على أسس لا عقلانية، لاحظ ماكس فيبر أن النموذج المثل يتمثل في " الكاريزما⁽¹⁾ " التي تقوم على الولاء المطلق لقدسية معينة، و ترتبط بزعيم بطل مهاب تاريخي، له فضائل و خصال يعدها أعضاء المجتمع خارقة. و بعد نجاح القيادة الكاريزمية تميل القيادة إلى فقدان صفتها الكاريزمية فتتحول إلى دستورية شرعية، و عملية التحول هذه تنعت ب" روتينية الكرزما " التي غالباً ما تعتمد على الخداع و المراوغة⁽²⁾.

و يجسد المعطى العقلاني-القانوني القطب الثالث في الثلاثية الفيبرية بحيث تقوم على أساس عقلي/رشيد، منبعه الاعتقاد بقواعد أو معايير موضوعية غير شخصية، أي أن هناك اعتقاد رسمياً في بتفوق بناء معين في المعايير القانونية، وان طاعة المحكومين تقوم على إيمانهم بالإجراءات و القواعد الملائمة التي تحظى بقبول الملائمة التي تحظى بقبول الحكام و المحكومين معا.

ج- أسس " الشرعية " :

يستند مبدأ الشرعية إلى سنيين أساسيين، الأول سند منطقي قانوني و الذي يرى ضرورة أن تكون القواعد واضحة و محددة لا يكتنفها أي غموض حتى يحق لأي فرد أن يقوم بأي عمل أو يمتنع عنه، أما السند الثاني فهو سند سياسي نجده في نظرية العقد الاجتماعي ل" روسو " حيث يقرر " بان الأفراد بمقتضى العقد الاجتماعي يتنازلون كلية عن حقوقهم " للجماعة " -الدولة- دون أن يفقد الأفراد حرياتهم و حقوقهم نهائياً، لأنهم مقابل حقوقهم و حرياتهم سيحصلون على حقوق و حريات تقرها لهم الجماعة المدنية التي أقاموها بمحض إرادتهم و اختيارهم⁽³⁾ .

فالعقد الاجتماعي، كما يبين روسو يعطي الكيان السياسي المنتخب سلطة مطلقة على جميع أعضائه، و هذه السلطة حين توجهها الإرادة العامة تدعى السيادة. كما يوضح روسو كيف يكون رأي الأغلبية ملزماً لأنه مطابق للإرادة العامة و التصويت هو الطريقة لاكتشاف الإرادة العامة.

و لما كان الدستور هو أصل كل نشاط قانوني تمارسه الدولة فهو لذلك يعلو و يسمو على أوجه النشاط كافة، إذ منه وحده تصبح هذه الأوجه صحيحة فهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني في الدولة⁽⁴⁾. و أن الطبيعة التي يتميز بها الدستور تضيف عليه صفة السيادة لكونه كفيل الحقوق و الحريات و عماد الحياة الدستورية و أساس نظامها، و حقا لقواعده أن تستوي على القمة في البناء القانوني للدولة و أن تتبوأ مكانة الصدارة بين قواعد النظام العام بعدها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها و في قضائها و في ما تترسه من سلطات تنفيذية⁽⁵⁾. و مع مرور الوقت، تطورت فكرة إخضاع أجهزة الدولة للدستور، خاصة في القرن التاسع عشر أين تم اعتماد مفهوم دولة القانون أي الدولة التي تخضع للقانون.

ثانياً: تحولات مفهوم " الشرعية " :

أ- من " السيادة الشعبية " إلى " دولة القانون " :

كان من مميزات تشكل الدولة الحديثة، من ناحية، سيادة الحكم الدولي المنتقلة من شخص الأمير - الملكية - إلى جسم الشعب، و من ناحية أخرى كذلك، التمييز بين الدولة و المجتمع المدني. هذا التمييز الذي كان الخلية التي نمت

¹ الكاريزما: مصطلح إغريقي الأصل يعني " الترجمة الإلهية"، و أول من استخدمها ارنست ترو لتش ثم ماكس فيبر للدلالة على قابلية الشخص للقيادة و الإلهام، بفضل قوة شخصيته و عبقريته، (عند البروفيسور دينكن ميتشل، معجم علم الاجتماع، دار الطليعة/ بيروت 1981 .

² د. هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، مشار إليه. ص 50

³ د مساعد عبد القادر " الناصر في الحريات الأساسية و حقوق الإنسان" طبعة الأولى 2012، ص: 80.

⁴ Burdeau (G), Droit constitutionnel et institutions politiques, 13^{ème} Ed, Paris, 1968, P. 77

⁵ انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، "قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون أحكام المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص: 111

منها الحريات الذاتية الموكولة للأفراد⁽¹⁾. و لقد كان لمبدأ السيادة الشعبية المستلهم من نظرية روسو نتائج هامة فيما يخص ممارسة السلطة، حيث شكل الأساس التي قامت عليه الديمقراطية و حقوق الإنسان و المواطن. فالدولة الدستورية في أصلها كفكرة هي نظام مراد من طرف الشعب ذاته و يستمد مشروعيتها من حرية إرادته و بحسب روسو يصبح الشعب مصدر القانون و موضوعه في الوقت ذاته⁽²⁾. وصاحب انتقال السيادة من الملك إلى جسم الشعب تفكير عميق في الميكانيزمات الدستورية و الإجراءات العملية الضرورية لتحقيق الحرية السياسية⁽³⁾. إن صاحب السيادة مستبد بطبيعته و لذلك وجب الاحتماء منه، و لن يتأتى ذلك إلا بإدراجه كطرف في العقد الاجتماعي و إخضاعه للقواعد و القوانين التي يتضمنها هذا الأخير. كما لا يكون تنازل الأفراد بالإضافة إلى ذلك إلا جزء فقط من حقوقهم، يضمن لهم إقامة السلطة و الانتقال إلى مستوى أحسن للحياة، هكذا يصبح العقد الاجتماعي - الدستور - إجراء ينظم العلاقة بين الحكوميين و السلطة الحاكمة.

وعليه تلتزم السلطة الحاكمة إذن اتجاه الأفراد بتنظيم حياة الجماعة و إقامة العدل و عدم المساس بحقوقهم التي لم يتنازلوا عن جميعها عند دخولهم في العقد و هذا ما يجد السلطة و يجعلها مقيدة و غير مطلقة⁽⁴⁾. في هذا السياق ظهر و نى مفهوم "دولة القانون".

ب- من "دولة القانون" إلى "الشرعية الديمقراطية" :

إن دولة القانون كمصطلح قانوني يشكل نظرية دستورية محورها تنظيم العلاقة بين الحاكم و المحكوم⁽⁵⁾. وهذا التنظيم يتم من خلال إيجاد علاقة متوازنة بين ضرورات السلطة و ضمانات الحقوق و الحريات العامة، لأن تغليب ضرورات السلطة يؤدي إلى الاستبداد، و تغليب ضمانات الحقوق و الحريات العامة يؤدي إلى الفوضى.

و قد وضعها الفقهاء القانونيين في مقابل الدولة البوليسية التي " لا ترى مانعا في استعمال كل الوسائل المشروعة و الغير المشروعة ضد المواطنين من أجل تحقيق غاياتها، و تكون السلطة الإدارية فيها مطلقة الحرية في اتخاذ إجراءات ضد الأفراد ترى فيها تحقيقا لغاياتها⁽⁶⁾". في حين توصف دولة القانون على العكس من ذلك بأنها دولة "تخضع في ذاتها، في علاقاتها مع رعاياها، للنظام القانوني الصادر عنها. هذا النظام القانوني الذي يجب أن يحدد قبلها الطرق و الوسائل التي يمكن استعمالها للوصول إلى الأهداف التي تسعى الدولة لتحقيقها⁽⁷⁾".

لكن الإشكال الذي يطرح هنا هو: هل تكفي هذه الترتيبات القانونية لفرض النظام و إرساء الحرية السياسية؟ بمعنى آخر هل وجود القانون كافي لضمان ممارسة الحكم؟ أم الأمر يتعدى ذلك إلى التساؤل حول صلاحية هذا القانون؟ أو بالأحرى شرعية هذا القانون؟

في الواقع، لا تكفي الترتيبات الدستورية و القانونية التي تحد من ممارسة القوة العمومية وحدها لفرض النظام و إرساء الحرية السياسية، بل يجب أيضا إرساء نظام ديمقراطي متعدد الأحزاب و القوى السياسية، مما يسمح بتوازن السلطات الثلاث بحيث يصبح للشرعية أكثر من وصي⁽⁸⁾. وهكذا تتحدد الممارسة السياسية بمعايير و إجراءات قانونية و تخضع الحكومات لمؤسسات وظيفتها تحديد مجال عمل كل فاعل سياسي أو اجتماعي. بهذا الإجراء تحولت

¹ Jurgen Habermas, Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique, Trad., Rainer, (Paris : Fayard, 2000), p : 52

² L'intégration républicaine, Essai de théorie politique. Jurgen Habermas, Tra Rainer Rochlitz, (paris : Fayard, 1998), p : 103.

³ Pierre De Senarclens, « la mondialisation, Théorie, enjeux et débats, (paris : Edit Armand Colin, 2ème édit ; 2001 à, p : 6

⁴ إمام عبد الفتاح، الطاغية، دراسة فلسفة لصور من الاستبداد السياسي، الكويت، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، 1994، ص: 222،

⁵ د. مها بهجت يونس الصالحي " الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون"، سلسلة كتب شهرية يصدرها بيت الحكمة العراقي، الطبعة الأولى 2009، ص: 29

⁶ R. Carre de Malberg, contribution a la théorie générale de l'Etat, t 1, (Paris : Edit Sirey, 1920), p : 70

⁷ عبد العزيز ركح، "ما بعد الدولة - الأمة"، عند يورغن هابر ماس، منشورات الاختلاف، دار الأمان، الطبعة الأولى، 2011، ص 56

⁸ Pierre De Senarclens, « la mondialisation », Théories, enjeux et débats, paris : Edition Armand Colin, 2ème édit, 2001, p : 7.

الدول الموصوفة بالديمقراطية في أوروبا أو غيرها من دول العالم إلى دول تتميز بالشرعية في ممارسة الحكم، ففي هذه الدول، " يعتبر القانون الصادر عن الهيئات الحاكمة شرعياً و ذلك لارتباطه بنظام السيطرة أي انه يأخذ شرعيته من شرعية الهياكل الموكولة بتحديد و تطبيق النظام، و في هذا الإطار تحتل نظريات السيادة الوطنية أو الشعبية و التمثيل البرلماني مكانة هامة في مسار الشرعة⁽¹⁾ ".

و عليه تحدد صلاحية قانون ما بشرعية المصدر المشرع له، هذا الأخير الذي يستمد شرعيته من قانون أعلى و بصعود هذه الترابية نصل إلى القانون الأساسي الذي يكون في الغالب الدستور الذي " يجب أن يكون دائماً مستندا إلى السيادة الشعبية⁽²⁾. إن مبدأ السيادة كأساس لكل نص و لكل سلطة يضيفي صفة الشرعية على كل ما يصدر عنه (دساتير، قوانين، برلمان، رئيس الجمهورية....) و بهذا المعنى تضمن المشاركة في السيادة الاستقرار للسلطة و ذلك بدمجها الفرد باعتباره فردا مالكا لجزء من السيادة في النظام القانوني للدولة. و عليه يضع هذا التراضي بين الدولة و الفرد، السلطة السياسية ليس فقط في مأمن ضد أشكال عدم الاستقرار الداخلي، بل بعيدا عن كل نقاش يمس شرعية ممارستها السياسية.

و لذلك يعتبر هابر ماس " أن مبدأ السيادة الشعبية شرط أساسي لشرعية القانون في الديمقراطية، فهو الذي يسمح للمواطنين بحقوق تكفل لهم إمكانية المشاركة المتساوية في بلورة الإرادة العامة التي تكتسي طابع المؤسسة القانونية لتقرير إرادتهم السياسية⁽³⁾ ".

-II- مبدأ المشروعية - الخضوع لحكم القانون - Le principe de la l'égalité :

" القانون⁽⁴⁾ " هو مجموع النصوص التي تنظم العلاقات في المجتمع، فهو إذن يترجم بصيغة أوامر اجتماعية التصورات الفلسفية و الإنسانية الأكثر قبولا من المجتمع، و التطلعات الأخلاقية و الاقتصادية التي ينشدها المجتمع، أو على الأقل نخبته الناشطة سياسيا. و ينجم عن ذلك أن القانون هو الصورة التي تعبر عن شكل و درجة ثقافة الدولة و واضعة هذا القانون و حضارتها.

و دراسة القانون هي قبل كل شيء " دراسة للقواعد التي تحدد نظريا و علميا العلاقات الاجتماعية"⁽⁵⁾، ثم إنها بعد ذلك تخصص دراسة كافة الطرق و الوسائل الكفيلة بتنفيذ القانون. و يستتبع أن قيمة نظام قانوني معين تقدر استنادا إلى مزاياه و مساوئه الحسية و بشكل خاص مدى فعاليته و النتائج المحققة. و من هنا تكمن أهمية دور رجل القانون و بخاصة الأشخاص المكلفين بتنفيذه.

و إذا علمنا أن الدولة الحديثة لم يعد مهامها تقتصر فقط على الخدمات العامة التقليدية (شؤون الدفاع الخارجي و الأمن الداخلي و إقامة العدل بين المواطنين)، بل امتد إلى الأنشطة و الفعاليات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية كافة، تبين لنا بشكل جازم مدى اتساع النشاط العام و تقلص النشاط الفردي. و هذا ما نتج عنه بالضرورة نمو القانون العام الناظم لفعاليات الإدارة و تطوره، و لاسيما في الدول التي تعيش تطورات اجتماعية و اقتصادية هائلة نتيجة قيامها بعمليات التحول⁽⁶⁾.

¹ د عبد العزيز ربح، "ما بعد الدولة - الأمة"، عند يورغن هابر ماس، منشورات الاختلاف، دار الأمان، الطبعة الأولى، 2011، ص: 60.

² Jean Philippe Melchior, Difficile légitimation d'état en perte de vitesse, (revue Agone, n. 22, 1999), p, 82.

³ حسن مصدق، يورغن هابر ماس و مدرسة فرانكفورت، النظرية النقدية التواصلية، (البيضاء-بيروت: المركز الثقافي العربي، ط 1، 2005، ص 191.

⁴ المقصود هنا من كلمة "قانون" المعنى العام فهو يتضمن كل قاعدة عامة مجردة و ملزمة أيا كان مصدرها و هو بذلك يشمل هذا المعنى : النصوص الدستورية، القوانين العادية، و المراسيم التشريعية و القرارات التنظيمية، و الأعراف الحقوقية.

⁵ د. عبد الله طلبية، " القانون الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة: القضاء الإداري"، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى: ص: 7.

⁶ نفس المرجع ص: 10.

و يجب أن لا يفهم أن المقصود من خضوع الإدارة إلى قواعد الحقوق العامة هو منحها امتيازات خاصة بها مجرد التكريم و التعالي على الأفراد و عدم احترام القانون، بل على النقيض من ذلك إذ أن الامتيازات التي تقرر لها في الحقوق العامة تهدف إلى تسيير مهامها و تمكنها من أداء وظائفها على أحسن وجهن كما أن هذه الامتيازات يجب أن لا تؤدي إلى عدم الاكتراث بمبدأ " القانونية " و بالتالي تهديد حقوق الأفراد و حرياتهم.

من هنا تتجلى ضرورة إيجاد الحل السليم و التوازن العادل بين تمكين الإدارة من أداء وظائفها، و في الوقت نفسه حماية الحقوق و الحريات الفردية.

يعني مبدأ المشروعية خضوع الدولة للقانون، و المقصود بخضوع الدولة للقانون هو أن تخضع السلطات كافة بالدولة للقانون، سواء أكانت هذه السلطات تشريعية أم قضائية أم تنفيذية⁽¹⁾. و يكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعني " سيادة حكم القانون"⁽²⁾، و بهذا المبدأ تتميز الدولة البوليسية عن الدولة القانونية التي يخضع فيها نشاط الجميع " حكاما و محكومين " أيا كان نوع هذا النشاط أو الغرض منه للقواعد القانونية المطبقة أيا كان مضمون هذه القواعد و أيا كان مصدرها و مستواها في التدرج الهرمي للقواعد القانونية.

و الخضوع للقانون لا يعني القانون بمعناه الضيق، أي الصادر عن السلطة التشريعية وحدها، بل يقصد به القانون في معناه الواسع الذي يشمل القواعد القانونية كلها بدءا من الدستور و نزولا حتى اللائحة أو القرار الفردي الذي يصدر في إطارها⁽³⁾.

وبهذا يعد مبدأ المشروعية الضمان الحيوي و الأساسي لحقوق الأفراد و حرياتهم في مواجهة السلطة العامة، إذ يكونون بمقتضاه في مأمن من أن تتعدى عليهم الدولة على خلاف ما يجيزه القانون، أو بأكثر ما يرخص به.

و لعل ما يميز دولة القانون - هو أن السلطات العامة - لا يمكنها أن تلزم الأفراد بشيء خارج نطاق القوانين المعمول بها. وذلك يعني تقييد الدولة من ناحيتين: فمن ناحية لا تستطيع الدولة حينما تدخل في معاملات مع الأفراد أن تخالف القانون أو تخرج عليه. و من ناحية أخرى لا تستطيع أن تفرض عليهم شيئا إلا إعمالا لنص القانون. فعلى الدولة إذا قبل أن تتخذ أي إجراء ضد احد الأفراد أو الهيئات، التأكيد من أن لها سند من القانون الذي تستمد منه سلطة اتخاذ هذا الإجراء⁽⁴⁾.

-III- مبدأ الشرعية : La légitimation

ان ظاهرة " الشرعية " و كما يعرفها J.Lagroye تتلخص في " مجموع الإجراءات التي تجعل من وجود سلطه قهريه وجودا مرغوبا فيه، أي تجعل الآخرين يدركونها كضرورة اجتماعية، و كخير عام⁽⁵⁾..". و يتجلى هذا الإكساب الإكساب من خلال مسلسل من الإجراءات تتحدد من خلال مجموعة من المستويات. يتجسد المستوى الأول في علاقة السلطة السياسية بنفسها عبر اولاية القهر، و يتمثل المستوى الثاني في الاعتراف بوجود جهاز مختص يحتكر العنف المشروع، أما المستوى الثالث فيتجلى في بعض السلوكات و الإجراءات كالتعيينات و قواعد التوظيف، و يتجسم المستوى الأخير في الجماعة أو في الشخص الذي يمارس السلطة فعلا⁽⁶⁾. و يرى Lagroye أن الشرعية سابقة عن

¹ د ثورت بدوي النظم السياسية الجزء الأول النظرية العامة للنظم السياسية دار النهضة العربية القاهرة 1980 ص 132

² الدكتور سليمان الطماوي، في كتابه " القضاء الإداري"، القاهرة،

³ د. أحمد عبد الوهاب السيد، "الحماية الدستورية لحق الإنسان في قضاء طبيعي"، مؤسسة بيتر للطباعة، 2002، ص 192

⁴ د. شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، مطابع القاهرة، 2001، ص: 423.

⁵ Jacques Lagroye ; la légitimation, in traité de (sc.po ?) de Jean Leca et Madeleine Grawitz . 1985. Pp :402

⁶ هند عروب: " مقارنة اسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، مرجع سابق: ص: 72.

الشرعية من ناحية الوجودي، اذ لا يمكن للحكم أن يكون شرعياً إلا إذا كانت له القدرة على امتلاك وسائل " الشرعية" (1).

و تتفق جميع أدبيات علم السياسة على أن عملية شرعنة الحكم تمر عبر مراحل تشكل فيما بينها مسلسلا " processus " يبدأ "بمدخل" Input مشرعن، و ينتهي ب " مخرج " output شرعي(2). فما ترومه الشرعنة يكمن أساسا في " الاعتراف بشرعية السيطرة و إخفاء علاقات القوة الكامنة في أعماق هذه الشرعية(3) " المشرعة في حقيقتها.

لذا يعتبر مسلسل شرعنة السلطة مفتاحا لا مندوحة عنه في عملية التحليل السياسي، و أحد أهم آليات هذا التحليل، القدرة على شرح الخضوع للسلطة الشرعية(4)، و فهم كيفية إنتاج أسس غير شرعية لنظام سياسي شرعي شرعي أو بعبارة أصح - نظام أضحى مكسوا بالشرعية-.

خاتمة :

إذا كانت الشرعية تنبع من الثقة التي تمنحها مختلف الشرائح الاجتماعية للنخبة القائدة، فان المشروعية تحدد بشكل مباشر العلاقات القائمة بين القيادة و الخضوع، وهو الأمر الذي يثبت أن المشروعية هي الصيغة القانونية للخضوع، و بالتالي فالمشروعية تتصرف باسم القانون، و هي من هذا المنطلق تعد ظاهرة قانونية، بينما تعتبر " الشرعية " ظاهرة سياسية و ليست قانونية. أما ظاهرة الشرعنة فتتلخص في مجموع الإجراءات التي تسعى لإكساب الشرعية بطريقة قهرية عبر مسلسل من الإجراءات يجعل من هذه الظاهرة مرغوبا فيها بعل القوة.

• لائحة المراجع :

- إمام عبد الفتاح، الطاغية، دراسة فلسفة لصور من الاستبداد السياسي، الكويت، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، - - 1994

- مساعد عبد القادر " الناصر في الحريات الأساسية و حقوق الإنسان " ل طبعة الأولى، 2012

- البروفسور دينكن ميتشل، معجم علم الاجتماع (مترجم)، دار الطليعة، بيروت 1981

حسن مصلق، يورغن هابر ماس و مدرسة فرانكفورت، النظرية النقدية التواصلية، (البيضاء - بيروت: المركز الثقافي العربي، ط 1، 2005،

- عبد العزيز ركح، " ما بعد الدولة - الأمة"، عند يورغن هابر ماس، منشورات الاختلاف، دار الأمان، الطبعة الأولى، 201

- عبد العزيز ركح، " ما بعد الدولة - الأمة"، عند يورغن هابر ماس، منشورات الاختلاف، دار الأمان، الطبعة الأولى، 2011

- عبد الله طلبة، " القانون الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة: القضاء الإداري"، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى

¹ Jacque Lagroye ; la légitimation ; Pp :402

² هند عروب: " مقارنة اسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، مرجع سابق: ص: 72

³ Jacque Sallois et Michel Gretin, le role des hauts fonctionnaires et la crise de l'Etat , In la crise de l'Etat, sous la direction de Nicols Poulantzas P.U.F : 1976 ; p : 242.

⁴ هند عروب عروب: " مقارنة اسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، مرجع سابق: ص: 73.

- عبدالله العروي، " مفهوم الدولة"، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء- المغرب، الطبعة التاسعة، 2011
- محمد صلاح عبد البديع السيد، "قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون أحكام المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002،
- مها بهجت يونس الصالحي " الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون"، سلسلة كتب شهرية يصدرها بيت الحكمة العراقي، الطبعة الأولى 2009،
- موسوعة العلوم السياسية، جامعة الكويت : مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994، خ .
- هند عروب. " مقارنة أسس الشرعية في النظام السياسي المغربي"، منشورات دار الأمان، مطبعة الأمانة - الرباط، 2009.
- Burdeau (G), Droit constitutionnel et institutions politiques, 13^{ème} Ed, Paris, 1968
- Freund Julien, « l'essence de la politique », Sirey 1981. ---
- Jean Philippe Melchior, Difficile légitimation d'état en perte de vitesse, (revue Agone, n. 22, 1999).-
- Jean William « la pierre, le pouvoir », encyclopedia universalis, 2004/ aussi : J.W. la pierre vivre sans Etat ? Edi. Seuil 1977.
- Jurgen Habermas, Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique, Trad., Rainer, (Paris : Fayard, 2000
- Karl Wittfogel, le despotisme oriental, Ed. Minuit Paris 1977
- L'intégration républicaine, Essai de théorie politique. Jurgen Habermas, Tra Rainer Rochlitz, (paris : Fayard, 1998),
- Max Weber, the theory of social and economic organization, Tran by A. M. Henderson and Talcott Parsons, 6 th ed, New York: Free Press, 1969..
- Philippe Braud. " La vie politique », P.E.F., Que sais je ? 1985.
- Pierre De Senarclens, « la mondialisation, Théorie, enjeux et débats, (paris : Edit Armand Colin, 2^{ème} édit ; 2001
- Pierre De Senarclens, « la mondialisation », Théories, enjeux et débats, paris : Edition Armand Colin, 2^{ème} édit, 2001
- R. Carre de Malberg, contribution a la théorie générale de l'Etat, t 1, (Paris : Edit Sirey, 1920
- Wilson McWilliams, on political legitimacy, public policy, Vol: 19 summer 1971.

التحقيق العقاري كطريق لنسوية الملكية العقارية في الجزائر



من إعداد حساين عومرية باحثة في الدكتوراه
قانون إجرائي بكلية الحقوق والعلوم السياسية
بجامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم
وعضوة في مخبر القانون العقاري والبيئة

مقدمة :

نظرا لمشاكل العقار التي تتخبط فيها الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، وذلك من خلال الوضعية المتشعبة للملكية العقارية الموروثة عن المستعمر الفرنسي، أصدر المشرع الجزائري مجموعة كبيرة من النصوص القانونية لتنظيم هذا المجال و السيطرة عليه و كذلك التحكم في المعاملات العقارية، لكن بعض هذه النصوص القانونية لم يطبق على أرض الواقع كما أراده المشرع و لم يحل المشاكل التي جاء من أجل حلها، بل على العكس من ذلك خلق مشاكل أخرى عقدت أكثر وضعية العقار منها عقد الشهرة الصادر بالمرسوم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983⁽¹⁾، مما دفع المشرع سنة 2007 إلى إصدار القانون 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري⁽²⁾، و المرسوم التنفيذي له رقم 147/08 المؤرخ في 19 مايو 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية⁽³⁾، كرد فعل على المشاكل الناجمة عن عقد الشهرة بهدف وضع حد لها من أجل تسوية سندات الملكية و مسايرة وتيرة الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الحكومة الجزائرية في الآونة الأخيرة لاسيما تمويل المشاريع الاستثمارية عن طريق الرهن العقاري و

(1) الأستاذ حمدي باشا عمر/ مجمع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار، طبعة جديدة مزيدة بأحدث النصوص إلى غاية 2011، دار هومة، الجزائر، 2011، ص85، المرسوم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983 يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 19/05/2008 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، جريدة رسمية، عدد 26 المؤرخة في 2008/05/25.

(2) القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، جريدة رسمية، عدد 15، المؤرخة في 2007/02/28.

(3) الدكتور مزيان محمد أمين/ التحقيق العقاري كسبب من أسباب كسب الملكية وفقا لقانون 02/07، مقال منشور في مجلة الراشدية، منشورات المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي، دار الغرب، العدد الأول، معسكر، 2008.

توفير العقار الفلاحي و الصناعي للمستثمرين، وكأن المشرع الجزائري بعد إصداره لهذا القانون (02/07) و المرسوم التنفيذي له 147/08 و الكم الهائل من التعليمات و المذكرات الصادرة عن وزارة المالية في هذا المجال) يعلق آمال كبيرة عليه من أجل تسوية الوضعية العقارية في المناطق التي لم يصل إليها مسح الأراضي بعد، مما يجعلنا نتساءل عن مدى اعتبار التحقيق العقاري كإجراء يمكن الاعتماد عليه في معالجة الآثار السلبية الناتجة عن العمل بعقد الشهرة في إطار تطهير الملكية العقارية؟.

وهذا ما سأحاول التعرض له في هذا العمل، في مبحثين، تناولت في المبحث الأول: إجراءات التحقيق العقاري، و خصصت المبحث الثاني لتكريس نتائج التحقيق العقاري.

المبحث الأول: إجراءات التحقيق العقاري.

سأتطرق في هذا إلى مجال تطبيق التحقيق العقاري في المطلب الأول، و إلى إدارة التحقيق العقاري في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مجال تطبيق التحقيق العقاري.

قبل التطرق إلى مجال تطبيق التحقيق العقاري سأعرض لعقد الشهرة الذي بناء على سلبياته صدر قانون التحقيق العقاري.

