

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثالثون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 33 : يوليو 2015

- من مواضيع العدد 33 : يوليو 2015 :
- ظروف الجريمة في القانون الدولي الجنائي.
- المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور الضحايا.
- قراءة أولية في قانون التعويض عن حوادث الشغل.
- معايير تحديد الجريمة العسكرية وأركانها.
- تغيير الجنس بين المنع والإباحة - دراسة مقارنة.
- التأصيل الفقهي لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي.
- منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثالثون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تتبعنا بالمجلة

استقلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد

كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهني الدولية (2012/10/21)... المزيد

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

قراءة في النظام الفترقي الموائم (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد

العدد الثالث والثلاثون : يوليو 2015

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى 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 الثالث والثلاثون : لشهر يوليو 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 33 لشهر يوليو 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. ظروف الجريمة في القانون الدولي الجنائي على ضوء قضيتي دارفور وغزة : الدكتور بومدين محمد أستاذ التعليم

العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أدرار - الجزائر.....06

3. المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة : من إعداد لعلام محمد مهدي أستاذ مساعد بكلية

الحقوق والعلوم السياسية - بجامعة تلمسان وباحث في صف الدكتوراه القانون العام.....24

4. قراءة أولية في القانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل : من إعداد عبد الغني لغماري طالب

باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق جامعة المولى اسماعيل بمكناس - المملكة المغربية.....35

5. معايير تحديد الجريمة العسكرية وأركانها : من إعداد الأستاذ ميهوب يوسف باحث دكتوراه متخصص في القانون

الإجرائي أستاذ متعاقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم.....64

6. تغيير الجنس بين المنع والإباحة - دراسة مقارنة : من إعداد الأستاذ عامر نجيم باحث بصف الدكتوراه بالقانون

الخاص أستاذ مؤقت بكلية الحقوق - جامعة تلمسان.....73

7. التأصيل الفقهي لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي : من إعداد الأستاذة هناء الحمومي ، محامية وباحثة في قانون

المنازعات العمومية شعبة القانون العام جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية فاس.....83

8. منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني : حليتهم سراح : طالبة دكتوراه تخصص القانون المدني المعمق

عضو مخر القانون العقاري والبيئة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم.....92

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

9. La crise mondiale, son impact économique sur les pays africains : Par Ismail Ould Khalef :

Professeur d'économie à la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques de l'Université

de Nouakchott.....103

- 10.Des prescriptions et des sanctions relatives à la protection de l'eau et des milieux aquatiques: KAID HAFIDA Doctorante en droit des affaires comparée, et professeur contractuelle à la faculté de droit Mostaganem, Algérie.....113
- 11.L'Intelligence Juridique Moyen de Protection de la Société Anonyme : Réalisé par Mlle Maha AMGAAD Doctorante en « Droit privé Français » Université Hassan II, faculté des sciences Juridiques et économiques Mohammedia.....125
- 12.La Responsabilité contractuelle du fait d'autrui en Matière médical : Réalisé par : Zerrouki Khadidja Doctorante en droit des affaires comparée.Enseignante contractuelle a la faculté de droit de mostaganem, Algérie.....136
- 13.La piraterie maritime : OUNASSA Boukhmis Doctorante en droit comparé des affaires Université Djilali Liabbes, Algérie.....148

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الثالث و الثلاثين لشهر يوليو 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدالك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تحية طيبة لجميع رواد ومحبي مجلة الفقه والقانون الدولية في مختلف أنحاء العالم ، ورمضان مبارك سعيد أعاده الله على الأمة الإسلامية باليمن والبركات وقضاء الحاجات، إنه سميع مجيب الدعوات.

نضع بين أيديكم العدد الثالث والثلاثين من مجلة الفقه والقانون لشهر يوليو 2015، وقد شمل العدد الجديد عدة مواضيع هامة عن ظروف الجريمة في القانون الدولي الجنائي على ضوء قضيتي دارفور وغزة ، وعن معايير تحديد الجريمة العسكرية وأركانها .

وفي ما يرتبط بالمسؤولية ناقش العدد المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة ، والتأصيل الفقهي لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي .

هذا من جهة ومن جهة أخرى تناول العدد الجديد بالبحث والتفصيل قضية تغيير الجنس بين المنع والإباحة ، وقراءة أولية في القانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل ، بالإضافة إلى منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني ، هذا فضلا عن عدة أبحاث ودراسات قيمة باللغة الفرنسية.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدالك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

ظروف الجريمة في القانون الدولي الجنائي : على ضوء قضيتي دارفور وغزة



الدكتور بومدين محمد أستاذ التعليم العالي

بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أدرار- الجزائر

Email : bm.boumediene@gmail.com

مقدمة :

منذ أن تم إنشاء الأمم المتحدة وهيئاتها وفروعها المتخصصة في الدفاع عن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وضمان احترامها وعدم انتهاكها تحت أي ذريعة كانت، بدأ التفكير في تأسيس محكمة جنائية دولية تتولى مهمة التصدي لأهم الجرائم وأخطرها مساسا بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية مكتملة بذلك دور القضاء الجنائي الوطني في الحالات التي تكون فيها الدولة غير قادرة أو غير راغبة في التصدي لتلك الجرائم الإنسانية. وبعدها ما وصل الشعور والاهتمام العالمي إلى مرحلة متقدمة بأهمية عدم الإفلات من العقاب عن تلك الجرائم الخطيرة، وبضرورة وجود تلك المحكمة الجنائية الدولية، بدأت الخطوة الأولى بإنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة (المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا والمحكمة الجنائية لرواندا) ثم تلت الخطوة الثانية المهمة في هذا المجال بإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة سميت بالمحكمة الجنائية الدولية. تم إعلان قانونها الأساسي عام 1998 ودخلت حيز التطبيق عام 2002. وبهذه الخطوة الجبارة تحققت آمال الهيئات والمنظمات المدافعة عن حقوق الإنسان ورأت فيها الملاذ والسبيل الناجع لمحاكمة كل مرتكبي الجرائم الإنسانية وعدم الإفلات من العقاب مهما كانت جنسية مرتكبي الجرائم ومهما كانت جنسية الضحايا، على أساس أن العدالة الجنائية الدولية واحدة بالنسبة لجميع الدول وجميع الشعوب. لقد أحال مجلس الأمن قضية دارفور بموجب قراره رقم 1593 الصادر في 31 مارس 2005 بإحالة القضية إلى مدعي المحكمة الجنائية الدولية، بعدما كان قد طلب من الأمين العام للأمم المتحدة بإنشاء لجنة تحقيق بخصوص الجرائم المرتكبة في إقليم دارفور، وأكدت اللجنة وقوع جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية. بينما في قضية غزة فقد أنشأ مجلس حقوق الإنسان لجنة لتقصي الحقائق والتحقيق في انتهاكات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان المرتكبة من قبل إسرائيل، بوصفها سلطة الاحتلال، ضد الشعب الفلسطيني في جميع أنحاء الأرض الفلسطينية المحتلة، وبخاصة في قطاع غزة المحتل، نتيجة للعدوان الحالي، ويدعو إسرائيل إلى الامتناع عن عرقلة عملية التحقيق والتعاون مع البعثة

تعاونًا كاملاً¹ ورغم أن اللجنة برئاسة القاضي غولدستون قد أثبتت في تقريرها ارتكاب القوات الإسرائيلية لانتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، كما سيتضح لاحقاً، إلا أن مجلس الأمن لم يحرك القضية أمام المحكمة الجنائية الدولية كما فعل في قضية دارفور.

فالقضيتان مدرجتان باستمرار لحد الآن في مجلس حقوق الإنسان والجمعية العامة والأمانة العامة. وتختلفان في مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية؟ فبينما أصدر مجلس الأمن أكثر من 20 قراراً في قضية دارفور منذ بدايتها، لم يصدر في قضية غزة منذ العدوان الإسرائيلي عليها سوى قراره 1860. وبينما أصدرت المحكمة الجنائية الدولية قرارات عديدة تتعلق باتهام وتوقيف بحق مجموعة من الأشخاص متهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية من بينهم مسؤولين سودانيين وفي مقدمتهم الرئيس عمر البشير (صدر بحقه قراران من المحكمة الجنائية الدولية كما سيأتي) وبعض قادة الفصائل المتمردة في دارفور. بينما لم يتم تبني قضية غزة بعد من قبل المحكمة الجنائية الدولية. إن آليات العدالة الجنائية بما فيها المحكمة الجنائية الدولية ولجان التحقيق في الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وهي تحرك الدعوى الجنائية أو تحقق فيها أو تفصل فيها لا بد أن تراعي الظروف التي وقعت في ظلها الجريمة أو الجرائم. ولا بد في هذا الصدد من الاعتداد بالظروف المخففة والظروف المشددة وحالات الإباحة كالدفء الشرعي والضرورة..

إن الجريمة لا تنفصل عن الجاني ولا عن الظروف التي ارتكبت في ظلها. ففي قضية دارفور على سبيل الإشارة إذا صحت التقارير القائلة بأن أكثر من 150 ضابطاً عسكرياً من الجيش التشادي انضموا لمساندة المتمردين بصفتهم العسكرية فإن الجرائم التي يرتكبونها في دارفور تعتبر جرائم حرب، والأفعال التي ترتكب في حقهم قد تعتبر مشروعة على أساس أنهم قوات غازية اعتدت على سيادة وإقليم السودان ومن ثم تعتبر مشروعة بتوافر شروط الدفء الشرعي.

وفي المقابل فإن الجرائم التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية في إقليم غزة أثناء عملية الرصاص المصبوب أو المسكوب، تعتبر وفق القانون الدولي جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، كما أثبتتها لجنة تقصي الحقائق والمذكورة آنفاً، وتعتبر جريمة عدوان طبقاً للحالات الشائعة للعدوان في القانون الدولي، كما تعتبر جرائم إبادة جماعية، وذلك لظروف وأسباب الاحتلال وسياسة التمييز العنصري المتهججة ضد الشعب الفلسطيني الذي يمنحه القانون الدولي حق الدفء الشرعي وحق المقاومة استناداً إلى حق الشعوب في تقرير المصير.

والإشكالية التي يطرحها هذا المقال تتمحور حول التساؤل التالي: أليس من مقتضيات العدالة الجنائية البحث عن الظروف التي ارتكبت في ظلها الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ومراعاة الاختلاف بين تلك الظروف في كل من قضية دارفور وقضية غزة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات:

- هل يعتد القانون الجنائي بصفة عامة والقانون الدولي الجنائي بظروف الجريمة؟
- هل الظروف التي ارتكبت في ظلها الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية: جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وجريمة العدوان متشابهة في الإقليمين؟
- وهل أخذت لجان التحقيق بتلك الظروف في تلك الجرائم في الحاليتين؟

¹ - قرار د/1-9- الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في الأرض الفلسطينية المحتلة، وبخاصة الانتهاكات الناشئة عن الهجمات العسكرية الإسرائيلية الأخيرة على قطاع غزة المحتل، الدورة الاستثنائية التاسعة، الجلسة الثالثة، 12 كانون الثاني/يناير 2009.

- هل الجرائم في حالة غزاة أكثر وضوحا وتكريسا وعلانية أم في دارفور؟
 - أي الحالتين أكثر إلحاحا وشرعية في الإحالة على المحكمة الجنائية الدولية؟
 للإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها يمكن تقسيم الموضوع إلى :
 الفرع الأول : ظروف الجريمة في القانون الجنائي.
 الفرع الثاني : الظروف المتعلقة بأطراف الجريمة في كل من دارفور وغزة.
 الفرع الثالث : الظروف المتعلقة بنوع الجرائم ودوافعها في كل من دارفور وغزة.
 الفرع الأول : ظروف الجريمة في القانون الجنائي :

والظروف المحيطة بالجريمة أو بالجاني كثيرة ومتعددة في القوانين الجنائية. منها الظروف المشددة للعقوبة وهي تلك الظروف أو الوقائع التي تقترن بالجريمة فتشدد عقوبتها وهي ليست من أركان الجريمة بل يختلف ركن الجريمة عن الظرف المشدد كما بينه قرار الغرفة الجنائية الأولى بالمحكمة العليا "يعتبر ركنا من أركان الجريمة العنصر الذي يشترط توافره لتحقيقها بينما يعد ظرفا مشددا العنصر الذي يضاف إلى أركان الجريمة ويشدد عقوبتها"¹. فالقتل كجريمة يختلف في القوانين الجنائية حسب تكييف الجريمة والظروف والملايسات المصاحبة لها. فالقتل الخطأ أقل خطورة وأخف عقوبة من القتل العمد. بينما القتل مع سبق الإصرار جريمة أخطر وعقوبتها أشد. وكذلك القتل مع التردد باعتباره ظرفا مشددا يختلف عن ظرف سبق الإصرار.²

ويفرق فقهاء القانون الجنائي بين الظروف والوقائع الخارجية والظروف الشخصية المرتبطة بالجاني أو المتهم. ولا يهتم هذا المقال بالظروف الشخصية للجاني وقد أخذت المحكمة الجنائية في قانونها الأساسي بسببين منها: المرض أو القصور العقلي والسكر غير الإرادي وهي ظروف أو أسباب تمنع قيام المسؤولية الجنائية.³ أما الظروف المشددة الواقعية فهي تلك التي تتصل بالوقائع الخارجية التي رافقت الجريمة وهذه الظروف تغلظ إجرام الفعل. أما الظروف المشددة الشخصية فهي ظروف ذاتية تتصل بالصفة الشخصية للفاعل والشريك ومن شأنها تغليظ عقوبة من تتصل به.⁴

¹ - المجلة القضائية للمحكمة العليا، في الطعن رقم 646-36 العدد 02 لسنة 1990 ص: 242 .

² - وهناك من يفرق بين الطرفين إذ يعتبر سبق الإصرار ظرفا مشددا يتعلق بشخص الجاني أي من الظروف الشخصية بينما ظرف التردد يعتبر من الظروف المادية أو الخارجية عن شخص الجاني. إلا أن الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/04/29 جعلت الطرفين معا من الظروف المشددة الشخصية تتعلق بالفاعل الأصلي ولا تسري بالنسبة للشريك. الاجتهاد القضائي للغرفة الجنائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد خاص، 2003، ص 118.

³ - نصت المادة 31 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية:

1- "بالإضافة إلى الأسباب الأخرى لامتناع المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي، لا يسأل الشخص جنائيا إذا كان وقت ارتكابه السلوك:
 أ) يعاني مرضا أو قصورا عقليا يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه، أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتمشى مع مقتضيات القانون.
 ب) في حالة سكر مما يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتمشى مع مقتضيات القانون، ما لم يكن الشخص قد سكر باختياره في ظل ظروف كان يعلم فيها أنه يحتمل أن يصدر عنه نتيجة للسكر سلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، أو تجاهل فيها هذا الاحتمال."

⁴ - الدكتور أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002، ص: 258 و 259.

وهناك مجموعة من الجرائم الدولية قد ترتكب بالفعل ولكن نظرا لارتكابها في ظروف معينة وبشروط محددة قد تنقلب إلى أفعال مبررة ومشروعة ومنها: حالة الدفاع الشرعي، ومقاومة الاحتلال، ومقاومة التمييز العنصري.¹ ومنها أيضا الضرورة التي أخذت بها القوانين الوضعية وحتى الشرائع السماوية.²

والأصل في القانون أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي حالة خارجة عن إرادة الشخص تحيط به فتدفعه إلى ارتكاب الجريمة في سبيل وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حله. كما نص على ذلك قانون العقوبات الجزائري.³

والضرورة في الاصطلاح القانوني: هي حلول خطر جسيم لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب محظور.⁴

وقد نص عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة 31 منه في الفقرة د:

“إذا كان السلوك المدعى أنه يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير إكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر أو وشيك ضد ذلك الشخص أو شخص آخر، وتصرف الشخص تصرفا لازما ومعقولا لتجنب هذا التهديد، شريطة ألا يقصد الشخص أن يتسبب في ضرر أكبر من الضرر المراد تجنبه. ويكون ذلك التهديد:

1" صادرا عن أشخاص آخرين.

2" أو تشكل بفعل ظروف أخرى خارجة عن إرادة ذلك الشخص”.

وقد أخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالدفاع الشرعي كسبب من أسباب انتفاء المسؤولية في الفقرة ج من المادة 31 إذا ارتكبت الجريمة أو الجرائم في حالة الدفاع الشرعي⁵ وتحققت شروطها.

كما أخذ النظام الأساسي للمحكمة أيضا بحالة أخرى من حالات انتفاء المسؤولية وهي حالة الضرورة أو الإكراه سواء كان صادرا من شخص أو كان نتيجة ظروف خارجة عن إرادة الشخص المعني:

“إذا كان السلوك المدعى أنه يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير إكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر أو وشيك ضد ذلك الشخص أو شخص آخر، وتصرف

¹ - د. أشرف محمد لاشين، أسباب امتناع المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي الدولي، منشور في موقع مركز الإعلام الأمني، 2011/11/20. ص 02.

² - وعرفها فقهاء الشريعة بأنها “تطراً على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوثها ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعهما، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه”. محمد عبد المنعم عطية دراغمة، أثر الظروف في تخفيف العقوبة: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005، ص 111.

³ - “لا جريمة:

1 - إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2 - إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك

للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء”. المادة 39 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

⁴ - الأستاذ مبروك عبد الله الفخري المستشار بالمحكمة العليا، مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية، مقال منشور في موقع وزارة العدل

الليبية: <http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=293>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 10/01/2013

⁵ - “يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع، في حالة جرائم الحرب، عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها... وذلك بطريقة تتناسب مع درجة الخطر الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها. واشتراك الشخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سببا لامتناع المسؤولية الجنائية بموجب هذه الفقرة الفرعية”.

الشخص تصرفا لازما ومعقولا لتجنب هذا التهديد، شريطة ألا يقصد الشخص أن يتسبب في ضرر أكبر من الضرر المراد تجنبه. ويكون ذلك التهديد:

"1" صادرا عن أشخاص آخرين.