يبقى المسح العام للأراضي هدفا استراتيجيا و المجازة النهائي لا يمكن تحقيقه إلا بعد عدة سنوات التي قدرتها آخر الإحصائيات بأكثر من (50) خمسين سنة، نظرا لعدة مشاكل و عراقيل تواجهها هذه العملية على أرض الواقع منها الطبيعية و الاجتماعية و الاقتصادية، و في بعض الأحيان الأمنية، مما جعل اللجوء إلى التحقيق العقاري ضرورة حتمية نظرا للنتائج السلبية المترتبة عن إعداد عقود الشهرة⁽¹⁾، التي هي عبارة عن "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار الملكية العقارية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد"⁽²⁾، حيث بدأ العمل به في فترة كانت عملية إعداد هذه العقود تتم بسهولة و سرعة و بطريقة غير معمقة من طرف الموثقين، إذ أنه لم يكن لأي ممثل للسلطات العمومية دور في مراقبة هذه العملية ميدانيا في المناطق التي لم تتم فيها عملية المسح، خاصة و أن المستعمر الفرنسي خلف تركة ثقيلة من الملكيات التي ليس لها سندات ملكية⁽³⁾، إذ تتم هذه العملية حسب تعريف عقد الشهرة عن طريق تصريح بسيط معد من طرف طالب حق الملكية ومدعم بشهادة شخصين و موجه إلى الموثق المطلوب منه تحرير عقد الشهرة، الذي له صلاحية نشره في جريدة

1 الأستاذ حمدي باشا عمر/ حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص32، راجع في هذا الصدد الأستاذ حمدي باشا عمر/ محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص17.

2 الأستاذ حمدي باشا عمر/ حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص33.

³ أنظر المواد 2 و 4 من المرسوم 352/83 المتعلق بعقد بسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

يومية وطنية و جهوية من اختياره قصد إعلام الغير بهذه العملية⁽¹⁾، لكن من الناحية العملية منحت بعض الجهات القضائية عقد الشهرة حجية أكبر من تلك التي منحها له القانون، إذ اعتبرت أن الطعن فيه لا يكون إلا بالتزوير، وهو ما تصدت له الغرفة العقارية بالمحكمة العليا و اعتبرته أمر غير مؤسس قانوناً لأنه من العقود التقريرية وليست له حجية غير تلك التي منحها له القانون في قرار لها رقم 190541 المؤرخ في 29 مارس 2000⁽²⁾، مما أدى إلى استغلال هذه العقود بطرق تعسفية و غير شرعية من طرف بعض الأشخاص و بتواطؤ من بعض الموثقين لتسوية عمليات غير قانونية⁽³⁾، منها الاستيلاء على عقارات مشهورة رغم وجود سند رسمي لها مشهر بالمحافظة العقارية، وهو ما يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر، لأن الحيابة تعتبر قرينة على الملكية وهذه الأخيرة ثابتة هنا بالشهر، لذلك لا يمكن تحرير عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية على عقارات لها سندات مشهورة وهو ما جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 129947 المؤرخ في 09 مارس 1998⁽⁴⁾، وقد تم كذلك الاستيلاء على أملاك و قفية رغم أنه من المقرر شرعاً و قانوناً أن الأملاك الوقفية لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية بالبيع أو الهبة أو بغيرهما، وعليه لا يجوز التمسك بالتقدم المكسب في استغلال الأملاك الوقفية لانعدام نية التملك، وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا رقم 39360 المؤرخ في 13 جانفي 1986⁽⁵⁾، إضافة إلى ذلك تم الاستيلاء على أملاك عمومية منها أراض تابعة للاحتياطات العقارية للبلدية، التي تعتبر ملك عام لا يمكن تملكه أو التصرف فيه، وهو ما تصدت له الغرف الثالثة بمجلس الدولة في قرار لها رقم 193900 المؤرخ في 24 أفريل 2000.

وعليه فإن كثرة المشاكل الناجمة عن سوء استعمال عقود الشهرة و كثرة القضايا المطروحة أمام القضاء في هذا المجال، دفعت المشرع إلى إلغاء العمل بالمرسوم 352/83 بموجب المادة 24 من المرسوم 147/08⁽⁶⁾، باستثناء الملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر القانون 02/07.

وعليه فإن إجراء التحقيق العقاري يطبق على كل عقار وفق مجموعة من الشروط جاءت في المادتين 2 و 4 من القانون رقم 02/07، وهذه الشروط هي :

1 الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2003، ص208، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم/الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات كليك، الجزائر، 2013، قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 190541 المؤرخ في 29/02/2000، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 2000، ص151.

2 الدكتور مزيان محمد أمين/ التحقيق العقاري كسبب من أسباب كسب الملكية وفقاً لقانون 02/07، المرجع السابق، ص 108.

3 الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص278، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم، المرجع السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص1155، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 129947 المؤرخ في 09/03/1998.

4 الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص281، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم، المرجع السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص1157.

5 الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص278، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم، المرجع السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص1155.

6 تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي 147/08 على مايلي: "دون الإخلال بأحكام المادة 19 من القانون 02/07 27 فبراير 2007 و المذكور أعلاه، يلغى المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983 الذي يسن إجراء لإثبات التقدم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية."

أولا : أن لا يكون العقار المعني قد شملته عملية المسح :

يطبق إجراء التحقيق على العقارات التي لم تخضع لعملية المسح العام للأراضي وهذا ما نصت عليه المادة الثانية فقرة أولى من القانون رقم 02/07 وذلك من أجل تسهيل عملية المسح وكذا تسوية العقارات التي لم يمسه المسح⁽¹⁾.

ثانيا : أن لا يكون لصاحب العقار المعني سند الملكية أو له سند محرر قبل 1961/03/01 :

إن هذا الإجراء يطبق على العقارات التي لا يجوز أصحابها على سند ملكية مشهر وذلك لأن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر أو يطبق على العقارات التي لها سند ملكية ولكن هذا السند حرر قبل 1961/03/01 وذلك بسبب أن هذه السندات لا تتمتع بالحجية المطلقة للإثبات وإنما هي تعتبر كمحررات عرفية⁽²⁾.

ثالثا : أن يكون العقار المعني تابعا للأملك العقارية الخاصة :

هذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 02/07 المتضمن التحقيق العقاري، وبذلك تستبعد كل من الأملك العقارية الوطنية والأملك العقارية الوقفية⁽³⁾.

رابعا : أن تكون حيازة العقار المعني حيازة قانونية وصحيحة :

حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 4 فقرة 2 من القانون 02/07 نجد أن المشرع يشترط أن تكون الحيازة قانونية بركنيها المادي والمعنوي بمعنى أن تكون هادئة وعلنية ومستمرة ومستوفية للمدة القانونية.

المطلب الثاني : إدارة التحقيق العقاري.

بما أن إجراء التحقيق العقاري يطبق على العقارات التي لم تخضع بعد لعمليات المسح المنصوص عليه في الأمر 74/75، حيث تستثنى من مجال تطبيق هذا الإجراء كل عقارات الأملك الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا "عرش" والأملك الوقفية⁽⁴⁾، فإن المدير الولائي للحفظ العقاري هو المسؤول الأول عن عملية التحقيق العقاري وهذا ما يشترط عليه السهر على توفير كل الشروط اللازمة والضرورية لانطلاق هذه العملية وكذلك السهر على حسن سيرها، وذلك بالاعتماد على خلية دائمة ينصبها على مستوى مديرية الحفظ العقاري في الولاية حيث يجب عليه الحرص على توفير ما يلي :

1 راجع في هذا الصدد الأستاذ عمار علوي/ الملكية و النظام العقاري في الجزائر- العقار، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006.
2 تقدر المدة القانونية بـ 10 سنوات بوجود السند الصحيح حسب المادة 1/828 من القانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، و15 سنة في حالة التقادم الطويل حسب المادة 827 من نفس القانون.
3 تنص المادة 3 من القانون 02/07 على مايلي: " لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش و الأملك الوقفية."
4 التعليم رقم 8863 مؤرخة في 2008/09/29 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

- وضع في متناول أعوانها المكلفين بإجراء التحقيق جميع النصوص القانونية المنظمة لهذه العملية كالقانون رقم 02/07 والمرسوم 147/08، بالإضافة إلى دليل التحقيق العقاري وكذا توفير جميع السجلات والمطبوعات الضرورية لسير العملية.

- تثبيت برنامج الإعلام الآلي المخصص لهذا الإجراء مع توفير الدعم اللازم للأعوان المكلفين بهذه العملية من أجل مساعدتهم وتسهيل مهامهم⁽¹⁾.

أولاً : فتح تحقيق عقاري.

عكس عملية المسح العام للأراضي فإن التحقيق العقاري هو إجراء اختياري جوازي وهذا ما نص عليه قانون 02/07 في مادته الرابعة، حيث يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من أجل الحصول على سند الملكية، وهذا التحقيق العقاري قد يكون بصفة فردية أو جماعية.

أ/التحقيق العقاري الملتمس بصفة فردية :

حسب القانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري فإنه يحق لكل شخص حائز أن يقدم طلب تحقيق عقاري إلى مدير الحفظ العقاري بالولاية⁽²⁾، يجرى الطلب في استمارة تقدمها مديرية الحفظ العقاري ويكون هذا الأخير مرفقا بما يلي :

- 1- مستخرج من شهادة ميلاد الحائز لتحديد هويته ونسخة من بطاقة التعريف الوطنية لمعرفة جنسيته وعنوانه.
- 2- تحديد الصفة التي يتصرف بها الشخص المعني إن كان في صفة الحائز أو المالك الفردي أو المالك في الشروع⁽³⁾.
- 3- إعداد مخطط طبوغورافي للعقار المعني من خلال الاستعانة بمهندس خبير عقاري، وذلك يكون على نفقة صاحب الطلب⁽⁴⁾.
- 4- تقديم كشف وصفي للعقار يعده كذلك مهندس الخبير العقاري يتضمن كافة البيانات المتعلقة بالعقار المعني من حدود ومساحة وغيرها، وكذا الأعباء والارتفاعات السلبية والايجابية المتعلقة به وحتى أسماء المالكين أو الشاغلين المجاورين⁽⁵⁾.

1 التعليم رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

2 تنص المادة 1/6 من القانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري على مايلي : " يتم فتح تحقيق عقاري بصفة فردية في أي وقت...."

3 راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي 147/08، المرجع السابق.

4 راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

5 التعليم رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008، ص 4.

5- إحضار كافة المستندات والوثائق التي من شأنها أن تثبت حق الشخص في ذلك العقار وهذا في إطار دعم طلبه والتمسك بحق الملكية العقارية كشهادة الحيازة أو العقد العرفي.

وفي الأخير يتم إيداع الطلب مرفقا بجميع الوثائق بالصلحة المختصة حيث تقوم هذه الأخيرة بترقيمه وتسجيله في سجل خاص مختوم من طرف المدير الولائي للحفظ العقاري وهذا مقابل وصل إيداع⁽¹⁾.

ب/ التحقيق العقاري الملتمس بصفة جماعية :

يتم فتح تحقيق عقاري بصفة جماعية في إطار انجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية⁽²⁾، وهذا بناء على قرار صادر عن الوالي بمبادرته أو بمبادرة رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا مع أخذ رأي مدير الحفظ العقاري ورأي مدير المصالح الفلاحية ومدير التعمير والبناء، وذلك كله من أجل تحديد قابلية الأراضي للبناء أو كونها أراض فلاحية غير صالحة للبناء، وبعد ذلك ينشر هذا القرار في سجل العقود الإدارية للولاية⁽³⁾، على أن يقدم هذا الطلب لمديرية الحفظ العقاري في اجل 15 يوما على الأقل مرفوقا بنفس الوثائق المتعلقة بالتحقيق الفردي والمشار إليها أعلاه.

ثانيا : سير التحقيق العقاري.

بمجرد تبليغ المحقق العقاري بمقرر تعيينه يبدأ بالتحقيق مع السهر على تطبيق جميع القوانين والتنظيمات ذات الصلة، غير انه وقبل تنقله إلى عين المكان يقوم بما يسمى بالأعمال التحضيرية⁽⁴⁾.

أ- الأعمال التحضيرية :

تتمثل هذه الأعمال في جمع كل الوثائق المرسومة والمكتوبة التي تسمح بتعيين العقار المعني بالتحقيق وكذا الاطلاع على كل من :

- مخطط البلدية ومحضر وضع المعالم المعدان في إطار القانون رقم 09/84⁽⁵⁾.

- المخططات الخاصة المعدة من طرف مسح الأراضي⁽⁶⁾.

1 راجع المادة 17 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

تنص المادة 2/6 من القانون 02/07 على مايلي: " غير انه يمكن فتح تحقيق عقاري بصفة جماعية في إطار انجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية."

2 راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

3 الدكتور رمول خالد/ المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار هومة الجزائر، سنة 2000، ص ص 71 - 80.

4 القانون رقم 09/84 المؤرخ في 04/02/1984 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد متواجد على مستوى المجلس الشعبي البلدي ومصالح مسح الأراضي.

5 التعليمية رقم 03 مؤرخة في 27/09/2008 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأمن الوطني، وزارة المالية، سنة 2008، ص 6.

6 راجع المادة 10 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

ب- المعاينة الميدانية :

بمجرد وصول المحقق العقاري إلى عين المكان يقوم بالتحقق من هوية الأشخاص وكذا التعرف على العقار ومطابقة الجدول الوصفي الذي أعده المهندس الخبير العقاري مع الواقع في الميدان للتأكد من طبيعة العقار ومحتواه.

بعد التحقيق الميداني وخلال 15 يوما ابتداء من تاريخ الانتقال إلى مكان وجود العقار، يحضر المحقق العقاري محضر مؤقت للتحقيق العقاري يذكر فيه بالتفصيل سير العمليات ومختلف الأحداث التي تكون قد وقعت ونتائج التحريات⁽¹⁾.

يخضع هذا المحضر للإشهار عن طريق تعليقه لمدة 30 يوما بمقر البلدية وهذا قصد تمكين الجمهور من الإطلاع عليه وبذلك المطالبة بحقوقهم عن طريق تقديم الاحتجاجات والاعتراضات المحتملة.

ج- النزاعات المثارة في هذا المجال :

يمكن أن تحدث نزاعات أثناء تنفيذ إجراء التحقيق العقاري وهذا من خلال إثارة احتجاجات واعتراضات، غير أنه ومن أجل تسويتها يقوم المحقق العقاري بعقد محاولة الصلح⁽²⁾.

في حالة نجاح محاولة الصلح يعد المحقق محضر الصلح ويستأنف إجراء التحقيق العقاري مع الأخذ بعين الاعتبار نتائج الاتفاق وهذا بإعداد المحضر النهائي⁽³⁾، أما إذا باءت محاولة الصلح بالفشل فهنا يحضر محضر عدم الصلح ويبلغه للأطراف، وللطرف الذي أثار الاحتجاج مهلة شهرين من تاريخ تحرير المحضر لرفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة⁽⁴⁾.

بعد انتهاء الأجل الممنوح لتقديم الاحتجاجات والاعتراضات دون تقديم ذلك يحضر المحقق العقاري المحضر النهائي الذي يقر حق الملكية للمطالب به ما لم يثبت خلاف ذلك، وبالتالي يشرع في وضع معالم حدود العقار من طرف مهندس خبير عقاري على نفقة صاحب طلب التحقيق وبحضور المحقق العقاري⁽⁵⁾، وبإعداد المحضر النهائي تبدأ عملية تكريس نتائج التحقيق بإقرار حق الملكية من خلال إصدار مقرر التقييم وتسليم سند الملكية.

1 راجع المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

2 تحدد جلسة محاولة الصلح بأجل 08 أيام ابتداء من تاريخ الاحتجاج أو الاعتراض.

3 تحدد جلسة محاولة الصلح بأجل 08 أيام ابتداء من تاريخ الاحتجاج أو الاعتراض.

4 تنص المادة 15 من المرسوم 147/08 على ما يلي: "يحرر المحقق العقاري إذا ما أفضت محاولة الصلح إلى اتفاق في الحين، محضرا للصلح وفي هذه الحالة يستأنف إجراء التحقيق العقاري وفقا لأحكام المادة 13 أعلاه أخذا بعين الاعتبار الاتفاق الذي أدى إلى الصلح."

⁵ راجع المادة 2/12 من القانون 02/07، المرجع السابق، والمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

المبحث الثاني: تكريس نتائج التحقيق العقاري.

بعد تسليم المحقق العقاري الملف المتضمن الطلب والوثائق المرفقة به والمحضر المؤقت والمحضر النهائي إلى المدير الولائي للحفظ العقاري، يقوم هذا الأخير بإصدار مقرر التقييم الذي يكرس بصفة نهائية حق الملكية ويرسله إلى المحافظ العقاري قصد تنفيذ إجراء الإشهار وإعداد سند الملكية⁽¹⁾.

المطلب الأول: إصدار سند الملكية:

تنتهي مهمة المحقق العقاري بمجرد إعداد المحضر النهائي والتأكد من عدم تقديم أي إعراض، وتسليمه للمدير الولائي للحفظ العقاري الذي يبدأ بتكريس نتائج هذا التحقيق من خلال إصدار مقرر التقييم وإرساله إلى المحافظ العقاري بهدف إشهار الحقوق المعترف بها وتسليم سند الملكية⁽²⁾، وإذا لم تصل نتائج التحقيق إلى الاعتراف بأي حق يصدر مقرر رفض التقييم.

أ- إصدار مقرر التقييم:

يختص المدير الولائي للحفظ العقاري بإصدار مقرر الاعتراف بحق الملكية وهذا بعد إطلاعه على نتائج المحضر النهائي ودراسته للملف المقدم له من طرف المحقق العقاري، فإذا كانت نتائج هذه الدراسة تمكن من الاعتراف بحق الملتمس في الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقاً للقانون المدني بفضل ممارسة الحياة، يصدر المدير الولائي للحفظ العقاري مقرر تقييم عقاري باسم الملتمس ويرسله إلى المحافظ العقاري المختص محلياً لتنفيذه، أما إذا لم تكن الدراسة من الاعتراف بحق الملتمس في الملكية فهنا يصدر المدير مقرر رفض التقييم والذي يستوجب تسببه مع تبليغه لصاحب الطلب وكذا للوالي في حالة التحقيق الملتمس بصفة جماعية، ويكون هذا المقرر قابلاً للطعن أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة (المحكمة الإدارية) في أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ المقرر⁽³⁾.

ب- إعداد سند الملكية:

بمجرد إرسال المدير الولائي للحفظ العقاري مقرر التقييم للمحافظ العقاري، يقوم هذا الأخير بتنفيذه وهذا من خلال إشهار الحقوق الناجمة عن التحقيق العقاري وذلك بالتأشير على البطاقة العقارية بالسجل العقاري، حيث أنه بعد أن ينفذ المحافظ العقاري هذا الإشهار يقوم بإعداد سند الملكية ويرسله للمدير الولائي للحفظ العقاري الذي يتولى بدوره تسليمه لصاحب الطلب مع إثبات التسليم بموجب محضر، أما في حالة الملكية المشاعة فيسلم السند لأحد المالكين مقابل إما: تصريح خطي من طرف باقي المالكين في الشيوخ يحرق أمام المدير الولائي للحفظ العقاري، وإما بموجب وكالة موثقة⁽⁴⁾.

1 راجع المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

مطبوعة/ تقنيات التحقيق العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سبتمبر، 2007، ص56.

2 راجع المادة 17 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

3 تنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 على ما يلي: "يسلم مدير الحفظ العقاري في حالة الشيوخ سند الملكية إلى احد المالكين في الشيوخ إما على أساس تصريح كتابي يقوم به المالكون في الشيوخ أمامه وإما على أساس وكالة موثقة."

4 التعليمية رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

وتجدر الملاحظة بمناسبة هذا الإشهار، أنه في حالة ما إذا تعلق الأمر بعقار كان موضوع سند مشهر قبل 1961/03/01 لكن فقد حدثته بعد ذلك، يجب شطب الإجراء المناسب المنفذ في ذلك الوقت، أما في حالة ما إذا كان هذا السند مشهر بمحافظة عقارية أخرى غير تلك التي هي مختصة إقليمياً، هنا يتصل المحافظ العقاري بالمدير الولائي للحفظ العقاري ليقوم هذا الأخير بما يلي :

إذا تم إشهار السند الذي فقد حدثته بمحافظة عقارية تنتمي إلى نفس الولاية يواجه المدير الولائي للحفظ العقاري تعليمات للمحافظ العقاري قصد شطب الإجراء أصل الملكية، أما إذا أشهر السند بمحافظة عقارية تابعة لولاية أخرى، يعلم المدير الولائي للحفظ العقاري زميله في الولاية المختصة ليوجه هذا الأخير التعليمات المناسبة للمحافظ العقاري المعني⁽¹⁾ ..

وتجدر الملاحظة إلى أن الوثائق التي تم جمعها والتي أعدت أثناء التحقيق العقاري تعتبر دعامة للحقوق المشهورة، وعليه يجب أن تحفظ بطريقة سليمة على مستوى المديرية الولائية للحفظ العقاري⁽²⁾، حيث أنه يتم مسك ملف لكل تحقيق عقاري منجز ومنتهي يحتوي على الوثائق السالفة الذكر حسب الحالة سواء نسخة من سند الملكية المتضمن تأشيرة الشهر العقاري أو نسخة من مقرر رفض التقييم، حيث يتم تصنيف وترتيب هذه الملفات حسب كل بلدية بالترتيب الأبجدي للملتمسين وتسلم إلى مصلحة مسح الأراضي أثناء القيام بالأشغال التحضيرية لعمليات المسح العام للأراضي في البلدية المعنية، وهذا ما يدل على أن الملفات المعدة في إطار إجراء التحقيق العقاري ستمهد و تدعم لعملية المسح، وبالتالي ستوفر وقت معتبر ومن ثم تسريع هذه العملية⁽³⁾.

المطلب الثاني : علاقة التحقيق العقاري بمسح الأراضي.

منح القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، صلاحيات واسعة للمدراء الولائيين للحفظ العقاري في تسيير ورقابة التحقيق العقاري وإعداد وتسليم سند الملكية، الذي يمكن أن يترتب على العملية إثارة منازعات قضائية واسعة بين الملاك والحائزين والمجاورين أو الدولة وجماعتها الإقليمية، وكل مدعي آخر بحقوق عينية عقارية على العقار المعني بالتحقيق الميداني.

إن ارتباط التطهير العقاري الشامل باستكمال أعمال مسح الأراضي على كامل التراب الوطني واستخدام أكثر لكل الهيئات والمؤسسات ذات الصلة بالتنظيم العقاري، يعني عدم كفاية هذا القانون الجديد لوحده وضرورة خلق آليات أكثر انسجاماً وتنظيماً تعمل بالتوازي مع هذا القانون لتحقيق العملية التطهيرية الشاملة للأفاق المتوقعة بعد سنة 2008⁽⁴⁾، والتحقيق العقاري يقوم على اطر وبيانات تطبق على سائر العقارات محل إعداد مسح الأراضي مهما كانت طبيعتها القانونية أو المركز القانوني لملاكها بحيث يجب على المحققين التمتع بقدرة عالية لاستخلاص النتائج، نظراً لأثرها القانوني الخطير أثناء سير عملية المسح من الفحص أو طلب العقود أثناء الإجراءات الأولية

1 راجع المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

2 أنظر التعليم رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

3 الدكتور محمودي عبد العزيز/ آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، طبعة ثانية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2010، ص 282.

4 الدكتور محمودي عبد العزيز والأستاذ حاج علي سعيد / إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، الجزائر، 2012، ص 115.

للسجل العقاري ومباشرة التقييم العقاري على أساس ما ورد في وثائق المسح بعد إيداعها لدى المحافظة العقارية بحيث يكلف المحققون عند مباشرة أعمالهم الميدانية في مرحلة التحديد والتحقيق العقاريين بمهام عديدة⁽¹⁾.

لاشك أن عملية المسح العام للأراضي من العمليات الضخمة والمكلفة ماليا استدعت المعطيات السياسية والاقتصادية للسنوات 1988-1992، اللجوء إلى الاقتراض من المؤسسات الدولية لتفعيل هذه العملية مقارنة بالوضع المالي الحالي الذي يسمح بتدعيم الوكالة الوطنية لمسح الأراضي ودعم عمليات المسح المبدي في شكل قروض بدون فائدة بالنسبة للعمليات التي سيشرع فيها عند تنفيذ تدابير قانون معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري لاسيما عند الملاك والحائزين للأراضي الفلاحية الشاسعة بالأرياف، وقلة الموارد البشرية من شأنه إضعاف الأداء المنوط بأعوان أملاك الدولة في عملية التحقيق العقاري عند المسح أو عند تنفيذ تدابير القانون الجديد المتعلقة بمعاينة الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

كما أن الجرد العام يسمح للدولة وهيئاتها العمومية من إحصاء دقيق لأملكها العقارية واستغلالها كما يجب، والمسح العام يساهم في ضبط الأملاك العقارية الخاصة وتسليم الدفاتر العقارية للمالكين، وعدم إدراج المسح في أي برنامج للحكومة، جعل المسؤولين المحليين وعلى رأسهم الولاة ورؤساء الدوائر والبلديات غير معنيين بمتابعة العملية، والافتقار فقط بالإشراف دون أي مساهمة ميدانية لها، وإنشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي كان دليل واضح عن تخلي الدولة عن التمويل المباشر لعملية المسح واتضح الأمر أكثر بصدور الامر 95/98 المؤرخ في 01/02/1995 المتضمن مهنة الخبير المهندس العقاري، ليسمح للمتعاملين الوطنيين والجانب في الشروع في أعمال المسح، وتقتضي عملية تفعيل القانون الجديد 02/07 المذكور أعلاه، إعطاء دور اكبر لهذه الآليات والاعتماد على المسح المباشر من الخواص على نفقة طالب التحقيق والمعاينة⁽²⁾، فرغم مضاعفة وعاء المسح السنوي يظل مؤشر مسح غير كاف و يحتاج إلى الإسراع في الانتهاء من العملية وتحضير الوسائل المادية والبشرية الكفيلة لرفع سعة المسح في السنوات القادمة، والاستفادة من المسح المبدي الذي يحققه العمل بالقانون 02/07 المذكور أنفا، بحيث يضمن هذا الأخير تلافي عيوب المرسوم 352/83 إذ يؤدي في أجال قصيرة إلى إثبات وتسليم سندات الملكية العقارية الخاصة إلا انه لا يمكن اعتبار قانون التحقيق العقاري الآلية الوحيدة في إطار سياسة التطهير العقاري بل بتفعيل التعاون مع وكالات ومصالح المسح الأجنبية والتركيز على الإحصائيات المحققة لإنجاح برنامج المسح المزمع القيام به في غضون 15 سنة القادمة واخذ بعين الاعتبار الجانب الأمني والسيادي وفتح المجال للقطاع الخاص للمشاركة في أعمال المسح باعتباره أساس التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة للمرحلة المستقبلية بتوفير الوسائل البشرية والمادية وتكنولوجيا كالإعلام الآلي لسير عمليات التحقيق وتسليم سندات الملكية ووضع شبكة برمجة عالية تسمح بالاتصال المباشر مع مكاتب التوثيق وإدارات المسح التي تشارك في عملية التحقيق العقاري، بحيث لا يمكن توقع تحقيق عقاري شامل بالاعتماد على تدابير القانون 02/07 طالما انه يتم بصفة اختيارية بمعزل عن فرض سياسات مستقبلية لضبط وإعداد سندات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي غير ممسوحة وذلك لإيجاد طرق أكثر فعالية للتطهير العقاري و تفعيل المسح العام للأراضي بالتزامن مع تطبيق قانون التحقيق العقاري 02/07.

¹ الدكتور محمودي عبد العزيز/ آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ص 292 - 294.

² الدكتور محمودي عبد العزيز/ آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ص 28-

إن استحداث القانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري هو من أجل تسريع عملية المسح المتأخرة، إلا أن العمل به لم يتم بنفس الشكل في جميع أنحاء الوطن فبالنسبة لولايات الغرب قد أكد معظم المحافظين العقاريين أنه لا يزال العمل بالمرسوم 352/83 المتضمن عقد الشهرة والعلة في ذلك هو كثرة العقود الموضوعة لدى الموثقين، هذا ناهيك عن تعقد الوضعية العقارية، أما في ولايات أخرى فقد اختلف الأمر ومنها ولاية وهران حيث كشف مدير أملاك الدولة أنه بسبب العديد من المشاكل المتعلقة بتداخل الصلاحيات تم تجميد العمل بالقانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري وهو ما جعل أكثر من 700 ملف متعلق بطلب تسوية الوضعيات تبقى حبيسة أدراج الإدارة، وهذا كاف ليظهر تعقد الوضع بسبب هذا الأخير وقد يرجع البعض ذلك نتيجة غموض نصوصه، حيث أنه وبالرغم من جود مرسوم يحدد كفاءات تطبيقه إلا أنه لم يكن أكثر وضوحاً ودقة إن صح التعبير، لذا كان على المشرع لزوماً تدرك الوضع وإعادة ترتيبه من خلال إصدار نصوص أكثر دقة ووضوحاً لمعالجة الوضع والقضاء على الإشكال.

✓ تقارير جامعية :

نقرير الأطروحة النقي نوقشنة يوج 2015/2/19 برحاب كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة

القاضي عياض- مراكش بميزة مشرف جدا وهي بعنوان اجتهادات مدونة الأسرة - دراسة وناصيل-



إعداد الباحث محمد توفيق الرقبي

ببنية تأهيل الأسرة وآفاق التنمية

وقد تكونت لجنة المناقشة من :

- الأستاذ الدكتور المنصف لكيسي مشرفا ومقررا .

- الأستاذ الدكتور عبد الرحمن العمراني رئيسا .

- الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أزيكمر عضوا .

- الأستاذ الدكتور مصطفى الوظيفي عضوا .

- الأستاذ الدكتور محمد بنتهيبة عضوا .

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه السادة الأساتذة والعلماء الأفاضل، أعضاء اللجنة الموقرة، أيها الحضور الكرام، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

• موضوع البحث وأهميته :

يسعى هذا البحث إلى تأصيل اجتهادات مدونة الأسرة، وبيان المرتكزات والأسس والأصول التي توسلت بها، تأصيلا يؤصل الأصول ويقعد القواعد، ويرجع كل مسألة إلى منطلقها ومنشئها، مع بيان للآليات الاجتهادية المعتمدة، وتتبع للأصل الفقهي الذي نهل منه المشرع، عبر دراسة تأصيلية وقافة عند الكليات العامة في محاولة خلق الانسجام بين القانون والواقع المتغير باستمرار تبعا لتغير الزمان والمكان خاصة في القضايا ذات التنازع المرجعي، مع كشف لحقيقة كون المشرع خالف نصوص الشريعة وقواعدها الكلية، ذلك أن تعميم الأحكام دون فحص وسبر وتدقيق خطيئة علمية وقدح منهجي يلثم في متانة البحث ورضانته .

والمراد باجتهادات مدونة الأسرة تلك القضايا الجوهرية التي لحقها التغيير والمراجعة، سواء كان هذا الاجتهاد انتقائياً (1) منتخبا من تراث المذاهب الفقهية، أو إنشائياً (2) باستحداث رأي جديد، أو اجتهادا جامعاً بين الانتقاء والإنشاء (3)، حيث لحق التجديد والاجتهاد معظم مناحي الأسرة، بدءاً من لحظة التفكير بإنشائها، مروراً بإقامتها وبناء صرحها، وانتهاءً بحلها والآثار المترتبة على ذلك، ويمكن حصر هذه القضايا والاجتهادات (4) فيما يلي:

- توحيد أهلية الزواج بالنسبة للذكر والأنثى في ثمان عشرة سنة.
 - إسناد حق الولاية إلى المرأة الراشدة بممارسته حسب اختيارها ومصحتها، أو توكيل من تشاء من الأولياء وبتفويض منها.
 - تقييد التعدد بقيود صارمة جعلت ممارسته عملية شبه مستحيلة.
 - إمكانية الاتفاق بين الزوجين لوضع إطار لتدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية.
 - إخضاع الطلاق للمراقبة القضائية عن طريق الإذن القبلي.
 - التوسع في الأسباب الموجبة لطلب التطلاق للمرأة، وإقرار التطلاق للشقاق.
 - الإقرار بالنسب الناتج عن الخطبة وفق قواعد و شروط.
 - إعادة ترتيب المستحقين للحضانة والتسوية في مدة الحضانة وحق الاختيار بين الذكر والأنثى.
 - تحويل الحفيدة والحفيد من جهة الأم على غرار أبناء الابن حقهم من الوصية الواجبة.
- فلمراد تتبع سند المدونة في مذهبها واجتهاداتها، ودراسة المرجعية المؤطرة لترجيحاتها واختياراتها المختلفة. وتظهر أهمية البحث في بسط الكلام عن البعد التأصيلي التقعيدي لاجتهادات المدونة، كما تتمثل هذه الأهمية في كون موضوع الأسرة من المواضيع المتجددة في فروعها والتي تتصل بالنظام العام وبنيات المجتمع، والذي يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة، استناداً إلى ما يمليه الاجتهاد الشرعي القادر على استيعاب الواقع وتغيراته وانطلاقاً من القواعد الناظمة لمؤسسة الأسرة المؤصلة بين ثنايا الوحي.

1) - المراد بالاجتهاد الانتقائي اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به ترجيحاً له عن غيره من الآراء والأقوال الأخرى. الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر للدكتور يوسف القرضاوي ص 115 ط 1/ 1996 دار القلم بيروت. ويسمى الدكتور وهبة الزحيلي الاجتهاد الانتقائي بالترجيحي والاجتهاد الإنشائي بالتجديدي. ينظر الاجتهاد الفقهي الحديث منطلقاته واتجاهاته ص 29 ضمن: الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد تنسيق محمد الروكي - منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط 1996 (سلسلة ندوات ومناظرات رقم 53) مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

2) - الاجتهاد الإنشائي: استنباط حكم جديد في مسألة من المسائل لم يقل به أحد من السابقين سواء كانت المسألة قديمة أو جديدة. الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر ص 126.

3) - هو الاجتهاد الذي يختار من أقوال القدماء مما يراه أوفق وأرجح ويضيف إليه عناصر اجتهادية جديدة. الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر ص 129. ينظر كذلك للتفصيل في الاجتهاد الانتقائي والإنشائي: مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر لعازف عز الدين حامد حسونة - أطروحة لنيل الدكتوراه 2005 كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية.

4) - الاجتهادات موضوع الدراسة هي الواردة على سبيل الحصر في ديباجة مدونة الأسرة، أما باقي القضايا المسطرية التنظيمية والتفصيلية التوضيحية لبعض القضايا فليست من صلب واهتمام الدراسة.

• أسباب اختيار الموضوع :

إن معالجة هذا الموضوع كان لأسباب عدة أهمها :

- 1- عدم وجود دراسة مستقلة تفرد اجتهادات مدونة الأسرة بالدراسة والتأصيل .
- 2- الرغبة في الإسهام في تعميق النقاش والتداول التأصيلي لمستجدات واجتهادات مدونة الأسرة ومحاولة التدليل لمأخذ المدونة في كثير مما ذهبت إليه .
- 3- المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية المغربية في مجال قضايا الأسرة .
- 4- جِدَّة البحث في المادة الأسرية وخصوصيتها ، وما يتعرض له الموضوع من مطالبات بالاجتهاد ولو مع وجود النصوص التوقيفية المحكمة ، مما يدفع ببيان حدود هذه الدعوى وقواعد الاجتهاد في القضايا الأسرية .
- 5- أن دراسة اجتهادات مدونة الأسرة جملة واحدة يدفع لفهم إرادة المشرع العامة والخاصة ، وذلك بمقارنة عناصرها والوقوف عند مكانن القصور فيها، وتتبع مفاصلها المشوبة بالإرسال، أو الغموض أو الإجمال أو النقصان المخل ، مما يعطي مؤشرات للباحث لخصر البنود والفصول الواجبة التعديل والمراجعة، بسبب عدم استحضار مآلات الأفعال، أو الحياد عن قواعد النظر والاجتهاد .
- 6- ما يشهده الفكر المعاصر من تحولات جذرية في المنطلقات ، ومن موجات فكرية وفلسفية مشبعة بالأنماط الحضارية الغربية ، نتج عنها دعوات إلى اعتماد وتبني هذه الأنساق المذهبية والفكرية بمنطق تأطير وتنظيم مناحي الحياة، وبالخصوص في مجال الأحوال الشخصية والأسرة ، مما يفرض ضرورة تأصيل كل اجتهاد أسري وتقعيد منطلقاته صيانة لهذا الكيان الاجتماعي من رجات وتحديات اللحظة ورهانات المستقبل .
- 7- أهمية الموضوع على النحو الذي أشرت إليه سلفا والذي يتداخل ويتكامل مع أسباب الاختيار .

• خطة دراسة الموضوع :

وأما خطة البحث النهائية فقد خلّصت إليها بعد النظر والتأمل ، فرتبته تبعا في ثلاثة فصول: صدرته بمقدمة مبينة و أردفته بجائمة ملخصة ويمكن إجمال أهم محاور البحث فيما يلي :

خصصت المقدمة للتعريف بالموضوع وبيان أهميته، والأسباب الكامنة وراء الاختيار والانتخاب، مع ذكر للدراسات السابقة، والصعوبات والعقبات التي واجهت عملية البحث، والمنهجية المعتمدة وخطة البحث .

واعتنت في الفصل الأول : ببيان مرجعية مدونة الأسرة من خلال أربعة مباحث :

المبحث الأول : وضحت من خلاله مسارات تقنين أحكام الأسرة وتعديل المدونة بالمغرب وذلك بإصدار مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957 وما تبعها من محاولات التعديل والمراجعة وخاصة تعديلات 1993 وما نجم عنها فيما بعد من تداعيات وإفرازات جسدت في خطة إدماج المرأة في التنمية، وما واكبها من نقاش وجدال، لتفضي إلى مراجعة شاملة لمدونة الأحوال الشخصية ، وإصدار مدونة الأسرة سنة 2004 بتعديلات وإصلاحات جديدة .

وفي المبحث الثاني عرفت بالاجتهاد والضوابط المطلوب مراعاتها عند الاجتهاد في قضايا الأسرة.

وفي المبحث الثالث وقفت عند مرجعية مدونة الأسرة مؤكداً أن المدونة استمدت روحها ومقتضياتها من مرجعيات متعددة ومتضاربة شرعية ووضعية، أما في المبحث الرابع فقد بينت مسلك المدونة في التعامل مع التراث الفقهي، مسلك قوامه الأخذ بالمذهب المالكي والانفتاح على باقي المذاهب الفقهية وأقوالها المنتخبة والمتعددة، مع الإشارة إلى الموقف من تتبع رخص المذاهب .

أما في الفصل الثاني فقد خصصته لدراسة وتأصيل اجتهادات مدونة الأسرة المتعلقة بالأهلية في الزواج والولاية والتعدد ثم النسب الناتج عن الخطبة، وذلك من خلال أربعة مباحث.

الأول يهدف لبيان مذهب المدونة وسندها الشرعي في تحديد سن الزواج وتوحيد الأهلية بين الذكر والأنثى، مع عرض لآراء الفقهاء والعلماء في هذا الصدد، ثم بيان للملابسات و الأسباب الداعية إلى هذا الاجتهاد.

وفي المبحث الثاني انطلقت من كون الولاية من بين المواضيع التي نالت نقاشاً واسعاً بين أطراف المجتمع، وهذا تطلب تحرير المسألة وبيان آراء الفقهاء وأدلتهم في الولاية وجوباً و ندباً، ثم بيان موقف مدونة الأسرة ومسوغاتها و مستندها، مع مناقشة هذا الاختيار.

أما في المبحث الثالث فقد علجت الموضوع من خلال الوقوف على مذهب المدونة في التعدد و شروطه مع بيان موقف الفقه الإسلامي، ثم عرض للحكمة التي من أجلها شرع نظام التعدد..

ثم ختمت الفصل الثاني بمبحث رابع خصصته لإشكالية النسب الناتج عن الخطبة ورأي الفقه الإسلامي، ثم اختيار و موقف مدونة الأسرة ومبرراتها و مستنداتها .

أما في الفصل الثالث فقد خصصته لباقي اجتهادات المدونة خاصة إخضاع الطلاق للمراقبة القضائية وتوسيع حق المرأة في التطليق وتدبير الممتلكات الزوجية والحضانة ثم الوصية الواجبة، وذلك في خمس مباحث:

الأول حول رقابة القضاء على الطلاق بينت فيه نظر الفقهاء والعلماء المختصين من إسناد الطلاق للمراقبة القضائية عن طريق الإذن القبلي، مواقف أرخت بظلالها على اختيار المدونة وما صاحبه من إشكالات عملية .

وفي المبحث الثاني بسطت القول حول التطليق للشقاق، وهو نظام جديد أفردت له المدونة باباً خاصاً، وقد تناولته بالتأصيل والتدليل مع استعراض لأقوال الفقهاء فيه، ثم بينت موقف مدونة الأسرة مع تحديد نطاقه في التشريع المغربي وإشكالاته العملية والتطبيقية .

ثم انتقلت إلى المبحث الثالث المتعلق بتدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية موضحاً نظام الكد والسعاية وسنده الشرعي وموقف المدونة واختيارها.

وفي المبحث الرابع بينت أن المشرع عمد إلى تنظيم الحضانة " وتعزيز أحكامها بما يصون حقوق المحضون ويحفظه مما يضره قدر المستطاع " (1)، موضحاً موقف المدونة من إعادة ترتيب المستحقين للحضانة، وتحديد فترة ومدة انتهائها، مع توحيد سن الحضانة بالنسبة للجنسين. وآراء الفقه الإسلامي في الموضوع.

أما في المبحث الخامس فقد تناولت فيه الحديث عن الوصية الواجبة واستحقاقها من قبل أبناء البنات مع بيان لموقف الفقه الإسلامي، ثم موقف المشرع المغربي بإقرار استحقاق أبناء البنت للوصية الواجبة وسنده الشرعي. وكما افتتحت البحث بمقدمة أنهيته بخاتمة تضمنت أهم النتائج و الخلاصات.

وختاما أسأل الله تعالى أن يتقبل هذا العمل ويجعله خالصا لوجهه الكريم و أن يعصمنا من الزلل ويجعل أعمالنا مشمولة بالقصد الحسن . والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

L'autonomie entre l'autodétermination et la gouvernance territoriale : Cas du Sahara marocain



Tlemçani Tarik

Doctorant à la FSJES de Tanger

Spécialité : Droit public

Email : tlemsa75@hotmail.fr

Actuellement, il est évident que les revendications des populations des Etats pour les droits et libertés s'imposent avec rigueur et qui n'épargnent pratiquement aucun pays dans le monde, d'où l'ampleur d'Etats qui tendent à réfléchir à des formules qui permettent aussi bien de préserver l'intégrité territoriale que le maintien des droits des citoyens et leurs libertés fondamentales et cela dans la conformité des principes du droit international notamment le principe du droit à l'autodétermination des peuples d'où l'intérêt est accordé aux concepts d'autonomie et de régionalisation.

En effet, le principe de l'autodétermination des peuples, reconnu historiquement comme corollaire à la vague de décolonisation qu'à connu le monde, prend actuellement une tendance démocratique comportant le droit des populations à réaliser le développement politique, économique et social à travers la gouvernance démocratique. Certes, les changements qu'a connu le monde avec la chute du bloc socialiste mais aussi avec l'évolution des droits de l'homme sur la scène internationale ont créé une nouvelle atmosphère qui a aboutit à dépasser la notion d'indépendance et de sécession des territoires en impliquant le principe de

l'autodétermination en s'intéressant au volet interne de ce dernier en instituant des structures démocratiques au sein des Etats, car les constitutions démocratiques sont les plus susceptibles de protéger une autodétermination des citoyens ainsi que leurs droits et libertés fondamentales tout en conservant l'équilibre entre les droits de tous les groupements de la nation d'une part et l'intégrité territoriale et l'unité des Etats d'autre part. L'autodétermination dans ce sens tend à maintenir les peuples dans leurs Etats et au même temps garantir le respect de leurs droits. Dans ce cadre, l'institution de l'autonomie paraît très compatible avec ce concept.

En effet, l'autonomie présente aujourd'hui un moyen novateur et juste d'arriver à une autodétermination, c'est un moyen de résoudre les conflits par le biais de la démocratie et de la bonne gouvernance dans le cadre de l'intégrité territoriale des Etats. A cet égard, l'application de l'autonomie dans le cadre de la souveraineté nationale, a contribué à l'atténuation de nombreuses tensions dans plusieurs régions du monde. D'autre part, l'Etat est appelé aujourd'hui à promouvoir la démocratie interne dans l'ensemble de son territoire. Dans ce cadre, l'autonomie en offre le cadre juridique et institutionnel approprié.

Dans ce nouveau contexte international démarre ainsi l'Initiative marocaine d'autonomie pour le Sahara, qui a pour but d'octroyer aux citoyens de ce territoire la chance de gérer leurs propres besoins administratifs, juridiques et juridictionnels dans le respect de leurs droits et libertés fondamentales¹. A cet égard, le Maroc, convaincu du droit de ses citoyens à s'autodéterminer et à s'autogouverner librement, propose l'autonomie comme solution au litige du Sahara. Les aspects novateurs et positifs dans le projet marocain d'autonomie sont très pertinents. En termes de gouvernance territoriale (Administration, police locale et tribunaux), de gestion économique (Planification, investissements, développement, commerce, agriculture, industrie, services, tourisme ...), au niveau de gestion des infrastructures (Eau, électricité, communication, travaux publics ...), de gestion financière (Taxes et impôts) et aussi concernant la gestion sociale et culturelle.

Par ailleurs, le Maroc propose l'autonomie non seulement comme solution à l'affaire du Sahara et qui serait le sujet de négociations pour aboutir à une solution politique consensuelle mais aussi il la considère comme phase importante dans le processus des réformes démocratiques dont le pays s'est engagé notamment celles qui touchent l'organisation territoriale et la participation des citoyens à gérer leurs affaires de façon démocratique. Dans ce cadre, le Maroc a lancé la dynamique de la régionalisation avancée dans tout son territoire y

¹. ص 21 2011 عبد الفضيل الكنيدل. الحكم الذاتي المبادرة المغربية بشأن الصحراء كتعبير عن تقرير المصير. مطبعة الرسالة. الرباط

compris celui du Sahara. La dite régionalisation présenterait sans doute une plate forme adéquate mais aussi un prélude pour une application vigoureuse de l'autonomie au territoire du Sahara.

Le présent travail tend donc à chercher des réponses à ce sujet culminant en analysant l'autonomie comme forme de l'autodétermination notamment lors de son application au Sahara marocain. Alors la réflexion menée à cet égard se focalisera sur les deux interrogations suivantes qui constitueront le corps de cette recherche, à savoir :

-Dans quelle mesure l'autonomie présenterait-elle une forme de l'autodétermination des peuples mais aussi un droit des populations à réaliser le développement à travers la démocratie et la bonne gouvernance ? **Chapitre 1**

-Comment le Projet Marocain d'autonomie constitue-t-il une plate-forme pour la mise en œuvre d'une autodétermination effective, assortie de garanties dans l'intérêt des populations du Sahara en faveur d'une gouvernance démocratique et du développement de ce territoire ? **Chapitre 2**

Chapitre I : L'autonomie comme forme de l'autodétermination et de gouvernance territoriale :

Aujourd'hui la communauté internationale semble davantage portée à se préoccuper des conditions de maximisation de la réussite de processus d'autonomisation que de l'application pure et simple du principe finalement très abstrait du droit à l'autodétermination dit aussi le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

En effet, L'autonomie permet de transcender ces tensions qui peuvent exister entre la souveraineté et l'autodétermination. Elle consacre pour certains un nouveau paradigme de l'Etat des régions, se substituant à l'Etat-Nation traditionnel, qui subit les coups conjugués de la mondialisation, de la transformation de la structure du système international et de son évolution en termes d'instabilité et de dangerosité, ainsi que des leçons de l'expérience historique des processus variés d'autodétermination. A cet égard, l'autonomie représente une solution intermédiaire entre l'intégrité territoriale et l'indépendance. Il est à signaler que plus de 70 accords d'autonomie ont été conclus depuis 1945.

Section1 : L'autonomie est une forme de l'autodétermination :

Le principe de l'autodétermination des peuples intitulé aussi le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un principe qui a bien marqué le droit international contemporain. Il apparut bien évidemment pendant les années 1960, comme une limite à la souveraineté des grandes puissances sur deux plans externe et interne ; ainsi, on peut le définir comme étant la faculté juridique conférée par le droit international à un groupement politique, de se former en un Etat indépendant (aspect externe), et de choisir librement son système politique, économique et social (aspect interne).

En réalité, nous sommes en face d'une notion assez complexe à définir, car toute définition dépendra du contexte dans lequel on se trouvera. Pour reprendre Antonio Cassese, cela signifie «La libération des peuples soumis à régimes racistes et domination coloniale»¹. Par contre, lorsqu'il s'agit des peuples constitués en Etats, on peut entendre par ce principe d'autodétermination, le droit de ces peuples à décider librement de leurs affaires internes et externes sans ingérence extérieure. En d'autres termes «*Le droit librement pour décider leur statut international, ... s'il faut former un Etat ou s'associer avec un Etat souverain existant*»². On remarque donc à travers ces définitions deux caractéristiques majeures du droit à l'autodétermination : une libre détermination des peuples liée aux situations de décolonisation et une autodétermination en dehors des situations de décolonisation.

L'autodétermination en dehors des situations de décolonisation prend un aspect interne en conjuguant le droit des populations concernées à réaliser leur développement politique, économique et social à travers la gouvernance démocratique. L'une des formes de cette dimension interne de l'autodétermination réside dans l'institution de l'autonomie qui paraît très pertinente.

En effet, l'élargissement de la participation locale à la définition des choix politiques, économiques, sociaux et culturels du développement local constitue actuellement une dimension vitale du concept d'autodétermination interne contribuant ainsi à la réalisation de la paix et de la stabilité au niveau régional³. Le dit principe de l'autodétermination peut se conformer avec le concept d'autonomie car celle-ci renvoie au droit d'exercer l'autonomie politique, économique et culturelle à l'intérieur d'un Etat prédéfini et se concrétise par

¹ CASSESE Antonio., Self-determination of peoples. A legal reappraisal, édition Cambridge. 1991. P.44.

² Ibidem, p.57

³ ص 114-118. الدكتورة اسعيدة العثماني القانون الدولي العام النزاعات الحدودية و طرق التسوية. الطبعة الاولى 2008. الابداع القانوني رقم 0600/2008

l'établissement d'un large contrôle sur les processus de développement politique, économique, social et culturel de la région concernée.

Par ailleurs, l'étymologie même du mot autonomie témoigne du rapprochement de cette notion avec celle de l'autodétermination¹. Tirant origine du mot grec « *autonomia* » (mot composé de <autos<=soi-même et <nomos<=loi), le terme désigne la faculté de se doter de ses propres normes et plus généralement la capacité de se gouverner soi-même, de manière plus ou moins indépendante du pouvoir central.

L'autonomie se veut ainsi une forme d'autodétermination interne, qui visait la répartition des pouvoirs au profit des régions et des communes locales. Ce modèle acquiert souvent un cadre constitutionnel où le pouvoir central cède une partie de ses attributions aux autorités locales concernées par cette forme d'autonomie. Cette méthode n'est rien d'autre que la fameuse « démocratie participative ». Mieux encore, une partie de la doctrine considère que « *le droit à l'autodétermination interne est un droit à la démocratie* »².

Effectivement, l'Ecole réaliste, un courant doctrinal³ qui met en écart l'autodétermination externe et soutient le droit à l'autodétermination interne concrétisé par l'application de l'autonomie, a développé trois idées-clés relatives à l'autodétermination interne, appelée également autodétermination territoriale qui se substitue à l'autodétermination externe dite aussi autodétermination-indépendance⁴ :

- Le droit à l'autonomie territoriale a cessé d'être un droit de sécession pour devenir un droit de gestion démocratique avancée qui s'appuie sur la régionalisation et la bonne gouvernance.
- L'échec du droit à l'autodétermination-indépendance vu comme un facteur d'éclatement des Etats et de déstabilisation politique.
- Le droit à l'autodétermination interne est accompagné d'une autonomie politique, administrative, économique et sociale très large dans le cadre d'un Etat un et indivisible.

La lecture qu'effectue l'Ecole réaliste est un retour aux origines conceptuelles du droit à l'autodétermination tel que proclamé par les révolutions américaine et française qui signifie le

¹ Christakis Théodore, Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation, Centre d'Etudes et de Recherche internationale et communautaire, Université d'Aix-Marseille III ; 1999.p.513

² Ibidem, p.560

³ Bedhiri Mohamed, La Lettre du Sud marocain, Le projet marocain d'autonomie, Réalisme d'un projet réalisable, Avril 2009

⁴ Elouali Abdelhamid, Autonomie et Régionalisation : perspective marocaine. Les éditions Maghrébines, -Casablanca-2010, Dépôt légal n°2010 MO 2224, Septembre 2010

respect du principe de la souveraineté et l'élection d'un gouvernement démocratique¹. Si le principe sacro-saint de l'autodétermination a servi, dans les NU, à la décolonisation des pays du tiers monde au cours des précédentes décennies, aujourd'hui et grâce à l'évolution qu'a connue la société internationale, notamment en matière politique, les concepts qui dominent la vie internationale sont ceux relatifs à la démocratie et aux droits de l'Homme. Les peuples attendent de leurs gouvernements respectifs, paix, développement et justice.

Dans une volumineuse étude consacrée aux «Moyens possibles de faciliter la solution par des voies pacifiques et constructives de problèmes dans lesquels des minorités sont impliquées», le Rapporteur de la commission des droits de l'homme, A. Eide, notait en 1993 que l'autonomie peut constituer une méthode pratique pour assurer l'existence et la préservation de l'identité des groupes ethniques se trouvant à l'intérieur de certains Etats, mais qu'il est par contre douteux que ces groupes disposent en droit international d'un droit général à l'autonomie².

Section2 : L'autonomie dans la pratique des Etats :

Si on Commence par admettre que l'autonomie est un compromis, une solution intermédiaire entre revendications opposées, qui présente pour les différents acteurs, Etat d'un côté, entités subnationales de l'autre, des avantages qui peuvent être selon le cas et son ampleur, plus au moins intéressante pour chacun d'entre eux ; l'intérêt de l'autonomie réside donc dans le fait qu'elle constitue une solution susceptible de concilier à la fois la volonté de l'Etat de préserver son unité et son intégrité territoriale, et celle d'une communauté ethnique, linguistique ou religieuse distincte se trouvant à l'intérieur de cet Etat³. L'octroi d'un statut d'autonomie peut alors présenter pour cette communauté des avantages non négligeables dans plusieurs domaines. Le premier domaine est celui de la langue, de l'éducation et de la culture, il s'agit là d'un domaine vital pour tout groupe ethnique car il est directement lié à la préservation de son identité. De même, l'autonomie peut permettre aux groupes ethniques qui en bénéficient d'avoir un contrôle plus au moins important de leur territoire patrimonial. La collectivité autonome pourra alors exercer des compétences exclusives ou concurrentes dans des domaines tels que l'aménagement du territoire, le développement économique et industriel, le tourisme, la protection de l'environnement...

L'autonomie territoriale sera ensuite expérimentée avec succès dans plusieurs contrées du monde. L'intérêt pour le concept d'autonomie a récemment repris de l'importance dans la

¹ Bedhiri Mohamed, op.cit.

² Christakis Théodore, op.cit, p.514

³ Ibidem, p.539

mesure où il a été suggéré ou même effectivement appliqué en vue de résoudre un certain nombre de conflits ethniques par un nombre très élevé d'Etats dont notamment la Belgique, la Finlande, la Suède, la Norvège, l'Espagne, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Canada, le Brésil, le Mexique, la Chine, l'Inde, la Russie, le Sri Lanka, Papoua Nouvelle Guinée, la Géorgie, la Roumanie, le Soudan, l'Irak, la Bosnie Herzégovine, le Nicaragua, le Panama, le Bangladesh, etc.¹

Néanmoins, malgré la multitude d'application de l'autonomie dans la pratique des Etats comme solution de crises de territoires, il n'y a pas de définition généralement acceptée de l'autonomie². Il en est ainsi parce qu'il n'existe de modèle uniforme d'autonomie. Malgré cela, un certain nombre de définitions de l'autonomie ont été proposées. Richard Lillich et Hurst Hannum proposent une définition selon laquelle l'autonomie «se réfère à l'indépendance d'action dans le cadre interne, dans la mesure où les affaires étrangères et la défense sont normalement entre les mains du gouvernement central, mais il n'est pas exclu que parfois le pouvoir de conclure des accords internationaux en matière culturelle et économique soit confié à l'entité autonome»³. Une autre définition est proposée par Ruth Lapidot selon laquelle l'autonomie signifie qu' «(...) une entité infra-étatique détient des pouvoirs -souvent exclusifs- de législation, d'administration et, dans certains cas aussi, un pouvoir judiciaire dans des sphères spécifiques»⁴.