"2" أو تشكل بفعل ظروف أخرى خارجة عن إرادة ذلك الشخص".

فكثير من القوانين الجنائية تنص على عدم مساءلة الشخص جنائيا إذا ارتكب فعلا مأمورا به من السلطة الشرعية.¹ وقد أكد على هذا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة 33 حيث أعفت الشخص من المسؤولية في حالة تنفيذه لأوامر الحكومة أو الرئيس سواء كان ها الأخير عسكريا أم مدنيا في الحالات التالية:

"أ) إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني.

ب) إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع.

ج) إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة.

2- لأغراض هذه المادة، تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية."

ومن الظروف التي تقرها القوانين وحتى الدساتير الظروف التي تسمح بإعلان الأحكام العرفية *Etat de siège* وذلك حين تتعرض الدولة لخطر عدوان عسكري أو لعصيان مسلح مما يستوجب على المواطنين حمل السلاح والدفاع بحكم الضرورة عن وطنهم فور إعلان السلطات لحالة الأحكام العرفية العسكرية أو غيرها كضرورة للدفاع عن الوطن أو للدفاع عن الأمن الداخلي والخارجي.² ولا شك والحالة كذلك أن تحدث تجاوزات وجرائم من قبل الأفراد على البعض الآخر في الطرف المعادي. وتعرف التشريعات المنظمة للظروف الاستثنائية بقوانين الطوارئ أو الحصار *Etat de siège* في الدول اللاتينية أو النظام القانوني اللاتيني، بينما في الدول الأنجلوساكسونية فتعرف بقوانين الأحكام العرفية: *Martial law* ولا يوجد في القوانين الداخلية ولا في الدولية تعريف للظروف الاستثنائية وليس من السهل وضع معيار دقيق لها، لأن ما يعد ظرفا استثنائيا أحيانا لا يعتبر كذلك إلا من خلال ما يحيط به من ظروف زمنية ومكانية معينة. فقد رأى مجلس الدولة الفرنسي وهو المنشئ لنظرية الظروف الاستثنائية، أنه لا حاجة لتعريف هذا المصطلح لأنه كاف في حد ذاته للدلالة على معناه.³

وإذا كانت الظروف تحتم على الدولة أن تتحلل من التزاماتها المتعلقة بحقوق الإنسان، بحيث يمكنها وضع بعض القيود على هذه الحقوق من أجل إنقاذ حياة الأفراد والمحافظة على النظام العام، وإذا كان القانون الدولي قد سمح للدولة بأن لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بشأن حقوق الإنسان كما ورد في المادة الرابعة من العهد الدولي

¹ - إذ لا يجوز السماح لكل مواطن مناقشة أوامر السلطة. ولا أن يتذرع بعدم شرعية الأوامر لمواجهة ممثل السلطة بالقوة والتمرد. وهذا ما أكدته محكمة التمييز الفرنسية:

"L'agression commise par un agent de la force publique étant présumée juste, il y a incompatibilité entre la légitime et une agression de ce type"; Crim., 5 janvier 1821, Bernard, S, 1821.I.358; Crim., 15 sept. 1864, Antonis, S, 1865.I.152, Les grands arrêts du droit criminel, T.I, Dalloz, 1995, n 21, p. 245s.

انظر القانون الفرنسي والقانون الأردني وغيرهما د. رنا غبراهيم العطور، دور القانون في إباحة التجريم، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخمسون، ابريل 2012، ص 151.

² - د. فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002، ص 557.

³ - د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 121.

للحقوق المدنية والسياسية، فقد اشترط هذا القيد أو الإجراء للحد من حالات الطوارئ الفعلية غير الرسمية¹، بحيث أن هذا الإجراء يعتبر أساسياً يترتب عليه حرمان الدولة من التمسك برخصة التحلل من الالتزامات²، ووجوب الإخطار عن إعلان وإنهاء حالة الطوارئ على المستوى الدولي وأن تكون التدابير مما يلزم اتخاذه ومتناسبة مع شدة أو حجم الخطر الذي تواجهه الدولة.³

وإذا كانت القوانين الجنائية بما فيها القانون الدولي الجنائي يعتد بظروف الجريمة وكذلك أخذت المحكمة الجنائية الدولية في نظامها الأساسي ببعض الظروف التي تحيط بالجريمة فإن العدالة تقتضي وجوب البحث عن ظروف الجريمة في كل من حالة دارفور التي أحييت على المحكمة الجنائية الدولية التي وجهت اتهامات للحكومة السودانية بما فيها رئيس الجمهورية عمر البشير بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية.. وحالة غزة التي لم تتم إحالتها على المحكمة الجنائية الدولية، والمقارنة بينهما في الفروع التالية.

الفرع الثاني: الظروف المتعلقة بأطراف الجريمة في كل من دارفور وغزة:

لقد حملت بعثة تقصي الحقائق في دارفور المسؤولية عن الجرائم المرتكبة في الإقليم للحكومة المركزية في السودان بالدرجة الأولى كما جاء في تقريرها المذكور سابقاً. فمن بين المتهمين المذكورين في الرسالة المرفقة والمتضمنة 51 شخصاً⁴ منهم 41 تابعون للحكومة السودانية سواء كانوا ضمن المسؤولين المركزيين أو المحليين أو من الجنجويد المزمع تبعية لهم لحكومة السودان. بينما اقتصررت الاتهامات على أطراف أخرى: 07 أشخاص من مختلف الجماعات المتمردة و03 ضباط أجناب.

بينما لم تقدم لجنة تقصي الحقائق في غزة أي متهم. رغم أن جرائم الاحتلال الإسرائيلي كانت تنقل مباشرة على شاشات القنوات الفضائية عبر العالم. واكتفت بتحميل المسؤولية لكل من إسرائيل، والسلطة الفلسطينية في غزة والسلطة الفلسطينية في الضفة الغربية. وذلك بعدما نجح رئيس البعثة في تغيير مهمة البعثة من: "التحقيق في جميع انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي المرتكبة من قِبَل إسرائيل، بوصفها سلطة الاحتلال، ضد الشعب الفلسطيني في جميع أنحاء الأرض الفلسطينية المحتلة، وبخاصة في قطاع غزة المحتل، نتيجة

¹ ففي 1988 بلغت الدول التي هي في حالة طوارئ فعلية ربع عدد الدول الأعضاء في الأمم المتحدة حسب تقرير منظمة العفو الدولية، بينما بلغت الحالات المعلنة في الستينات والسبعينات في أكثر من ثلاثين دولة خارج مجموعة دول أمريكا اللاتينية (التي تعيش معظمها في حالات طوارئ) بينما بلغ هذا العدد في الثمانينات خمسة وثلاثين دولة. سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، (رسالة دكتوراه) جامعة الإسكندرية، 1993، ص 14.

² -Hartman J.F., Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency, *Harvard I.L.J.*, Vol. 22, N:° 1, Winter 1981, p.18; Robertson A.H., Human Rights in the world: an Introduction to the Study of International Protection of Human Rights, 2nd, New York, 1982, p. 227.

³ - سعيد فهم خليل، المرجع السابق، ص 79 وما بعدها

⁴ - أرفقت اللجنة مع التقرير ظرفاً مغلقاً يشمل مبدئياً أسماء 51 متهماً بارتكاب تلك الجرائم حددت هويتهم وعددهم كالتالي:

- 10 مسؤولين رفيعي المستوى في الحكومة المركزية.
- 17 مسؤولاً حكومياً يعملون على الصعيد المحلي في دارفور،
- 14 فرداً من الجنجويد،
- 07 أفراد من مختلف الجماعات المتمردة،
- 03 ضباط ينتمون إلى جيش أجنبي شاركوا بصفتهم الشخصية في الصراع. تقرير لجنة التحقيق الدولية بشأن دارفور، المرجع السابق، البند رقم 531 منه، ص 197.

للعنوان الحالي"، كما ورد في قرار مجلس حقوق الإنسان الذي نص على إنشاء اللجنة.¹ إلى: "التحقيق في جميع انتهاكات قانون حقوق الإنسان الدولي والقانون الإنساني الدولي التي تكون قد ارتكبت في أي وقت في سياق العمليات العسكرية التي جرى القيام بها في غزة في أثناء الفترة من 27 كانون الأول/ديسمبر 2008 إلى 18 كانون الثاني/يناير 2009، سواء ارتكبت قبل هذه العمليات أو أثناءها أو بعدها" كما ورد في ديباجة التقرير الذي قدمته اللجنة باللغة الإنجليزية² وكما ورد في البيان الذي أدلى به ريتشارد غولدستون أمام مجلس حقوق الإنسان باسم أعضاء بعثة تقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة.³ وبعد إقرار وموافقة مجلس حقوق الإنسان على تقرير غولدستون، أصبح الاستناد إلى تقرير البعثة، في جميع فروع الأمم المتحدة وفي الجمعية العامة في قراراتها اللاحقة أو في مجلس حقوق الإنسان، على أساس أنه "متابعة تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن الصراع في غزة."⁴

ومن ثم أدخل في دائرة الاتهام بالإضافة إلى السلطات الإسرائيلية أطراف أخرى هي السلطة الفلسطينية في الضفة الغربية وهي طرف لا علاقة له بالاجتياح الإسرائيلي لقطاع غزة، والفصائل الفلسطينية وحكومة حماس في القطاع رغم وجودهم في حالة دفاع شرعي عن النفس وهذا رغم اعتراف لجنة تقصي الحقائق نفسها بعدم المساواة بين الطرفين: "وهذا لا يعني مجال من الأحوال المساواة بين وضع إسرائيل كسلطة احتلال ووضع الشعب الفلسطيني المحتل أو الكيانات التي تمثله. والفروق بين الوضعين فيما يخص القوة والقدرة على إلحاق الأذى أو توفير الحماية، بما في ذلك عن طريق إحقاق العدل عند وقوع انتهاكات، بيّنة والمقارنة بينهما لا هي ممكنة ولا هي ضرورية."⁵

أما في دارفور فيظهر من خلال النظرة السطحية للصراع أن المسؤولية الكبرى عن الجرائم المرتكبة كما ورد في القائمة الاسمية التي قدمتها لجنة التحقيق تتحملها حكومة البشير المركزية، أو أن طرفها الأساسي هو هذه الحكومة. بينما العدالة تقتضي التعمق والإحاطة بكل ظروف الجرائم التي وقعت من حيث أطرافها. فقد أثبتت تقارير الخبراء أن العديد من تلك الجرائم أطرافها القبائل المختلفة والصراعات الإثنية المنتشرة بين السودان وتشاد والكونغو الديمقراطي وأفريقيا الوسطى.⁶ بل إن الصراعات والاقبتال نشب وينشب دائما حتى بين القبائل التي تنتمي إلى إثنية أو أصل واحد.⁷ كما أن تمرد الحركة الشعبية لتحرير السودان ومحاولاتها الحثيثة في جر مناطق أخرى من السودان إلى التمرد عن الدولة دفع الحكومات المركزية في السودان إلى البحث عن أساليب أخرى غير الاعتماد

¹ - قرار د1/9-1 الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في الأرض الفلسطينية المحتلة، وبخاصة الانتهاكات الناشئة عن الهجمات العسكرية الإسرائيلية الأخيرة على قطاع غزة المحتل، الدورة الاستثنائية التاسعة، الجلسة الثالثة، 12 كانون الثاني/يناير 2009.

² - Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, HUMAN RIGHTS COUNCIL, A/HRC/12/48, 25 September 2009, p. 13.

³ - "As you all know, the Mission was established in April of this year with the mandate to investigate "all violations of International Human Rights Law and International Humanitarian Law that might have been committed at any time in the context of the military operations that were conducted in Gaza from 27 December 2008 – 18 January 2009, whether before during or after"". Statement by Richard Goldstone on behalf of the Members of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict before the Human Rights Council, Human Rights Council 12th Session – 29 September 2009, Geneva, 29 September 2009, p. 02.

⁴ - Follow-up to the report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict,

Resolution 16/32 adopted by the Human Rights Council, Human Rights Council, 13 April 2011, A/HRC/RES/16/32.

⁵ - تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة -الاستنتاجات والتوصيات- مجلس حقوق الإنسان، وثيقة تحت رقم:

A/HRC/12/48 (ADVANCE 2) 24 September 2009

⁶ - د. كمال محمد جاه الله، التداخل القبلي واللغوي بين السودان والدول الإفريقية، مجلة دراسات إفريقية، مركز البحوث والدراسات الإفريقية، جامعة إفريقيا العالمية، العدد 43، 2010، ص 72-73.

⁷ - الصادق المهدي، نحو إرساء قواعد العدل والإنصاف في دارفور، مركز القاهرة لدراسة حقوق الإنسان، القاهرة، 2007، ص 139.

الكلية على الجيش النظامي لمواجهة محاولات التمرد. فقد لجأت حكومة الصادق المهدي بداية الثمانينات إلى إمداد قبيلة الرزيقات في جنوب دارفور بالسلاح لمواجهة القبائل المناوئة. كما «اضطر نظام الإنقاذ الحالي إلى مواجهة التمرد الذي قاده داوود يحيى بولاد عام 1991 بعد أن أعلن انضمامه للحركة الشعبية وأمدته هذه الأخيرة بالعتاد وخمسة آلاف من المقاتلين»¹. كما أن الحرب الأهلية في دولة تشاد ساهمت بقدر كبير في تفاقم مشاكل السودان. حيث لجأ أكثر من 03 ملايين تشادي إلى السودان واستوطن أكثر من نصفهم في دارفور مع وجود أكثر من "خمسين قبيلة مشتركة بين السودان وتشاد، وأصبح العنصر التشادي سواء من القبائل الأفريقية مثل الزغاوة أو العربية القاسم المشترك في التدهور الأمني بدارفور على مدى السنوات الماضية وحتى الآن"². وقد أكدت تقارير الباحثين والمختصين³ وكذلك مجموعة الخبراء بشأن السودان عام 2008 أن النزاع في دارفور أخذ في التوسع فلم يعد يقتصر على تزويد الأسلحة والمركبات والتدريب للجماعات المسلحة بين حكومي السودان وتشاد المعارضة لبعضهما البعض، بل إن حرباً بالوكالة تدور بين هذين البلدين لحساب جهات أخرى خارج الدول المجاورة لمنطقة دارفور.⁴

أما بخصوص قطاع غزة فمن خلال الظروف المحيطة بأطراف الجريمة يتضح أن أطراف الجرائم في غزة طرف واحد فقط هو الجيش الإسرائيلي أو السلطات الإسرائيلية باعتبارها المسؤولة عن كل الجرائم المرتكبة ضد الفلسطينيين في غزة. وقد قدمت دعاوى وشكاوى كثيرة إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية من بينها ما قدمته 350 منظمة وجمعية مدنية ونقابية مع عدد كبير من المحامين العرب والأوروبيين باسم "التحالف الدولي من أجل محاكمة مجرمي الحرب الإسرائيلية على قطاع غزة"⁵. ومنها أيضاً ما قدمه المركز العربي لاستقلال القضاء والحماية، بوصفه منسقاً للتحالف العربي من أجل المحكمة الجنائية الدولية، من لائحة تضم مجموعة من القادة الإسرائيليين بصفتهم مسئولين رئيسيين عن مرؤوسيه في القوات الجوية والبرية والبحرية الإسرائيلية في عملية العدوان على غزة التي بدأت بتاريخ 27 ديسمبر 2008 وسميت عملية "الرصاص المصبوب"، ومن بينهم:

- أيهود أولمرت رئيس حكومة تسيير الأعمال الإسرائيلية،
- أيهود باراك وزير الدفاع الإسرائيلي،
- ماتان فلنائي نائب وزير الحرب الإسرائيلي،
- آفي ديختر وزير الأمن الداخلي الإسرائيلي،
- جابي اشكنازي رئيس أركان الجيش الإسرائيلي،

¹ - د هاني رسلان، (مستول ملف السودان وحوض النيل بمركز الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية)، خلفية تاريخية عن أزمة إقليم دارفور، ورقة قدمت لمؤتمر "المحكمة الجنائية الدولية وأزمة إقليم دارفور"، المنعقد بالقاهرة في 19 يناير 2008، ص 04.

² - حامد إبراهيم حامد، المرجع السابق، ص 01.

³ - ربيكا باربر، تيسير المساعدة الإنسانية في القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 874، يونيو 2009، ص 102.

⁴ - Panel of Experts on the Sudan, Report of the Panel of Experts Established Pursuant to Resolution 1591 (2005) Concerning the Sudan, UN Doc. S/2008/647 (2008) p.03.

⁵ - 350 منظمة دولية تقاضي إسرائيل في لاهاي، القدس المحتلة - إنسان أون لاين 28-01-2009 - منشور في الموقع:

http://www.insanonline.net/news_details.php?id=6427

وأكد المركز أن المدعي العام للمحكمة مطالب طبقاً للمادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة¹، بتوجيه الاتهام والمسئولية عن ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لأولئك القادة.²

الفرع الثالث: الظروف المتعلقة بنوع الجرائم ودوافعها في كل من دارفور وغزة:

لقد تضمن تقرير بعثة التحقيق في دارفور أن ثمة ما يدعو للاعتقاد أن جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب قد ارتكبت في إقليم دارفور مؤكدة مسؤولية حكومة السودان ومليشيات الجنجويد عن انتهاكات خطيرة للقانون الدولي لحقوق الإنسان وللقانون الإنساني الدولي تشكل جرائم بموجب القانون الدولي تمثلت في هجمات عشوائية، وقتل المدنيين، والتعذيب، والاختفاءات القسرية وتدمير القرى، والاغتصاب والنهب، والتشريد القسري. كما أثبتت اللجنة مسؤولية الفصائل المتمردة عن الحكومة عن ارتكابها جرائم حرب تمثلت على الخصوص في قتل المدنيين وأعمال النهب.