D'ailleurs, l'idée même de l'autonomie semble susciter aujourd'hui un nouvel intérêt. Comme le notait dans une étude récente le professeur Daniel Elazar, il existe à l'heure actuelle plus de cinquante Etats au niveau mondial dont la structure inclut, d'une manière ou d'une autre, l'idée de l'autonomie politique⁵. Il existe ainsi aujourd'hui des centaines de gouvernements régionaux qui bénéficient d'une autonomie protégée par la constitution ou la loi⁶. L'exemple de l'UE est en effet intéressant à plus d'un titre. En premier lieu, au moins onze de ses Etats membres ont fait appel à des solutions d'autonomie variées qui vont de la fédération (Allemagne, Autriche, Belgique) à la reconnaissance d'un statut spécial à certaines collectivités territoriales (la France), en passant par des solutions d'autonomie, de régionalisation et de dévolution plus ou moins poussées (Danemark/Îles Féroé et Groenland,

¹ Elouali Abdelhamid, op.cit,p.22

² Ibidem, p.37

³ Hurst Hannum and Richard B. Lillich, « *The Concept of Autonomy in International Law* », American Journal of International Law, Vol. 74, n°4, October 1980. P.859

⁴ Ronan le Coadic, «Identités et démocratie: repenser la démocratie», Presses Universitaires de Rennes, 2003. P.267

⁵ Christakis Théodore,op.cit, p.515

⁶ Ibidem

Finlande/Îles Åland, Pays Bas/Antilles néerlandaises, Portugal/Açores et Madère, Espagne, Italie, Royaume-Uni).

Les partisans de l'autonomie n'ont cessé de soutenir que la solution est généralement efficace. Daniel Elazar souligne, que l'introduction du système des autonomies en Espagne a eu un «succès extraordinaire» dans la diminution des conflits ethniques¹.

On peut donc affirmer que la solution de l'autonomie dans la pratique des Etats demeure très utile dans le cadre de la recherche d'un règlement pacifique des différends.

Section3 : L'autonomie comme accès à la démocratie et à la bonne gouvernance :

Ce qui fondamentalement conditionne l'autonomie est la jouissance effective par un groupe ethnique donné de la démocratie territoriale. Partant de là, l'autonomie peut être caractérisée par la jouissance d'une collectivité humaine de compétences législatives, exécutives, et éventuellement judiciaires attribuées par l'Etat dans le cadre de l'exercice de la gouvernance territoriale. Il en est ainsi parce que l'élément «démocratie territoriale» est central dans la notion d'autonomie car il est le seul à permettre une jouissance effective des droits de l'homme par les membres des communautés ethniques². En définitive, l'autonomie qui repose sur une base consensuelle tend à établir un compromis entre le droit de l'Etat à préserver son intégrité territoriale et la revendication d'un groupe ethnique à s'autodéterminer. Ce compromis réside dans l'élaboration d'une politique démocratique de l'Etat respectueuse des différentes identités ethniques composant la société.

Or, force est de constater non seulement que le droit à la démocratie favorise dans une large mesure l'amélioration de la situation des membres de certains groupes tels que les minorités nationales, mais de plus que le droit à l'autodétermination de l'ensemble de la population d'un Etat inclut inévitablement un droit à l'autodétermination de toute composante de cette population non pas en tant que telle, mais en tant que partie de l'ensemble de la population³.

L'autonomie constitue, à cet égard, un instrument politique très utile qui peut être développé dans le cadre du droit à l'autodétermination. La Communauté internationale devrait explorer les possibilités d'accorder un certain degré d'autonomie aux communautés ethniques pour garantir aux populations concernées le respect de la démocratie et des droits de l'Homme

¹ Ibidem, p.541

² Elouali Abdelhamid, op.cit,p.38

³ Ibidem

et la bonne gouvernance. Bien entendu, l'autodétermination interne ne peut s'ancrer que dans les Etats démocratiques qui permettent à leurs populations de jouir de l'autonomie territoriale dans une perspective de gestion libre de leurs affaires.

Aux yeux des théoriciens de l'Ecole réaliste, l'autonomie territoriale nécessite le respect de certaines conditions *sine qua non*. Il s'agit principalement de la question démocratique et de son corollaire, la régionalisation en l'occurrence. Les travaux de l'Ecole réaliste commencent à porter leurs fruits et à intéresser de plus en plus les auteurs et hommes politiques respectueux de l'unité des Etats mais épris de démocratie, de liberté et du respect des différentes identités qui profitent de l'autonomie territoriale.

En effet, les Etats, principalement dans les pays en développement, mais aussi dans les pays développés, acceptent et se voient contraints de partager leur souveraineté avec des entités supra et subétatiques¹. Cette question appelle les pays développés à accorder une place de choix à la démocratie territoriale, notamment sous la forme de l'autonomie territoriale. Jacques Chevallier écrit à ce propos : « Tout se passe comme s'il était devenu nécessaire d'administrer au plus près des habitants et en prenant en compte le poids des particularismes locaux ; le principe de proximité entraîne l'apparition d'un nouveau modèle de relation entre l'Etat et le territoire, emblématique de la postmodernité. Ce mouvement tend à brouiller les distinctions traditionnellement opérées entre les différents types de quadrillage du territoire : un glissement irrésistible tend à s'opérer vers les formes d'organisation les plus favorables à l'autonomie locale ; et on assiste corrélativement à la diversification de statuts territoriaux »².

Chapitre II : L'autonomie et les enjeux de gouvernance et de développement au Maroc :

Comme nous l'avons déjà soutenus dans le premier chapitre, c'est avec la pertinence de l'autonomie comme forme d'autodétermination mais aussi comme une garantie pour le développement et la bonne gouvernance que démarre l'Initiative marocaine d'autonomie dans le Sahara, qui vise à octroyer aux citoyens Sahraouis la chance de gérer leurs propres besoins administratifs, juridiques et juridictionnels dans le respect des droits et libertés fondamentales des citoyens³, chose qui a été bien reçue de la part du Conseil de sécurité de l'ONU en la considérant comme sérieuse qui se caractérise par la véracité, et qui a comme objectif une solution définitive du conflit.

¹ Jacques Chevallier, «L'Etat postmoderne», Edition LGDJ, 2004, 2ème édition. P.73

² Ibidem

³ عبد الفضيل اكنيدل. مرجع سبق ذكره. ص 21

L'appui du Conseil de sécurité, puis de la majorité de la Communauté internationale à l'Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie au Sahara (Voir résolutions 1754 et 1813, adoptées respectivement en avril 2007 et en avril 2008), témoigne de la richesse et de la sagesse de ce projet, nourri par un réalisme novateur, porté vers le compromis, la modération, mais aussi vers la pertinence et l'efficacité.

En effet, les prérogatives et les attributions de la Région du Sahara, bénéficiant du statut avancé d'autonomie, sont énormes et elles constituent non seulement un réel levier de développement socio-économique, mais surtout un véritable socle de participation démocratique au grand bénéfice des populations locales.

Section1- L'autonomie au Sahara : un levier pour le développement et la bonne gouvernance :

Le soutien international exprimé par de nombreux Etats représentant différentes aires géographiques et géopolitiques atteste du sérieux le projet marocain d'autonomie et du respect de ce dernier aux standards internationaux en matière de l'autonomie et de la régionalisation.

L'initiative marocaine d'autonomie, présentée a représenté, en effet, une proposition crédible, sérieuse et fiable offrant des garanties aux populations de ce territoire. En parallèle, on peut qualifier le projet d'autonomie au Sahara comme une solution nationale qui reflète les changements qu'a connu le Maroc au niveau de la gouvernance territoriale.

En fait, l'initiative marocaine comporte les bases d'un projet viable d'autonomie territoriale. Pour cela, on peut effectuer une comparaison entre le contenu de cette initiative et les expériences étrangères les plus avancées. Dès lors, si l'on veut avoir une idée de ce que représente l'initiative marocaine du point de vue du niveau de la qualité de l'autonomie qui est accordée aux populations Sahraouies, il est important de vérifier si elle est conforme aux Recommandations de Lund, ce groupe d'experts indépendants créé en 1998 par le Haut Commissaire pour les minorités nationales de l'OSCE. Il en est résulté les fameuses recommandations de Lund auxquelles on peut se référer comme un guide mais aussi un modèle qui reflète les standards internationaux dont-il convient de prendre en considération en cherchant à établir un système démocratique et viable d'autonomie territoriale.

1- Les atouts du projet marocain d'autonomie en matière de gouvernance :

Deux principaux objectifs fondent les différents statuts d'autonomie à travers le monde. Le premier concerne la gestion de la région autonome de ses affaires à travers ses propres institutions, notamment des organes locaux législatifs, exécutif et judiciaire exerçant des

compétences exclusives et disposant des ressources financières nécessaires à cette gestion autonome. Le deuxième but est relatif à la sauvegarde de l'unité de l'Etat qui est aménagée en premier lieu, par la conservation de compétences exclusives dans certains domaines, par la fonction de contrôle exercée par un organe judiciaire et, enfin, à travers la représentation de l'Etat dans la région autonome¹.

Pour le Maroc, il s'agit d'accorder à la collectivité territoriale du Sahara un Statut particulier, plus proche de celui de l'autonomie régionale défini en Europe. Une nette convergence générale se dessine, aussi bien de point de vue de l'organisation de la région, conforme aux exigences démocratiques européennes, que de celui de son fonctionnement, favorable à une liberté d'action durable, et, aussi, de sa garantie constitutionnelle.

Du point de vue de son organisation, le statut de la région du Sahara répond aux exigences démocratiques de la Charte européenne de l'autonomie régionale². Ceci s'observe dans l'existence d'organes de décision démocratiquement constitués et la reconnaissance à la collectivité autonome de certains droits spécifiques.

A l'instar des «standards autonomiques», la région du Sahara sera dotée d'institutions locales, une institution législative ou Parlement (para. 19), une institution exécutive ou Gouvernement (para. 20 et 21) et les juridictions (para. 22 et 23). En effet, l'autonomie étant la possibilité, pour les collectivités territoriales, de se doter de libre administration, dans ce sens, la charte européenne de l'autonomie régionale prévoit dans son art. 3, leur désignation électorale. Le principe démocratique impose d'abord l'élection des assemblées régionales au «Suffrage universel, libre et direct». Au Maroc, l'art.19 du projet marocain pour l'autonomie du Sahara envisage naturellement la création d'un parlement régional, composé de membres élus au suffrage universel direct par les électeurs régionaux et par les différentes tribus sahraouies. Le paramètre sociologique des tribus a donc été retenu dans cette double base de représentation, afin de mieux tenir compte des spécificités de la population régionale³.

¹ Amina El Messoudi, Collection «les cahiers bleus», «autonomie et régionalisation», disponible par Abonnement. Dépôt légal : 2004/2003. ISBN : 1113-8823 : Fondation Abderrahim Bouabid n°11, Avril 2008. P.13-14

² Jean-Christophe ROBERT ; Professeur à l'université de Perpignan Via Domitia ; « Le Projet de région autonome du Sahara au regard de la charte européenne de l'autonomie régionale » ; REMALD, collection « thèmes actuels », numéro spécial 71, « Régionalisation élargie et statut d'autonomie régionale » ; première édition 2011. P. 147

³ Jean-Christophe ROBERT. Op.cit, p.148

La Charte européenne prévoit (art. 12 § 3) préconise que le pouvoir exécutif soit confié à un organe de gouvernement régional, sans préciser son mode de désignation, même si la tendance lourde en Europe en est l'élection au suffrage universel.

Au Sahara autonome, l'avancée du projet marocain concerne l'élection du Chef de gouvernement qui serait élu par le parlement régional et investi par le Roi du Maroc (art. 20). L'importance de cette avancée n'est pas seulement perceptible au niveau national, mais aussi au niveau comparatif. En effet, le mode d'élection du Chef du gouvernement par le Parlement régional inscrit le projet marocain d'autonomie parmi les expériences les plus avancées. Il se situe bien au-delà d'autres expériences, à l'instar de la portugaise par exemple, où le président du gouvernement régional est nommé par le Ministre représentant la République dans la région et où les autres membres du gouvernement sont nommés et révoqués également par ce dernier, sur proposition du président du gouvernement régional (art. 233 de la constitution portugaise)¹. Pour le projet marocain d'autonomie, ce point est particulièrement important quand on observe que le Chef du gouvernement régional du Sahara, tout en étant responsable devant le parlement régional, exerce le pouvoir exécutif de ladite région. C'est lui qui forme le gouvernement de la région et nomme les administrateurs nécessaires pour exercer les pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu du statut d'autonomie (para.21).

Par conséquent, en vertu de son élection et de sa composition, on peut bien avancer que le gouvernement régional du Sahara répond aux caractéristiques d'un gouvernement parlementaire (L'élection du Chef du gouvernement par l'assemblée législative est une des caractéristiques des régimes parlementaires où le premier ministre requiert d'abord une investiture de la part du parlement avant d'être investi par le Chef de l'Etat. On peut citer à titre d'exemple le rôle du parlement dans l'investiture du président du gouvernement en Espagne, voir l'article 99 de la constitution espagnole).

Le texte européen organise de surcroît la possibilité d'une représentation de la région autonome à des niveaux de gouvernance supérieurs². L'art. 9 de la Charte évoque en effet un droit de participation à la prise de décision au niveau central lorsque les normes adoptés par l'Etat sont susceptibles de modifier la portée de l'autonomie ou de porter atteintes aux intérêts de la région. En revanche, selon l'art. 18 du projet pour le Sahara, «la population régionale est représentée au parlement et dans les autres institutions nationales». Ce sont donc les citoyens

¹ Amina El Messoudi, op.cit, p.19

² L. Vandelli, « Formes et tendances des rapports entre Etats et collectivités territoriales », revue française d'administration publique, n° 121-122, édition : 2007. P.19

sahraouis, et non pas la collectivité territoriale, qui sont associés au processus décisionnel de l'Etat marocain¹.

L'accroissement démocratique du degré de décentralisation s'observe à travers le pouvoir auto-organisant des régions européennes. La Charte confirme le droit de celles-ci «d'adopter et, à tout le moins, de compléter leur statut dans le respect de la constitution et des lois» (l'art.11). Le projet marocain offre en réalité à la région sahraouie le droit de s'auto-constituer, puisque le statut sera soumis à l'approbation de sa population par consultation référendaire (art. 27)².

2-Le projet d'autonomie au Sahara: un garant de développement dans le territoire :

Il est bien évident que dans les modèles avancés de l'autonomie territoriale, des droits spécifiques doivent être reconnus à la collectivité autonome. A cet égard, la Charte européenne consacre le droit de libre organisation des collectivités régionales, la liberté d'aménagement de leurs structures administratives. L'art. 13 de l'Initiative dispose que les «régions peuvent définir librement les structures internes de leur administrations et de leurs organismes», Elles sont également laissées libres de définir le statut de leur personnel. Dans le même sens l'art. 136 de la nouvelle constitution marocaine (« L'organisation territoriale du Royaume repose sur les principes de libre administration, de coopération et de solidarité. Elle assure la participation des populations concernées à la gestion de leurs affaires et favorise leur contribution au développement humain intégré et durable»), précise le principe de la libre administration.

Le Maroc reconnaît, donc, au gouvernement régional du Sahara le droit de nommer «les administrateurs nécessaires pour exercer les pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu du statut d'autonomie» (art.21)³. Le droit de coopération interrégionale et transfrontalière est conforme au principe de libre administration. L'art. 8 de la Charte européenne de l'autonomie régionale ne le prévoit que dans les domaines de compétences des régions, et dans le respect de droit interne et des engagements internationaux de l'Etat. Dans le même sens, le projet marocain pour l'autonomie du Sahara envisage la création de synergies transfrontalières. L'article 15 impose néanmoins la concertation avec le gouvernement.

Le statut de la région du Sahara lui assure un fonctionnement propice à une liberté d'action durable à travers la conduite de ses propres politiques publiques. Aussi détient-elle des

¹ Jean-Christophe ROBERT. Op.cit. p.148

² Jean-Christophe ROBERT. Op.cit. p.149

³ Ibidem, p.150

compétences propres. Corrélé à la dévolution des compétences, l'autonomie financière est également nécessaire à la libre administration.

Dans son administration locale, la région du Sahara aura à s'occuper de la police locale ainsi que des juridictions régionales. Pour son développement économique, ladite région se chargera de la planification régionale, de l'encouragement des investissements, du commerce, de l'industrie, du tourisme ainsi que de l'agriculture¹.

Les infrastructures telles que l'eau, les installations hydrauliques, l'électricité, les travaux publics et le transport, relèvent également des compétences propres de la région du Sahara. Cette dernière s'occupera de même, conformément au projet d'autonomie, des volets sociaux et culturels, notamment l'habitat, l'éducation, la santé, l'emploi, le sport, la sécurité, la protection sociale ainsi que de la gestion du patrimoine culturel hassani (paragraphe 12 de L'Initiative)².

Section2- La régionalisation avancée au Maroc : Prélude à l'application de l'autonomie :

Le Maroc en réaffirmant sa disposition à s'engager dans une négociation sérieuse autour de l'autonomie en tant qu'solution définitive au conflit, il considère, à cet égard, «que son Initiative reste toujours sur la table des négociations, sous l'égide des NU. Il est également persuadé qu'à terme, la raison et l'esprit visionnaire l'emporteront sur les thèses anachroniques et les illusions héritées du passé » (Discours de Sa Majesté le Roi Mohamed VI, à l'occasion du 33^{ème} Anniversaire de la marche verte, novembre 2008).

Cependant, «En attendant, le Maroc ne restera pas les bras croisés, pas plus qu'il n'acceptera que son évolution démocratique et son développement soient subordonnés aux calculs et aux manœuvres d'autrui» (Discours de Sa Majesté le Roi Mohamed VI, à l'occasion du 33^{ème} Anniversaire de la marche verte, novembre 2008). C'est dans ce contexte que le Maroc vient d'amorcer une nouvelle phase dans le processus de résolution de l'affaire Saharienne, en lançant la dynamique d'une régionalisation avancée et graduelle, englobant toutes les régions du Maroc, avec, à leur tête, la région du Sahara.

Ce projet constitue, donc le prélude à une profonde réforme des structures de l'Etat, à travers la conduite résolue et graduelle des processus de décentralisation et de déconcentration

¹Amina El Messoudi, opo.cit, p.14-15

² Ibidem, p.15

conséquentes et effectives, de démocratisation poussée, d'accélération du développement, de modernisation sociale, politique et administrative du pays et de bonne gouvernance¹.

Ainsi, l'objectif premier de la régionalisation, donc, est de contribuer au développement de toutes les régions marocaines de manière démocratique, en ce sens que les populations seront chargées de la gestion de leurs propres affaires. Néanmoins, la question du Sahara marocain reste fortement présente dans ce projet et en influencera même l'élaboration. Ainsi, la régionalisation élargie concerne tout le territoire national, y compris les provinces du sud. Celles-ci vont certainement être dotées d'un statut différent par rapport aux autres régions. Ainsi, le modèle marocain de régionalisation pourrait voir le jour sous une forme bicéphale, avec des statuts différenciés en fonction des spécificités des régions².

De ce fait, le Maroc est résolu à aller à l'avant dans la concrétisation de sa détermination, d'une part, à permettre «aux loyaux fils et habitants de notre Sahara marocain de disposer d'une large latitude dans la gestion de leur propres affaires locales, et ce, dans le cadre d'une régionalisation avancée que le Maroc veille à mettre en œuvre avec une volante nationale souveraine», et d'autre part, une régionalisation fonctionnelle et progressive pour les autres régions³.

Le Maroc vise, par l'adoption d'une régionalisation Avancée, d'abord, à anticiper l'asymétrie que ne moquerait pas de créer dans le pays une éventuelle acceptation par les parties au conflit du Sahara de l'Initiative marocaine. Il vise, ensuite, à consolider la démocratie et à s'adapter aux exigences de la postmodernité⁴. Il vise, enfin à s'inscrire dans la dynamique de la régionalisation européenne.

En guise de conclusion, Et après avoir analysé l'Initiative marocaine d'autonomie on peut constater qu'elle s'adapte aux exigences de compatibilité, par la présentation d'une solution qui préserve l'équilibre entre l'unité marocaine et la garantie des droits de la population du Sahara, dans le cadre d'une autonomie avancée qui bénéficie la région du Sahara

¹Le Rapport de la commission consultative sur «la régionalisation avancée», Voir aussi REMALD, collection «Thèmes et Documents», première édition 2011, n° 214.p.32

² Lmghari Abdelaziz, président de l'association marocaine du droit constitutionnel, «la régionalisation avancée : une réponse au Statuquo», voir L'Economiste-Magazine ; n°20 Février 2010.

³ Le Rapport de la commission consultative sur «la régionalisation avancée», Voir aussi REMALD, collection «Thèmes et Documents», première édition 2011, n° 214.p.19

⁴ Elouali Abdelhamid, REMALD, «Vers un modèle Marocain de régionalisation : Etat, territoire et développement dans un pays émergent». Série «Thèmes actuels» n° 67, 2010. P.90

par des compétences multiples qui comprennent les pouvoirs exécutifs législatifs et juridictionnels.

L'autonomie n'est pas un objectif en tant que telle, mais elle constitue un point de départ pour atteindre un progrès économique et social et aide à la concrétisation de l'identité culturelle de la population Sahraouie¹. On peut dire donc que l'autonomie ressemble à un atelier de construction où la réparation et la restauration et le changement se font d'une façon permanente et continue. C'est dans cette tendance que le Maroc propose, après avoir consulté le Conseil Economique, Social et Environnemental, un modèle de développement pour les provinces du Sud qui demeure l'objectif visé dans le cadre du grand projet national de régionalisation avancée. Le développement des provinces du sud est de nature à favoriser la réussite du Projet d'autonomie notamment avec la mise en œuvre effective de la régionalisation avancée proclamée par le roi Mohamed VI le début de l'année 2015. C'est un choix stratégique irréversible de toutes les forces du pays dont le but est de garantir et promouvoir les droits des populations ainsi que le développement de ses territoires.

Bibliographie :

- ❖ CASSESE Antonio., Self-determination of peoples. A legal reappraisal, edition Cambridge. 1991
- ❖ Christakis Théodore, Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation, Centre d'Etudes et de Recherche internationale et communautaire, Université d'Aix-Marseille III ; 1999
- ❖ Bedhiri Mohamed, La Lettre du Sud marocain, Le projet marocain d'autonomie, Réalisme d'un projet réalisable, Avril 2009
- ❖ Elouali Abdelhamid , Autonomie et Régionalisation : perspective marocaine. Les éditions Maghrébines, -Casablanca-2010, Dépôt légal n°2010 MO 2224, Septembre 2010
- ❖ Hurst Hannum and Richard B. Lillich, « *The Concept of Autonomy in International Law* », American Journal of International Law, Vol. 74, n°4, October 1980.
- ❖ Ronan le Coadic, « Identités et démocratie: repenser la démocratie », Presses Universitaires de Rennes, 2003
- ❖ Jacques Chevallier, « *L'Etat postmoderne* », Edition LGDJ, 2004, 2ème édition
- ❖ L. Vandelli, « Formes et tendances des rapports entre Etats et collectivités territoriales », revue française d'administration publique, n° 121-122, édition : 2007

¹ احمد الدغرني- أسئلة الحكم الذاتي في الصحراء- وجهة نظر- مجلة تعنى بقضايا الفكر و السياسة- العدد 28 ربيع 2006 -الإيداع القانوني 1998/73 ص46-47

- ❖ Collection «les cahiers bleus», «autonomie et régionalisation», Amina El Messoudi, disponible par Abonnement. Dépôt légal : 2004/2003. ISBN : 1113-8823 : Fondation Abderrahim Bouabid : 121 Rue de la palatine Bettina Salé n°11, Avril 2008.
- ❖ Jean-Christophe ROBERT ; Professeur à l'université de Perpignan Via Domitia ; « Le Projet de région autonome du Sahara au regard de la charte européenne de l'autonomie régionale » ; REMALD, collection « thèmes actuels », numéro spécial 71, « Régionalisation élargie et statut d'autonomie régionale » ; première édition 2011
- ❖ Le Rapport de la commission consultative sur «la régionalisation avancée», Voir aussi REMALD, collection « Thèmes et Documents », première édition 2011, n° 214
- ❖ Lmghari Abdelaziz , président de l'association marocaine du droit constitutionnel, « la régionalisation avancée : une réponse au Statuquo », voir L'Economiste-Magazine ; n°20 Février 2010.
- ❖ Elouali Abdelhamid , REMALD, «Vers un modèle Marocain de régionalisation : Etat, territoire et développement dans un pays émergent ». Série «Thèmes actuels» n° 67, 2010.

مراجع باللغة العربية :

- الدكتورة اسعيدة العثماني القانون الدولي العام النزاعات الحدودية و طرق التسوية. الطبعة الاولى 2008. الايداع القانوني رقم 2008/0600
- عبد الفضيل اكنيدل. الحكم الذاتي المبادرة المغربية بشأن الصحراء كتعبير عن تقرير المصير. مطبعة الرسالة- الرباط. 2011
- احمد الدغرني- أسئلة الحكم الذاتي في الصحراء- وجهة نظر- مجلة تعنى بقضايا الفكر و السياسة- العدد 28 ربيع 2006 -الايداع القانوني 1998/73.

LE DROIT DES CHANGES AU MAROC : L'ETAT ACTUEL ET LES MUTATIONS NECESSAIRES



**Par Mme Imane HILANI Doctorante en droit
privé Université Hassan II Casablanca**

L'évolution de la réglementation marocaine des changes, les changements de l'environnement économique et financier ainsi que les nouvelles orientations en matière législative et réglementaire ont rendu nécessaire depuis longtemps, la refonte des textes de base du contrôle des changes¹. En vue de faire apparaître l'intérêt de cette refonte, il est utile de citer ci-après les textes législatifs en vigueur régissant ledit contrôle à savoir :

Le Dahir du 10 septembre 1939, l'Arrêté résidentiel du 18 mai 1940², le Décret n° 2-59-0722 du 1er juillet 1959³, et des textes spéciaux régissant les importations et les exportations, (Arrêté résidentiel du 10 septembre 1939⁴ et Arrêté du directeur des finances du 30 Août 1947)⁵, l'encaissement et le rapatriement au Maroc des avoirs obligatoirement cessibles dans les pays et territoires de la zone Franc (Décret n° 2-59-0720 du 1er juillet 1959⁶ et Décret n° 2-59-1739 du 17 octobre 1959)⁷, les avoirs à l'étranger (Dahir du 27 mai 1940⁸, Dahir n° 2-59-358 du 17 octobre 1959⁹ et Arrêté du 17 octobre 1959)¹⁰, les opérations prohibées ou autorisées (Arrêté du directeur général des finances du 1er juin 1940, Décret n° 2-59-1737 du 17 octobre 1959)¹¹, les attributions et fonctionnement de l'office des changes (Dahir n° 1-58-021 du 22 janvier 1958¹² et Décret n° 2-59-1740 du 17 octobre 1959), le contrôle douanier des changes (Arrêté du directeur des finances du 27 mai 1942, Dahir du 19 janvier 1944 et Décret n° 2-59-1738 du 17 octobre 1959), la répression des infractions (Dahir du 16 octobre 1939, Dahir du 20 juin 1940, Arrêté viziriel du 6 septembre 1940 et Dahir du 30 août 1949) la zone de Tanger (les Dahirs ns° 1- 59-357 et 359 du 17 octobre, Arrêté du 15 avril 1960¹³ et Décret Royal n° 258-65 du 4 août 1965)¹⁴, les importations des marchandises originaires et en provenance des pays et territoires de la zone Franc (Décret n° 2-61-506 du 31 août 1961, Arrêté du ministre de

l'économie nationale et des finances n°61-478 du 31 août 1961), le dépôt de fonds préalable aux importations (Décret n° 2-78-273 du 13 juin 1978)¹⁵ et le transfert à l'étranger du siège social des personnes morales marocaines (Dahir n° 1-59-389 du 14 septembre 1959).

Il suffit de se référer aux textes législatifs ci-dessus désignés, régissant les changes pour déceler des insuffisances et des disfonctionnement dus non seulement à l'éparpillement des dispositions législatives sur le plan textuel mais aussi au vieillissement de ces dispositions tant au niveau de la rédaction des textes qualifiés anciens à juste titre, et revêtant un certain nombre de dispositions ayant pour base essentielle l'appui sur « *la seule expérience* » au lieu et place d'un raisonnement bien étudié, d'où un empirisme exagéré. Un diagnostic de la situation actuelle s'avère donc nécessaire en vue d'éluder les inadaptations relevées ci-dessous dans le présent article.

Première partie : Eparpillement des textes se rapportant au droit des changes :

L'éparpillement des textes, s'illustre d'une manière claire dès la simple lecture des intitulés des textes relatés ci-dessus d'autant plus qu'il reflète une absence de conception ou de plan d'ensemble à l'origine du processus de la réglementation.

Ces textes ont été élaborés en fonction des besoins de la métropole qui se trouvait en état de guerre si bien qu'on relève l'absence de toute cohérence au niveau de l'élaboration générale de ces textes.