واستبعدت اللجنة في تقريرها وقوع جريمة الإبادة الجماعية³ في دارفور مشككة في تحقق الركن المعنوي لها وهو القصد الجنائي. رغم أنها لم تستبعد توافر الركن المادي لها والمتمثل في ارتكاب أفعال من بعض القوات الحكومية. تاركة إثبات ذلك من قبل المحكمة الجنائية بعد دراسة كل حالة على حدة.⁴

أما في حالة غزة فقد خلصت لجنة تقصي الحقائق في تقريرها إلى أن القوات الإسرائيلية قد ارتكبت جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية تمثلت على الخصوص في شن هجمات عشوائية متعمدة وغير مبررة على المدنيين، واستهداف الشرطة وقتلهم، فقد قُتل عمدا 99 شرطيا في الحوادث التي حققت فيها البعثة، ورفض السماح بإخلاء الجرحى أو إتاحة وصول الإغاثة إليهم بشكل تعسفي، واستخدام المدنيين الفلسطينيين دروعا بشرية للدخول على بيوت ملغمة أو فيها أعداء، واستجواب المدنيين تحت التهديد بالقتل لانتزاع معلومات عن المقاتلين والأنفاق، واعتقال مجموعة كبيرة من المدنيين واحتجازهم لمدة طويلة في ذات الظروف مما يشكل عقابا جماعيا مخالفا لاتفاقية جنيف وقانون لاهاي ويعد جريمة حرب، وتدمير المباني الحكومية والبنية التحتية: كالمجلس التشريعي الفلسطيني والسجن الرئيسي بقطاع غزة، ومقرات الشرطة، والمواقع الصناعية وخزانات وآبار المياه، والمرافق المخصصة لإنتاج الأغذية وتصنيعها واعتبرت تدميرها بمثابة جريمة حرب. وقصف المستشفيات والمساجد، وحصار قطاع غزة.

أما الاتهامات الموجهة إلى الفصائل الفلسطينية فتمثلت في التواجد وسط المدنيين في مناطق حضرية أثناء العمليات العسكرية، وإطلاق الصواريخ باتجاه البلدات الإسرائيلية مما يلحق أضرارا بالمنازل والمدارس والسيارات، وتساقطها

¹ - المادة (15) تنص على أنه :

- للمدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة.

- يقوم المدعي العام بتحليل جديّة المعلومات المتلقاة. ويجوز له لهذا الغرض، التماس معلومات إضافية من الدول، أو أجهزة الأمم المتحدة، أو المنظمات الحكومية الدولية أو غير الحكومية، أو أية مصادر أخرى موثوق بها يراها ملائمة. ويجوز له تلقي الشهادات التحريرية أو الشفوية في مقر المحكمة.

- إذا استنتج المدعي العام أن هناك أساسا معقولا للشروع في إجراء تحقيق، يقدم إلى دائرة ما قبل المحكمة طلبا للإذن بإجراء تحقيق، مشفوعا بأية مواد يجمعها. ويجوز للمدعي عليهم إجراء مرافعات لدى دائرة ما قبل المحكمة وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

² - المركز يتقدم بطلب إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية لمباشرة التحقيق حول جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في غزة، القاهرة في 15/01/2009، منشور في موقع المركز: <http://www.acicc.org/ar/Press%2052-52.asp>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 19/03/2011 18:10

³ - «خلصت اللجنة إلى أن حكومة السودان لم تنتهج سياسة تستهدف الإبادة الجماعية». البند 640 من تقرير اللجنة، ص 234.

⁴ - «على أن اللجنة تدرك بالفعل أن الأفراد، ومنهم المسؤولون الحكوميون، يمكن في بعض الحالات أن يرتكبوا أعمالا بنية الإبادة الجماعية. والسؤال عما إذا كان هذا هو ما حدث في دارفور سؤال لا تستطيع أن تبت فيه سوى محكمة مختصة على أساس كل حالة على حدة». البند 641 من تقرير اللجنة، ص 235.

على مدنيين بسبب عدم التمييز بين الأهداف العسكرية والمدنيين ولعدم دقة الصواريخ. وخلص التقرير إلى أن هذه الأفعال يمكن أن تشكل جرائم حرب. يتضح من العرض والقراءة السطحية لنتائج التحقيق من خلال تقرير اللجنتين نقاط تشابه واختلاف يمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- تتفق اللجنتان حول وقوع جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب في كل من غزة ودارفور.
- 2- تتفقان أيضا في إثبات ونسبة الجرائم ضد الإنسانية للحكومتين واثبات ونسبة جرائم الحرب للطرف المضاد لحكومة السودان والمتمثل في الفصائل المتمردة، وللطرف المضاد لحكومة إسرائيل والمتمثل في الفصائل الفلسطينية.
- 3- تختلفان في أن لجنة دارفور قدمت 51 شخصا متهما بالاسم معظمهم (41 منهم) يتبع الحكومة السودانية رغم أن الجرائم وقعت في قرى ومداشر دارفور بعيدة عن أعين ووسائل الإعلام. بينما لم تقدم لجنة التحقيق في غزة أي اسم رغم أن الجرائم كانت تنقل على المباشر عبر كل قنوات ووسائل الإعلام العالمية؟ أن النظرة الشاملة والموضوعية تقتضي الأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المحيطة بتلك الجرائم في كل إقليم. ففي دارفور كانت الحكومة والمواطنين المواليين لها (الجنجويد) تخوض معارك ضد حركات التمرد المختلفة المدعومة من جهات أجنبية كما ثبت سابقا في الفقرات أعلاه. ومن ثم فهي تمارس حق الدفاع الشرعي عن وحدة أراضيها وسيادتها واستقلالها. مع ضرورة الأخذ في الحسبان أن تجاوز الدفاع الشرعي أو انحراف بعض الجنود أو المواليين للحكومة وارتكابهم لجرائم ضد المواطنين المدنيين غير المقاتلين يمكن أن يرقى إلى جرائم ضد الإنسانية أو جرائم حرب. وهل تستطيع أي حكومة في العالم أن تتحمل ما تحمله السودان، بأن يتواجد على أراضيها أكثر من 03 ملايين لاجئ في دارفور وحدها، كما سبق ذكره، بالإضافة إلى اللاجئين من دول الجوار الأخرى من اريتيريا وأثيوبيا وأوغندا وأفريقيا الوسطى وغيرها. وقد تفاقمت الصراعات القبلية وتدخلات الدول الأجنبية - كما سبقت الإشارة - ومحاولات التمرد والانفصال التي أدت إلى تدهور الأمن وانتشار العصابات المسلحة. وقد أكد هذا فريق الخبراء المعني بالسودان¹ في تقريره في عام 2010 أن الاقتتال لم يعد بين قوات الحكومة السودانية وبين فصائل المتمردين فقط بل من جماعات مسلحة كثيرة بفعل الصراع الطائفي والقبلي. وقد أورد فريق الخبراء في تقريره مثلا واضحا عن الاقتتال بين القبائل تسبب في مقتل أكثر من 600 شخص وتشريد آلاف الأسر في دارفور في النصف الأول من سنة 2010.² فقد أكد الفريق في تقريره وجود مجموعات متمردة وقد حاولت الحكومة السودانية أن توقع معها اتفاق إطار للسلام في فبراير 2010 في الدوحة في إطار الاتفاق المبرم بين الحكومة السودانية وحركة العدل والمساواة، وقد حضرت هذه المجموعات المتمردة لتشكيل حركة التحرير والعدل غير أن حركة العدل والمساواة اعترضت على انضمام هذه المجموعات مصررة على أن تلك المجموعات لا يمكنها الانضمام إلى المفاوضات إلا في ظل قيادتها وهددت بالانسحاب من عملية السلام.³ كما أكد التقرير أن هجمات الجماعات المسلحة تستهدف القوافل التابعة للحكومة السودانية وكذلك القوافل التجارية. كما قدم التقرير جداول لأهم الهجمات التي وقعت من هذه الجماعات في الفترة ما بين يناير 2009 ومايو 2010 وأثبت تصنيفا لمختلف الجماعات من بينها جماعات مسلحة تابعة لجيش تحرير

¹ - تقرير فريق الخبراء المعني بالسودان المنشأ عملا بالقرار 1591(2005) المقدم إلى رئيس مجلس الأمن بتاريخ 12 نوفمبر 2010 تحت رقم: S/2011/111

08/03/2011

² - تقرير فريق الخبراء المعني بالسودان، المرجع السابق، ص 05.

³ - نفس التقرير، ص 18

السودان وبعضها تابع لحركة العدل والمساواة والبعض الآخر لم يتسن تحديد هويتهم.¹ كما أكد التقرير في الجدول رقم 04 الهجمات على أفراد حفظ السلام التابعين للعملية المختلطة من جماعات مسلحة مختلفة.² كما حدد التقرير في الجدول رقم 07 حوادث الخطف والاعتداءات على موظفي المساعدات الإنسانية الدوليين.³ وكل هذا يؤكد أن أي حكومة في نفس الظروف التي وجدت فيها الحكومة السودانية لا تختلف كثيرا عنها في التصدي لمجموعات التمرد والانفصال والجماعات المسلحة المدعومة من الدول المجاورة. فضلا عن الصراعات القبلية والصراعات عن الأراضي والموارد المائية.

وفي المقابل فإن تقرير لجنة تقصي الحقائق في غزة رغم إشارته إلى مختلف الجرائم التي ارتكبتها السلطات الإسرائيلية في غزة أثناء عملية الرصاص المسكوب ورغم استعمالها للأسلحة المخطورة دوليا⁴ لم يشر التقرير إلى أي شخصية من الحكومة سواء السياسية منها أو العسكرية رغم الأدلة الواضحة، على خلاف الوضع في السودان، فقد كانت وسائل الإعلام تنقل الأحداث من غزة مباشرة. كما أن التقرير حمل الفصائل الفلسطينية أيضا مسؤولية ارتكاب جرائم حرب.

والمأمل المحايد وبالنظر إلى الظروف المحيطة بالحالة في غزة لا يحمل إسرائيل المسؤولية الكاملة عن جميع ما يحدث في غزة فحسب، بل ما يحدث في كل الأراضي الفلسطينية المحتلة أيضا. فبالإضافة إلى الجرائم الواردة في تقرير لجنة تقصي الحقائق هناك ظروف مشددة وجرائم مستمرة ارتكبتها ولا زالت ترتكبها إسرائيل في جميع الأراضي المحتلة أهمها الاحتلال والحصار والتمييز والفصل العنصريين والعدوان والاعتداءات خارج نطاق القانون. فالعدالة تقتضي التفرقة بين حكومة ارتكبت جرائم القتل والتدمير وغيرها، للدفاع عن وحدة أراضيها وحماية مواطنيها والنظام العام، ضد حركات التمرد والجماعات المسلحة ودعوات الانفصال كما في دارفور والسودان عموما، وبين حكومة ارتكبت نفس الجرائم من أجل توسيع احتلالها والاستيلاء على أراضي الغير بالقوة كما تفعل إسرائيل في الأراضي الفلسطينية. إن الاحتلال في حد ذاته جريمة شنعاء تحظرها جميع الشرائع والمواثيق الدولية. واستنكرتها جميع هيئات وفروع الأمم المتحدة آخرها المقرر الخاص للأمم المتحدة ريتشارد فولك الذي وصف الطبيعة الاستعمارية والجنائية للاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية وصفه بأنه: "شبيه جدا بعدد الضحايا المتفاوت الذي وجدناه خلال الحقبة الاستعمارية بالعودة إلى حقبة الإسبان والبرتغاليين عندما أوجدوا مستعمراتهم الأولى في النصف الغربي من الكرة الأرضية". كما أدان جرائم الاستيطان التي يرتكبها المستوطنون ضد المدنيين الفلسطينيين، روبرت سيرى، المنسق الخاص لعملية السلام في الشرق الأوسط.⁵ وهو نفس الوضع الذي أدانته لجنة تقصي الحقائق في الاعتداءات

¹ - نفس التقرير، ص 74

² - تقرير فريق الخبراء المعني بالسودان، المرجع السابق، ص 52.

³ - نفس التقرير، ص 75-76.

⁴ - "كشف أطباء فلسطينيون ونرويجيون تطوعوا للعمل في مستشفيات القطاع أثناء العدوان الإسرائيلي أن الاحتلال ارتكب عددا مما وصفوها بجرائم حرب إسرائيلية، منها استخدام أسلحة محرمة دوليا، أبرزها "القنابل الحرارية الحارقة"، وقنابل "الفسفور الأبيض"، 350 منظمة دولية تقاضي إسرائيل في لاهاي، القدس المحتلة - إنسان أون لاين 28-01-2009 - منشور في الموقع: http://www.insanonline.net/news_details.php?id=6427

تم الاطلاع عليه بتاريخ 16/06/2011

⁵ - تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967، ريتشارد فولك، مجلس حقوق الإنسان الدورة الثالثة عشرة البند 7 من جدول الأعمال، حالة حقوق الإنسان في فلسطين وفي الأراضي العربية المحتلة الأخرى، 07 يونيو 2010، الوثيقة رقم 1 (7 June) A/HRC/13/53/Rev. 1 (2010) البند 26 ص 16.

الأخيرة على قطاع غزة سنة 2009 حيث أثبتت تجاهل السلطات الإسرائيلية في منع ومتابعة ومحكمة المستوطنين عن الجرائم التي يرتكبونها في حق الفلسطينيين.¹

وبالإضافة إلى جرائم الاحتلال والاستيطان جرائم التمييز والفصل العنصريين وهي عوامل وظروف مشددة. فإسرائيل تقتل وتشرد المدنيين الفلسطينيين بدافع التمييز والعنصرية. وبهدف حماية المستوطنات الإسرائيلية وربطها بالدولة العبرية وتشيتت المدن والقرى الفلسطينية وحرمانها من سبل الحياة. وقد توجت إسرائيل سياستها العنصرية ببناء الجدار العنصري الذي يعد الأكثر حسماً وأهمية في مشاريع الاستيطان الإسرائيلي كما وصفه الخبير الأمريكي في الاستيطان جيفري أورشون.² إضافة إلى الطابع العنصري للجدار فإن الهدف من إقامته أيضاً هو سرقة الأراضي الزراعية ومساحات الغابات ومصادر المياه من السكان الفلسطينيين في الضفة الغربية وضمها إلى المستوطنات الإسرائيلية.³ كما أن الجدار يعد جريمة من الجرائم ضد الإنسانية لما يترتب عنه من تهجير قسري للسكان الفلسطينيين كما توضحه التقارير والإحصاءات.⁴ فقد بلغ عدد المهجرين منذ بناء الجدار وحتى يونيو 2008 حوالي 28 ألف فرد.⁵ وقد أدانته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في 9 يوليو 2004 وأدانت الاحتلال أيضاً مؤكدة أن "تشيد الجدار الذي تقوم إسرائيل، الدولة القائمة بالاحتلال، ببنائه في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما في ذلك القدس الشرقية وحولها، والنظام المرتبط به، يتعارض مع القانون الدولي". وتعتبر هذه الفتوى إنجازاً تاريخياً، فهي تقدم حكماً قانونياً صادراً عن أعلى هيئة قضائية دولية يدين إسرائيل عن انتهاكاتها في الأراضي الفلسطينية وخرقها للقانون الدولي الإنساني.⁶

كما أن الجرائم التي أوردها تقرير لجنة تقصي الحقائق ارتكبت في ظل ظروف الحصار التي تفرضه إسرائيل على قطاع غزة منذ 2006 وقد أدانته الأمم المتحدة ومنظمة العفو الدولية مرارا ووصفته بأنه يشكل عقاباً جماعياً في نظر القانون الدولي. وهو نفس الوصف الذي أكدته المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ريتشارد فولك، في تقريره لمجلس حقوق الإنسان في الدورة الثالثة عشر 2010 بأنه يعد "شكلاً دائماً وجماعياً من أشكال العقاب الجماعي".⁷

¹ - "لاحظت البعثة النسق الذي تتبعه السلطات الإسرائيلية في تأخير التحقيقات والمحاکمات وتوجيه الإدانات لأفراد الجيش أو المستوطنين لارتكابهم أعمال عنف وجرائم ضد فلسطينيين وتعتقد البعثة أنه لا توجد، في الظروف القائمة، أي إمكانية للمحاسبة على الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان الدولي عن طريق المؤسسات المحلية في إسرائيل.." ص 21 من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة - الاستنتاجات والتوصيات - وثيقة تحت رقم: A/HRC/12/48 (ADVANCE 2) 24 September 2009

² - بلال عبد الرحيم عثمان جبر، تأثيرات الجدار الفاصل على التنمية السياسية في الضفة الغربية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005، ص 52.

³ - حسن ابحيص ود. خالد عايد، الجدار العازل في الضفة الغربية، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 37.

⁴ - مهجرون بفعل الجدار: التهجير القسري الناجم عن بناء الجدار والنظام المرتبط به في الضفة الغربية المحتلة، دراسة أعدها: بديل (المركز الفلسطيني لمصادر حقوق المواطنة واللاجئين) والمجلس النرويجي للاجئين (مركز رصد التهجير الداخلي)، بيت لحم - جنيف 2006، ص 31 وما بعدها.

⁵ - مريم عبتاني ومعين مناع، معاناة اللاجئين الفلسطينيين، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 29.

⁶ - ريم تيسير خليل العارضة، جدار الفصل الإسرائيلي في القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 123.

⁷ - تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967، ريتشارد فولك، مجلس حقوق الإنسان الدورة الثالثة عشرة البند 7 من جدول الأعمال، حالة حقوق الإنسان في فلسطين وفي الأراضي العربية المحتلة الأخرى، الوثيقة رقم (7 June 2010) A/HRC/13/53/Rev.1 البند 32 ص 20.

بل إن الحصار المفروض على قطاع غزة لسنوات لا يعد جريمة مستمرة من جرائم الاحتلال الإسرائيلي فحسب، وإنما يعد إبادة جماعية لسكان القطاع، تحظرها المادة 02 من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها¹ والاتفاقية المكملة للقانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 2002 والمحددة لأركان الجرائم². حيث بينت أركان جريمة الإبادة الجماعية في المادة 6 (ج): "الإبادة الجماعية بفرض أحوال معيشية يقصد بها التسبب عمداً في إهلاك مادي، الأركان :

- 1 - أن يفرض مرتكب الجريمة أحوالاً معيشية معينة على شخص أو أكثر.
 - 2 - أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.
 - 3 - أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية، كلياً أو جزئياً، بصفتها تلك.
 - 4 - أن يُقصد بالأحوال المعيشية الإهلاك المادي لتلك الجماعة، كلياً أو جزئياً.
 - 5 - أن يصدر هذا السلوك في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن السلوك أن يحدث بحد ذاته ذلك الإهلاك". وكل هذه الأركان متحققة في سياسة إسرائيل ضد الفلسطينيين باعتبارهم جماعة قومية ودينية مختلفة عن الإسرائيليين. وقد توصلت لجنة تقصي الحقائق إلى نتيجة قريبة من هذا حيث كيفت الوقائع باعتبارها جريمة اضطهاد: حيث رأت اللجنة "أن سلسلة الأعمال التي تحرم الفلسطينيين في قطاع غزة من سبل عيشهم ووظائفهم ومساكنهم وميائهم، وتحرمهم من حرية تنقلهم ومن حقهم في العيش والدخول إلى وطنهم، وتقيّد حقوقهم في اللجوء إلى المحاكم وفي الحصول على تعويض فعال، يمكن أن تقود محكمة مختصة إلى استنتاج أن جريمة الاضطهاد، وهي جريمة ضد الإنسانية، قد ارتكبت"³.
- أما فيما يتعلق بالظروف المحيطة بجرائم الأطراف المضادة لكل من حكومة السودان وحكومة إسرائيل وما تبين من تقرير لجنة تقصي الحقائق واثبات تورط تلك الأطراف في ارتكاب جرائم حرب كما سبق بيانه، فإن المقارنة بينهما في إطار الظروف الملائمة للجرائم يؤدي إلى استنتاج مغاير لذلك. وذلك على النحو التالي:

¹ - تنص المادة 2: "في هذه الاتفاقية، تعني الإبادة الجماعية أي من الأفعال التالية، المرتكبة على قصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، بصفتها هذه:

(أ) قتل أعضاء من الجماعة،

(ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة،

(ج) إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً،.. "اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 260 ألف (د-3) المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1948 تاريخ بدء النفاذ: 12 كانون الأول/يناير 1951، وفقاً لأحكام المادة 13.

² - المحكمة الجنائية الدولية: أركان الجرائم، اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002

³ - مجلس حقوق الإنسان، تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة - الاستنتاجات والتوصيات - وثيقة تحت رقم :

فالاختلاف بينهما شديد الوضوح. فالأطراف المضادة للحكومة السودانية بعضها سودانيون متمردون وبعضها قبائل مناوئة للقبائل الموالية للحكومة، وبعضها أجنبي كما سبق تأكيده وبعضها تدعمه دول الجوار¹ وبعضها تدعمه دول قوية لها أجندات سياسية واقتصادية في السودان والمنطقة.²

وإذا كان القانون الدولي يسمح للدولة أي الحكومة المركزية (حكومة السودان) استعمال الوسائل القانونية واحتكار العنف والقوة لتطبيق القانون وحماية أمن الأشخاص والممتلكات فإنه أوجب عليها في نفس الوقت ضرورة احترام حقوق الإنسان وحرية الأفراد وخاصة حقوق الأقليات. وفي المقابل فإن القانون الدولي لا يسمح لمجموعات أفراد أو أقليات أن تحمل السلاح وتتمرد على الدولة وتعلن الانفصال. إن القانون الدولي يسمح للشعوب بتقرير مصيرها السياسي والاقتصادي كما أكدته المواثيق الدولية وقرارات الأمم المتحدة ذات الصلة. ولقد أوضحت الأمم المتحدة من هي الشعوب أو الأمم التي لها حق تقرير المصير أو لمن يتقرر الحق في المقاومة. فقد بينت أن الشعوب يقصد بها شعوب ممثلة في دول، وشعوب أخرى ليست لها صفة الدول وفقاً للقانون الدولي العام وتنطبق على ثلاثة أنواع من الشعوب:

- شعوب خاضعة للسيطرة الاستعمارية.

- شعوب خاضعة للاحتلال الأجنبي.

- شعوب خاضعة لسيطرة النظم العنصرية.³

وحسب الكثير من الفقهاء فإن حق تقرير المصير يقره القانون الدولي للشعوب ولا يعترف به للأقليات.⁴ وبناء على ذلك ليس من حق الجماعات المسلحة وحركات التمرد حمل السلاح واستعمال القوة لإعلان الانفصال. لأن الإقرار بذلك سيؤدي إلى تفكيك الدول، مثلما أكده الأمين العام الأسبق للأمم المتحدة بقوله: "إذا ما طالبت كل مجموعة عرقية أو دينية أو لغوية بدولتها الخاصة فلن يكون للتجزئة حدود و سيصبح السلم والأمن والرفاهية الاقتصادية أبعد منالاً بمراحل".⁵

ومن ثم وجب التوفيق بين تمتع الأفراد والأقليات بحقوقهم وحريةهم ضمن سيادة الدولة ووحدة أراضيها على النحو الذي يبينه أحد المختصين في هذا المجال: "ينبغي الاعتراف بحق الشعوب بتماميتها الثقافية والدينية واللغوية بالصورة نفسها التي نعترف بها للدول بتماميتها الأرضية. و لكن تجاوز هذين الحقين لا يعني على الإطلاق أن تقرير

¹ - فالصراعات الإقليمية بين الدول المجاورة للسودان والمناخمة لإقليم دارفور وهي ليبيا وتشاد وإفريقيا الوسطى وأوغندا ساهمت كثيراً في تأجيج الصراع والافتتال في دارفور بدعم كل دولة لحركات التمرد ضد الدولة المناوئة لها. عيدروس عبد العزيز، حرب السودان الإقليمية. جريدة الشرق الأوسط، الجمعة 11 ذو القعدة 1427 هـ، الموافق 1 ديسمبر 2006 العدد 10230.

² - فعلى سبيل المثال تدعم فرنسا عبد الواحد محمد نور أحد قادة التمرد في دارفور ينتهي إلى أكبر قبيلة في الإقليم وهي قبيلة الفور، بينما تدعم بريطانيا فصيلاً آخر من فصائل التمرد ينتهي إلى قبيلة الزغاوة يقوده خليل إبراهيم يسمى حركة العدل والمساواة. وللولايات المتحدة وأيضاً إسرائيل أهداف وأطماع في المنطقة. عبد المنعم منصور علي الحر، أسباب تفاقم مشكلة دارفور، الحوار المتمدن، العدد: 2847-2009/12/03، ص 2-3 منشور في موقع الحوار:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=193694>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 20/03/2011 17:53

³ - جان سالمون، باتجاه تبني مبدأ الشرعية الديمقراطية، في القانون الدولي وسياسة المكابيلن، هارمن ديلكور وآخرون، ترجمة أنور مغيث، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع وإعلان، ليبيا، الطبعة الأولى، 1995، ص 104.

⁴ - Christian Tomuschat, "Secession and Self-Determination" in M.G. Kohen (ed.) Secession: International Law Perspectives Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 23-45, at 34, Helen Quane, "A Right to Self-Determination for the Kosovo Albanians?" (2000) 13 Leiden Journal of International Law, 219-227.

⁵ - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المتضمن خطة السلام، والمقدم إلى مجلس الأمن، المنشور في مجلة السياسة الدولية، العدد 110، أكتوبر 1992، الفقرة 17

مصير الشعوب يتضمن الانفصال أو تشكيل دولة، بل أنه حقيقي أن المطالب الانفصالية لا تبزغ غالبا إلا عندما تكون حقوق الأقليات مهضومة".¹

أما فيما يتعلق بالفصائل الفلسطينية في غزة واتهامها من قبل لجنة تقصي الحقائق بارتكاب جرائم حرب، فإن الظروف المحيطة بذلك والعدالة الجنائية لا تدعم هذا التوجه. فكيف يمكن التسوية بين سلطة احتلال وشعب محتل يقاوم من أجل حقوقه. بل إن الشعب الفلسطيني سواء في الضفة أو في غزة هو الشعب الذي تنطبق عليه أكثر من غيره، كل أنواع الشعوب التي منحها الأمم المتحدة حق تقرير المصير والمقاومة بكل أشكالها لتحقيق حريتها واستقلالها. وهي الأنواع المذكورة أعلاه والمتمثلة في الشعوب المستعمرة والشعوب المحتلة والشعوب الخاضعة للفصل العنصري. وكل هذا ينطبق انطباقا تاما على الشعب الفلسطيني فهو يخضع لأعتى استعمار وأبطش احتلال وأبشع نظام للفصل العنصري. وقد اهتمت الأمم المتحدة منذ إنشائها وكذلك القانون الدولي، بحركات التحرر الوطني والتعامل معها بجعلها كيانات قريبة من الدول، حيث تم الاعتراف لها ببعض الحقوق أهمها:

1- حقها في ممارسة الكفاح المسلح لاستعادة الاستقلال،

2- حقها في طلب وتلقي المساعدات الأجنبية،

3- حقها في إبرام المعاهدات مع الدول والمنظمات الدولية،

4- حقها في التعامل الدبلوماسي والقنصلي.²

بل إن ما قامت به إسرائيل وما تزال من اعتداءات متكررة واجتياحات لقطاع غزة يعد عدوانا صارخا. وأن ما قامت به الفصائل الفلسطينية يعد دفاعا عن النفس مشروعاً طبقاً للقانون الدولي. فقد أضفى قرار الأمم المتحدة الخاص بتعريف العدوان³ الشرعية على الكفاح المسلح ضد الاستعمار والاحتلال والفصل العنصري إذ اعتبر أن استخدام القوة لنيل الاستقلال وتحقيق تقرير المصير لا يعتبر عدواناً.⁴ بل لقد اعتبرت قرارات الأمم المتحدة أن الاستعمار والاحتلال هو الذي يعد عدوانا مسلحا مستمرا وأن الشعوب المستعمرة أو المحتلة يبقى حقها في الدفاع قائما ومستمرا حتى تتحرر.⁵

خاتمة :

لقد تبين من خلال دراسة ظروف الجريمة في القانون الدولي الجنائي على ضوء قضية دارفور وقضية غزة أن القانون الدولي الجنائي والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مثل القانون الجنائي الوطني يعتد ببعض الظروف المصاحبة للجريمة. كما تؤكد أيضا أن العدالة الجنائية تقتضي مراعاة جميع الظروف التي ارتكبت في ظلها الجريمة أو الجرائم، الأمر الذي لم يتضح على الأقل في الاتهامات التي وردت في تقارير لجنتي التحقيق في كل من دارفور وغزة. فقد حملت لجنة التحقيق في دارفور المسؤولية الكبرى لحكومة السودان عن الجرائم المرتكبة في دارفور، بينما أثبتت تقارير منظمات وفروع الأمم المتحدة أن أسباب تفاقم الوضع الأمني والصراع وكثرة الجرائم تعود إلى عوامل متعددة

¹ - إيريك روماكل ، مؤتمر الأمن و التعاون في أوروبا وحقوق الأقليات الوطنية ، في القانون الدولي وسياسة المكيالين، هارمن وآخرون. ترجمة أنور مغيث ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، 1995، ص 209.

² - د. بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات دحلب، الجزائر، الطبعة الأولى، 1995، ص 41.

³ - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 (د - 29) الصادر في 14 ديسمبر 1974: حول تعريف العدوان. وفيما يتعلق بالتطور الذي صاحب فكرة تحريم العدوان، أنظر د. عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 155 وما بعدها.

⁴ - إبراهيم زهير الدارجي، جريمة العدوان المسلح والمسؤولية القانونية الدولية عنها رسالة دكتوراه، 2002، ص 237.

⁵ - د. عبد القادر البقيرات، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2008/02، ص 279.

أهمها الاقتتال القبلي والحروب الأهلية وحركات التمرد في المنطقة بين السودان والدول المجاورة، بالإضافة إلى الصراع على الموارد والجفاف والتصحر وتدخلات الدول القوية. كما أن لجنة تقصي الحقائق في غزة وعن طريق رئيسها غولدستون الذي غير مسار التحقيق، وإن كان قد أثبت تورط السلطات الإسرائيلية في جرائم ضد الإنسانية، إلا أن التقرير حمل الفصائل الفلسطينية أيضا المسؤولية عن ارتكاب جرائم حرب الأمر الذي يتنافى والقانون الدولي الذي يحمل المسؤولية كاملة لدولة الاحتلال ويضفي الشرعية على كافة أعمال المقاومة. كما أن التقرير لم يأخذ بعين الاعتبار أو بما ينبغي، الظروف الأخرى الأشد التي أكدتها منظمات حقوق الإنسان وفروع الأمم المتحدة، والمتمثلة في الاحتلال كجريمة مستمرة والحصار كجريمة إبادة جماعية، والتمييز والفصل العنصريين اللذين أذانتهم المواثيق والأعراف الدولية، وحتى محكمة العدل الدولية في حكمها المتعلق بالجدار الذي بنته إسرائيل في الضفة الغربية.

• المراجع :

أولا : رسائل جامعية وكتب :

- بلال عبد الرحيم عثمان جبر، تأثيرات الجدار الفاصل على التنمية السياسية في الضفة الغربية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005.
- ريم تيسير خليل العارضة، جدار الفصل الإسرائيلي في القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
- سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1993.
- محمد عبد المنعم عطية دراغمة، أثر الظروف في تخفيف العقوبة: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005.
- د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002.
- د. فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002.
- د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
- الصادق المهدي، نحو إرساء قواعد العدل والإنصاف في دارفور، مركز القاهرة لدراسة حقوق الإنسان، القاهرة، 2007.
- د. بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات دحلب، الجزائر، الطبعة الأولى، 1995.
- د. عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- إيريك روماكل، مؤتمر الأمن و التعاون في أوروبا وحقوق الأقليات الوطنية، في القانون الدولي وسياسة المكيالين، هارمن وآخرون، ترجمة أنور مغيث، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، 1995.
- جان سالون، باتجاه تبني مبدأ الشرعية الديمقراطية، في القانون الدولي وسياسة المكيالين، هارمن ديلكور وآخرون، ترجمة أنور مغيث، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، الطبعة الأولى، 1995.
- حسن الجيصر ود. خالد عايد، الجدار العازل في الضفة الغربية، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.

- مريم عيتاني ومعين مناع، معاناة اللاجئ الفلسطيني، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
- مهجرون بفعل الجدار: التهجير القسري الناجم عن بناء الجدار والنظام المرتبط به في الضفة الغربية المحتلة، دراسة أعدها: بديل (المركز الفلسطيني لمصادر حقوق المواطنة واللاجئين) والمجلس النرويجي للاجئين (مركز رصد التهجير الداخلي)، بيت لحم - جنيف 2006.
- ثانياً: مقالات وبحوث :
 - د. عبد القادر البقيرات، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2008/02، ص 279.
 - د. رنا إبراهيم العطور، دور القانون في إباحة التجريم، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخمسون، أبريل 2012، ص 151.
 - د. كمال محمد جاه الله، التداخل القبلي واللغوي بين السودان والدول الإفريقية، مجلة دراسات إفريقية، مركز البحوث والدراسات الإفريقية، جامعة إفريقيا العالمية، العدد 43، 2010، ص 72 - 73.
 - ربيكا باربر، تيسير المساعدة الإنسانية في القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 874، يونيو 2009، ص 102.
 - د هاني رسلان، خلفية تاريخية عن أزمة إقليم دارفور، ورقة قدمت لمؤتمر "الحكمة الجنائية الدولية وأزمة إقليم دارفور"، المنعقد بالقاهرة في 19 يناير 2008.
 - عيدروس عبد العزيز، حرب السودان الإقليمية، جريدة الشرق الأوسط، الجمعة 11 ذو القعدة 1427 هـ، الموافق 1 ديسمبر 2006 العدد 10230.
 - د. أشرف محمد لاشين، أسباب امتناع المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي الدولي، منشور في موقع مركز الإعلام الأمني، 2011/11/20.
 - الأستاذ مبروك عبد الله الفخري المستشار بالحكمة العليا، مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية، مقال منشور في موقع وزارة العدل الليبية :
<http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=293>
- تم الاطلاع عليه بتاريخ 10/01/2013
- عبد المنعم منصور علي الحر، أسباب تفاقم مشكلة دارفور، الحوار المتمدن، العدد : 2847 - 2009/12/03، ص 3-2 منشور في موقع الحوار : <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=193694>
- تم الاطلاع عليه بتاريخ 20/03/2011 17:53
- ثالثاً: المعاهدات والقرارات والتقارير :
 - المحكمة الجنائية الدولية: أركان الجرائم، اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002
 - اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 260 ألف (د-3) المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1948.
 - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 (د - 29) الصادر في 14 ديسمبر 1974: حول تعريف العدوان.