Il en résulte, que les textes législatifs en vigueur en matière de change sont très anciens, ne correspondent plus aux nouvelles réalités du pays car ils sont conçus et formulés par les autorités du Protectorat¹⁶ pour faire face aux circonstances exceptionnelles en temps de guerre.

Et si après l'indépendance¹⁷ ils ont été maintenus, c'est parce que leurs dispositions rigoureuses convenaient à la vision protectionniste de l'époque ; ils sont actuellement en contradiction avec la vision actuelle de libéralisation de l'économie marocaine.

Le droit en vigueur devient désormais une simple réglementation de circonstances obéissant à un empirisme dont les conséquences sont préjudiciables à la bonne interprétation et application de la loi.

a) Empirisme :

L'empirisme désigne un ensemble de théories qui font de l'expérience l'origine de toute connaissance.

Or, il s'avère qu'en s'appuyant seulement sur l'expérience, on frôle ainsi l'imprécision réelle de la portée et des limites des textes généraux par rapport à celles des textes particuliers revêtant des caractéristiques nouvelles.

Les textes comportent certaines imprécisions au niveau même des concepts de base : *notion de résidant et de non résidant, avoir obligatoirement cessible, relations entre les résidants et la zone franche, ...* En outre, ils utilisent des termes dépassés par l'évolution de la terminologie actuelle : *monnaie, devise au lieu de moyens de paiement, traites au lieu d'effets de commerces....*

Il demeure entendu que les textes particuliers doivent se limiter à des questions précises ne concordant guère avec les dispositions de principe objet des textes généraux.

C'est le cas de la réglementation en temps de guerre, du statut des intermédiaires agréés, du régime particulier éventuellement pour certains pays ou certaines organisations internationales.

Cependant, rien ne justifie à priori la consécration de textes spéciaux à des opérations ordinaires de changes telles que l'importation et l'exportation des capitaux, de valeurs mobilières, de constitution, de modification et de liquidation d'avoirs divers à l'étranger.

Il en découle qu'il ne s'agit que de simples applications directes du domaine de la prohibition régies par le texte de base.

La réglementation éventuelle du régime juridique consécutif à leur autorisation, à leur exception du principe d'interdiction ne justifie point le recours à des textes susceptibles d'avoir force de loi. Il en est ainsi notamment de la cession ou versement obligatoire de certains billets de banques étrangers (*Dahir du 27 mai 1940*)¹⁸, des avoirs en monnaies étrangères à l'étranger (*Dahir n°21-59-358 du 17 octobre 1959*)¹⁹, et de certaines opérations sur des valeurs mobilières (*Décret n°2-59-1737 du 17 octobre 1959*)²⁰.

L'ensemble de ces questions obéit au principe d'interdiction posé par le texte de base ; la réglementation des modalités de leur mise en vigueur peut faire l'objet d'un seul texte réglementaire.

Il y a lieu de souligner que la réglementation applicable avant 1962 connaît un chevauchement notoire entre les règles relevant du domaine législatif et celles soumises au domaine réglementaire ; de même il y a lieu de remarquer que le droit des changes régit les

situations économiques enregistrant un déphasage entre les normes législatives et la réalité socio-économique. L'administration des changes se voit contrainte de réagir en temps opportun pour combler les situations les plus incohérentes par des interventions ponctuelles et par le moyen, dans la plupart des cas, de circulaires²¹, chartes²² et notes internes. L'inconvénient majeur de cette intervention ponctuelle influe négativement sur des droits et privilèges accordés par la loi et en vertu de la règle du parallélisme des formes, un droit conféré par une loi ne peut être supprimé ou altéré que par une règle législative.

De telles situations donnent naissance à une inflation de situations conflictuelles et contentieuses ; les tribunaux doivent impérativement connaître de la légalité des interventions ponctuelles opérées par l'office des changes en violation des règles substantielles gouvernant l'élaboration de la règle juridique positive soumise à la grande règle de la hiérarchie des normes²³.

Dans ces conditions de nombreuses recommandations urgentes doivent être exécutées dans le but de faire appliquer la norme adéquate et en temps opportun ; cela suppose une dynamique accélérée de l'office des changes par l'intermédiaire du ministère de tutelle et par l'intermédiaire du pouvoir législatif produisant des lois exprimant la volonté suprême des gouvernés. En effet, toute charge supplémentaire pouvant alourdir les obligations d'un sujet de droit et d'une entreprise doit obligatoirement émaner du pouvoir législatif pour qu'elle soit constitutionnellement reçue favorablement en parfaite harmonie avec le respect des pouvoirs reconnus à l'organe législatif et du principe de la hiérarchie des normes.

Sur le plan de l'encadrement institutionnel, l'empirisme ne suppose pas toujours des impératifs de simplifications et d'efficacité, sachant que différents organes interviennent en matière de contrôle des changes. Ainsi donc, la disparité des organes intervenants rend les rapports juridiques complexes entre le ministère des finances, l'office des changes, Bank Al Maghrib et la direction générale de l'administration des douanes et impôts indirects.

Cet état de choses engendre un problème de coordination en plus d'un chevauchement des compétences issu de la tutelle du ministère des finances sur l'office des changes et la double autorité de poursuite entre l'administration douanière et l'office des changes.

De plus, il y a de lieu de noter que la tutelle totale du ministère des finances sur l'office des changes traduit elle-même une incohérence au regard de la personnalité juridique et de l'autonomie financière dont bénéficie l'office des changes.

Conformément aux dispositions de l'article 20 du Dahir du 30 août 1949²⁴, le recouvrement pour le compte de l'office des changes, des amendes arrêtées dans le cadre d'une

régularisation transactionnelle des dossiers contentieux est assuré par l'administration des douanes et impôts indirects.

En conséquence, les pénalités à régler à l'office des changes doivent être acquittées par chèques établis à l'ordre du receveur des douanes à Rabat à concurrence des montants requis et majorés du coût des droit de timbres²⁵.

L'intervention de plusieurs organes dans la constatation et la poursuite des infractions n'a pas manqué de poser des problèmes réels : c'est le cas notamment de la décision ministérielle n° 62 bis 1997²⁶ qui a habilité le directeur de l'office des changes à exercer le droit de poursuite et de recouvrement des produits des amendes et qui s'est vite heurtée et à juste titre à la prééminence du Dahir du 30 août 1949 qui a force de la loi en la matière et qui confère ce droit à l'A.D.I.I.

Cette situation fait que l'office des changes pour ses propres dossiers ne peut ester en justice à l'encontre des contrevenants, ni encaisser lui-même pour le compte du Trésor le produit des amendes transactionnelles qu'il exige des assujettis.

L'article 3 du Dahir du 30 août 1949 prévoit la transmission des procès-verbaux des infractions à la réglementation des changes à l'administration des douanes et impôts indirects, alors qu'ils doivent être transmis à l'office des changes, organisme ayant compétence pour décider des suites à réserver, après appréciation du préjudice change subit par l'économie marocaine²⁷.

Toujours dans cette perspective, on relève que si l'administration des douanes exerce une attribution qu'un Dahir lui a conféré de manière artificielle, encore même si cette dernière a été confirmée par la charte du contrôle et du contentieux change de décembre 2012, on constate que la dite attribution relève de la compétence de l'administration fiscale que le droit commun a chargé du recouvrement du produit des amendes quel que soit leur nature, pénale, administrative, ou autre, ainsi que des confiscations et réparations diverses dues à un organe quelconque de l'Etat.

b) Les répercussions sur l'exécution des textes de loi :

A côté de l'empirisme, l'exécution des textes de loi fait ressortir le second aspect de l'éparpillement de ces mêmes textes.

A cet effet, on note que l'exécution de la réglementation peut traduire la même incohérence dans la mesure où son interprétation par les autorités intervenantes peut varier en fonction du texte concerné par leur compétence et des finalités recherchées par leurs services.

Dans cette perspective et à titre d'exemple, le monopole des devises de la banque centrale impose des considérations autres que celles du développement du commerce international des marchandises ou de celles se rapportant au contrôle de la circulation internationale des capitaux, alors que d'autres autorités publiques optent pour un droit de regard différent de celui de la manipulation des devises.

Par ailleurs, on constate que l'application des textes dispersés pose un problème : la fréquence et la régularité d'application des uns par rapport à d'autres nous poussent à se demander si ces textes ne sont pas tombés en désuétude en raison de l'absence d'effectivité qui les caractérise et nous conduisent à faire des interprétations et des conclusions implicites, soit en raison du silence des textes, soit en raison de l'absence de réaction correctrice des autorités de tutelle.

Le problème ne réside pas dans une classification des textes en fonction de leur fréquence d'application pratique distinguant ceux qui sont largement appliqués de ceux qui le sont peu ou pas du tout, mais plutôt dans l'effectivité et le réalisme de ces textes.

Ainsi, il est superflu de rappeler que tous les textes examinés sont parfaitement en vigueur et trouvent en pratique pleine application. L'abrogation d'un texte désuet doit être soit explicitement prévue par un autre texte du même ordre hiérarchique, soit implicitement déduite par l'adoption d'un texte récent.

A ce propos, on doit noter que la détermination des règles qui ne correspondent plus aux besoins actuels ne peut provenir d'une simple réflexion, somme toute théorique, elle doit être assujettie à des contraintes vécues par l'office des changes et des autres autorités publiques intéressées par son domaine d'action, des projets et des politiques de l'Etat en matière économique et financière nationale et internationale.

De ce qui précède, tous les textes actuellement en vigueur effectivement appliqués ou non, peuvent faire l'objet d'une révision en vue de s'assurer de l'existence d'une raison valable justifiant leur modification. La codification s'impose de manière urgente pour assurer la cohérence des textes régissant le droit des changes au Maroc.

Deuxième Partie : Le caractère archaïque des textes législatifs régissant le droit des changes :

Les textes de base du contrôle des changes datent du Protectorat ; il en est de même pour ceux promulgués au lendemain de l'indépendance qui ont continué à s'y référer.

Il ne s'agit pas là de la seule raison de leur vieillissement et leur décalage avec les besoins actuels du pays car l'évolution politique et économique du pays depuis l'indépendance dégage deux types d'archaïsme dont l'un est de pure forme, quant au second il se rapporte aux règles de fond.

a) Archaïsme de la terminologie employée en droit des changes :

Le dispositif législatif et réglementaire se réfère à des notions qui ne sont plus d'actualité comportant un certain nombre de mots et d'expressions dépassés et désuets. Ce constat est plus explicite dans les textes antérieurs à 1959. Ainsi par exemple, les marocains sont considérés comme des résidents français ; on distingue le territoire marocain de la métropole France...

On note également des expressions inadaptées à l'heure actuelle à savoir : « *personne morale étrangère* » au lieu de personne morale de droit étranger, par symétrie avec personne morale de droit marocain ; « *franc* » au lieu de dirham ; « *énumération de monnaie, devise,...* » au lieu de moyens de paiement ; « *traite, billet à ordre,...* » au lieu d'effets de commerce ; « *valeurs mobilières* » au lieu de valeurs mobilières ; parts sociales, parts d'intérêts et tout produit financier ; « *coupure de montant de monnaie* » au lieu de somme inférieure à ; l'énumération fastidieuse d'opérations diverses du commerce international au lieu de la simple allusion aux opérations courantes et aux opérations en capital...

Avec l'avènement de l'indépendance, cet archaïsme des textes devait normalement disparaître en raison du changement radical intervenu dans la situation politique du Maroc à partir de 1956.

Dans ce nouveau contexte, toutes les expressions qui touchent de près ou de loin des notions ou institutions telles que « *métropole zone française de l'empire chérifien, territoires d'outre mer, résident général...* » n'ont plus de signification, ni de valeur juridique en droit marocain actuel.

L'apurement des textes par élimination s'avère donc nécessaire et leur remplacement devient une urgence. Cette tâche ne suppose aucune difficulté dans la mesure où elle se limite à une simple refonte des textes au niveau de la terminologie utilisée.

Il demeure entendu que dans certains cas, il suffit de rééditer les textes concernés en procédant aux corrections qui s'imposent, impliquant l'abrogation des expressions tombées en désuétude. Des efforts ont pourtant été entrepris dans ce sens, le mot « *Franc* » en vertu du Dahir n°1-59-363 du 17 octobre 1959 a été remplacé par le dirham²⁸, l'expression « *zone de Tanger* » à la suite du Dahir n°1-59-357 portant abrogation de la charte de Tanger²⁹ disparaît de la législation qui a suivi ce texte, ... etc

b) Archaïsme se rapportant aux règles de fond:

Il y a lieu de remarquer que l'archaïsme qui caractérise les règles de fond constitue un handicap sérieux pour le développement et l'éclosion d'un véritable droit des changes au Maroc.

Il y a lieu de rappeler aussi que l'ensemble du droit des changes en vigueur actuellement se base sur le principe fondamental de la prohibition des opérations de change adopté par le législateur depuis 1939 en pleine conjoncture de guerre. Cette situation juridique a été toujours maintenue même en temps de paix³⁰.

Notons au passage que le vieillissement des textes ne se réduit pas au changement du fondement ponctuel de la prohibition, il trouve toujours un terrain propice pour se maintenir par des situations déterminées justifiant son existence.

Il est à signaler que l'adoption du principe de la politique d'interdiction dans le secteur des opérations de change en 1939 s'explique et se justifie par l'état de guerre. Cette vérité historique n'élimine cependant pas une autre, la dépendance étroite du droit marocain à cette époque vis-à-vis des grandes orientations contenues en droit de français relevant de l'autorité protectrice. La France a donc établi un contrôle rigoureux des changes obligeant le Maroc à adopter la même réglementation. Par conséquent, tous les textes parus en 1939 jusqu'à la date de l'indépendance, reflètent clairement cette dépendance et concrétisent le contrôle direct exercé par la France sur le Maroc.

En règle générale tout paiement en dehors de la sphère de l'autorité française est interdit, cette interdiction s'est prolongée même après la fin de la deuxième guerre mondiale ; les réformes intervenues en France n'ont eu aucun effet au Maroc.

Après l'indépendance du Maroc en 1956, la rigueur du contrôle des changes s'est justifiée au Maroc par le dirigisme économique et le protectionnisme qui caractérisaient l'économie nationale de l'époque. La précarité de l'économie marocaine était très encouragée par la sortie du Maroc de la zone franc et son adoption du dirham comme monnaie nationale ayant seul cours légal. Cette situation de durcissement au niveau du contrôle des changes s'est maintenue jusqu'au début des années 1990.

Aujourd'hui, la politique des changes a complètement changé, en effet l'économie marocaine est caractérisée par un libéralisme notoire. Toutefois, ce libéralisme est dicté par des préoccupations d'ouverture économique avec quand même des mesures de contrôle qui permettent de protéger l'économie nationale contre tout risque pouvant menacer les équilibres financiers internationaux impliquant le Maroc.

Depuis 1992, le principe de la prohibition est largement affecté dans la mesure où le règlement de l'essentiel des transactions commerciales internationales du Maroc a lieu en dehors de toute autorisation préalable³¹. La convertibilité du dirham³² a donné lieu à un régime de liberté quasi-total des changes ; les banques peuvent acquérir ou vendre des devises étrangères sans autorisation de l'administration. Cette situation a été encouragée et maintenue avec les nouvelles relations économiques enregistrées avec l'organisation de l'Union Européenne. On assiste à un véritable effritement du principe de la prohibition adoptée en 1939.

Par ailleurs, il faut signaler que le Maroc a adhéré au Fonds Monétaire International dès janvier 1958. Dès le début des années 1970, une circulaire n° 1195 s'attache à mettre à jour les textes fixant les modalités d'application de la réglementation des changes. Elle est suivie de plusieurs mesures d'assouplissement du principe d'interdiction dont l'évolution globale annonce clairement la situation actuelle et qui sont incluses dans l'instruction générale des opérations de change publiée par l'office des changes.

L'amenuisement extrême du principe d'interdiction à la lumière de l'évolution des faits et des actes juridiques d'ordre interne et international, ne peut se concevoir en dehors d'une interprétation conséquente des règles d'application. La contestation de cette condition contredirait les résultats effectifs en cours.

En définitive, le droit des changes au Maroc est toujours caractérisé par des aspects très négatifs qui portent atteinte à la réglementation d'un droit très spécifique et qui est sensé régir très fréquemment, les relations économiques entre les opérateurs privés et l'administration des changes. Il y a lieu de revoir de fond en comble toutes les règles se rapportant à ce droit et

envisager sérieusement de mettre sur pied un véritable code des changes prenant en considération tant les règles juridiques et les principes généraux de droit que les objectifs économiques qui intéressent les opérateurs privés tout en sauvegardant les intérêts de l'Etat.

Références bibliographiques :

[1] « Plusieurs définitions sont proposées pour « *le contrôle des changes* ». Dans son acception universelle ce terme désigne l'ensemble des mesures légales ou réglementaires qui ont pour objet d'influer directement ou indirectement sur les volumes de l'office ou de la demande de conversion cambiaire ». Définition donnée par Pierre Prissert, le marché de change, Publications Sirey, 2^{ème} édition, année 1977, p.37.

« Plus proches de la réalité marocaine, A. Benhalima et H. Benissad se rejoignent pour définir le contrôle des changes comme étant une intervention directe de l'Etat, par voie légale ou réglementaire, pour assurer le contrôle des entrées et des sorties des devises et influencer sur la demande de la devise étrangère et sur le niveau du taux de change. » Définition donnée par Amor Benhlime, pratique de techniques bancaires, Publications Dahab, Alger, année 1997, p.126 ; Houssine Benissad, Economie internationale, Publications OPU Alger, année 1983, p.65.

[2] L'arrêté résidentiel du 18 mai 1940, publié au Bulletin Officiel le 24 mai 1940 pris pour l'application du Dahir du 10 septembre 1939 relatif à la prohibition et la réglementation en temps de guerre de l'exportation des capitaux, des opérations des changes et du commerce de l'or.

[3] Décret n° 2-59-0722 du 1er juillet 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif aux modalités d'application du Dahir n° 1.59.358 relatif aux avoirs à l'étranger ou en monnaies étrangères.

[4] Arrêté résidentiel du 10 septembre 1939 publié au Bulletin Officiel n° 1402 bis du 10 septembre 1939 relatif aux règlements des importations et des exportations en temps de guerre.

[5] Arrêté du directeur des finances du 30 août 1947 publié au Bulletin Officiel le 26 septembre 1947 relatif à l'encaissement et aux transferts des créances sur l'étranger.

[6] Décret n° 2-59-0720 du 1er juillet 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2437 du 10 juillet 1959 relatif au recouvrement de certaines créances sur les pays et territoires de la zone franc.

- [7] Décret n° 2-59-1739 du 17 octobre 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif à l'encaissement et rapatriement des avoirs dans les pays et territoires de la zone franc.
- [8] Dahir du 27 mai 1940, op.cit.
- [9] Dahir n° 2-59-358 du 17 octobre 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif aux avoirs à l'étranger.
- [10] Arrêté du 17 octobre 1959, op.cit.
- [11] Décret n° 2-59-1737 du 17 octobre 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif aux opérations sur valeurs mobilières.
- [12] Dahir n° 1-58-021 du 22 janvier 1958 publié au Bulletin Officiel à la même date relatif à la création de l'office des Changes.
- [13] L'arrêté du 15 avril 1960 publié au Bulletin Officiel n° 2471 du 15 avril 1960 relatif à la province de Tanger et les autres provinces du Maroc en matière de contrôle du commerce extérieur et des changes et du commerce de l'or.
- [14] Décret Royal n° 65-258 du 4 août 1965 relatif au règlement des opérations réalisées au titre de la zone franc de Tanger.
- [15] Décret n° 2-78-273 du 13 juin 1978 publié au Bulletin Officiel à la même date relatif à la levée du prélèvement du fonds à l'importation.
- [16] Les textes datant du Protectorat : le Dahir du 10 septembre 1939, prohibant ou réglementant en temps de guerre L'exportation des capitaux, les opérations de change et le commerce de l'or, tel qu'il a été modifié et complété ; Arrêté résidentiel du 10 septembre 1939 relatif au règlement des importations et des exportations en temps de guerre ; l'arrêté résidentiel du 18 mai 1940, qui a abrogé celui du 10 septembre 1939 fixant les conditions d'application du Dahir du 10 septembre 1939 précité ; Arrêté du directeur général des finances du 1er juin 1940 précisant les opérations prohibées ou autorisées ; Dahir du 29 juin 1940 réprimant les fausses déclarations et les faux renseignements en matière d'importation et d'exportation et le trafic des titres portant autorisation d'importation et d'exportation ; Arrêté viziriel du 6 septembre 1940 fixant le mode de répartition des produits d'amendes, de transactions et de confiscations en matière d'infraction au Dahir du 10 septembre 1939 ; Arrêté du directeur des finances du 27 mai 1942 relatif au contrôle douanier ; Dahir du 19 janvier 1944 sur le contrôle douanier des importations et des exportations par la voie postale ; Arrêté du directeur des finances du 30 août 1947 relatif à l'encaissement et au transfert des créances sur

l'étranger ; Dahir du 30 août 1949 relatif à la répression des infractions à la réglementation des changes.

[17] Les textes publiés après l'indépendance : le Décret n°2-59-0722 du 1er juillet 1959 relatif au rapatriement des avoirs acquis par les personnes résidant au Maroc sur tous les pays étrangers à l'exception du territoire de la zone franc ; le Décret n°2-59-0721 du 1er juillet 1959 prohibant l'exportation de fonds à destination des pays ou territoires de la zone franc ; -L'arrêté du 1er juillet 1959 fixant les conditions de transfert de pays ou territoires de la zone franc, tel qu'il a été modifié ; Décret n°2-59-0721 du 1er juillet 1959 prohibant l'exportation de fonds à destination des pays ou territoires de la zone franc ; Décret n°2-59-0720 du 1er juillet 1959 relatif au recouvrement de certaines créances sur les pays et les territoires de la zone franc ; Décret n°2-59-1739 du 17 octobre 1959 relatif à l'encaissement et au rapatriement des avoirs dans les pays et les territoires de la zone franc ; Dahir n° 1-59-358 du 17 octobre relatif aux avoirs à l'étranger ou en monnaies étrangères ; Arrêté du 17 octobre 1959 fixant les modalités d'application du dahir 1-59-358 suscité ; Décret n° 2-59-1737 du 17 octobre 1959 relatif à certaines opérations sur valeurs mobilières ; Dahir n°1-59-363 du 17 octobre 1959 instituant une nouvelle unité monétaire ; Décret n°1-59-1740 du 17 octobre 1959 définissant la nouvelle unité monétaire ; Décret n°2-59-1738 du 17 octobre 1959 prohibant l'exportation de moyens de paiement et valeurs mobilières à destination des pays et territoires de la zone franc ; Dahir n° 1-59-357 du 17 octobre 1959 portant abrogation de la charte de Tanger ; Dahir n° 1-59-359 du 17 octobre 1959 relatif à l'amnistie de certaines infractions à la réglementation des changes ; Dahir n°1-59-389 du 14 novembre 1959 prohibant le transfert à l'étranger du siège social de certaines personnes morales marocaines ; Arrêté du 11 avril 1960 rendant applicable dans la province de Tanger, la législation et la réglementation en vigueur dans les zones nord et sud du Royaume ; en matière de contrôle du commerce extérieur et des changes et du commerce de l'or ; Décret n° 2- 61-506 du 31 août 1961 modifiant l'arrêté du 9 septembre 1959, fixant les conditions d'application du Dahir du 9 septembre 1939 relatif au contrôle des importations ; Arrêté n°478-61 du 31 août 1961 relatif aux importations de marchandises originaires et en provenance de la France, des pays ou territoire de la zone franc ; Décret royal n°258-65 du 4 août 1965 relatif au règlement des opérations réalisées au titre de la zone franche de Tanger ; Décret 2-78-273 du 31 juin 1978 relatif à l'obligation de constitution d'un dépôt de fonds préalable à l'importation de marchandises.

[18] Dahir du 27 mai 1940 publié au Bulletin Officiel le 25 mai 1940 relatif à la cession obligatoire des billets de banques étrangers.

[19] Dahir n° 21-59-358 du 10 mai 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif aux avoirs à l'étranger en monnaies étrangères.

[20] Décret n° 21-59-1737 du 17 octobre 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif aux opérations sur les valeurs mobilières.

[21] Il s'agit de l'instruction générale des opérations de change dont la première version a été publiée le 16 novembre 2011, telle que modifiée en 2015, regroupant l'ensemble des dispositions de la réglementation des changes dispersées dans les différentes instructions, circulaires, notes et lettres adressées aux intermédiaires agréés. Sa révision est prévue annuellement dans le cadre des efforts de l'office des changes pour la simplification de la réglementation des changes.

[22] On fait allusion ici à la charte du contrôle et du contentieux change, de décembre 2012, publiée par l'office des changes dans son site officiel.

[23] Voir dans ce sens Hans Kelsen, théorie pure du droit, Dalloz, année 1962, p.35 ; Léna Gammagé, la hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international privé de la famille, Bibliothèque de droit privé Tome 353, année 2001 p.14 ; Denys de Bechillon, hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, publications Economica, année 1996, p.5 ; Hans Kelsen, théorie générale du droit et de l'Etat suivi de la doctrine du droit naturel et positivisme juridique, Bruylant L.G.D.J, année 1997, p.164.

[24] Article 20 du 30 août 1949 publié au Bulletin officiel le 21 octobre 1949 relatif à la répression des infractions à la réglementation des changes.

[25] Charte du contrôle et du contentieux du change, publiée par l'office des changes, décembre 2012, p.22.

[26] Décision Ministérielle n° 62 bis de 1997 habilitant le directeur de l'office des changes à exercer le droit de poursuite et de recouvrement des produits des amendes.

[27] Article 3 du Dahir du 30 août 1949 publié au Bulletin officiel le 21 octobre 1949 relatif à la répression des infractions à la réglementation des changes.

[28] Dahir n° 1-59-363 du 17 octobre 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif à l'institution du dirham.

[29] Dahir n° 1-59-357 du 17 octobre 1959 publié au Bulletin Officiel n° 2451 bis du 19 octobre 1959 relatif à l'abrogation de la charte de Tanger.

[30] Voir dans ce sens Mohamed Azzedine Berrada, les techniques de banque et de crédit et de commerce extérieur, Publications SECEA, année 1990, p.694.

[31] On entend par« *en dehors de toute autorisation préalable délivrée par l'office des changes* » que ces autorisations sont directement données par les banques.

[32] On entend par « *convertibilité du dirham* » : la politique de libéralisation des opérations courantes en les déléguant aux banques intermédiaires agréées (BIA).

Voir dans ce sens Abdelghani Lakhdar et Nouredine Benaceur, la réglementation des changes à l'heure de la convertibilité du dirham, Publications El Maarif el jadida, Rabat, année 1993, p.24 ; Sonia Benjamaa, Quid de la convertibilité du dirham ? Publications de la Revue Economica, octobre 2008-janvier 2009, p.27.

LA RESPONSABILITE DU TRANSPORTEUR MARITIME



par Mohamed BAZTAMI chercheur
en droit privé Université Hassan II Casablanca

Le contrat de transport maritime de marchandises est bipartite à sa formation, puisqu'il est formé de deux parties lorsqu'il est conclu, et devient tripartite à la livraison des marchandises au destinataire, qui accepte les termes du contrat de transport.

Néanmoins, dans la pratique, la chaîne de transport est souvent plus compliquée qu'une simple relation chargeur/transporteur/destinataire.

Le contrat peut ainsi se voir composé de quatre parties avec l'intervention d'un commissionnaire de transport. Chaque partie à cette chaîne est soumise à des obligations, et par suite sera responsable en cas de violation de celles-ci.

Le chargeur est débiteur de plusieurs obligations dont la principale est de régler au transporteur le montant convenu pour le transport des marchandises. Il doit emballer la marchandise dans les règles de l'art (en fonction de sa nature et du risque du transport maritime) et livrer la marchandise en temps et lieu convenus avec le transporteur, à qui il doit fournir des informations correctes pour lui permettre d'émettre des connaissements exacts et conformes aux marchandises. En effet, le chargeur est responsable des informations qu'il donne au transporteur. Enfin, si le destinataire a refusé de retirer la marchandise au port de destination, le chargeur doit le faire.

A l'instar des Codes du commerce terrestre notamment le Code du commerce marocain, le droit maritime considère que le destinataire devient une partie au contrat de transport dès qu'il accepte la marchandise par accomplissement du connaissement.