- تقرير فريق الخبراء المعني بالسودان المنشأ عملاً بالقرار 1591 (2005) المقدم إلى رئيس مجلس الأمن بتاريخ 12 نوفمبر 2010 تحت رقم: S/2011/111 08/03/2011
- تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967، ريتشارد فولك، مجلس حقوق الإنسان الدورة الثالثة عشرة البند 7 من جدول الأعمال، حالة حقوق الإنسان في فلسطين وفي الأراضي العربية المحتلة الأخرى، 07 يونيو 2010، الوثيقة رقم (7 June 2010) A/HRC/13/53/Rev.
- تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المتضمن خطة السلام، والمقدم إلى مجلس الأمن، المنشور في مجلة السياسة الدولية، العدد 110، أكتوبر 1992.
- تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة - الاستنتاجات والتوصيات - مجلس حقوق الإنسان، وثيقة تحت رقم A/HRC/12/48 (ADVANCE 2) 24 September 2009
- قرار دإ-1/9 - الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في الأرض الفلسطينية المحتلة، وبخاصة الانتهاكات الناشئة عن الهجمات العسكرية الإسرائيلية الأخيرة على قطاع غزة المحتل، الدورة الاستثنائية التاسعة، الجلسة الثالثة، 12 كانون الثاني/يناير 2009.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات (الجزائري)، المعدل والمتمم.
- رابعا: مراجع باللغة الأجنبية:
- Christian Tomuschat, "Secession and Self-Determination" in M.G. Kohen (ed.) Secession: International Law Perspectives Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Helen Quane, "A Right to Self-Determination for the Kosovo Albanians?" 13 Leiden Journal of International Law, 2000, 219-227.
- Hartman J.F., Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency, Harvard I.L.J., Vol. 22, N:° 1, Winter 1981, p.18
- Robertson A.H., Human Rights in the world: an Introduction to the Study of International Protection of Human Rights, 2nd, New York, 1982, p. 227.
- Panel of Experts on the Sudan, Report of the Panel of Experts Established Pursuant to Resolution 1591 (2005) Concerning the Sudan, UN Doc. S/2008/647 (2008).
- Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, HUMAN RIGHTS COUNCIL, A/HRC/12/48, 25 September 2009.
- Statement by Richard Goldstone on behalf of the Members of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict before the Human Rights Council, Human Rights Council 12th Session - 29 September 2009, Geneva, 29 September 2009.
- Follow-up to the report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, Resolution 16/32 adopted by the Human Rights Council, Human Rights Council, 13 April 2011, A/HRC/RES/16/32.

المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة



من إعداد : لعلام محمد مهدي أستاذ مساعد

بكلية الحقوق والعلوم السياسية - بجامعة

تلمسان وباحث في صف الدكتوراه القانون العام

مقدمة :

أضحت الصورة من أبرز وسائل التعبير الفعالة في العصر الحديث، والتي يمكن استخدامها لأغراض مختلفة، ولذلك وجب توفير اطار قانوني خاص بها يضع حدودا للاستعمال المشروع لها، هذه الحدود نابعة من كون الصورة تجسد شخصية الإنسان في مظهرها المادي والمعنوي، وتعكس مشاعره وأحاسيسه، إذ في الغالب تظهر بصمات الأحداث التي يمر بها على ملامح وجهه¹.

وهذا الارتباط الوثيق بين الإنسان وصورته يترجم ضرورة حمايتها، أضف إلى ذلك وجود بعض وسائل الإعلام التي لا هم لها سوى التشهير من خلال عرض الصور لغرض جذب اكبر عدد ممكن من القراء أيا كان الألم الذي يسببه نشر الصور بالنسبة لأصحابها، خاصة في ضل تطور وسائل الإعلام والدخول في مجال المعلوماتية والعالم الافتراضي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، حيث أصبح التصوير أكثر الوسائل انتهاكا للحق في الحياة الخاصة².

والاعتراف بالحق في الاعلام أو حرية الصحافة التي تكون غالبا أعمالها معززة بالصور قد يلحق أضرار نتيجة التعدي على حقوق الآخرين، حيث نكون بصدد البحث عن التوازن بين حقين معترف بهما يؤثر أحدهما على الآخر.

¹العاقب عيسى، حماية حق الانسان في صورته، مجلة الدراسات القانونية، دورية تصدر عن مركز البصيرة، دارالخلدونية، الجزائر، 2013، العدد 16، ص 11.

²سوزان عدنان، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2013، المجلد 29، العدد 03، ص 423.

وتزداد أهمية الحماية القانونية للحق في الصورة حينما نكون بصدد نشر صور ضحايا الجرائم، والنتيجة تضاعف الضرر والألم الواقع عليهم¹، لأنه غالباً ما يشكل نشر صورة الضحية مساساً بكرامته وخذشاً لمشاعره يضاف للألم الذي تسببه الجريمة نفسها، وذلك كله نتيجة سلوك الصحفي غير المسؤول والملتزم باحترام الحق في صورة الضحايا مما يدعوا لقيام المسؤولية. والملاحظ في هذه الحماية أنها لم تركز بشكل صريح إلا في نطاق الحماية الجنائية، ومن أجل تفعيلها وجب تنويعها وعدم قصرها على الحماية الجنائية، خاصة ونحن بصدد نشر صورة الضحية. لنتساءل عن دور قواعد المسؤولية المدنية في حماية الضحايا من نشر صورهم وهم في حالة الصدمة عند وقوع الجرائم والحوادث الواقعة عليهم؟

والاجابة على هذا التساؤل تكون من خلال تقسيم هذه الورقة البحثية إلى قسمين، خصص (الأول) لتحديد الأساس القانوني لمسؤولية الصحفي عن عرض صور الضحايا في ظل كل من القواعد التقليدية والقواعد الحديثة؛ أما (الثاني) فيخص بيان مدى التزام الصحفي بالتعويض عن الأضرار التي يسببها ذلك النشر.

المطلب الأول: الأساس القانوني لمسؤولية الصحفي عن عرض صور الضحايا:

يتمثل حق الإنسان في الصورة *Droit à L'image* في ألا تلتقط له صورة من دون موافقته؛ كما يتضمن هذا الحق امكانية رفض بث أو نشر تلك الصورة أو استغلالها دون إذنه؛ بالإضافة إلى حقه في الاعتراض على المساس بها بالتحريف أو تغيير ملامحها والتلاعب بها بوسائل المونتاج المتطورة².

أما بالنسبة لحق الصورة عند الضحية فهو عدم عرض صورته وهو تحت وطأة الجريمة، أو حقه في عدم عرض مأساته وهلعه من هول الجريمة علناً كونه في وضع لا يرغب أن يراه فيه أحد³.

ولتحديد مسؤولية الصحفي، لابد من البحث عن الأساس القانوني الذي تستند إليه في ضوء كل من القواعد التقليدية القائمة على فكرة انتهاك الحياة الخاصة كأساس لها (الفرع الأول)؛ وفي نطاق القواعد الحديثة القائمة على فكرة انتهاك الكرامة الإنسانية (الفرع الثاني)، وتقييم قيمة ومدى فعالية هذا التوجه الحديث.

الفرع الأول: فكرة الحياة الخاصة أو الخصوصية كأساس تقليدي لمسؤولية الصحفي:

رغم صعوبة تعريف الحياة الخاصة في ظل غياب تعريف قانوني لها، إلا أنها عرفت من الناحية السلبية على أنها كل ما لا يعد حياة عامة⁴؛ والحياة العامة هي ذلك الجانب الذي يجري في حضور الكافة. أما التعريف الإيجابي لها،

¹ والضحية هو كل من أضرت به جريمة، أو هو المجني عليه من وقع العدوان على حقه أو مصلحته المحمية مباشرة سواء ترتبت على ذلك نتيجة ضارة أم لا، وسواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً؛ والضحية الذي نحن بصدد هو الشخص الطبيعي المجني عليه بجريمتين، جريمة واقعة عليه أي كان نوعها؛ والثانية اقترافها الصحفي والتي تدخل في طائفة جرائم الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء الأسرار.

² علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة وبشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية (دراسة مقارنة في القواعد العامة وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية)، مجلة الشريعة والقانون، (كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة السابعة والعشرون، 2013، العدد 53، ص 224.

³ فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، ص 207.

⁴ نور حمد الحجايا، دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، مجلة الشريعة والقانون، (كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة الثامنة والعشرون، 2014، العدد 58، ص 59.

فهي الدائرة أو المنطقة السرية التي يملك الفرد فيها سلطة إبعاد الآخرين، أو باختصار هو حق الفرد في أن يعيش حياته بعيدا عن فضول الآخرين، أو حقه في أن يترك شأنه¹.

وهناك من يعرفها على أنها حق الفرد في حماية مظاهر حياته الخاصة، والتي من بينها الحق في الصورة، وباعتبار الحق في الصورة عنصرا من عناصر الحق في الحياة الخاصة *Droit à la vie privée* أو أحد مظاهرها²، فإن أخذ تلك الصورة يعد تعديا على جزء من الحياة الخاصة للفرد عموما والضحية خصوصا³.

وتأصيل المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صورة الضحية وهو تحت وطأة الجريمة ونشرها في وسائل الإعلام، يكون من خلال التعدي على حقه في حياته الخاصة، لينشأ له حق المطالبة بالتعويض.

ولاعتبار فكرة الحياة الخاصة كأساس لقيام المسؤولية المدنية للصحفي، لا بد من الاستئناس ببعض النصوص القانونية المبثثة على النحو التالي:

أولا: في التشريع الفرنسي: لقد جرم المشرع الفرنسي انتهاك الحق في الصورة وربطه بالحياة الخاصة من خلال نص المادة 1/226 من قانونه الجنائي، والتي تعاقب كل من يلتقط أو يسجل أو ينشر صورة شخص موجود في مكان خاص دون رضائه بالسجن والغرامة⁴.

أما في نطاق قانونه المدني، فقد أولى اهتماما بحماية الحق في الصورة ولكن ليس كحق مستقل، وإنما من خلال التأسيس لقيام المسؤولية المدنية للصحفي وغير الصحفي على فكرة انتهاك الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية وهو الظاهر من خلال المادة 09 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة، ويستطيع القضاة دون المساس بحق المضرور في التعويض أن يأمروا باتخاذ كل الإجراءات؛ كالحراسة والحجز وأي إجراء آخر يكون من شأنه منع أو وقف الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة وهذه الأمور يمكن ان يأمر بها قاضي الأمور الوقفية في حالة الاستعجال"⁵.

¹ إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000، ص35؛ كما يمكن معرفة مضمون الحياة الخاصة من خلال جوانبها أو عناصرها الموسعة التي من بينها الصورة. عاقل فاضلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه-تخصص القانون الخاص-، جامعة قسنطينة، 2012، ص95-96.

² علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة وبشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 230.

³ وهناك رأي يقول باستقلالية الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة أو أن الحق في الصورة ذوا طابع مزدوج؛ فقد يكون عنصرا من عناصر الحياة الخاصة أثناء ممارسة ذلك الشخص لحياته الخاصة؛ وقد يكون حقا مستقلا عن الحياة الخاصة أثناء ممارسة الحياة العامة. للتفصيل أكثر، أنظر، العاقب عيسى، المرجع السابق، ص 14-15.

⁴ Art 226-1 du Code pénal français, dispose que: "Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

¹° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

²° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé".

⁵ Art 09 du Code civil français, dispose que: " Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé".

ثانيا : موقف المشرع الجزائري : لا بد من الإشارة إلى أن تأسيس المسؤولية على انتهاك الحق في الحياة الخاصة يوجد ما يبررها في الدستور الجزائري من خلال المادة 39 التي أقرت بوجود حماية قانونية لحرمة الحياة الخاصة للمواطن، غير أن مصطلح المواطن يثير بعض التساؤلات حول مدى وجود هذه الحماية لغير المواطنين المقيمين في التراب الجزائري.

والمشرع الجزائري على غرار المصري أولى اهتماما بالغا بالحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، من خلال تجريمه بعض الأفعال التي تؤدي إلى المساس بها والتي تدور حول الالتقاط أو الاستراق؛ والنشر والتشهير، حيث تنص المادة 303 مكرر جديدة من قانون العقوبات على أنه¹ : "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك :

1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه...".

كما أن المادة 303 مكرر¹ جديدة، تعاقب على نشر خصوصيات الأفراد، حيث تنص على أنه: " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير بأي وسيلة كانت التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون...". على أن هذه المواد تخص الاعتداءات الواقعة من غير الصحفي، أما تلك الواقعة من طرف الصحفي، فإن المادة 303 مكرر¹ ف2 تحيل الى المادة 122 من قانون الإعلام التي تعاقب كل صحفي نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام، صوراً أو رسوماً أو أية بيانات توضيحية أخرى تعيد تمثيل ظروف ارتكاب الجنايات أو الجنح². كما أن المادة 93 من نفس القانون جعلت من ضمن أخلاقيات المهنة وآدابها عدم انتهاك الحياة الخاصة للأشخاص وشرفهم واعتبارهم. وبدوره قانون السمعي البصري أولى اهتماما بجرمة الحياة الخاصة من خلال الزام المؤسسات التي تمارس نشاط السمعي البصري السهر على عدم المساس بالحياة الخاصة للأشخاص³.

أما في إطار القانون المدني، فلا يوجد ما يؤسس لقيام المسؤولية على فكرة انتهاك الحياة الخاصة للأفراد بشكل خاص، اللهم الرجوع والاستئناس بالمادة 47 منه⁴، والمتعلقة بالحقوق الملازمة لشخصية الإنسان، وذلك بغية الوصول إلى نفس الحماية المقررة في المادة 09 من القانون المدني الفرنسي، لكن فقط إذا تم التسليم بأن الحق في حرمة الحياة الخاصة والتي الحق في الصورة من عناصرها تدخل ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية⁵.

وأمام قصور فكرة الحق في الحياة الخاصة كأساس لقيام مسؤولية الصحفي المدنية بسبب انتفاء القيد على الصحافة في بعض الأوضاع، كجواز نشر صورة الشخص إذ لم يكن يمثل الجزء الرئيسي من موضوع الصورة وكان

¹ الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 49، الصادرة في 11-06-1966.

² قانون عضوي رقم 05-12، المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالإعلام، ج. ر. ج، عدد 02، الصادرة في 15-01-2012.

³ المادة 33/48 من القانون رقم 14-04 يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج. ر. ج، عدد 16، الصادرة في 23-03-2014.

⁴ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 78، الصادرة في 30-09-1975.

⁵ والحق في الصورة يتمتع بذات الخصائص التي تميز الحقوق اللصيقة بالشخصية التي تثبت للإنسان بوصفه إنساناً، وتهدف إلى حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة المادية والأدبية والفردية والاجتماعية. فهدد محسن الديحاني، المرجع السابق، ص 213.

ظهوره ثانوي؛ أو التقاط الصورة خارج حدود الحياة الخاصة التي تنتهي عند حدود الحياة العامة كالأماكن العامة مثل الساحات العامة والملاعب...¹ أو ضيق الحياة الخاصة للمشاهير؛ ناهيك عن التضاربات الفقهية حول تصنيف هذا الحق، كحق مستقل أو حق ملكية أو حق تابع.² ولتفادي الإفلات من المسؤولية تحت هذه الذرائع كقيود على الحق في الصورة، كان من اللازم البحث عن أساس أكثر قوة خاصة وأنا أمام عرض صورة الضحية، ليتم الاستئناس بفكرة الحق في الكرامة الإنسانية.

الفرع الثاني: فكرة الكرامة الإنسانية كأساس حديث لمسؤولية الصحفي:

نظرا لأن الحق في الصورة والحياة الخاصة يواجهان بعض المتاعب في العصر الحديث من جراء تطور وسائل الاعتداء (أزمة الحياة الخاصة)³، كان لابد من مساندة ذلك التطور لاحتواء تلك المشاكل بالاعتماد على فكرة الحق في الكرامة الإنسانية، التي وإن كانت فكرة أخلاقية قديمة إلا أن لها أهمية خاصة، إذ لعبت قواعد الأخلاق دورا هاما في الحياة القانونية، حيث تقاس بها في أغلب القوانين سلامة القاعدة القانونية، بل وتدخل كذلك في تكوينها، إضافة إلى أن تلك الفكرة تجعل من بعض الحقوق التي لا يحميها القانون بشكل كامل صحيحة الوفاء حين القيام بها من قبل المدين.⁴

وفكرة الكرامة الإنسانية لمرونتها لا يمكن تحديدها في إطار معين لتوسع لنا من مجال الحماية، وتعني بصفة عامة حظر كل تصرف لا إنساني في مواجهة الإنسان، وتوظيفها في إطار حماية حق الضحايا عن عرض مأساتهم علنا تتجلى في كونها تعني الحفاظ على الكرامة الإنسانية ضد كل أشكال الاستعباد والانتقاص والتجريح، وهي تعني في نفس الوقت انتساب الإنسان إلى معنى جلي واسع وهو الإنسانية بصفة عامة.

ولقد سعى الفقه الفرنسي لتبرير هذه الفكرة بالاستناد إلى بعض المبادئ القانونية منها التي تقول إن الكرامة الإنسانية تمثل قيما على الحريات، وكذلك القاعدة التي تعطي لكل إنسان الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة الاعتداء على كرامته الإنسانية حتى مع عدم وجود اعتداء على حق شخصي.⁵

ويمكن التأسيس على فكرة الكرامة الإنسانية كأساس قوي لقيام المسؤولية المدنية بالرجوع إلى الأديان السماوية كمصدر أساسي لها، ويعتبر الدين الإسلامي خصوصا في مقدمة الأديان التي كرست هذه الفكرة بقدسية عظيمة، إذ يقول الله تبارك وتعالى في كرامة الإنسان: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناه في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا".⁶

¹ العاقب عيسى، المرجع السابق، ص 30.

² MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), Droit civil, les personnes, Paris, Cujas, 1992, p. 157-158.

³ علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة و بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 218.

⁴ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة جامعة الكوفة، 2008، العدد 07، ص 64.

⁵ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، المرجع السابق، ص 65.

⁶ الآية 70 من سورة الإسراء؛ وجل المواثيق الدولية أقرت هذه الفكرة.

وعلى مستوى قانون الصحافة الفرنسي أشارت المادة 4/35 المضافة بالقانون الصادر في 2000، إلى تحديد عقوبة لنشر صور ضحايا الجريمة إذا كان في النشر اعتداء خطير على كرامة الضحية وان النشر قد تم دون رضا صاحب الشأن¹.

وقد أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بهذه الفكرة في المادة 34 التي تنص على أن: "الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان؛ ويجزر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة". وبدوره قانون الإعلام جعل احترام كرامة الإنسان والحريات الفردية من أخلاقيات المهنة ومن الالتزامات الملقة على عاتق الإعلامي الصحفي²؛ وهو ما حاول قانون السمعي البصري تفعيله من خلال التأكيد على دور سلطة الضبط السمعي البصري في السهر على احترام الكرامة الإنسانية³.