Si le destinataire refuse la marchandise et par là même refuse d'adhérer au contrat de transport, le vendeur peut intenter une action contre lui en tant qu'acheteur, car le refus de prendre en charge la marchandise peut être considéré comme une violation du contrat de vente. A partir du moment où il accepte la marchandise, il devient partie au contrat. Cela lui donne des droits mais le soumet également à des obligations par rapport au transporteur. Son obligation principale est notamment de recevoir la marchandise dans les meilleurs délais après avoir été informé de son arrivée au port. En tant que partie au contrat de transport, il a le droit d'exercer une action sur le fondement de la responsabilité contractuelle contre le transporteur si la marchandise est endommagée. En tant que partie au contrat de vente, il peut être en droit de considérer que le vendeur n'a pas rempli les obligations de livraison imposées par le contrat de vente et pourra refuser, par suite, de régler le prix des marchandises non reçues ou endommagées.

Le chargeur est susceptible de confier l'organisation du transport de la marchandise à un intermédiaire, professionnel. Il s'agit du « *commissionnaire de transport* ». La relation qui les lie tous les deux est le contrat de commission de transport, réglementé par le biais des articles 430-1 à 430-6 du Code de commerce marocain. Le commissionnaire doit répondre à de plusieurs obligations. En effet, il est garant du délai de transport sur lequel il s'engage, mais aussi de la marchandise et est responsable de sa sauvegarde aussi bien en cas de dommage qu'en cas de perte. D'autre part, et comme indiqué dans l'article 430-4 du Code de Commerce marocain, le commissionnaire est garant des faits des commissionnaires intermédiaires (c'est-à-dire substitués). Ainsi, en cas de dommages à sa marchandise, le chargeur pourra intenter une action contre son commissionnaire de transport sans qu'il soit nécessaire qu'il détermine à quel niveau de la chaîne transport le dommage est apparu. En revanche, le commissionnaire peut exercer son action récursoire contre le véritable responsable parmi les commissionnaires intermédiaires. La Cour de cassation a jugé en 2004 que « *le commissionnaire de transport est garant des faits du transporteur (auquel il s'adresse), dès lors que le choix de celui-ci ne lui a pas été imposé par son commettant [le chargeur]* »¹. En cas d'avaries, il pourra exercer une action récursoire contre le transporteur supposé responsable. En d'autres termes, dans le cas d'avarie, le chargeur pourrait toujours intenter une action contre le commissionnaire, qui détient lui-même un droit de recours contre ses sous-traitants ou le transporteur selon le cas.

Il convient néanmoins de préciser que le commissionnaire ne saurait être plus responsable que le transporteur. Il bénéficie des mêmes limitations et du même délai de

¹ Com. 11 février 2004, pourvoi n° 01-16.651, navire « Pioner », D. 2004, p. 699.

prescription que le transporteur. En outre, la charge de preuve de la commission de transport incombe au chargeur. De ce fait, pour qu'il puisse intenter une action contre le commissionnaire de transport, le chargeur doit prouver l'existence du contrat de commission.

Quant au transporteur maritime, par « précision de ses obligations » ainsi que leur nature et fondement, on entend « précision des obligations dont la violation entraîne la responsabilité du transporteur maritime ». D'où l'importance de cet article qui pourrait nous orienter afin d'établir les cas de responsabilité du transporteur maritime pour réparer les dommages subis.

La responsabilité du transporteur maritime obéit à un régime spécial et moins rigoureux que celui généralement applicable aux autres transporteurs. Les régimes de sa responsabilité sont divers, et varient aussi bien sur le plan national que sur le plan international, notamment du fait que les conventions internationales qui réglementent le contrat de transport maritime sont nombreuses. Pour cela, il convient de préciser les obligations du transporteur maritime de marchandises dont l'inexécution entraîne sa responsabilité (I), puis le fondement de la responsabilité éventuelle du transporteur (II).

I. Les obligations du transporteur maritime de marchandises :

Comme précédemment évoqué, le contrat de transport maritime de marchandises ne crée pas seulement des obligations à la charge du chargeur, du destinataire et du commissionnaire du transport, mais également au transporteur comme partie au contrat de transport. Le transporteur doit remplir ses obligations contractuelles et est également soumis aux obligations légales.

Les obligations créées par les règles de La-Haye (convention de Bruxelles de 1924) et par la convention de Hambourg ne sont pas les mêmes. Cette dernière a marqué une grande évolution quant à la méthode, au contenu et à la nature des obligations du transporteur. En 2008, les Règles de Rotterdam sont apparues, permettant un progrès certain au niveau des obligations du transporteur qui nécessite d'être mentionné.

A. Les obligations du transporteur selon les règles de La Haye (convention de Bruxelles de 1924)

Les Règles de La Haye ont évoqué le **contenu des obligations du transporteur maritime de marchandises (1)**. En revanche, **la nature de ces obligations n'y est pas bien précisée (2)**, ce qui a contribué à la naissance de nombreuses controverses.

a. Le contenu des obligations du transporteur :

Le transporteur est tenu de fournir au chargeur un connaissance conforme aux informations communiquées à lui par le chargeur. Outre l'obligation d'émettre le connaissance¹, il devra remplir des obligations qui concernent la marchandise d'une part (1), et le navire d'autre part (2)². Ces obligations peuvent varier s'il s'agit des marchandises de nature à justifier une convention spéciale (c).

1. Les obligations relatives aux marchandises :

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 3 de la convention de Bruxelles de 1924, le transporteur « procédera de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées ». Le transporteur est donc responsable de toute perte ou avarie constatée depuis le début du chargement (qui peut être effectué après la prise en charges des marchandises), jusqu'à la fin du déchargement³. Ainsi, la Cour de cassation a rappelé le 28 juin 2011 que : « Alors enfin que le transporteur, sous réserve des dispositions de l'article 4 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, amendée, doit procéder de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées ; »⁴.

¹ L'article 3 (parag. 3) des Règles de Bruxelles.

² TASSEL (Y), *Droits maritimes*, T. I, *Mer, navire et marins*, ouvrage collectif, 1^{re} éd., juris service, p. 117.

³ Cass. com. 1^{er} décembre 2009, N° de pourvoi: 08-14203 08-14585 : « Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève, par motifs propres, qu'il avait été constaté à l'escale de Brest que le colis n° 196, comportant une sache interne étanche, avait chuté de sa hauteur et avait un côté perforé et, par motifs adoptés, que cette caisse présentait, lors de son arrivée à Brest puis à Zeebrugge, des dommages qui n'existaient pas au début du transport et qui se sont donc produits pendant ce transport lorsque les marchandises étaient placées sous la responsabilité de la société DGT qui avait délégué le transport à la société Fret ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la première branche, la cour d'appel a pu retenir que la présomption de livraison conforme résultant de l'absence de réserve devait être écartée ; ».

Cass. com. 4 juillet 1989, N° de pourvoi: 87-16241 : « Mais attendu que, relevant, hors toute dénaturation des "protestations du navire", que le capitaine avait reproché au manutentionnaire de procéder sans ménagement, ce qui entraînait des chutes de marchandises à la mer, et sans protection contre la pluie, la cour d'appel, retenant de ces constatations que les manquants et avaries étaient survenues pendant les opérations de déchargement, a décidé à bon droit que le transporteur maritime en était responsable à l'égard du destinataire ou de ses assureurs subrogés ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; ».

⁴ Cass. com. 28 juin 2011, N° de pourvoi: 10-16318.

Ce principe connaît des dérogations comme celle prévue dans l'article 7 de la convention de Bruxelles de 1924¹. Pour s'exonérer de toute responsabilité, le transporteur doit prouver qu'il s'agit de l'une des causes d'exonérations, ou que la cause de l'avarie lui était entièrement étrangère².

Le transporteur doit aussi répondre à un certain nombre d'obligations qui concernent le navire.

2. Les obligations concernant le navire

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 3 de la convention de Bruxelles de 1924, le transporteur sera tenu avant et au début du voyage d'exercer une diligence raisonnable pour :

- Mettre le navire en état de navigabilité;
- Convenablement armer, équiper et approvisionner le navire;
- Appropriier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques et toutes autres parties du navire où des marchandises sont chargées pour leur réception, transport et conservation.

Tout en appliquant cet article, la cour de Rouen a jugé le 5 septembre 1996 que le transporteur maritime est tenu d'une obligation de soins aux marchandises pendant toute la durée du transport. S'agissant de transport en conteneurs frigorifiques, le transporteur doit veiller au bon fonctionnement des appareils et effectuer des contrôles à intervalles réguliers, notamment en examinant le disque d'enregistrement des températures. A défaut de prouver que le défaut de fonctionnement du système de réfrigération des conteneurs n'était pas décelable, ou que les emballages des marchandises transportées étaient défectueux dès lors qu'il n'a formulé

¹ PUIROUX (D), *La responsabilité contractuelle du transporteur maritime de marchandises et les différents modes de couverture de sa responsabilité*, Centre Technique Livre Ens. Sup., 1983, p. 25.

L'article 7 des Règles de Bruxelles dispose qu'« aucune disposition de la présente Convention ne défend à un transporteur ou à un chargeur d'insérer dans un contrat des stipulations, conditions, réserves ou exonérations relatives aux obligations et responsabilités du transporteur ou du navire pour la perte ou les dommages survenant aux marchandises, ou concernant leur garde, soin et manutention, antérieurement au chargement et postérieurement au déchargement du navire sur lequel les marchandises sont transportées par mer ».

² Cass. com. 26 novembre 1996, N° de pourvoi: 94-18431 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, le transporteur maritime n'étant pas responsable des avaries provenant, aux termes de l'article 4-2-i de la convention internationale susvisée, d'un acte ou d'une omission du chargeur ou propriétaire des marchandises, de son agent ou de son représentant, lorsqu'une faute ou une négligence est reconnue imputable à celui à qui le propriétaire des marchandises a confié le soin de les contrôler au chargement et au déchargement, il s'ensuit que selon que cette faute ou cette négligence est jugée être en tout ou en partie la cause des avaries, le transporteur maritime est susceptible d'être déchargé en tout ou seulement en partie de sa responsabilité, la cour d'appel a violé le texte de la convention internationale susvisée ; ».

Il en va de même pour : Cass. com. 24 mai 1994, N° de pourvoi: 92-15505 : « Mais attendu que l'arrêt retient que la surchauffe de la marchandise avait été due à la défectuosité du branchement effectué par la société Coger, mandée par la société Herpin, et qu'ainsi le transporteur maritime avait apporté la preuve que **la cause de l'avarie lui était entièrement étrangère** ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que, malgré l'absence de réserves lors de l'émission du connaissement, il s'était "libéré de l'obligation de résultat" qui pesait sur lui ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; ».

aucune réserve lors du chargement, le transporteur doit répondre des dommages survenus aux marchandises par décongélation consécutive au fonctionnement défectueux du système de réfrigération¹.

La Cour de cassation a jugé le 27 juin 1995, que l'innavigabilité du navire n'est pas considérée imputable à un manque de diligence raisonnable si elle survient de manière soudaine².

Ces obligations connaissent des dérogations surtout s'il s'agit des marchandises de nature à justifier une convention spéciale. De plus, l'objet de l'obligation du transporteur de mettre le navire en état de navigabilité varie suivant les circonstances. « *Les mêmes précautions ne s'imposent pas au pôle nord et sous les tropiques* »³.

3. Les marchandises de nature à justifier une convention spéciale

Lorsque le caractère et la condition des biens à transporter et les circonstances, les termes et les conditions auxquels le transport doit se faire sont de nature à justifier une convention spéciale, un transporteur, capitaine ou agent du transporteur et un chargeur seront libres, pour des marchandises déterminées, quelles qu'elles soient, de passer un contrat quelconque avec des conditions quelconques concernant la responsabilité et les obligations du transporteur pour ces marchandises, ainsi que les droits et exonérations du transporteur au sujet de ces mêmes marchandises, ou concernant ses obligations quant à l'état de navigabilité du navire dans la mesure où cette stipulation n'est pas contraire à l'ordre public, ou concernant les soins ou diligence de ses préposés ou agents quant au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées par mer, pourvu qu'en ce cas aucun connaissance n'ait été ou ne soit émis et que les conditions de l'accord intervenu soient insérées dans un récépissé qui sera un document non négociable et portera mention de ce caractère (l'article 6 des Règles de La Haye).

Suite à l'énumération des obligations du transporteur maritime de marchandises, il s'agit d'envisager leur nature.

b. La nature juridique des obligations du transporteur :

La doctrine (1) et la jurisprudence françaises (2) ne sont pas unanimes quant à la nature juridique des obligations de transporteur maritime de marchandises.

¹ Cour de Rouen, 2^e ch. civ., 5 septembre 1996 ; Sté CMB Transport contre Sté Nationale de Transport maritime-Sonatram, *BTL* 1997, n. 2713 du 30-6-1997.

² Cass. com., 27 juin 1995, N° de pourvoi: 93-17471.

³ NABI (G), CHAKAB (F), op. cit., p. 163. akidd

1. La nature juridique des obligations du transporteur d'après la doctrine

Une obligation peut être de moyens ou de résultat. L'obligation de transporteur concernant le navire est considérée comme une obligation de moyens puisqu'il doit exercer une diligence raisonnable (l'article 4 parag. 1)¹. En revanche, la nature juridique des autres obligations du transporteur n'est pas déterminée clairement par les Règles de La Haye. Selon CHAUVEAU, la Convention analyse l'obligation du transporteur comme étant une obligation de faire dont la mesure est donnée par la notion de « *due diligence* » ou diligence raisonnable, et par suite une obligation de moyens². Cette diligence correspond à la diligence normale, moyenne, exigible de tout transporteur soigneux. Il en va de même pour PUIROUX qui considère que la diligence requise est celle d'un bon père de famille. Selon lui, la preuve de cette diligence raisonnable est à la charge du transporteur³, et cela conformément au parag. 1 de l'article 4, et contrairement au principe général selon lequel la preuve de la diligence raisonnable incombe au créancier qui doit prouver que le débiteur d'une obligation de moyens n'a pas réagi comme un bon père de famille. Cette théorie n'était pas celle de tous les auteurs français.

Pour le professeur Delebecque, il s'agit d'une obligation de résultat. En effet, il a énoncé que « *Le transporteur maritime de marchandises est tenu d'une obligation de résultat, dont l'intensité est toutefois moins forte que celle qui pèse sur un entrepreneur lambda. L'obligation de résultat est certaine, mais quelque peu atténuée. Le transporteur est donc, en cas de pertes ou d'avaries, de plein droit responsable, sauf pour lui à s'exonérer en prouvant que les dommages proviennent de tel ou tel cas excepté, cas excepté dont l'effet peut être neutralisé par la preuve de la faute du transporteur* »⁴.

D'après E. DU PONTAVICE et P. CORDIER, les obligations du transporteur maritime en vertu des Règles de La Haye, sont divisées en deux sortes :

- L'obligation fondamentale de mettre le navire en bon état de navigabilité qui est une obligation de prudence et de diligence, et par suite une obligation de moyens. Ainsi, RODIERE considère qu'il ne s'agit pas d'une « *absolue diligence* », mais d'une diligence raisonnable de façon humaine⁵.

¹ L'article 4 de la Convention de Bruxelles dispose que « *Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables des pertes ou dommages provenant ou résultant de l'état d'innavigabilité, à moins qu'il ne soit imputable à un manque de diligence raisonnable de la part du transporteur à mettre le navire en état de navigabilité ou à assurer au navire un armement, équipement ou approvisionnement convenables, ou à approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques et toutes autres parties du navire où des marchandises sont chargées, de façon qu'elles soient aptes à la réception, au transport et à la préservation des marchandises, le tout conformément aux prescriptions de l'article 3, § 1.* ».

² CHAUVEAU (P), *Traité de droit maritime*, Librairies techniques, 1958, p. 522.

³ PUIROUX (D), *op. cit.*, p. 22.

⁴ Le droit positif français en 2003, *DMF* Hors série n° 8 juin 2004, p. 79. akid

⁵ RODIERE (R), *Traité générale de droit maritime*, Dalloz, Paris, 1967, Tome II, p. 392, n. 753.

- L'obligation d'accomplir le transport de marchandises en lui-même qui est une obligation de résultat¹.

A notre avis, cette distinction entre les deux types d'obligations est appropriée, et la nature juridique de l'une et l'autre diffère.

2. La nature juridique des obligations du transporteur d'après la jurisprudence

La jurisprudence française n'est pas unanime en matière de la nature juridique des obligations du transporteur. Elle a considéré dans plusieurs arrêts que les obligations du transporteur sont des obligations de résultat. Ainsi, elle a jugé le 24 mai 1994 que « *Mais attendu que l'arrêt retient que la surchauffe de la marchandise avait été due à la défektivité du branchement effectué par la société Coger, mandée par la société Herpin, et qu'ainsi le transporteur maritime avait apporté la preuve que la cause de l'avarie lui était entièrement étrangère ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que, malgré l'absence de réserves lors de l'émission du connaissement, il s'était "libéré de l'obligation de résultat" qui pesait sur lui* »². En 1^{er} décembre 2009, la Cour de cassation a statué implicitement dans le même sens³.

Dans l'affaire du navire « *Bamenda* »⁴ qui transportait des bananes dont une partie est arrivée en mauvais état, le tribunal de commerce de Paris a condamné le transporteur car il n'avait pas prouvé avoir illustré une diligence raisonnable concernant les installations frigorifiques et de ventilation, pendant le voyage. Une lecture attentive de cet arrêt prouve qu'il a considéré qu'il s'agit d'une obligation de moyens. Dans l'affaire du navire « *Tourville* » qui transportait des poissons congelés dont une partie a été débarqué en mauvais état, le transporteur n'était pas responsable car il avait fait preuve d'une diligence raisonnable pour bien adapter ses installations frigorifiques avant le départ, bien qu'elles soient tombées en panne au cours du voyage⁵. Par la suite, cet arrêt a considéré qu'il s'agit d'une obligation de moyens⁶. La Cour de cassation a implicitement statué dans le même sens le 27 juin 1995 lorsqu'elle a considéré que l'innavigabilité soudaine n'est pas imputable à un manque de diligence raisonnable⁷.

Les Règles de La Haye connaissent des lacunes et des hésitations d'où la nécessité de l'édiction de nouvelles règles. Or, les Règles de Hambourg dont le but était la réforme du droit

¹ DU PONTAVICE (E) et CORDIER (P), *Transport et affrètement maritime*, Delmas, 2^e ed., paris, 1990, p. 86.

² Cass. com. 24 mai 1994, N° de pourvoi: 92-15505.

³ Cass. com., 1^{er} décembre 2009, N° de pourvoi: 08-14203 08-14585.

⁴ *DMF*, n. 351, p. 175.

⁵ Le navire *Tourville*, *DMF*, n° 362, p. 103.

⁶ Ces arrêts sont cités par NABI (G), CHAKAB (F), *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de la haye de 1924 et de hambourg de 1978*, Thèse, Nice, 1999, p. 58.

⁷ Cass. com., 27 juin 1995, N° de pourvoi: 93-17471.

des transports maritimes internationaux de marchandises ont permis une évolution notable notamment au niveau du principe de la responsabilité.

B. Les obligations du transporteur selon les règles de Hambourg :

Contrairement aux Règles de La Haye qui énumèrent les obligations du transporteur dans les articles 2 et 3 sans définir le contrat de transport par mer, les Règles de Hambourg le définissent dans l'article 1 (6) comme « *tout contrat par lequel le transporteur s'engage [...] à transporter des marchandises par mer d'un port à un autre...* ». On peut néanmoins déduire de l'article 5-1 de la convention de Hambourg qu'il s'agit d'une obligation générale de diligence et soin dont le transporteur est débiteur tant que les marchandises sont sous sa garde¹. En effet, ledit article dispose que « *le transporteur est responsable du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage, ou le retard a eu lieu pendant que les marchandises étaient sous sa garde au sens de l'article 4, à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'évènement et ses conséquences* ».

A notre sens, l'expression « *à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'évènement et ses conséquences* » indique indirectement que les obligations du transporteur sont des obligations de moyens.

Outre l'élimination de l'énumération des obligations du transporteur et la suppression du terme « *diligence raisonnable* », la Convention de Hambourg a éliminé la liste des exonérations.

La Convention de Hambourg n'a pas reproduit le terme « *diligence raisonnable* » qui était prévu par les Règles de La Haye dans la mesure où il a provoqué beaucoup de discussions et d'hésitations sur la nature des obligations du transporteur. Comme préalablement développé, la majorité de la doctrine a considéré ce terme comme impliquant des obligations de moyens, tandis que beaucoup d'arrêts l'ont assimilé à des obligations de résultat. Cette division crée un risque concernant l'unification des règles de droit maritime. De ce fait, la suppression de ce terme était à notre avis, appropriée.

La Convention de Hambourg a supprimé le catalogue des cas exceptés qui étaient prévus par les Règles de La Haye notamment à l'article 4-2. En effet, ces cas, permettant aux

¹ BONASSIES (P), L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg, in rev. *I.M.T.M.* annales 1992, p. 92.

armateurs et transporteurs de s'exonérer aisément de leur responsabilité étaient nombreux. La Convention de Hambourg a supprimé la plupart de ces cas pour protéger les chargeurs, et pour essayer d'assurer l'équilibre entre les parties du contrat de transport. Il en subsiste deux, à savoir la cause d'exonération d'incendie ainsi que celle d'assistance ou sauvetage des vies ou des biens en mer.

Malgré les avantages de la Convention de Hambourg, la France ne l'a pas ratifiée. En 2008, les Règles de Rotterdam sont venues compléter cet arsenal juridique.

C. Les obligations du transporteur selon les règles de Rotterdam :

A l'instar des Règles de La Haye, les Règles de Rotterdam ont énoncé des obligations relatives aux marchandises (a), et d'autres concernant le navire (b). En revanche, les obligations du transporteur selon les Règles de Rotterdam pourraient être plus étendues (c).

a. Les obligations relatives aux marchandises :

Les obligations du transporteur selon les Règles de Rotterdam sont régies par les articles 11 à 16. L'article 11 de celles-ci dispose que le transporteur, « *dans les conditions prévues par la présente Convention et conformément aux clauses du contrat de transport, déplace les marchandises jusqu'au lieu de destination* ». Il doit aussi les livrer au destinataire. Ainsi, selon cet article, le transporteur non seulement tenu de déplacer les marchandises d'un lieu à un autre, mais également de les livrer.

Le transporteur doit, procéder de façon appropriée et soigneuse à la réception, au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins, au déchargement et à la livraison des marchandises (article 13 parag. 1). Le transporteur est responsable des marchandises depuis leur réception par une partie exécutante ou lui-même en vue de leur transport jusqu'à leur livraison à une partie exécutante ou au destinataire (article 12 parag. 1 et 2 des Règles de Rotterdam).

Afin de déterminer la durée de la responsabilité du transporteur, les parties peuvent convenir du moment et du lieu de la réception et de la livraison. Cependant, toute clause d'un contrat de transport est réputée non écrite dans la mesure où elle prévoit :

- a) Que la réception des marchandises est postérieure au moment où débute leur chargement initial conformément au contrat ; ou

b) Que la livraison des marchandises est antérieure au moment où s'achève leur déchargement final conformément au contrat¹.

En revanche, le transporteur et le chargeur peuvent convenir que le chargement, la manutention, l'arrimage ou le déchargement des marchandises sera exécuté par le chargeur, le chargeur documentaire ou le destinataire (article 13 parag. 2).

Si les marchandises présentent, ou risquent selon toute vraisemblance raisonnable de présenter, pendant la durée de la responsabilité du transporteur, un danger réel pour les personnes, les biens ou l'environnement, le transporteur ou une partie exécutante peut refuser de recevoir ou de charger les marchandises, et peut prendre toute autre mesure raisonnable, notamment les décharger, les détruire ou les neutraliser (l'article 15 des Règles de Rotterdam)². L'article 16 des Règles de Rotterdam va dans ce sens³.

b. Les obligations relatives au navire :

Les obligations relatives au navire sont mentionnées par l'article 14. Celui-ci dispose que le transporteur est tenu avant, au début et pendant le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour :

- a- Mettre et maintenir le navire en état de navigabilité ;
- b- Convenablement armer, équiper et approvisionner le navire et le maintenir ainsi armé, équipé et approvisionné tout au long du voyage ; et
- c- Appropriier et mettre en bon état les cales et toutes les autres parties du navire où les marchandises sont transportées, ainsi que les conteneurs fournis par lui dans ou sur

¹

Article 12

« Durée de la responsabilité du transporteur

1. *Le transporteur est responsable des marchandises en vertu de la présente Convention depuis leur réception par une partie exécutante ou lui-même en vue de leur transport jusqu'à leur livraison.*
2. a) *Si la loi ou la réglementation du lieu de réception exige que les marchandises soient remises à une autorité ou à un autre tiers auprès duquel il pourra les retirer, le transporteur est responsable des marchandises depuis leur retrait auprès de cette autorité ou de ce tiers.*

b) Si la loi ou la réglementation du lieu de livraison exige qu'il remette les marchandises à une autorité ou à un autre tiers auprès duquel le destinataire pourra les retirer, le transporteur est responsable des marchandises jusqu'à leur remise à cette autorité ou à ce tiers. ».

²

L'article 15 des Règles de Rotterdam dispose que « Nonobstant les articles 11 et 13, le transporteur ou une partie exécutante peut refuser de recevoir ou de charger les marchandises, et peut prendre toute autre mesure raisonnable, notamment les décharger, les détruire ou les neutraliser, si celles-ci présentent, ou risquent selon toute vraisemblance raisonnable de présenter, pendant la durée de la responsabilité du transporteur, un danger réel pour les personnes, les biens ou l'environnement ».

³

L'article 16 des Règles de Rotterdam dispose que « Nonobstant les articles 11, 13 et 14, le transporteur ou une partie exécutante peut sacrifier des marchandises en mer lorsque cette décision est prise de manière raisonnable pour le salut commun ou pour préserver d'un péril la vie humaine ou d'autres biens engagés dans l'aventure commune ».

lesquels les marchandises sont transportées, et les maintenir appropriés et en bon état pour la réception, le transport et la conservation des marchandises.

On ne manquera pas de remarquer la grande ressemblance entre les Règles de Rotterdam et celles de La Haye (convention de Bruxelles de 1924), même dans la structure de l'article.

Les obligations de transporteur maritime de marchandises peuvent aussi concerner d'autres personnes que le transporteur.

c. L'étendue des obligations du transporteur :

En vertu de l'article 18 des Règles de Rotterdam, le transporteur répond du manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente Convention résultant des actes ou omissions :

- a) D'une partie exécutante ;
- b) Du capitaine ou de l'équipage du navire ;
- c) De ses propres préposés ou de ceux d'une partie exécutante ; ou
- d) De toute autre personne qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande de ce dernier ou sous son contrôle.

Après la précision de l'étendue des obligations du transporteur maritime de marchandises dont la violation le rend responsable, il est essentiel de déterminer le fondement de cette éventuelle responsabilité.

II. Le fondement de la responsabilité du transporteur :

Communément, une responsabilité peut avoir pour fondement la faute prouvée, la présomption de faute, ou la responsabilité de plein droit. La difficulté se trouve présentement dans la recherche du fondement de la responsabilité éventuelle du transporteur par mer selon les Règles de La Haye (A), la convention de Hambourg (B) et les Règles de Rotterdam (C).

A. Le fondement de la responsabilité du transporteur selon les règles de La Haye :

L'obligation de « *diligence raisonnable* » que le transporteur doit en vertu du aléna 1 de l'article 3 des Règles de La Haye signifie indirectement que le fondement de sa responsabilité est la présomption de faute. Cela peut être déduit, à notre sens, de l'article 4 parag. 1 qui dispose que « *le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'exercice de la diligence raisonnable tombera sur le transporteur ou sur toute autre personne se prévalant de l'exonération* ». En

effet, pour s'exonérer de la responsabilité de l'innavigabilité du navire, il faut prouver que le transporteur n'a pas commis une faute. Il peut le faire en prouvant qu'il a satisfait à son devoir de « *diligence raisonnable* » pour mettre le navire en état de navigabilité. La jurisprudence adopte une interprétation subjective de la faute inexcusable du transporteur maritime¹.

D'ailleurs, selon le alénia 2-q de l'article 4, le transporteur peut s'exonérer de cette responsabilité en prouvant que le dommage subi n'est pas causé par sa faute personnelle, ni par son fait, ni la faute ou le fait de ses agents ou ses préposés. Le terme « fait » utilisé attire notre attention vers le système de la présomption de responsabilité.

Pour cela, RODIERE considère les Règles de La Haye comme « *une coquette qui ne sait à quel soupirant se donner* »², à savoir la présomption de faute ou la présomption de responsabilité. Il est favorable au système de présomption de responsabilité, tant pour les dommages d'origine d'innavigabilité du navire que pour les dommages résultant ou provenant d'autres origines³.

E. DU PONTAVICE a considéré qu'il s'agit d'un système complexe de présomption de responsabilité. Ainsi, d'une part, cette présomption cède devant la preuve des cas exceptés, et d'autre part, malgré l'existence des causes légales d'exonération, le bénéficiaire peut, en justifiant d'une faute du transporteur le rendre, au moins partiellement, responsable du dommage⁴.

Selon BONASSIES, on déduit de l'article 4 des Règles de La Haye qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit⁵. Madame REMOND-GOUILLOUD est favorable à ce sens⁶.

Cependant, des auteurs considèrent que le système de responsabilité est basé sur la présomption de faute, bien qu'il n'y ait pas de disposition expresse en ce sens⁷.

La jurisprudence française a considéré que la responsabilité du transporteur maritime pour violation des obligations **concernant la marchandise** est de plein droit⁸. Ainsi, la Cour de

¹ Cass. com., 7 février 2006, n° 03-20.963, *Bull. civ. IV.*, n° 34, *RTD com.* 2006, p. 521, obs. Ph. DELEBECQUE, *JCP E* 2006, 2280, obs. C. LEGROS, *DMF* 2006, p. 516, note M. REMOUD-GOUILLOUD.

² *DMF*, août 1978, p. 456.

³ RODIERE (R) et DU PONTAVICE (E), *Droit maritime*, 12^e éd., Dalloz, Paris, 1997, p. 380.

⁴ DU PONTAVICE (E) et CORDIER (P), *op. cit.*, p. 117.

⁵ Règles de La Haye - Règles de Hambourg - Règles de Marseille, *IMTM*, Annales 1989, p. 113 ; ainsi voir, La responsabilité du transporteur maritime dans les Règles de La Haye et dans les Règles de Hambourg, *Rév. II diritto maritime*, 91-1989, p. 951 ; et L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg, *IMTM*, Annales 1992, p. 94.

⁶ REMOND-GOUILLOUD (M), *Droit maritime*, 2^e éd., Pedon, 1993, p. 373, n° 579 et note 28.

⁷ BERLINGIERI (F), *The period of responsibility and the basis of the carrier*, in *The Hamburg rules: A choice for the E. E. C.?*, International colloquium, novembre 1993, p. 89.

⁸ CA Paris, 5^e ch. A, 20 mars 2002, Sté Mitsui Osk Line Ltd. c/ Sté Cristal et autres, Navire « Vosa Carrier », cité par Philippe DELEBECQUE, *RTD com.* 2002, p. 599 : « Ces actions et décisions [...] caractérisent le fait du prince au sens de l'article 4.2 g de la Convention de Bruxelles amendée et libèrent en conséquence le transporteur maritime de la **présomption de responsabilité pesant sur lui** ».

Cass. com., 12 novembre 1991, N° de pourvoi: 90-11746.

cassation a jugé le 23 avril 2013 que « *Mais attendu que, [...] la cour d'appel a ainsi effectué la recherche évoquée sur l'existence d'un vice propre de celle-ci [la marchandise], exonératoire de la responsabilité de plein droit du transporteur maritime...* »¹. En revanche, en 2006, elle a jugé que le fondement de la responsabilité du transporteur maritime est sa faute présumée². Dans le même sens, en cas de violation des obligations **qui concernent le navire**, la Cour de cassation française a considéré que la responsabilité du transporteur maritime est aussi de plein droit. Le 8 mars 2011, elle juge ainsi : « *Mais attendu que l'arrêt relève qu'il n'existe aucun élément permettant de dire que les crevettes n'étaient pas propres au transport pour avoir été remises encore chaudes ou, en tout cas, insuffisamment congelées au transporteur ; qu'il relève encore que lors de la garde du conteneur par la société GMP et après dépose du disque partlow le 22 août, le reffer log affichait des valeurs nettement inférieures à la température préconisée de -18° C, et enfin que la circonstance que l'alarme du groupe ne fonctionnait pas est sans incidence sur l'obligation de vigilance de la société GMP, celle-ci étant en mesure d'apprécier que le groupe de réfrigération ne fonctionnait pas correctement et de solliciter l'intervention d'un réparateur, ce qu'elle a fait tardivement ; qu'en l'état de ces appréciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite, a pu décider que la société GMP ne s'exonérait pas de la responsabilité de plein droit pesant sur elle...* »³.

Pour la doctrine, la jurisprudence anglo-saxonne et surtout la jurisprudence américaine, il s'agit d'une présomption de responsabilité (*The carrier of goods is prima facie liable*)⁴.

En complément, il est loisible de mentionner que l'article 160 du Code de la navigation marchande maritime de l'URSS de 1968 considère que le fondement de la responsabilité du transporteur est la faute de celui-ci.

A notre sens, il y a une contradiction entre le parag. 1 et le parag. 2-q de l'article 4 des Règles de La Haye. Selon nous, le fondement de la responsabilité du transporteur pour violation de ses obligations qui concernent le navire est la présomption de faute, tandis que le fondement de la responsabilité du transporteur pour violation de ses obligations qui concernent la marchandise est la responsabilité de plein droit.

¹ Cass. com., 23 avril 2013, N° de pourvoi: 12-12101.

² Cass. com., 30 mai 2006, N° de pourvoi: 05-11534 : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu exactement, et sans inverser la charge de la preuve, qu'aucune réserve n'ayant été formulée à l'arrivée à Casablanca, le commissionnaire et le transporteur devaient bénéficier d'une présomption simple de livraison conforme et qu'en raison des conditions de stockage et d'analyse de la marchandise, il n'était pas établi que la faute présumée de la société CGM ait été à l'origine du refus par les autorités marocaines, si bien que le principe de la responsabilité du transporteur maritime ne pouvait être retenu, aucun lien de causalité n'étant établi ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; ».*

³ Cass. com., 8 mars 2011, N° de pourvoi: 10-11976.

⁴ TETLEY (W) et NADOM (M), *Marine cargo claims*, 2nd éd., 1978, Butterworths, Toronto, p. 47 et s. ; POURCELET (M), *Le transport maritime sous connaissance-Droit canadien, américain et anglais*, Les presses de l'université de Montréal, 1972, p. 59 et s.

L'importance de la précision du fondement de la responsabilité du transporteur selon les Règles de La Haye. – La précision du fondement de la responsabilité du transporteur nous semble nécessaire. Ainsi, si le fondement retenu est la présomption de faute, le transporteur peut s'en libérer en prouvant qu'il n'a pas commis une faute. En revanche, s'il s'agit de la présomption de responsabilité, il ne peut s'en libérer qu'en prouvant une cause d'exonération de la responsabilité (c'est-à-dire un cas excepté énuméré par l'article 4). Ainsi, la Cour de cassation a jugé que « *la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite, a pu décider que la société GMP ne s'exonérait pas de la responsabilité de plein droit pesant sur elle, faute de démontrer que la perte procédait d'un cas excepté ; que le moyen n'est pas fondé ;* »¹. La cour d'appel de Rouen a jugé que même si le transporteur a prouvé l'existence d'un cas exonératoire, il sera responsable des dommages survenus aux marchandises, dans la mesure où il a commis une faute².

La question suivante se pose alors, à savoir le fondement de la responsabilité du transporteur selon les Règles de Hambourg est-il identique à celui de la responsabilité du transporteur selon les Règles de La Haye ?

B. Le fondement de la responsabilité du transporteur selon les règles de Hambourg

Les pays en voie de développement (pays des chargeurs) ont critiqué sévèrement les Règles de La Haye, du côté de la responsabilité du transporteur maritime. En effet, pour le groupe de travail de la CNUCED rassemblant 77 pays, ces règles présentent un grand avantage pour le transporteur dans la mesure où celui-ci peut s'exonérer de sa responsabilité – injustement selon eux - . De plus, la Convention de Bruxelles ne prévoit rien pour les préjudices résultant du retard à la livraison. Le souhait de ce groupe de travail était ainsi de rétablir un équilibre entre les intérêts des chargeurs et des transporteurs. Cette demande pouvait être pourvue par la suppression des cas exonératoires, en particulier la faute dans la navigation ou l'administration du navire.

A cette fin, quelques pays proposaient l'annulation des cas exceptés, et l'insertion d'une clause générale selon laquelle le transporteur serait responsable de sa propre faute et de celle de

¹ Cass. com., 8 mars 2011, N° de pourvoi: 10-11976.

Il en va de même pour le Tribunal de commerce de Marseille qui a bien précisé qu'il appartient au transporteur, pour s'exonérer, « ... de rapporter la preuve contraire, notamment en démontrant l'existence d'un cas excepté en établissant le lien de causalité entre l'exonération invoquée et le dommage, tout élément en ce sens devant être positif, non équivoque, et ne pouvant résulter de simples hypothèses » (T. com. Marseille, le 5 Mars 1993, BT 1993, 289). BONASSIES (P), Le droit positif français en 1993, DMF mars 1994, p. 163.

² CA Rouen, 8 septembre 1988, DMF 1991, p. 360.

ses agents ou préposés. Cependant, d'autres voulaient conserver les cas exonérateurs de faute nautique et administrative¹.

Ces hésitations connues par les Règles de La Haye ont incité à établir les Règles de Hambourg dont le but était la réforme du droit des transports maritimes internationaux de marchandises. Ces efforts sont visibles notamment au niveau de la nature du nouveau système de responsabilité (a), et la responsabilité du transporteur substitué et transport par transporteurs successifs (b). Parfois, le dommage subi est d'origine inconnue, d'où la nécessité de l'incidence de l'ignorance de l'origine du dommage (c),

a. La nature du nouveau système de responsabilité :

Interprétation de l'article 5-1 de la Convention de Hambourg. – L'article 5-1 de la Convention de Hambourg dispose : « *Le transporteur est responsable du préjudice résultant des pertes au dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si l'évènement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu pendant que les marchandises étaient sous sa garde au sens de l'article 4, au moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'évènement et ses conséquences* ». Même si l'article 5 de la convention de Hambourg s'intitule « fondement de la responsabilité », il n'en demeure pas moins que celui-ci n'est pas clairement explicite. On peut cependant déduire de cet article que le fondement de la responsabilité est la faute présumée du transporteur. Cela est conforme à ce qui est prévu par le « *consensus* » constituant l'annexe n° II de l'acte final de la conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer. En effet, ce « *consensus* » par l'intermédiaire duquel, les rédacteurs ont traité ensemble les articles 5, 6 et 8, entre lesquels il y a une liaison étroite, prévoyait que « *la présente convention est fondée sur le principe de la faute ou de la négligence présumée...* ».

Ainsi, certains auteurs ont considéré que le fondement de la responsabilité est la présomption de faute qui « *risque d'être souvent l'équivalent d'une responsabilité objective* »².

¹ NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 81 ; voir Rapport du Groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes de la CNUCED sur sa deuxième session, p. 15, cité par ASSONITIS (G), *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED, publication de l'institut universitaire de hautes études internationales*, Genève, 1991, p. 211 et s.

² LEGENDRE (Cl), *La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, DMF*, juillet 1978, p. 392, et les auteurs cités par lui.

D'autres considèrent que cet article inverse la charge de la preuve du demandeur au défendeur, en évoquant une théorie anglo-américaine de la preuve que l'on appelle « *res ipsa loquitur* »¹.

A notre sens, il s'agit d'une faute présumée du transporteur maritime. Les termes utilisés dans l'article 5 (1) confirment cette analyse.

Beaucoup d'auteurs ont considéré que le fondement de cette responsabilité est la présomption de responsabilité². Messieurs NABI et CHAKAB ne sont pas favorables au fait de considérer la présomption de faute comme fondement de la responsabilité de transporteur au regard des Règles de Hambourg, et considèrent que son fondement est la présomption de responsabilité. Ils estiment que ce consensus constituant l'annexe n° II de l'acte final de la conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, n'est pas partie des Règles de Hambourg puisqu'il n'est pas soumis au vote : « *sa valeur juridique est extrêmement discutable et il ne peut avoir une valeur normative* »³. Selon Messieurs NABI et CHAKAB, l'intention de législateur en modifiant les Règles précédentes à celles de Hambourg, est d'établir un équilibre entre les intérêts du chargeur et ceux du transporteur dans le sens d'une aggravation de la responsabilité de ce dernier. Le fondement de la responsabilité du transporteur n'est pas, selon eux la présomption de faute - qui ne constitue pas un changement par rapport aux Règles précédentes⁴, mais bien la présomption de responsabilité.

Pour Messieurs NABI et CHAKAB, l'article 3 des Règles de Hambourg qui dispose que « *Dans l'interprétation et l'application de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité* », incite à considérer que le fondement de la responsabilité du transporteur est la présomption de responsabilité, car toutes les conventions relatives aux transports internationaux s'appuient sur la présomption de responsabilité du transporteur⁵.

¹ SWEENEY (J. C.), Les Règles de Hambourg. Point de vue d'un juriste anglo-saxon, *DMF*, 1979, p. 327 ; BERLINGIERI (F), Period of Responsibility and Basis of Liability, article in *The Hamburg rules: a choice for the E.E.C.?*, art. *précit.*, p. 89 ; RODIERE (R), La responsabilité du transporteur maritime suivant les Règles de Hambourg 1978, le point de vue d'un juriste latin, *DMF*, août 1978, p. 457 ; BENFADEL (O), Les Règles de Hambourg, Thèse, Aix-Marseille III, 1981, p. 69 et s. ; REMOND-GOUILLOUD (M), *op. cit.*, p. 382, n° 592 ; Rapport du secrétariat de la CNUCED, TD / B / C. 4 / 315 / Rev. 1, Nations Unies, New York, 1991, p. 88 ; ACHARD (R), Les Règles de Hambourg à nouveau mis en examen, *DMF*, avril 1994, n° 537, p. 256.

² ASSONITIS (G), *op. cit.*, p. 215 ; LAZZIZI (M), Les Règles de Hambourg et la responsabilité du transporteur de marchandises par mer, Thèse, Nantes 1987, p. 44 ; DOUAY (C), La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, *BTEPCF*, 1979, p. 3, et 1989, p. 11 ; PAUKNEROVA (M), The Liability of the Carrier in International Carriage of Goods Conventions. *Annuaire de l'AAA*, vol. 51, 52 et 53, 1981, 1982 et 1983, p. 111-135.

³ NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 92.

⁴ NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 96.

⁵ NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 96.

Monsieur SORENSEN est favorable à cette théorie. Ainsi, même si les termes de l'article 5-1 de la Convention de Hambourg ne sont pas suffisamment clairs, il est utile de rappeler la proposition de certaines délégations qui retenaient la responsabilité du transporteur « *à moins qu'il ne prouve que la perte ou le dommage causé aux marchandises résulte d'un événement qui ne peut lui être imputé...* »¹.

Dans ses observations sur le projet adopté par la CNUDCI, le délégué de la France a énoncé au nom de son pays que cet article énonçait une présomption de responsabilité à la charge du transporteur².

RODIERE n'hésite pas à décrire les Règles de Hambourg comme un « *fatras de sottises* »³ et aboutit sans ambages à la conclusion suivante : toutes les règles de la responsabilité du transporteur des articles 4 à 11 doivent être refaites. Il en va de même pour SWEENEY⁴ : « *si les armateurs avaient pu rédiger une convention qui défend leurs seuls intérêts, nul doute que le texte en serait à la fois clair, précis et pratique. Et le résultat eu été pareil si les chargeurs, de leur côté, avaient pu faire la même chose. Mais une fois qu'il s'agit de résoudre à la fois et à l'échelle mondiale- sans même parler des aspects politiques que cela implique- les problèmes des chargeurs et des transporteurs de toutes nationalités, alors, on ne peut que se résoudre à des accommodements difficiles et inélégants* »⁵.

Le président de la première commission de la CNUCED⁶ a proposé l'examen des articles 5, 6, et 8 en posant six questions juridiques⁷ :

« 1) *Faut-il rétablir l'exonération pour faute nautique?*

2) *Etes-vous favorables à la solution du paragraphe 4 de l'article 5 tendant à imposer au demandeur, en cas de dommage causé par l'incendie, la charge de prouver que l'incendie résulte d'une faute ou d'une négligence de la part du transporteur, de ses proposés ou agents?*

3) *Dans la recherche d'une limite de responsabilité, faut-il adopter un double critère (colis et poids) ou un critère unique (poids) ? Et quel serait le montant de l'indemnité par unité ? Dans quels cas la responsabilité devrait-elle être illimitée ?*

4) *Faut-il exclure du champ d'application du régime ou de la convention la responsabilité pour le retard ? Dans la négative, convient-il d'établir un régime spécial pour ce type de préjudice ou faut-il le mettre sur le même pied que le préjudice causé par la perte ? Et au*

¹ SORENSEN (N), *Les Règles de Hambourg*, Thèse, Aix Marseille, 1981, p. 83.

² Doc. A/conf. 89/7, p. 31-32 cité par AUCHTER (G), *op. cit.*, p. 139.

³ NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 86.

⁴ Chef de la délégation des Etats Unis à la conférence de Hambourg de 1978.

⁵ SWEENEY (J. C.), *art. précit.*, p. 325.

⁶ M Chafick.

⁷ SORENSEN (N), *op. cit.*, p. 75.

cas où un régime spécial serait préférable, sur quelle base la limite de la responsabilité devrait-elle être fixée ? Sur le montant du fret ou sur un multiple du fret ?

5) *Comment déterminer l'unité de compte ?* »

Une 6^e question est posée ultérieurement : « *Approuvez-vous la formule du paragraphe 1 de l'article 5, c'est-à-dire le principe de la responsabilité fondée sur la faute, le transporteur étant exonéré de toute responsabilité s'il peut prouver qu'il n'y a pas de faute de sa part ? Avez-vous une proposition à formuler au sujet de la rédaction de ce paragraphe ?* ».

Ces problématiques n'ont été discutées qu'indirectement¹, et n'ont pas abouti à une solution claire et précise.

Il convient maintenant d'examiner la question du dommage d'origine inconnue. En effet, dans ce cas, qui sera retenu comme responsable du dommage ?

b. L'incidence de l'ignorance de l'origine du dommage :

En premier lieu, si l'origine du dommage est inconnue, la question qui se pose est de savoir si le transporteur sera responsable. Comme l'article 3 des Règles de Hambourg dispose que « *Dans l'interprétation et l'application de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité* », il est intéressant d'examiner quelques solutions en droit terrestre et aérien.

Dans ces domaines, certaines décisions considèrent que le critère à rechercher est celui des mesures raisonnables et normales pour éviter le dommage. Si le transporteur a pris ces mesures, il sera exonéré. A contrario, s'il ne les a pas pris, il sera responsable².

Ainsi, la cour de New York a exonéré le transporteur qui avait équipé en bon conditionnement son appareil au vol, et avait exécuté les instructions réglementaires de l'aérodrome au départ, bien que la cause du dommage ait été inconnue³. Et, lorsque le passager

¹ SORENSEN (N), *op. cit.*, p. 84.

² Cass. com., 30 juin 2004, N° de pourvoi: 03-13091 : 30 juin 2004 : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'en vertu de l'article 17 de la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route, dite CMR, le transporteur est déchargé de sa responsabilité si la perte de la marchandise a eu pour cause des circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier, l'arrêt retient que le véhicule équipé d'un dispositif antivol "Neiman", était stationné, de nuit, sur une aire de repos de l'autoroute A6 à Beaune-Merceuil, à proximité d'une station service et d'un lieu de restauration éclairés, que le chauffeur qui dormait dans la cabine du camion a été agressé par plusieurs individus munis de battes de base-ball qui lui ont fait ouvrir la cabine, l'ont fait descendre du véhicule et se sont emparés de celui-ci ; que l'arrêt retient encore que le départ du véhicule en fin de journée impliquant un arrêt de nuit n'est pas en soi une faute, s'agissant d'un transport international d'environ 900 kilomètres ; qu'en l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer les recherches inopérantes exposées au moyen, a pu en déduire que le transporteur ne pouvait pas obvier aux conséquences de l'agression dont a été victime son chauffeur, qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables pour assurer l'acheminement de la marchandise à sa destination et se prémunir contre une éventuelle agression et qu'en conséquence, il devait être déchargé de sa responsabilité ; que le moyen n'est pas fondé* ».

³ District court of New York, 17 et 18 janvier 1949, RGAE, 1949, 429 ; voir aussi SESSELI, *La notion de faute dans la Convention de Varsovie*, Thèse, Lausanne, 1961, p. 86 et s.

d'un vol chargé de diriger un spectacle au Portugal, n'a pas pu arriver au jour et à l'heure précise à cause du retard du vol, le tribunal civil de la Seine en France, le 9 juillet 1960, considéra entre autres, qu'il faudrait que le transporteur « ... établisse que le retard est dû à des causes indépendantes de sa volonté, telles que les circonstances atmosphériques, une avarie de moteur [...], qu'il prouve donc qu'il a pris toutes les précautions raisonnables et normales pour assurer le départ de l'avion à l'heure ou au jour par lui indiqués au voyageur et qu'il n'a pu y parvenir, malgré ses diligences »¹.

En revanche, et plus récemment, la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation française a jugé que le transporteur aérien ne s'exonère pas de sa responsabilité à moins qu'il ne prouve la force majeure : « Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société Nouvelles Frontières, qui devait en sa qualité d'organisatrice de voyage répondre de l'annulation du vol et de ses conséquences dommageables, démontrait que la présence de neige en Allemagne au mois de mars présentait le caractère d'imprévisibilité de la force majeure lors de la conclusion du contrat et d'irrésistibilité lors du décollage contractuellement prévu, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision ; »².

Plusieurs arrêts, décisions et jugements anciens ont jugé dans le sens contraire. Ils ont considéré que le transporteur sera responsable si la cause du dommage est inconnue³. Dans le même sens, certains auteurs ont considéré que le transporteur ne peut s'exonérer de la responsabilité sans prouver la cause du dommage. En d'autres termes, « Si, donc, la cause des dommages demeure inconnue, la responsabilité du transporteur subsiste... »⁴.

c. La responsabilité du transporteur substituée et transport par transporteurs successifs :

Il y a « *transbordement* » quand au cours d'un transport maritime, le transporteur, en vertu d'une clause contractuelle, transfère les marchandises à un autre transporteur pour les amener à leur destination finale⁵.

En principe, les clauses du « *transbordement* » limitent la responsabilité du deuxième transporteur à la partie du transport effectuée par lui. Après le déchargement de son navire, et jusqu'à la destination finale, le premier transporteur ne sera pas responsable du dommage ou de

¹ JCP 1960, II, 11830, note DE JUGLART, *RTD com.* 1961, 952, obs. DE JUGLART.

² Cass. civ. 1, 5 novembre 2009, N° de pourvoi: 08-20385.

³ Le jugement rendu, le 8 mars 1939, par le Tribunal de Franckfort-sur-le main, et l'arrêt rendu le 25 juin 1943 par la Cour suprême de New-York : cité par NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 102.

⁴ G. MARAIS, les transports internationaux de marchandises et jurisprudence en droit comparé, LGDJ, 1949, p. 184 et 185, et les auteurs cités par lui.

⁵ RODIERE (R), *Traité générale de droit maritime*, Tome II, *op. cit.*, n. 530.

la perte subie par les marchandises, en qualité de transporteur, même s'il a encaissé le fret total correspondant à toute la durée du transport¹.

Le « *transbordement* » a des avantages et inconvénients. Il est utile aux transporteurs pour utiliser leurs navires de la manière la plus adéquate.

Les Règles de La Haye ne prévoient pas le « *transbordement* ». De ce fait, on peut considérer que le premier transporteur sera responsable durant toutes les phases du transport jusqu'à la destination finale². En revanche, la Convention de Hambourg traite de cette question. Pareillement aux Règles de La Haye, les Règles de Rotterdam ne prévoient pas le transbordement ou le cas du transporteur substitué.

Lorsque le transport est effectué par plusieurs transporteurs successifs, un « *connaissance direct* » unique est émis. Celui-ci constitue un titre négociable permettant le financement et le transfert des marchandises en cours de voyage.

Selon la Convention de Hambourg, le transporteur substitué est la personne à laquelle l'exécution du transport ou d'une partie du transport a été confiée, que ce soit ou non dans l'exercice d'une faculté qui lui est reconnue dans le contrat de transport par mer (article 10 (1)).

Un auteur considère que cet article s'est inspiré de l'article 1 (c) de la Convention de Guadalajara de 1961³. Il est formé de 6 paragraphes. Les paragraphes de 3 à 6 sont adoptés rapidement, tandis que les deux premiers ont fait l'objet de grands débats et discussions, et plusieurs modifications ont été proposées⁴.

Le 1^{er} paragraphe précise l'étendue de la responsabilité du transporteur contractuel en disposant que « ... *le transporteur n'en demeure pas moins responsable de la totalité du transport, conformément aux dispositions de la présente convention. Pour la partie du transport effectué par le transporteur substitué, le transporteur est responsable des actes et omissions du transporteur substitué et de ses préposés et mandataires agissant dans l'exercice de leurs fonctions* ».

¹ NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 104.

² NABI (G), CHAKAB (F), *th. préc.*, p. 104.

³ Le titre de cette convention est : « *La convention complémentaire à la convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une autre personne que le transporteur contractuel* ».

Cette convention qui utilise le terme transporteur de fait pour le transporteur substitué dispose : « *transporteur de fait signifie une personne autre que le transporteur contractuel, qui, en vertu d'une autorisation donnée par le transporteur contractuel, effectue tout ou partie du transport prévue à l'alinéa b, mais n'est pas, en ce qui concerne cette partie, un transporteur successif au sens de la Convention de Varsovie. Cette autorisation est présumée, sauf preuve contraire* » (Article 1-c).

⁴ Pour une étude plus profonde, cf. : Comptes rendus analytiques des 15^e, 16^e, 17^e et 32^e séances de la première commission - Doc. A /conf. 89 / C.1 / SR. 15, pp. 6 à 11; A/conf.89/C.1/SR.16, p. 2 à 12; A/conf. 89 / C.1 / SR. 17, pp. 2 à 5; A / conf.89 / C.1 / SR. 32, pp. 2 à 10 - rapport de la première Commission (M. D. Martin Low, rapporteur) - Doc. A / conf.89 / 10, pp. 53 à 60, cités par SORENSEN (N), *op. cit.*, p. 156 et s.

On peut déduire de ce paragraphe que si le transporteur substitué, ses préposés ou mandataires ont agi hors du cadre de leurs fonctions, c'est le transporteur substitué (et non pas le transporteur) qui est responsable.

Le 2nd paragraphe dispose que « toutes les dispositions de la présente convention régissant la responsabilité du transporteur s'appliquent également à la responsabilité du transporteur substitué pour le transport *par lui effectué*¹ ». Par conséquent, le fondement de l'obligation du transporteur substitué est équivalent à celui de l'obligation du transporteur.

Selon le paragraphe 4, lorsque le transporteur contractuel et le transporteur substitué sont tenus l'un et l'autre et pour autant qu'ils sont responsables, leur responsabilité est conjointe et solidaire. Ensuite, le paragraphe 6 de l'article 10 précise qu'aucune disposition de cet article ne porte atteinte aux droits de recours pouvant exister entre le transporteur et le transporteur substitué.

Après avoir envisagé la question du fondement de la responsabilité du transporteur maritime de marchandises selon la Convention de Hambourg, il convient maintenant d'étudier celui des Règles de Rotterdam.

c. Le fondement de la responsabilité du transporteur selon les règles de Rotterdam :

En vertu de l'article 17 des Règles de Rotterdam, le transporteur est responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison subi par les marchandises, si l'ayant droit prouve que cette perte, ce dommage ou ce retard, ou l'événement ou la circonstance qui l'a causé ou y a contribué, s'est produit pendant la durée de sa responsabilité. Le transporteur est déchargé de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du retard n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 18 des Règles de Rotterdam.

L'utilisation de l'expression « *s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du retard n'est pas imputable à sa faute* » et spécialement du terme « faute » et non pas « fait » dans l'article 17 indique, à notre sens, que le fondement de la responsabilité du transporteur selon les Règles de Rotterdam est la présomption de faute qui accepte la preuve du contraire.

¹ Le délégué australien proposait le remplacement des mots « *par lui effectué* » par l'expression « *qui lui a été confié* » (cf. A / conf. 89 / C 1 / L. 142 - rejeté). Certains proposaient d'ajouter les deux expressions « *qui lui a été confié ou par lui effectué* », d'autres suggéraient de remplacer les mots « *par lui effectué* » par les mots « *par lui entrepris* ». Aucune de ces solutions n'étant satisfaisante. La commission a rejeté l'amendement par 30 voix contre 22 avec 7 abstentions, cité par SORENSEN (N), *op. cit.*, p. 159 et s.

Contrairement aux articles 5-1 des règles de Hambourg, 3-1 et 4-1 des Règles de La Haye qui comportent plusieurs interprétations, l'écriture de l'article 17 des Règles de Rotterdam, par sa simplicité et sa clarté ne souffre d'aucune difficulté d'interprétation.