المطلب الثاني: مدى التزام الصحفي بتعويض الضحايا نتيجة عرض صور معاناتهم علنا:

تعد طبيعة مسؤولية الصحفي عن عرض صور الضحايا مسؤولية تقصيرية بخصوصياتها في افتراض الخطأ والضرر الذي هو أساسا معنوي، ومن مصلحة المضرور في هذه الحالة تأسيس دعواه على المادة 47 من ق. م. ج، والخاصة بالتعدي على الحقوق اللصيقة بالشخصية، وذلك حتى يعفى من اثبات عنصري الخطأ والضرر، وليس على أساس المادة 124 مكرر من نفس القانون والخاصة بالاستعمال التعسفي للحق الذي هو الإعلام في هذه الحالة.

وللتعويض دور هام في تخفيف ألم المعتدى عليهم، على أن هذا الأمر سهل بالنسبة للأضرار المادية بخلاف الأضرار المعنوية، لأن النقود لا تزيل الألم. ولذلك يثير موضوع تعويض الضحايا عن الاعتداء على حقهم بعدم نشر معاناتهم علنا العديد من المسائل، منها نطاق المسؤولية؛ ومسألة تقديره؛ والملتزم به.

الفرع الأول: نطاق مسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة:

يتحدد نطاق المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة في مدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاستناد إلى رضا الضحية نفسه؛ ومدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاعتماد على حق الصحفي في إعلام الجمهور، وذلك على النحو التالي:

أولا: مدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاستناد إلى رضاهم:

من المعروف أن موافقة المعني بنشر صورته يعد سببا مشروعاً للكشف عنها، ومن ثم تنتفي المسؤولية، وبالتالي يعتبر من القيود الواردة على الحق في الصورة، وهذا الرضا يظهر في عدة أشكال كأن يكون في صورة عقد بين الناشر وصاحب الصورة، والراجح فقها أن يكون رضا الضحية بالنشر صريحا، كما يشترط فيه أن يكون متعلق

¹Article 35/4 Créé par Loi 2000-516 du 15 Juin 2000, art. 97, JORF 16 juin 2000; Ordonnance 2000-916 du 19 Septembre 2000, art. 3, JORF 22 septembre 2000, dispose clairement que: "La diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 15000 euros d'amende".

²المادة 02 من القانون العضوي رقم 05-12، السابق الإشارة إليه.

³المادة 7/54 من القانون رقم 04-14، السابق الإشارة إليه.

بأحداث الماضي دون المستقبل؛ والتقييد بمضمون الرضى من حيث صيغة الصورة المتفق عليها دون أي تعديل، وإن خالف الصحفي ذلك تسقط علة الإباحة¹.

ولقد أشارت إلى ذلك المادة 4/35 من قانون الصحافة الفرنسي السابق ذكرها، بنصها على أنه " لا يجوز نشر صورة ضحية الجريمة، إذا كان هذا النشر يمثل اعتداء خطيرا على كرامة الضحية؛ وكان هذا النشر قد تم بدون الحصول على موافقة صاحب الشأن". ونستخلص من هذه المادة بأن الموافقة وحدها غير كافية وإنما كذلك أن لا يكون في النشر مساس خطير بالكرامة الإنسانية، كونها من الحقوق التي لا يكون للرضا فيها أن يكون سببا للتنازل.

ثانيا: مدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاعتماد على حق الصحفي في الاعلام :

وحق الجمهور في الإعلام هو الحق في الحصول على المعلومات الحقيقية اشباعا لرغباته بما يدور حوله من أخبار علمية ومحلية، والصحافة تقوم بذلك محاولة التوفيق بين مصلحتين، الأولى تخص حق الإنسان في صورته؛ والثانية تخص حق المجتمع في الإعلام².

وحق الجمهور في الاعلام يتوسع في الأوقات غير العادية كالحوادث العلنية، وقد كان قانون الاعلام الفرنسي 1881 قبل تعديله يغلب حق الجمهور في الإعلام ومعرفته بالأحداث الجارية كالجرائم، على حق الضحايا بعدم نشر صورهم؛ غير أن الوضع تغير بعد تعديل سنة 2000 من خلال المادة 4/35 التي جرمت نشر صور ضحايا الجريمة بالتأسيس على الحق في الكرامة الإنسانية للضحية.

وقد تبني القضاء الفرنسي اتجاها أكثر مرونة عند تعلق الصورة بالحق في اعلام الجمهور، شريطة أن كرامة الشخص المعني بالصورة لا يتم المساس بها، وألا يكون الحق في الاعلام مبرر لنشر كل الصور بمناسبة الحدث، وإنما يجب أن يكون للصورة هدف ومغزى بتصوير الحدث وأن يكون لها علاقة مباشرة مع الحدث المراد تغطيته³.

كما أن 16 من القانون المدني الفرنسي ذهبت أبعد من ذلك حينما أعطت الأولوية للشخص في احترام كرامته منذ ولادته، ليصبح العكس هو الصحيح، ومن ثم تغليب حق الضحايا في عدم نشر صورهم بالاستناد إلى فكرة الحق في الكرامة الإنسانية كقيد على حق المجتمع في الإعلام⁴.

¹ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، المرجع السابق، ص 69.

² خالد مصطفى فهد، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص 211.

³ علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة وبشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 232-234.

⁴ Art 16 du Code civil français, dispose que : " La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie".

الفرع الثاني: تقدير التعويض:

التعويض هو الوسيلة التي يتم من خلالها تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر، وإعادة الحال على عهد سابقه قبل حدوث الخطأ، وذلك على حساب المسؤول، والغاية منه جبر الأضرار التي لحقت بالشخص المعتدى عليه بنشر صورته سواء كانت مادية أو معنوية¹.

ويلعب القضاء دورا فعالا في مسألة تقدير التعويض وكذلك الوسيلة المناسبة لجبر الضرر، وهذا الأمر لا يثير اشكالا فيما يخص الأضرار المادية عكس المعنوية²، خاصة وأن الأضرار التي تنشأ عن التعرض لهذا الحق غالبا ما تكون أضرارا معنوية تتجلى في إيذاء الذمة المعنوية والاعتداء على الاعتبار والكرامة³. وبالرجوع إلى المادة 47 من ق.م.ج، فإنها تعطي أفضل الحلول لجبر الضرر من خلال منح القاضي سلطات أكثر ملاءمة.

وفي موضوع الاعتداء على الحياة الخاصة يكون التعويض العيني أو بمقابل هو الأصل، من خلال رد الحال على ما كان عليه قبل وقوع الاعتداء وتصحيح المعتدي لما سبق ونشره بالتكذيب في نفس الوسيلة الاعلامية المستعملة للإيذاء، وهذا الاجراء يشبه كثيرا حق الرد أو حق التصحيح المقرر في الصحافة المكتوبة بنشر حكم الإدانة في نفس الصحيفة أو الوسيلة الإعلامية⁴، وهو إجراء تكميلي لا يلعب نفس الدور بخصوص حماية حق الضحايا بعدم نشر صورهم، لأنه سيرتب نتائج عكسية بالتوسيع من دائرة العلنية عن طريق فضول الجمهور في البحث عن الصورة والاطلاع عليها في ظل الوسائل الحديثة، مما تتوسع معاناة الضحايا؛

أو اتخاذ إجراءات وقائية لدرء الخطر قبل وقوع الاعتداء أو وقفه إن وقع⁵، وعلى هذا الأساس ظهرت دعوى وقف الاعتداء التي تسمح للقاضي بوقف المساس بالمصالح التي تتعلق بالأشخاص⁶، ومنها وقف نشر صورهم وتداولها، أو عن طريق مصادرة وحجز الأجهزة أو الصحيفة طبقا للمادة 09 من قانون مدني فرنسي؛ والمادة 47 من ق.م.ج.

وفي حالة استحالة اللجوء إلى التعويض العيني أو عدم كفايته، يمكن الاستعانة بوسائل من شأنها التخفيف من آثار هذا الضرر ولاسيما تقويمه بالنقود، وللقاضي كل السلطة التقديرية في ذلك⁷، كأن يستعين بفكرة الربح الذي عاد على المسؤول بسبب النشر، ويزداد التعويض بزيادة الربح؛ أو التقدير على أساس نطاق العلنية في انتشار الصورة⁸.

¹ فهيد محسن الديحاني، المرجع السابق، ص 218.

² تم الاعتراف بالتعويض عن الأضرار المعنوية من خلال المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، السابق الإشارة إليه، والمضافة بالقانون رقم 10-05 الصادر في 20-06-2005، حيث تنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

³ للتفصيل أكثر، أنظر، صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2012، ص 435 وما يليها.

⁴ صفية بشاتن، نفس المرجع، ص 444 وما بعدها.

⁵ فهيد محسن الديحاني، المرجع السابق، ص 217.

⁶ عاقل فضيحة، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

⁷ خالد مصطفى فهمين، المرجع السابق، ص 466.

⁸ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص 485.

غير أن التعويض النقدي عن الضرر المعنوي في مسائل الاعتداء على الحياة الخاصة لا يمكن أن يزيل الضرر ككل، اللهم التخفيف منه، وبالتالي لا يلعب دورا إصلاحيا، وإنما تعويضا كبديل لترضية المضرور واثراء ذمته المعنوية.

والملتزم بالتعويض في المسؤولية المدنية للصحفي، هم كل المسؤولين عن الضرر، ولذلك توزع المسؤولية حسب حالة الاعتداء؛ ويمكن أن تأخذ الأشكال التالية:¹

1- ففي حالة الاعتداء الصادر من صحفي مستقل، فإن المسؤولية تكون تقصيرية وموزعة بالتضامن بين الصحفي والصحيفة ورئيس التحرير.

2- أما حالة الاعتداء الصادر من الصحفي التابع لصحيفة، فإنه يسأل على أساس الخطأ الشخصي؛ أما الصحيفة فتسأل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه. وهو ما راعته المادة 115 من قانون الإعلام الجزائري.²

وما دام نشر صورة الضحية من طرف الصحفي يمثل جريمة، فإن المجني عليه يصبح مدعيا مدنيا، ويلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية استعمل مصطلح المضرور وبالتالي يمكن إرفاق الدعوى المدنية مع العمومية طبقا للمادة 02 و03 و04 من ق. إ. ج، والاستفادة من تبعية حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية من خلال المواد 1/316 و2/357 من نفس القانون.³

وفي مجمل القول يمكن للدعوى المدنية الانتقال إلى الورثة ويرفعونها باسمهم في حالة تسبب لهم ضرر شخصي مباشر (كضرر مرتد) من جراء الاعتداء على حق مورثهم في الصورة.⁴

خاتمة :

وفي الختام بعدما ظهر بأن الحماية المدنية تلعب دورا فعالا في التقليل من معاناة ضحايا الجرائم الذين يتعرضون للأذى من جهتين، الجريمة نفسها من جهة، ومن تناول وسائل الإعلام لصور الجرائم الواقعة عليهم من جهة أخرى، يمكن تسجيل بعض النتائج التالية:

_ أن الحق في الكرامة الإنسانية يعتبر الأساس الأكثر ملائمة لقيام مسؤولية الصحفي التقصيرية عن عرض صور ضحايا الجريمة، فهو يمتد ليشمل الحالات التي عجزت فكرة الخصوصية أو الحياة الخاصة عن حمايتها.

_ من المستبعد أن يكون رضى الضحايا بالنشر سببا في انتفاء المسؤولية في هذه الحالة أو حق الصحفي في إعلام الجمهور لأننا أمام الاعتداء على الكرامة الإنسانية.

¹ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، المرجع السابق، ص 72.

² تنص المادة 115 من قانون الإعلام، السابق الإشارة إليه، على أنه: "يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الإلكترونية وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة إلكترونية. ويتحمل مدير الاتصال السمعي البصري أو عبر الإنترنت وصاحب الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و/أو البصري المبتث من قبل خدمة السمعي البصري أو عبر الإنترنت". وهو ما يتماشى مع نص المادة 126 من القانون المدني الجزائري التي تقر بالمسؤولية التضامنية في حالة تعدد المسؤولين والقاضي هو الذي يعين نصيب كل واحد منهم.

³ الأمر 66-155 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

⁴ خالد مصطفى فهي، المرجع السابق، ص 181.

– المشرع الجزائري مدعوا اليوم لوضع نصوص خاصة تقر بالحماية المدنية لحق الضحايا وحرمة التقاط صورهم وهم في حالة الفزع مؤسسا ذلك على أساس عدم جواز كل أشكال الاعتداء على الكرامة الإنسانية ما دام انه يمثل مساسا بهذا الحق المقدس، وجعل هذه الحماية مواكبة ومتفاعلة مع التقدم العلمي الذي طال تكنولوجيات التصوير من خلال وضع إجراءات فعالة وأهمها الإجراءات الوقائية لمنع الاعتداء ووقفه، وذلك بالنص عنها صراحة.

– ويمكن للتحويل نحو المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور الضحايا بنصوص صريحة وليس فقط في إطار القواعد العامة، أن يحقق التوازن بين الحق في الصورة وحرية الصحافة وحق الجمهور في الاعلام؛ لأن المسؤولية الجنائية لا تهتم بالضحية بقدر ما تهتم بالسلوك الإجرامي هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى في الغالب تفهم على أنها قمع للإعلام خاصة إذا كنا بصدد عقوبة سالبة للحرية، يضاف إليها الوصمة الاجتماعية للعقاب.

– إن اتساع نطاق المسؤولية المدنية عن غيرها يجعلها الأكفأ لحماية الحق في الصورة، لأنه يكفي لقيامها الإخلال بأي واجب قانوني، والواجبات القانونية غير واردة على سبيل الحصر، كما أنها قد تقوم بجوار المسؤولية الجنائية، وقد تقوم منفردة في الوقت الذي لا تتحقق فيه المسؤولية الجنائية، مثل الحالات التي تستلزم العلنية كركن لقيام المسؤولية الجنائية.

• قائمة المراجع :

– الكتب :

– خالد مصطفى فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.

– ابراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000.

– MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), Droit civil, les personnes, Paris, Cujas, 1992.

– المقالات :

– العاقب عيسى، حماية حق الانسان في صورته، مجلة الدراسات القانونية، دورية تصدر عن مركز البصيرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، العدد 16.

– سوزان عدنان، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2013، المجلد 29، العدد 03.

– علاء الدين عبد الله فواز الخصاصونة وبشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية (دراسة مقارنة في القواعد العامة وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية)، مجلة الشريعة والقانون، (كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة السابعة والعشرون، 2013، العدد 53.

– فهد محسن الديجاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56.

- نور حمد الحجايا، دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، مجلة الشريعة والقانون، (كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة الثامنة والعشرون، 2014، العدد 58.

- جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة جامعة الكوفة، 2008، العدد 07.

- رسائل الدكتوراه :

- عاقلية فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - تخصص القانون الخاص -، جامعة قسنطينة، 2012.

- صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري - تيزي وزو -، 2012.

- القوانين :

- الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 49، الصادرة في 11-06-1966.

- قانون عضوي رقم 12-05، المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالإعلام، ج. ر. ج، عدد 02، الصادرة في 15 - 01-2012.

- المادة 33/48 من القانون رقم 14 - 04 يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج. ر. ج، عدد 16، الصادرة في 23-03-2014.

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 78، الصادرة في 30-09-1975.

- الأمر 66-155 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

- Loi 2000-516 du 15 Juin 2000, art. 97, JORF 16 juin 2000; Ordonnance 2000-916 du 19 Septembre 2000, art. 3, JORF 22 septembre 2000, _Code civil et pénal français.

قراءة أولية في القانون 12.18 المنعلق بالنعويض عن حوادث الشغل



من إعداد : عبد الغني لغماري

طالب باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق

جامعة المولى اسماعيل بمكناس - المملكة المغربية

مقدمة :

لا مرأ في أن الانسان جبل منذ بدء الخليقة على حب العمل و الكد و الاجتهاد، مع اختلاف بين في أنماط هذا العمل و أساليبه و طرقه، بل و حتى أهدافه و غاياته من عصر لآخر بحسب ظروف و ملابسات الحياة السائدة في كل زمان و مكان، فإذا كانت محاولة تطويع الطبيعة حرصا على بقاء الانسان باستعمال وسائل بدائية هي غاية و وسيلة العمل في الماضي البعيد، فإن هذه الوسائل و الغايات تطورت بل و عرفت ثورة و اكبت تطور المجتمعات الانسانية، و الثورات الزراعية و الصناعية التي عرفتها هذه المجتمعات، و تعقد العلاقات السائدة داخلها؛ فأضحت أشكال العمل و طريقة الانتاج هي التي تحدد نوع العلاقات الاجتماعية التي يقيمها الناس فيما بينهم¹، و لعل هذا ما جعل ابن خلدون يصف العمل بأنه : " الميزة الاساسية التي تتحقق بها انسانية الفرد و المجتمع، و هو صراع مستمر و دائم مع الطبيعة"²، على أن هذا الصراع مع الطبيعة قد انضاف اليه صراع آخر بين العامل والآلة أو التقنية و وسائل العمل عموما، فأصبحت الحاجة ملحة الى وضع قواعد تضمن حق الاجير أو ذوي حقوقه في التعويض بسبب ما يتعرض له من أخطار مهنية، قد تؤدي الى عجزه و حرمانه من العمل و بالتالي من الاجر لفترة معينة او الى الانتقاص من قدراته المهنية او حتى الى وفاته احيانا.

¹ -بشرى العلوي، "الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي-دراسة ميدانية و دليل للعمل القضائي معزز بأحدث الاجتهادات القضائية"، الطبعة الثانية، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب صوماديل، الدار البيضاء 2007، ص 7.

² -عبد الرحمان ابن خلدون، "المقدمة"، الجزء الأول، ص 43.

من هنا ظهر في القانون الاجتماعي¹، شق يعنى بالأخطار المهنية التي قد يتعرض لها الأجير أثناء القيام بعمله أو بمناسبة ذلك، في إطار تشريع يعنى بالتعويض عن حوادث الشغل و حوادث الطريق و الامراض المهنية، وذلك من خلال قواعد متميزة و مغايرة للمبادئ العامة التي تؤطر أحكام المسؤولية المتعارف عليها في اطار قواعد القانون المدني.

فالمسؤولية عن حوادث الشغل و حوادث الطريق و الامراض المهنية و انطلاقا من أساسها و تقنياتها و كيفية دفعها و كيفية التعويض عنها تبقى عبارة عن نظام قانوني جد متميز، لا تقبل أن يقاس عليها و لا أن يتوسع في تفسيرها².

هذا و يعتبر التشريع الألماني، أول تشريع وضع تقنينا خاصا بالمادة الاجتماعية سنة 1884، ثم تلاه القانون الفرنسي الذي سن سنة 1898 تشريعا منظما للتعويض عن حوادث الشغل و الذي تم تعديله سنة 1919³؛ أما بالنسبة للمغرب فقبل الحماية كانت الحوادث التي تصيب العمال قليلة نظرا لطبيعة النشاط الممارس اذاك، و اذا حدث و اصيب العامل بحادثة شغل فان ذلك يعتبر بمثابة قضاء و قدر⁴، و بعد الحماية، جاء قانون الالتزامات و العقود سنة 1913 ليضع نواة لقواعد التعويض عن حوادث الشغل في الفصول من 749 الى 752 و ذلك في اطار القواعد العامة و دون أية خصوصية تذكر، فقد كانت المسؤولية بموجب هذه القواعد مبنية على خطأ شخصي واجب الاثبات، على أن أول تشريع قنن بشكل خاص و ميز هذه القواعد كان بمقتضى ظهير 25 يونيو 1927 الذي يعتبر نسخة من القانون الفرنسي لسنة 1898 و الذي بني على قاعدتين أساسيتين أولهما، انه يؤطر التعويض عن حوادث الشغل على أساس مسؤولية بدون خطأ و ثانيهما أنه يؤسس لتعويض جزئي لفائدة لمصاب⁵، ثم تلاه ظهير 31 ماي 1943 المتعلق بالأمراض المهنية، و بتاريخ 06 فبراير 1963 صدر الظهير الذي غير بمقتضاه ظهير 1927/06/25 المتعلق بالتعويضات عن حوادث الشغل و الذي تم تمديده الى الامراض المهنية، و الذي غير و تم بدوره بالقانون رقم 18.01⁶، الذي رفع من قيمة التعويضات اليومية و من الايراد و أقر اجبارية التأمين بالنسبة لحوادث الشغل و الأمراض المهنية على كل رب عمل خاضع لنظام الضمان الاجتماعي⁷، ثم جاء القانون رقم

¹ -تجد تسمية القانون الاجتماعي سندها في أن هذا القانون يجعل الوضعية الاجتماعية للأجير و أسرته من بين اهتماماته الأساسية، الا ان هذه التسمية لم تخل من نقد باعتبار القانون بكل فروع "اجتماعي"، طالما انه ينظم العلاقات النابعة من الحياة في المجتمع، و هذا ما صرح به العميد ريبير "RIPERT" عندما دار الحديث عن القانون الاجتماعي فرد باستغراب "إن كل قانون اجتماعي"، للمزيد من التفصيل في هذا الجانب أنظر مؤلف استاذنا محمد الشرقاني، "علاقات الشغل بين تشريع الشغل و مشروع مدونة الشغل"، الطبعة الاولى، دار القلم، الرباط، 2003، ص 9 و ما بعدها.

² -محمد الكشور و بلعيد كرومي، "حوادث الشغل و الأمراض المهنية، المسؤولية و التعويض، مع قراءة في القانونين 18.01 و 06.03"، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص 5-6.

³ -زهور الحر، "دور القاضي الاجتماعي في حوادث الشغل و الامراض المهنية على ضوء العمل القضائي"، مداخلة بمناسبة الاحتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، منشورة في كتاب عقود العمل و المنازعات الاجتماعية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الامنية، الرباط، 2007، ص 51.

⁴ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 33.

⁵ م س، ص 41.

⁶ -صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.179 الصادر في 12 جمادى الاولى 1423 (23 يوليو 2002) منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 الصادرة في 19 غشت 2002 ص 2367.

⁷ -ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 بتاريخ 15 جمادى الثانية 1392 (27 يوليو 1972) يتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3121 بتاريخ 1972/08/23 الصفحة 2178.

106.03¹ الذي تم بموجبه التراجع عن التعديلات التي أقرها التعديل الذي سبقه فتقرر خفض قيمة الأيراد و التراجع عن اجبارية التأمين بالنسبة للأمراض المهنية²، لتتوج الصيرورة التاريخية لتطور قواعد التعويض عن حوادث الشغل و الأمراض المهنية بالمغرب بصدور القانون رقم 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل³ و هو بيت القصيد و موضوع هذه القراءة.

و تبرز أهمية هذا الموضوع على المستوى النظري، على اعتبار أن القانون 12.18 هو قانون حديث العهد، و وليد مطلع هذه السنة، و البحث فيه من شأنه أن يكشف ما تزخر به ثنياه من مستجدات مقارنة مع ظهير 6 فبراير 1963، فضلا عن أهميته على المستوى العملي من خلال تنظيم قواعده لنزاعات أصبحت تحفل بها رفوف المحاكم و تتزايد على نحو ملحوظ بفعل تطور وسائل العمل و تعاظم الأخطار الناتجة عنها، و انطلاقا مما يكتسيه هذا الموضوع من أهمية يطرح التساؤل التالي: ما هي أهم المستجدات التي جاء بها القانون الجديد بالمقارنة مع ظهير 6 فبراير 1963؟

ان الاجابة على هذا التساؤل تقتضي منا قبل الخوض في صلب الموضوع ابداء مجموعة من الملاحظات العامة في هذه المقدمة، و ذلك على الشكل التالي :

- جاء القانون 12.18 بهيكله جديدة، ذلك انه يضم 197 مادة موزعة على تسعة أقسام، خصص منها القسم الاول للأحكام العامة و مجال التطبيق، و القسم الثاني للتصريح بحوادث الشغل و الشواهد الطبية و المراقبة الطبية، و القسم الثالث للتأمين و احلال المقاوله المؤمنة محل المؤمن له في الاداء، اما القسم الرابع فتم افراده للتعويض في حالة العجز المؤقت أو الدائم أو في حالة الوفاة، فيما خصص القسم الخامس لمسطرة التعويض و المنازعات، و عالج القسم السادس مسألة اقامة الدعوى على الشخص مرتكب الحادثة، و نظم القسم السابع مسألة التقادم، و تضمن القسم الثامن العقوبات، و تطرق القسم التاسع للأحكام المختلفة و الحتمية؛ و بذلك يكون القانون الجديد قد وضع حدا للتضخم الذي كان يعرفه ظهير 6 فبراير 1963 و الذي كان يضم 361 مادة موزعة على 10 أجزاء، و لعل ذلك يجد مبرره كما سيأتي في متن الموضوع، في حذف مجموعة من المقتضيات من القانون المنظم لحوادث الشغل، و خاصة بعض المقتضيات المسطرية التي تم نسخها، أو التي تنظمها قواعد المسطرة المدنية، على أن ثنائية قواعد الشكل و الموضوع لازالت حاضرة في هذا القانون ذلك أن الجانب المسطري لازال يؤثر بقوة مضامينه، من خلال مجموعة من المقتضيات لاسيما تلك المتعلقة بالمسطرة أمام المحكمة سواء في اطار الصلح أو المنازعة.
- حذف المقتضيات المتعلقة بالاختصاص و التي كان ينظمها الباب الاول من الجزء الخامس من ظهير 6 فبراير 1963 في الفصول من 198 الى 204، و ذلك للحد من تضخم نصوص قانون حوادث الشغل، لاسيما و ان مسألة الاختصاص في المادة الاجتماعية محددة بتفصيل في الفصول من 18 الى 29 من قانون المسطرة المدنية.
- حذف المقتضيات المتعلقة بالمساعدة القضائية و التعرض و الاستئناف و طلب النقض و الابرام و التنفيذ المؤقت و التي كانت تنظمها الفصول من 251 الى 261 من ظهير 6 فبراير اذ لم يعد لها وجود في ظل القانون

¹ صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.167 الصادر في 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003) منشور بالجريدة الرسمية عدد 5118 الصادرة في 19 يونيو 2003.

² - محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 47.

³³ - صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.190 بتاريخ 6 ربيع الأول 1436 (29 دجنبر 2014)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436

(22 يناير 2015).

12.18، و ذلك في اشارة الى خضوع قضايا حوادث الشغل و الامراض المهنية الى القواعد العامة فيما يتعلق بطرق الطعن و آجاله¹ و على اعتبار ان قواعد المساعدة القضائية في المادة الاجتماعية منظمة بمقتضى الفصل 273 من قانون المسطرة المدنية.

• ملاءمة قانون التعويض عن حوادث الشغل مع قانون الاسرة من حيث أقصى مدة للحمل التي كانت 300 يوم في ظل ظهير 1963، و أصبحت بمقتضى المادة 98 من القانون 12.18 سنة واحدة في انسجام مع مقتضيات المادة 154 من مدونة الاسرة.

• وضع حد للركاكة التي كانت تطبع الاسلوب الذي صيغ به ظهير 1963، مع استمرار بعض الاستثناءات، من قبيل ما نصت عليه المادة 2 من القانون 12.18 و التي جاء فيها "تعتبر باطلة كل اتفاقية مخالفة لأحكام هذا القانون التي تعتبر من النظام العام..."، فوضع اسم الموصول "التي" عن خطأ، و التي كان يجب أن تستعمل محلها كلمة "الذي"، قد تخلق لبسا لدى القارئ العادي، الذي ليس له خلفية قانونية، فيتساءل هل الاتفاقية أم القانون الذي يعتبر من النظام العام، و الحال ان المادة المذكورة ما هي الا تكريس لما كانت يتضمنه الفصل 347 من ظهير 1963، بخصوص صبغة النظام العام التي أضفهاها المشرع على قواعد التعويض عن حوادث الشغل.

بعد ابداء هذه الملاحظات العامة سنحاول مقارنة المستجدات التي جاء بها القانون 12.18 من خلال التصميم التالي:

المبحث الأول: مناط تطبيق القانون 12.18. المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل.

المبحث الثاني: المسطرة و التعويضات المقررة في القانون 12.18.

المبحث الأول: مناط تطبيق القانون 12.18. المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل.

كما سبقت الاشارة الى ذلك، فقد كرسست المادة 2 من القانون الجديد و التي جاءت ضمن الاحكام العامة صبغة النظام العام لقواعد هذا القانون، في اشارة الى ان مناط تطبيق هذا القانون هو ما تحدده قواعده، حيث اعتبرت ذات المادة ان كل اتفاقية مخالفة لأحكام هذا القانون تعتبر باطلة، غير ان هذا النظام العام هو نظام عام مرن و نسبي بشكل ايجابي لفئة الاجراء، ذلك انه يقبل كل ما هو اكثر فائدة لهم، سواء تم التنصيب عليه في النظام الداخلي أو الاساسي للمقاولة او عقد الشغل او اتفاقية الشغل الجماعية او عقد التأمين².

و هكذا و على هدي الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون 12.18³، يمكن تقسيم مناط التطبيق، و بالتالي المبحث الاول الى قسمين، مناط التطبيق من حيث الوقائع (المطلب الاول) و مناط التطبيق من حيث الاشخاص (المطلب الثاني).

¹ يأتي ذلك انسجاما مع الملاحظات التي كانت تثار على ظهير 6 فبراير 1963 من حيث احتوائه على أحكام لا تنسجم مع قواعد قانونية أخرى، للمزيد من التفصيل انظر محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س ، ص 9 و ما بعدها.

² انظر الفقرة 3 من المادة الاولى من القانون 12.18 و التي تعتبر استنساخا للفقرة الاخيرة من الفصل 57 من ظهير 1963.

³ نصت هذه الفقرة على ما يلي: "تخول الاضرار الناتجة عن حوادث الشغل للأشخاص المستفيدين من أحكام هذا القانون و المحددة فئاتهم في المواد من 5 الى 9 أدناه أو ذوي حقوقهم الحق في مصاريف و تعويضات يتحملها المشغل أو مؤمنه".

المطلب الاول : مناط تطبيق القانون 12.18 من حيث الوقائع.

كما كان الحال في ظل ظهير 1963، فالقانون 12.18 يطبق من حيث الوقائع على حادثة الشغل (الفقرة الاولى) و حادثة الطريق (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : حادثة الشغل.

لقد بقي المشرع المغربي¹ وفيما لمبدئه في عدم افراد حادثة الشغل بتعريف خاص، كما كان عليه الحال في الظهير القديم، و من ثم، فقد اكتفى القانون 12.18² -على غرار ظهير 1963- بوضع معايير، اذا توفرت توصف الحادثة بأنها حادثة شغل، الا ان ذلك كان بصياغة أكثر وضوحا و بتبني معايير جديدة لوصف الحادثة بأنها حادثة شغل، و هي معيار التبعية، و معيار الضرر.

أولا : معيار الضرر.

لم يكن الفصل 3 من ظهير 1963 يشير الى هذا المعيار بصراحة، الا ان الفقه و القضاء اجمعا على اشتراط توفره الى جانب الفعل الضار و العلاقة السببية بين الضرر و الفعل الضار، حتى يكون هناك مسوغ لوصف الحادثة بأنها حادثة شغل، الا ان الجديد في القانون 12.18 انه لم يكتف فقط باعتماده كمعيار صريح لتوصف الحادثة بأنها حادثة شغل بل أفرد له تعريفا، " بأنه كل إصابة جسدية أو نفسية تسببت فيها حادثة الشغل و أسفرت عن عجز جزئي أو كلي مؤقت أو دائم للمستفيد من أحكامه".

و بذلك فالضرر المقصود في القانون 12.18، لا يقتصر على الضرر الجسدي³، بل يتعداه ليشمل حتى الضرر النفسي، غير أن هذا المستجد على مستوى نمط الاضرار المعتبرة في اصفاء صبغة حادثة شغل، على الحادثة التي يتعرض لها المصاب، و ان كان يعتبر أكثر حمائية بالنسبة للأجراء من خلال توسيع نطاق الاضرار التي يجب توفرها لكي يتم اعتبار الحادثة التي يتعرضون لها بأنها حادثة شغل عبر ادراج الحوادث التي يترتب عنها ضرر نفسي، الا انه لم يواكب كما سنرى بمستجدات على مستوى اقرار تعويضات أخرى خاصة بالضرر النفسي، اللهم الا اذا كان هذا الضرر سيعوض في اطار التعويض عن العجز المؤقت و التعويض عن العجز الدائم، و في هذه الحالة تبقى مسألة اعادة النظر في التعريفات التي سبق و ان أفردت لهذين النوعين من العجز أي المؤقت⁴

¹ و ذلك على غرار كل من المشرع الفرنسي و نظيره المصري و اللذين بدورهما لم يعرفا حادثة الشغل، لمزيد من التوسع في هذا الجانب أنظر، رشيدة أحفوظ، " التعويض عن حوادث الشغل دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب صوماديل، الدار البيضاء، 2004.

² نصت المادة 3 من القانون 12.18 التي تقابل الفصل 3 من ظهير 1963، على أنه: "تعتبر حادثة شغل كل حادثة كيفما كان سببها، يترتب عنها ضرر للمستفيد من أحكام هذا القانون، سواء كان أجيرا أو يعمل بأية صفة تبعية كانت و في أي محل كان إما لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين و ذلك بمناسبة أو بسبب الشغل أو عند القيام به، و لو كانت هذه الحادثة ناتجة عن قوة القاهرة أو كانت ظروف الشغل قد تسببت في مفعول هذه القوة أو زادت في خطورتها، الا اذا اثبت المشغل أو مؤمنه طبقا للقواعد العامة للقانون أن مرض المصاب كان سببا مباشرا في وقوع الحادثة".

³ كما كان يشترط ذلك الفقه و القضاء المغربيين في ظل ظهير 6 فبراير 1963، أنظر، رشيدة أحفوظ، م س، ص 35 و ما بعدها، و محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 66 و ما بعدها،

⁴ يقصد بالعجز المؤقت، الاثر الذي تخلفه الاصابة على القدرة الجسدية للضحية، و يجعله غير قادر على القيام بعمله لفترة معينة، أنظر، رشيدة أحفوظ، م س،

و الدائم¹ مسألة حتمية، لاسيما و أن مسألة التعويض عن الضرر النفسي في اطار القواعد العامة تعتبر مسألة مستبعدة بصريح القانون 12.18 الذي اعتبر ان التعويض عن الاضرار يتم طبق الشروط و الكيفيات و المساطر المنصوص عليها في هذا القانون².

و يبقى علينا انتظار الافراج على النص التنظيمي المتعلق بعناصر تحديد نسب العجز³، حتى يظهر مدى أخذ الضرر النفسي بعين الاعتبار في تحديد هذه النسب، ام ان هذا المقتضى سيظل حبيس المادة 3 من القانون 12.18 و لا يعدو أن يكون اضافة نظرية.

ثانيا : معيار التبعية.

ان اعتماد معيار التبعية في القانون 12.18، لكي توصف الحادثة التي يتعرض لها المصاب بأنها حادثة شغل يأتي -حسب اعتقادنا- للحد من الاطلاق الذي كان يتضمنه الفصل 3 من ظهير 1963، ذلك ان هذا الفصل كان يضفي صبغة حادثة شغل على الحادثة التي يتعرض لها من جراء الشغل أو عند القيام به الاجير أو أي شخص يعمل بأي صفة كانت لحساب مؤجر واحد او عدة مؤجرين...⁴، و الحقيقة ان ايراد معيار التبعية قد وضع حدا للبس الذي كانت تثيره صيغة الفصل 3 من ظهير 1963 على النحو المذكور، و ما كان يترتب على ذلك من اختلاف على مستوى تأويله قضائيا بالنسبة لبعض محاكم الموضوع، خاصة بالنسبة للعقود التي تتشابه مع عقد الشغل كعقد المقاولة الذي يتميز عقد الشغل عنه بعنصر التبعية، فعقد المقاولة يقوم على بذل نشاط مهني مقابل أجر، لكن دون رقابة أو توجيه من المشغل أي باستقلال تام و باستعمال المقاول لوسائل عمله الخاصة و وفق الطرق التي يراها ملائمة، في حين أن عقد الشغل يفترض توفر عنصر الرقابة و التوجيه من جانب المشغل أو ما يصطلح عليه بالتبعية، و لعل ايراد هذا المعيار في المادة 3 من القانون الجديد يأتي تكريسا لما جاء في عدة قرارات لمحكمة النقض⁵، و التي اعتمدت على عنصر التبعية، في القول بعدم استحقاق المقاول لأي تعويض عن الحادث الذي يتعرض له بمناسبة قيامه بعمله.