Conclusion :

Les obligations du transporteur maritime de marchandises varient par le biais des règles de La Haye (Convention de Bruxelles de 1924), de la Convention de Hambourg, ou encore des Règles de Rotterdam.

Les Règles de La Haye (Convention de Bruxelles de 1924), traitent des obligations relatives au navire et aux marchandises. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas unanimes sur la nature juridique de ces obligations. La charge de la preuve de la diligence raisonnable en cas des pertes ou dommages provenant ou résultant de l'état d'innavigabilité du navire, incombe au transporteur ou à toute autre personne se prévalant de l'exonération. En revanche, la charge de la preuve de la diligence raisonnable en dehors de cas des pertes ou dommages provenant ou résultant de l'état d'innavigabilité ne fait pas l'unanimité entre la doctrine et la jurisprudence.

Contrairement aux Règles de La Haye qui énumèrent les obligations du transporteur, les Règles de Hambourg énoncent une obligation générale de diligence et de soin dont le transporteur est débiteur tant que les marchandises sont sous sa garde. Les obligations du transporteur sont, selon nous, des obligations de moyens. Outre l'élimination de l'énumération des obligations du transporteur et la suppression du terme « *diligence raisonnable* » utilisé dans les Règles de La Haye, la Convention de Hambourg a éliminé le catalogue des cas exceptés.

Les obligations du transporteur selon les Règles de Rotterdam sont semblables à celles prévues par les Règles de La Haye, à la différence qu'elles obligent le transporteur à livrer les marchandises. De plus, le transporteur doit répondre du manquement résultant du fait d'autrui aux obligations qui lui incombent.

Concernant le fondement de la responsabilité du transporteur de marchandises selon les Règles de La Haye, la doctrine et la jurisprudence divergent. Certaines théories doctrinales et solutions jurisprudentielles considèrent qu'il s'agit d'une présomption de faute, d'autres sont favorables à une responsabilité de plein droit. Il en va de même pour la Convention de Hambourg. La situation est plus claire dans les Règles de Rotterdam. En effet, le fondement de la responsabilité du transporteur selon ces dernières est la présomption simple de faute qui accepte la preuve du contraire.

L'efficacité des associations de protection du consommateur à la lumière de la loi 31-08



M. Hamid ECHCHARYF

doctorant en droit privé

Faculté du droit Mohammedia

Introduction :

Pour ne pas être qualifié d'« infantile et borné », ayant un « rôle illusoire¹ », le mouvement associatif doit répondre à certaines exigences et surmonter certaines entraves pour être à la mesure de constituer une véritable force consumériste capable de renforcer l'équilibre de la relation entre le consommateur et le pôle dur économique c'est-à-dire le professionnel, de ce fait la loi 31-08 édictant les mesures de protection du consommateur² a consacré son titre VII pour l'encadrement juridique desdites associations.

Il est clair que les associations des consommateurs, surtout celles qui n'ont pas de ressources propres sauf les cotisations de leurs membres, disposent de moyens nettement inférieurs à la multiplicité des tâches qu'elles voudraient accomplir : organisations d'actions diverses, ponctuelles ou durables sur le terrain, en justice... ; Ainsi, pour permettre aux associations de jouer pleinement leurs rôles, les pouvoirs publiques marocains doivent s'engager dans une politique d'aide et de subventions³, imitant ainsi les pays développés

¹ A. Boudahrain, « le droit de la consommation au Maroc », édition AL MADARISS, 1999, p.21 et 395

² B. O. n° 5932 du 07 avril 2011, p. 347.

³ Il faut signaler cet égard, que le système des subventions prévues par le ministère du commerce, en faveur des associations de protection du consommateur, n'est toujours pas opérationnel.

comme la France dont le secteur social est financé par le budget de la nation¹. Cependant, l'un des griefs les plus vivement formulés à l'encontre des associations de consommateurs est leur manque de coordination et d'audience. En effet, le contexte actuel se caractérise par l'éparpillement des démarches et de cloisonnement des associations réduisant ainsi sérieusement la portée de l'impact des initiatives entreprises et affaiblissant l'audience des associations des consommateurs, par les divisions qui se nourrissent des conflits personnels ou idéologiques².

Heureusement, la création en juillet 2002 du comité de coordination des associations de consommateurs au Maroc est révélatrice de la prise de conscience des faiblesses organisationnelles du mouvement associatif au Maroc.

Ce comité a pour mission de coordonner les actions des associations, de les représenter auprès des organismes tiers, de leur offrir un cadre adapté de partenariat et d'échange d'expertise, de dégager des positions et des avis concertés des associations de consommateurs et œuvrer pour renforcer leur action³. Aussi, dans la perspective de renforcement de l'audience du mouvement consumériste la loi 31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs s'oriente vers l'encadrement juridique des associations de protection des consommateurs.

Cette orientation a pour intérêt d'assurer la représentation, la sensibilisation et la défense des intérêts du consommateur par ces associations. De ce fait, ces dernières jouent deux rôles :

- Un rôle préventif : ces associations constituent le mécanisme social régulateur dans un système efficace de protection des ménages. Ceci dit, elles devraient jouer un rôle vital en matière d'information, d'éducation et d'organisation des consommateurs à côté des partis politiques.

- Un rôle défensif : les associations doivent impérativement pouvoir engager des actions en justice demandant la réparation des préjudices subis par les consommateurs individuellement ou collectivement.

Au sens de la loi 31-08, notamment l'article 153 ne peut être considérée comme association de la protection du consommateur, l'association qui :

¹ G.cas-D.Ferrier, Traité de droit de la consommation, 1^{ère} édition, Presses Universitaires de France, paris, p.126 et 127.

² G. Cas-Didier Ferrier. Op. cit. p.12.

³ S. Jaafari, « **le mouvement consommateur marocain : constats enjeux et perspectives** », in **le consumérisme dans le monde quels choix stratégiques pour le renforcement du mouvement consumériste au Maroc**, rapport de synthèse du séminaire en commémoration de la journée mondiale des droits du consommateur, le 12 mars 2003, rabat, p.39

- Compte parmi ses membres des personnes morales ayant une activité à but lucratif.
- Perçoit des aides ou subventions d'entreprises ou de groupements d'entreprises fournissant des produits, biens ou services au consommateur.
- Fait de la publicité commerciale ou qui n'a pas un caractère purement informatif, pour des biens, produits ou services.
- Se consacre à des activités autres que la défense des intérêts du consommateur.
- adopte des orientations politiques.

Cependant, les ressources du fond de financement des associations de protection des consommateurs sont : des dotations du budget général, un pourcentage des amendes perçues à la suite des contentieux, des dons et legs au profit du fond et de toute autre ressource obtenue légalement .

D'après ce constat, une réflexion s'impose, vu les ressources du fond de financement des associations de protection des consommateurs et la stipulation de l'article 153 de la loi 31-08 : est-ce que ces dernières sont capables d'assurer le droit de la protection des consommateurs? Et quel est le degré de l'efficacité de ces associations dans notre pays ?

La rédaction d'une loi sur la protection des consommateurs a été, de manière évidente, la réalisation qui a conféré à notre association son statut particulier, parce qu'elle a amené le gouvernement à rédiger une législation appropriée. Il était obligatoirement d'inclure des principes reconnus universellement. Toutes les parties prenantes reconnaissent aujourd'hui notre association comme un acteur crédible et un instigateur proactif du changement. Nous considérons que la rédaction d'un cadre juridique complet, en totale conformité aux normes internationales, peut stimuler le secteur de la protection des consommateurs et même amener de nouveaux acteurs à rejoindre le mouvement. Notre objectif est de renforcer le droit des associations à agir pour le compte des consommateurs et, en particulier, le droit d'aller en justice en qualité de partie civile.

Dans cet article nous allons essayer d'étudier l'efficacité des associations de la protection du consommateur selon le plan suivant :

I- Le contre poids consommériste est un facteur de l'équilibre de force :

A- les groupements des consommateurs : Facteur de pression en droit de la consommation.

B- les groupements des consommateurs : contribution de la société civile à la protection du consommateur.

II- Engagement insuffisant des associations de protection du consommateur :

A- Partenariat avec les organisations de défense des consommateurs.

B- Information, éducation et communication du consommateur.

I- Le contre poids consommériste est un facteur de l'équilibre de force :

A L'instar des professionnels, les consommateurs ont pris conscience, eux aussi, de l'importance de l'aspect collectif dans l'équilibre du rapport de force.

Nous allons aborder dans un premier point le groupement des consommateurs comme facteur de pression en droit de la consommation, et dans un second point le groupement des consommateurs comme contribution de la société civile à la protection du consommateur.

A- Le groupement des consommateurs : Facteur de pression en droit de la consommation :

L'espace de l'individu en tant que citoyen responsable implique de sa part, non pas un comportement attentiste, mais une attitude participative à travers la prise en charge de la responsabilité d'autodéfense.

Pour atteindre ce but, le consommateur a pris conscience que c'est en s'unissant à d'autres consommateurs qu'il aura la force et l'influence de promouvoir leurs intérêts collectifs.

Certes, le mouvement associatif constitue une force constante de réajustement et de maintien d'équilibre dans les relations commerciales entre professionnels et consommateurs, autrement dit, c'est un facteur de transparence de la relation bilatérale collective entre les deux partenaires économiques.

Compte tenu de l'importance de la culture participative dans le domaine de la consommation, on est en droit d'affirmer que le consommateur peut accéder au rang de partenaire si les groupements chargés de sa présentation et sa défense constituent un contre pouvoir assez fort et organisé pour entreprendre des actions collectives efficaces.

Ainsi, et vu leur masse considérable, les consommateurs ont l'opportunité d'organiser des actions concertées sous l'égide des associations consuméristes, afin d'atténuer la force économique et financière des professionnels.

A titre d'illustration, la critique d'un produit alimentaire nocif pour la santé des consommateurs, ou encore de son prix, s'accompagne d'un mot d'ordre lancé aux consommateurs de s'abstenir de consommer ce produit jusqu'à ce que le professionnel ou l'entreprise visée mette fin aux pratiques ou aux dangers dénoncés¹.

Conscientes des effets du coût du comportement des professionnels, les organisations consuméristes réclament de plus en plus ce droit de boycott dont la licéité reste controversée², en raison des périls auxquels ils exposent les entreprises boycottées, à cause du détournement de la clientèle vers un autre produit alimentaire³.

A notre avis, ce droit de boycott constitue la meilleure expression pratique de la masse considérable des consommateurs et sa reconnaissance juridique⁴ donnera plus de transparence à la relation entre les deux groupes partenaires économiques, car les consommateurs vont assurer une sorte d'«autodéfense» afin d'assurer une sécurité.

Ainsi, si l'employeur a souvent peur des grèves des employés ce qui le conduit à être à l'écoute de ces derniers, les professionnels eux aussi seront contraints de prendre au sérieux les intérêts et les besoins des consommateurs, qui agissent en tant que force organisée structurée et agissante.

De plus, les fonctions accomplies par les groupements des consommateurs dans le but de la promotion des droits et des intérêts des consommateurs, constituent aussi la contribution de la société civile en droit de la consommation.

B- les groupements des consommateurs : contribution de la société civile à la protection du consommateur :

Porteur de nouvelles valeurs civilisatrices, le mouvement associatif est un ingrédient indispensable pour toute politique de promotion et de protection des consommateurs.

¹ Gérard Cas, Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, P.U.F., 1986. P.161,spéc.,180.

² Sur la nature juridique sur ce droit de boycott, Geneviere Gourdet, « *droit de critique et consommation* », R.T.D.,Com. 1982,p.3

³ « Les consommateurs en se détournant massivement des produits ou services d'une entreprise, peuvent la conduire à la ruine et son personnel au chômage », Gérard cas. Didier Ferrier.Op.cit.,p.182.spéc., 181.

⁴ Aucun texte juridique en droit marocain n'interdit le boycottage.

En effet, dans un contexte économique caractérisé par la déréglementation, la libéralisation..., les associations de consommateurs sont appelées à tempérer le déséquilibre pratique entre les deux pôles économiques résultant des failles et des lacunes du système juridique mis en place. Par une action d'information, de représentation et de défense du consommateur, les associations des consommateurs marquent leur présence avec force.

D'abord, informer le consommateur est la fonction immédiatement attribuée aux associations des consommateurs¹, ces dernières mènent en effet toute une campagne d'informations critiques² directes sur les produits et les services : nocivité de certaines substances, dangers de certaines méthodes de commercialisation, méfaits de la publicité mensongère.

Force est de constater cependant que l'information et l'éducation des consommateurs comme moyens de la gestion de la sécurité sanitaire des aliments relève de la compétence des organisations de protection et d'encadrement des consommateurs. Les autorités ne font qu'encourager ces organisations à travers le soutien des émissions télévisées ou à la radio comme l'émission diffusée sur 2M « stahlak bla matahlak ». Les aides financières à certaines associations dans le cadre du projet portant sur les campagnes de sensibilisation et d'information en utilisant les journaux comme « l'économiste », « Sabah »,.... Cependant les efforts consentis restent en deçà des ambitions des consommateurs. Certaines associations de protection du consommateur éditent des dépliants, magazines et journaux pour informer le consommateur sur les aspects de la sécurité sanitaire des aliments présentant un danger.

Toutes ces actions ont bien sûr pour but d'informer objectivement le consommateur. Les associations des consommateurs tendent aussi à sensibiliser les citoyens à la question de consommation en multipliant les activités éducatives sanitaires, séminaires de formation et d'information, conférences sur des thèmes saillants (hygiène alimentaire, salubrité des produits alimentaires périssables,...), communication à travers les médias écrits et audio-visuels³, lancement d'une presse spécialisée....⁴

¹ Toutes les associations marocaines font une référence expresse au sein de leurs statuts à cette fonction d'information du consommateur, v. Abderrahim BENDRAOUI, « *La protection du consommateur au Maroc* », op. cit. p.244 à 305.

² A travers les résultats le procédé appelé, « *L'essais comparatif* », les associations des consommateurs françaises fournissent au consommateur une information impartiale sur les qualités et les défauts de chacun des produits testés pour lui permettre de choisir celui qui convient le mieux à ses besoins, à ses goûts, à ses budget.

³ C'est l'exemple notamment de l'émission « ainak mizanak » sur la chaîne nationale « 2M » et l'émission « 45 minutes » sur la chaîne nationale « Al oula », dans lesquelles on constate une immense et riche participation des juristes et des praticiens en matière de la consommation.

⁴ On constate que l'ONSSA se mobilise plus que les associations de la protection des consommateurs en matière de la sensibilisation des consommateurs marocains.

L'utilisation de ces moyens d'information a pu dans plusieurs cas attirer l'attention sur des incidents survenus portant préjudices aux consommateurs (cas des intoxications alimentaires collectives, risque de contamination, comportements frauduleux, pratiques déloyales,...) et par conséquent, prévenir les consommateurs pour prendre garde et alerter les autorités pour réagir en faveur de la santé du consommateur. Concernant la communication sur les risques, les autorités gouvernementales sont responsables d'informer les consommateurs de tous les dangers et risques éminents qui peuvent constituer une menace pour leur santé. Dans la réalité, cela se fait rarement.

D'autre part, les associations des consommateurs mènent une action de représentation des consommateurs, en direction à la fois, des pouvoirs publics et des professionnels.

Etant la porte parole des consommateurs, ces associations participent aux travaux de différents organismes étatiques¹, car les consommateurs sont directement concernés par les décisions des entreprises et par leurs institutions.

Les associations du consommateur représentent aussi le consommateur au niveau des séminaires organisés par les différents ministères, parce qu'elles sont plus proches de la réalité quotidienne vécue par leurs adhérents.

La concertation est un facteur indispensable à toute politique de consommation. Les associations se positionnent comme une « force de proposition ² », « un contre pouvoir ³ », la mission du tissu associatif dépasse le stade du jugement et de la critique, en contribuant positivement par des propositions concrètes et pertinentes visant des changements positifs⁴.

Sur un autre plan, la concertation entre représentants des professionnels et ceux des consommateurs traduit une évolution majeure dans le domaine de la consommation, en ce sens que les convergences initiées visent à fédérer les actions entreprises de part et d'autre en matière de développement d'une éthique de consommation et particulièrement dans le domaine de la qualité⁵. Cette culture de concertation entre professionnels et organisations de consommateur trouve sa place de choix au niveau des accords collectifs de consommation qui

¹ Le cas de l'Office National du Thé et du Sucre dont l'article 5 du dahir du 7 septembre 1963. B.O. n° 2656 du 20 septembre 1963 p.1468, prévoit la présence de représentants de consommateur au sein du conseil d'administration.

² L.Rhwi, « *les O.N.G : une force proposition pour le développement démocratique* », préface de l'ouvrage de l'espace associatif, « *étude du droit des associations au maroc et à l'étranger* », juillet 1999, p.5.

³ Idem.p.6

⁴ Abderrahim Bendraoui, « *la protection du consommateur au Maroc* », Revue Marocaine d'administration Locale et de Développement, collection manuels et travaux universitaires, n° :36/2002, p 325.

⁵ L'union Marocaine de la qualité représente un référentiel important pour des associations concertées entre les professionnels et les consommateurs, v. Abderrahim Bendraoui, op. cit.,p. 54 et s.

trouvent une application large en droit comparé¹. Les associations des consommateurs sont devenues un acteur naturel de la négociation des conventions avec le groupement des professionnels dans le but d'avoir des engagements fermes et favorables aux consommateurs.

Enfin, les associations des consommateurs assument aussi une fonction de défense du consommateur dénonçant tout ce qui est nuisible à ce dernier (hausse des prix, fraudes, insécurité...), en engageant des actions en justice. A cet égard, les réformes engagées à ce propos par le législateur permettent d'être optimiste. En effet, en plus de l'article 99 de la loi de la liberté des prix et de la concurrence², qui autorise les associations reconnues d'utilité publique de se constituer partie civile ou obtenir une réparation indépendante du préjudice subi par les consommateurs, qui est une grande innovation dans notre droit positif. La loi sur la protection du consommateur contient également des dispositions qui facilitent l'action processive, sans exiger, le statut de l'utilité publique.

Or, si le mouvement associatif constitue une pièce maîtresse dans toute politique de protection du consommateur, l'action de cet acteur reste sans une grande influence vue les entraves dressées et qui limite le rayonnement du pouvoir associatif, qui doivent être surmontées.

II- Engagement insuffisant des associations de protection du consommateur :

On constate que le degré d'implication des consommateurs aux opérations de contrôle dans le cadre d'une gestion intégrée est décevant. Les efforts accomplis pour les impliquer davantage à la gestion en matière de la protection du consommateur se soldent souvent en résultats modestes. Les consommateurs sont accusés d'inertie vis-à-vis de la réglementation et de la portée du contrôle puisqu'ils n'y voient rien d'optimiste mais plutôt des victimes qui continuent de s'endommager à cause des abus des professionnels. De ce fait, la sagesse exige un partenariat solide et efficace avec les organisations de défense du consommateur (A) qui visent la protection de ce dernier par le biais d'information, éducation et communication (B)

A- Partenariat avec les organisations de défense du consommateur :

1- Un consumérisme de façade :

Les associations de protection des consommateurs commencent à peine les dernières années de prendre conscience de ce qu'elles peuvent représenter comme force lorsqu'elles

¹ G. Cas et D. Ferrier, op. cit. p. 136 et s.

² Dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000 portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

arrivent à coordonner leurs actions¹. Malheureusement dans la plupart des cas l'esprit associatif fait encore défaut et les gens sont mobilisés par des services individualisés ce qui fait qu'il y a confusion chez certains quant au sens de l'association des consommateurs. Ces associations militant, elles manquent de professionnalisme et de moyens matériels et humains².

On tient quand même à souligner qu'effectivement plusieurs associations représentant les consommateurs au Maroc se sont intégrées à divers programmes et projets pour participer à leur réalisation. Les autorités veulent par ce genre d'actions mettre les principales associations fortement et sérieusement engagées en réseau de dialogue permanent pour renforcer leur rôle dans la protection des consommateurs et nouer des relations de concertation continue concernant les matières qui les préoccupent. Plusieurs associations ont été représentées au niveau de plusieurs secteurs de coordination, par exemple les associations des consommateurs font partie du comité national du codex alimentarius. En dépit de l'absence de loi pour la protection des consommateurs et d'une restriction handicapante de l'action associative pour ce qui est de l'accès à la justice, le partenariat entre pouvoirs publics et organisations de défense des consommateurs est formellement existant.

Certes, les associations de la protection des consommateurs se portent partie civile dans les affaires traitées auprès des tribunaux liées aux litiges entre les consommateurs et les professionnels. Portant ces associations ne bénéficient d'aucune subvention de la part de l'état, raison pour laquelle les consommateurs restent méfiants de l'efficacité de ces associations. C'est pourquoi ces consommateurs s'obligent de se porter partie lésée dans les plus graves cas faute d'autres moyens plus efficaces qui lui rendront justice. On souligne à cet égard que les cas des plaintes déposées aux services de la répression des fraudes constitue la base de près de 10% de l'activité de la division de la répression des fraudes, un pourcentage très minime par rapport aux membres d'infractions relevées par les services de cette même division.

Reste à constater que l'implication des consommateurs à la gestion de la sécurité sanitaire des aliments en général et au processus d'adoption des lois qui s'y rapportent reste au-dessous des espérances bien que ce sont eux les destinataires finaux. Il n'avait été aucunement question de soumettre un projet de loi relatif à la sécurité sanitaire des produits alimentaires.

¹ Bendraoui Abderrahim, Op.cit.p.225

² Samir El jaafari, « *perception de la qualité et de la sécurité des denrées alimentaires par le consommateur marocain* », acte de séminaire de commémoration de la journée mondiale des droits des consommateurs organisé par le ministère de commerce et d'industrie le 15 Mars 2001. En France l'état a octroyé en 2005 7,4 Millions d'Euro aux associations locales et nationales comme subvention. Cf. Rapport d'activité de l'année 2005 de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en France.

2- Une faible action devant la justice :

En l'absence des dispositions particulières aux litiges en matière de consommation en général et de la sécurité sanitaire des aliments en particulier ou de reconnaissance explicite du droit des associations de protections de consommateurs d'agir en justice pour défendre les intérêts collectifs ou individuels des consommateurs, ces associations régies par le dahir 15 novembre 1958 peuvent difficilement intenter des actions judiciaires à titre principal pour défendre des intérêts autres que ceux de leurs adhérents. Elles le peuvent seulement en qualité de « partie jointe » et surtout en tant que « partie civile » à la suite d'une action publique engagée soit par le ministère public, soit par une personne ou une collectivité de personnes ayant subi un préjudice du fait aliment ou tout produit ou service. C'est l'exemple d'une association « **l'affaire gammaglobuline** » devant le tribunal correctionnel de Casablanca-Anfa dans laquelle était poursuivi **un pharmacien d'entreprise pour avoir importé frauduleusement des produits périmés.**

En dépit de cette minuscule possibilité, un problème majeur se pose en empruntant cette voie de se constituer « partie joint » aux procès, c'est que les associations doivent faire preuve de prudence afin d'éviter d'être poursuivies par le ou les professionnels en invoquant une faute de leur part entraînant un préjudice sur la base de la responsabilité délictuelle (article 77 et suivant du DOC) ou en matière pénale, sur la base de la diffamation (article 442 C.P), voire pour atteinte à la marque d'autrui (article 121-2, du dahir sur la propriété industrielle)¹.

B- Information, éducation et communication du consommateur :

1- Rôle restreint des structures officielles :

Parmi les outils de la protection des consommateurs au Maroc, l'information et l'éducation des consommateurs en ce qui concerne les politiques et programmes des autorités et les incidences qu'ils peuvent avoir sur la santé publique. Généralement, les autorités relevant du ministère de l'agriculture pratiquaient « la vulgarisation agricole » au profit de la population du monde rural. Mais cela concerne uniquement les artisans en relation avec les intrants et les méthodes d'agriculture et d'exploitation. C'est ainsi par exemple qu'un projet d'assistance technique de deux années avait été réalisé avec l'appui de la FAO (projet FAO/TCP/MOR/2353(T)). Ce projet avait démarré en 1993 et avait pour objectif global de mettre au point un matériel didactique destiné à la formation et l'éducation des agriculteurs en matière de nutrition et de sécurité sanitaire des aliments. Ce projet a été également l'occasion

¹ Abdellah Boudahrain, Op.Cit.p.59-61

pour les vulgarisateurs agricoles d'améliorer leurs connaissances en matière d'éducation nutritionnelle et d'hygiène alimentaire et d'appliquer les enseignements tirés de cette expérience dans leur vie quotidienne¹.

Les services de l'hygiène alimentaire dépendant des délégations provinciales du ministère de la santé fournissent à leur tour des efforts pour sensibiliser et informer les citoyens en matière de l'hygiène publique en moyen des affiches de vulgarisation aux hôpitaux et établissement scolaires et des émissions à la radio et à la télévision.

Les contrôleurs et les inspecteurs vétérinaires chargés de surveiller les produits de la mer et des eaux douces ainsi que les inspecteurs chargés de surveiller les changements climatiques et environnementaux susceptibles de causer des contaminations des denrées alimentaires, notifient en toute urgence l'interdiction de la consommation des denrées soupçonnées et communiquent au grand public des informations nécessaires pour écarter toute contamination. C'est le cas par exemple lorsque le ministère de la pêche maritime a interdit la pêche des « huîtres », sur des côtes de l'atlantique près de la ville « aljadida » et la ville « assilla » par crainte d'intoxication suite à des investigations menées par les inspecteurs susvisés. Si les autorités sont incertaines ou le risque est inconnu, elles décrètent le principe de précaution et le diffuse par la presse et les médias au grand public et interdit la production ou la consommation relatives à l'origine du risque².

2- Rôle inactif des associations de protection des consommateurs :

Il est vrai que l'information et l'éducation des consommateurs comme moyens de la gestion de la sécurité sanitaire des produits alimentaires relève de la compétence des organisations de protection et d'encadrement des consommateurs. Les autorités ne font qu'encourager ces organisations à travers le soutien des émissions télévisées ou à la radio comme la mission qui se diffuse à 2M « stahlak bla matahlak » et « ainak mizanak ». Les aides financières à certaines associations dans le cadre de projets portant sur les campagnes de sensibilisation et d'information en utilisant les médias et les journaux. Cependant les efforts consentis restent en deçà des ambitions des consommateurs.

Certaines associations de protection du consommateur éditent des dépliants, magazines et journaux pour informer le consommateur sur les aspects présentant des dangers pour les

¹ « Communication en matière de réglementation relative à la sécurité sanitaire des aliments et de gestion des risques : Participation des consommateurs et d'autres parties intéressées », présenté par la délégation du Royaume du Maroc, acte de Forum mondial FAO/OMS des responsables de la sécurité sanitaire des aliments Marrakech (Maroc), 28 - 30 janvier 2002.

² Bendraoui Abdrrahim, op.cit, p.90

consommateurs. L'utilisation de ces moyens d'information a pu dans plusieurs cas attirer l'attention sur des incidents survenus portant préjudices aux consommateurs (cas des intoxications déloyales, ...) et donc prévenir les consommateurs pour prendre garde et alerter les autorités pour réagir en faveur de la santé du consommateur. Concernant la communication sur les risques les autorités gouvernementales doivent informer les consommateurs de tous les dangers et risques éminents qui peuvent constituer une menace pour leur santé. En réalité, cela se fait rarement nonobstant le développement spectaculaire des outils d'information notamment les pages web et réseaux sociaux.

Conclusion :

Enfin, il est important de signaler le manque flagrant de représentativité du mouvement consumériste, car ces adhérents ne se recrutent pas dans les milieux les plus défavorisés où le besoin de protection est pourtant le plus fort.

De ce fait, les associations ne peuvent servir de moyen d'expression à tous les consommateurs, mais uniquement à une strate sociale bien ciblée. Par conséquent, le mouvement associatif doit entreprendre un changement d'attitude, en adoptant une politique de proximité qui a pour but de protéger et assister les consommateurs les plus pauvres, ayant les problèmes sociaux les plus aigus.

Pour ce faire, les associations de la protection des consommateurs doivent développer des guichets conseils pour renforcer leurs actions de proximité en disposant d'un outil pour assister et orienter les consommateurs et dont le but est de faire adhérer le maximum des consommateurs et élargir la base de représentation des associations. Afin de renforcer la protection des consommateurs, notamment en matière de la sécurité sanitaire des produits alimentaires, et de promouvoir l'initiative des consommateurs pour demander assistance et conseil.

A travers cette démarche, les associations des consommateurs auront la possibilité de bénéficier de l'importance numérique, le nombre d'adhérents en d'autres termes, pour avoir plus de rayonnement et de représentativité qui leur permet de constituer un véritable poids dans le paysage politico-économique.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615