الفقرة الثانية : حادثة الطريق.

لم يأت القانون 12.18 بتغييرات مهمة بالنسبة لمفهوم و شروط تحقق حادثة الطريق، فعلى غرار ظهير 1963، لم يعرف المشرع في القانون الجديد حادثة الطريق، مكتفيا بتحديد مجالها المكاني، بصيغة أكثر تركيزا، و هكذا

¹ يقصد بالعجز الدائم، عدم القدرة على العمل ، التي تصيب الشخص في سلامته الجسدية فتؤثر على قواه البدنية و مقدرته على القيام بعمله و يقاس مدى فقد القدرة على العمل بالنظر الى الشخص السليم المعافي، انظر أحمد حسن البري "المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية و تطبيقاتها، في القانون المقارن"، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 498.

² انظر الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون 12.18.

³ النص المطبق حاليا هو القرار المديرى المؤرخ في 21 مايو 1943 (الجريدة الرسمية عدد 1597 الصادرة في 4 يونيو 1943، صحيفة رقم 422).

⁴ أنظر الفصل 3 من ظهير 1963.

⁵ من بين هذه القرارات قرار محكمة النقض عدد 489 الصادر بتاريخ 2008/05/07، في الملف عدد 7/700، و الذي جاء فيه: "عقد المقاولة يتميز بالاستقلال التام في العمل و لا يخضع لأي رقابة أو توجيه ، و من تم فان ما يحدث نتيجة العمل يعد مسؤولا عنه المقاول وحده دون غيره، فإلّا لك بمقتضى العقد الذي أبرمه مع المطلوبة التزم فيه بتفكيك سقف بناية قديمة على ملكيتها، و كان يمارس عمله باستقلال تام و ليس فيه علاقة تبعية مما يجعله مسؤولا عن الحادثة التي أودت بحياته من جراء عمله و لا تتحمل المطلوبة أية مسؤولية". أشار اليه محمد بفقير في كتابه "مدونة الشغل و العمل القضائي المغربي"، الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2011، ص 21.

فتبعاً للمادة 4 من القانون 12.18¹، يمكن القول أن المشرع حدد 4 نقط انطلاق و وصول خلال مسافة الذهاب و الاياب و التي تعتبر خلالها الحادثة التي يتعرض لها المستفيد من أحكامه²، بمثابة حادثة شغل، و تأسيساً على ذلك تعتبر حادثة طريق، الحادثة الواقعة خلال مسافة الذهاب و الاياب :

- بين محل الشغل و محل الإقامة الرئيسي للمستفيد من أحكام هذا القانون.

- بين محل الشغل و محل إقامة ثانوية، للمصاب شريطة ان يكتسي هذا الاخير صبغة ثابتة، اذ لولا هذه الصفة لأصبح هذا المحل كأي مكان يتوجه اليه الانسان بصفة عرضية، و اثبات الصبغة الثابتة يقع على عاتق العامل المصاب متى نوزع فيها³.

- بين محل الشغل و أي محل آخر يتوجه اليه المصاب بصفة اعتيادية، و هنا يظهر المستجد الذي جاء به القانون 12.18، ذلك انه حذف عبارة "لأسباب عائلية"، بمعنى أنه لا يشترط في المكان الذي يتوجه اليه المصاب بصفة اعتيادية أن يكون لأسباب عائلية، بل ان المهم هو عنصر الاعتقاد، و هنا يمكن ان نتصور ان تعرض العامل لحادثة خلال المسافة بين محل العمل و صالة الرياضة أو نادي ترفيهي يتوجه اليه بصفة اعتيادية، تعتبر بمثابة حادثة شغل.

- بين محل الشغل و المحل الذي يتناول فيه العامل طعامه بصفة اعتيادية و بين هذا الاخير و محل إقامته، و المستجد هنا هو حذف ما كان يتضمنه الفصل 6 من ظهير 1963 من حيث تعداد وجبات الطعام و التمثيل لأماكن تناول الطعام بمنزل أحد الاقارب أو احد الافراد، و في اعتقادنا ان المشرع حسنا فعل بهذا الحذف، فالصيغة الجديدة و ان كانت مركزة الا انها تفي بالغرض من حيث توضيح المعنى و تركيز المبنى ، ذلك ان الهم هنا هو اثبات عنصر الاعتقاد في المحل الذي يتناول فيه العامل طعامه مهما كانت الوجبة التي سيتناولها العامل سواء فطور أو غداء أو عشاء، و مهما كان مكان تناولها سواء كان مطعم أو مقهى أو دكان أو منزل صديق أو قريب....

المطلب الثاني : مناط تطبيق القانون 12.18 من حيث الأشخاص.

حدد القانون 12.18 فئات المستفيدين من أحكامه في سبع مواد⁴، و هو نفس عدد الفصول الذي كان ينظم هذه الاحكام في ظهير 1963 ، بيد ان المواد المعنية بتحديد نطاق التطبيق من حيث الاشخاص في القانون 12.18 جاءت بشكل أكثر تركيزاً و بصياغة أكثر وضوحاً، بعيدة عن التضخم و الاسلوب الركيك الذي كان يطبع الفصول التي تقابلها في ظهير 1963، و متبينة في العديد من المقتضيات، نفس الصياغة التي حددت بها مدونة الشغل نطاق تطبيقها⁵، أما على مستوى مضمون هذه المواد فقد كانت السمة الغالبة هي الزيادة في توسيع نطاق تطبيق القانون 12.18 سواء من حيث المشغلين (الفقرة الاولى) أو من حيث المستفيدين من أحكام القانون (الفقرة الثانية).

¹¹ يشار الى ان ظهير 1963 حدد المجال المكاني لحادثة الطريق في الفصل السادس.

² مع مراعاة الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون 12.18.

³ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 98.

⁴ المواد من 5 الى 11 من القانون 12.18.

⁵ تراجع بهذا الصدد المادة الخامسة من القانون 12.18 و المادة الاولى من مدونة الشغل وكذا البنود 4 و 5 و 6 و 7 و 8 من المادة 6 من القانون 12.18 و البنود 2 و 3 و 4 و 5 و 6 من المادة الثالثة من مدونة الشغل.

الفقرة الاولى : نطاق تطبيق القانون 12.18 من حيث المشغلين.

تسري أحكام القانون 12.18 على الاشخاص المتدربين و كذا المأجورين العاملين في مقاولات الصناعة العصرية و التقليدية و المقاولات التجارية و مقاولات الصيد البحري و تربية الاحياء المائية و الاستغلايات الفلاحية و الغابوية و ملحقاتها، و الاشخاص المشغلين مع جمعية أو رابطة أو منظمة أو شركة مدنية كيفما كانت طريقة أداء أجورهم و شكل عقد عملهم أو نوعه و صلاحيته و طرق تنفيذه.

و المستجد هنا هو تمديد أحكام القانون الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل ليشمل اجراء مقاولات الصناعة التقليدية، و هو مستجد بيدي الغاية الحمائية التي ابتغاها واضعو القانون 12.18 من وراء اصداره، من حيث تمديد مقتضياته لأجراء لم يكونوا مشمولين بالحماية ضمن مقتضيات ظهير 1963، بل ان هذا المستجد يبدو أكثر تقدما حتى من مدونة الشغل التي استتت في مادتها الرابعة اجراء قطاع الصناعة التقليدية الصرف من الخضوع لأحكامها.

و تأكيدا على البعد الحمائي للقانون 12.18 فهو يطبق بغض النظر عن طريقة أداء الاجر سواء كان بالساعة أو باليوم او بالشهر او بالقطعة، و عن شكل عقد الشغل سواء كان كتابيا أو شفويا، أو حتى الكترونيا، و عن نوعه سواء كان محدد المدة أو غير محدد المدة أو لإنجاز شغل معين، بل و حتى عن صلاحيته، اذ يمكن تصور تطبيق القانون 12.18 على الاجير الذي ارتبط مع مشغل بعقد شغل باطل لسبب من الاسباب.

كما ان من بين المستجدات التي جاء بها القانون 12.18، هو استنساخ الفقرة الثانية من المادة الاولى من مدونة الشغل و تضمينها بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون 12.18، و ذلك من خلال تمديد أحكامه كقاعدة عامة على كل من يرتبط بعقد شغل مع مشغل غير منصوص عليه ضمن المقاولات التي سبقت الاشارة اليها اعلاه، و في هذا استجابة للانتقادات التي وجهها الفقه¹، من حيث عدم اشمال ظهير 1963 على نص عام يقضي بتطبيقه على كل من ابرم عقد شغل و من يشتغل لحسابه.

الفقرة الثانية : مستجدات القانون 12.18 من حيث الفئات المستفيدة من أحكامه.

تميزت مستجدات القانون 12.18 على مستوى الفئات المستفيدة من أحكامه بتوسيع نطاق الاستفادة لتشمل فئات لم تكن مستفيدة في اطار ظهير 1963، أو بالتنصيص صراحة على المقصود ببعض الفئات التي كانت تستفيد من ظهير 1963، أو بحذف بعض الفئات التي كانت تستفيد من ظهير 1963.

و هكذا فقد تم توسيع نطاق الاستفادة من القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل ليشمل ما يلي :

- الاشخاص الذين يضعون أنفسهم في مقالة ما رهن اشارة الزبناء لكي يقدموا اليهم مختلف الخدمات سواء بتكليف من رئيس المقالة أو برضاه، و الجديد في هذا المقتضى انه لم يشترط علاقة التبعية بما تنطوي عليه من رقابة و توجيه بشكل صريح بل اشترط فقط ان يكون ذلك بمجرد تكليف او حتى رضی

¹ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 58.

المشغل، و يمكن ادخال عمال التدليك في الحمامات التقليدية في هذه الزمرة، و الذين سبق لمحكمة النقض ان قضت بعدم ارتباطهم بعلاقة شغل مع اصحاب الحمامات التقليدية¹.

- الاشخاص الذين عهدت اليهم مقاوله واحده بمباشرة مختلف البيوعات و بتلقي مختلف الطلبات، اذا كان هؤلاء الاشخاص يمارسون مهنتهم في محل سلمته لهم المقاوله و يتقيدون بالشروط و الاثمنة التي تفرضها تلك المقاوله، و بهذا المقتضى يكون القانون 12.18 قد اشترط عنصرين لاستفادة هذه الفئة من القانون 12.18 :

- 1/ ضرورة توفر عنصر التبعية من حيث تقيد المستفيدين المدرجين في هذه الفقرة بشروط و أئمة المقاوله المشغلة.

- 2/ ممارستهم لمهامهم في محل تابع المقاوله المشغلة.

- البوابين في البنايات المعدة للسكنى، و جدير بالذكر أن القانون 12.18 ازال الاستثناء الذي كان يقضي في ظل ظهير 1963 بعدم استفادة البوابين الخاصين بالملك نفسه، من احكامه.

- العمال المنزليين، و بذلك يكون القانون 12.18 قد أقر حق هذه الفئة في الاستفادة من القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل و الامراض المهنية، في محاولة من المشرع لاستشرف ما سيترتب عن النقاش الدائر بخصوص التشريع الخاص بخدم المنازل، بعدما تم استثناء هذه الفئة من الخضوع لظهير 1963 و كذا مدونة الشغل².

- الصحفيين و الفنانين المهنيين، و قد تم ادماج فئة الفنانين المهنيين انسجاما مع احكام المادة 13 من قانون الفنان³، التي نصت على استفادة الفنان من التشريع المتعلق بحوادث الشغل و الامراض المهنية.

كما تم التنصيص صراحة على استفادة مستخدمي و أجراء المؤسسات العمومية غير الخاضعين للنظام المطبق على موظفي الدولة المتمرنين و المرسمين من احكام قانون التعويض عن حوادث الشغل، و بهذا المقتضى يكون القانون 12.18 قد ازال اللبس حول مدى استفادة هذه الفئة من أحكام القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، ذلك ان المشرع و على هدي العديد من قرارات محكمة النقض، اعتبر ان الفيصل هنا هو عدم خضوع هذه الفئة للظهير الشريف رقم 1.58.008 بشأن النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية، بمعنى أن القانون 12.18 يطبق على أجراء المؤسسات العمومية متى كان لهذه المؤسسات نظام أساسي خاص بموظفيها و ذلك كالمكتب الوطني للكهرباء و الماء الصالح للشرب، أما اذا كان موظفو هذه المؤسسات خاضعين للنظام الاساسي للوظيفة العمومية فلا يخضعون للقانون 12.18.

و في نفس الاطار تم التنصيص بشكل صريح على استفادة مستخدمي الجماعات المحلية⁴ المؤقتين و العرضيين و المياومين و المتعاقدين من أحكام القانون 12.18، و بمفهوم المخالفة لهذه الاحكام فالموظفون الرسميون لدى

¹ قرار عدد 707 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18/06/2008 في الملف عدد 07/1026 و الذي جاء فيه: "عمل التدليك بالحمامات التقليدية لا يكتسي رابطة العمل بالمفهوم القانوني، لأنه يتقاضى مستحقاته من الزبناء و دون تدخل من صاحب الحمام مما تنتفي معه علاقة التبعية، و ان قيامه بمراقبة الماء و تنظيف الحمام فضلا عن انه يرتبط بعمله، فانه يكون كمقابل للاذن له باستعمال الحمام للقيام بمهمته". أورده محمد بفقير، م س، ص 21.

² المادة الرابعة من مدونة الشغل.

³ القانون رقم 17.99 صدر بالجريدة الرسمية تحت عدد 5126 بتاريخ 17 يوليو 2003.

⁴ يشار هنا الى ان دستور 2011 قد استعاض عن تسمية الجماعات المحلية بالجماعات الترابية، يراجع في هذا الصدد الباب التاسع من دستور 2011.

الجماعات المحلية تسري عليهم مقتضيات الفصل 45 و الفصل 45 مكرر من الظهير الشريف رقم 1.58.008 بشأن النظام الاساسي العام للتوظيف العمومية و الفصل 25 و ما بعده من القانون رقم 011.71 المحدث لنظام المعاشات المدنية، و هو مقتضى يتسق مع ما سبق أن اكدته محكمة النقض في العديد من قراراتها¹.

و بالنسبة للأجراء المشتغلين بمنازهم، فقد أبقى عليهم القانون 12.18 - على غرار ظهير 1963 - ضمن الفئات المستفيدة من أحكامه، غير أن المستجد الذي يمكن ان نلاحظه هنا، هو حذف المقتضيات التي تشير الى استفادة أبناء هؤلاء الاجراء من احكام القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، و ما كانت تتضمنه من احكام تخالف النظام العام المغربي و الاخلاق الحميدة من حيث تمديد الاستفادة من ظهير 1963 لأطفال هؤلاء الاجراء سواء كانوا شرعيين أو طبيعيين معترفا بهم و كذا المتبنين.

و بخصوص استثناء بعض الفئات التي كان ظهير 1963 يقر استفادتها من أحكامه، من نطاق الاستفادة من احكام القانون 12.18 فقد تم استثناء الأشخاص الذين يشاركون عن طوعية و بدون أجر في المجاز اشغال لحساب جماعات عمومية و العاطلين الذين يقومون بأعمال برسم محاربة البطالة².

في نفس السياق استثنى القانون 12.18 الاجراء الاحداث الذين تقل سنهم عن السن القانوني للشغل من الاستفادة من أحكامه، و بذلك يكون كل أجير يقل عمره عن 15 سنة - و هي السن القانونية للشغل استنادا للمادة 143 من مدونة الشغل - تعرض لحادثة شغل غير معني بتطبيق أحكام القانون 12.18، و لعل المشرع بهذا المقتضى يرفض اعطاء صبغة المشروعية على أي تشغيل للاطفال دون السن القانونية، و هو المقتضى الذي كان غائبا في ظل ظهير 1963، و الذي سبق ان اعتمدت عليه محكمة النقض في تأييد قرار قضى بالتعويضات لأجيرة يقل عمرها عن 15 سنة³.

و قد حافظ القانون 12.18 للمشتغلين على مكنة الاستفادة من احكام القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل و ذلك على غرار ظهير 1963 غير أن المستجد على هذا الصعيد هو تبيان السبيل الممكن من هذه الاستفادة و ذلك عن طريق ابرام المشتغلين و العمال المستقلين و الاشخاص المزاولين لمهنة حرة و الاشخاص المزاولين لنشاط غير مأجور لعقود التأمين، و هو في حقيقة الامر تأمين على الاشخاص و ليس عن المسؤولية⁴.

¹ منها القرار في قراره عدد 197 الصادر بتاريخ 4 مارس 2010 في الملف عدد 2009/1/5/277 و الذي جاء فيه " حيث ثبت صحة ما نعتة الطالبة على القرار في الوسيلة الثانية ذلك انها اثار استئنافا ان الضحية كان موظفا رسميا في منصب عون عمومي لدى الجماعة الحضرية لمرس السلطان فلا يطبق عليه ظهير 1963/02/06 المتعلق بحوادث الشغل حسب الشهادة الصادرة من رئيس الجماعة الحضرية الا ان المحكمة ايدت الحكم الابتدائي الذي طبق مقتضيات الظهير المذكور و الحال ان الحوادث التي يتعرض لها الموظفون التابعون للدولة و الجماعات و كما هو الحال في النازلة لا تطبق عليهم مقتضيات الظهير المذكور و القرار لما بت خلاف ذلك جاء ناقص التعليل و منعدم الاساس القانوني و معرضا للنقض. " قرار منشور بنشرة قرارات المجلس الاعلى المتخصصة-الغرفة الاجتماعية- العدد 7 ص 153-154.

² يراجع الفصل العاشر من ظهير 1963.

³ جاء في القرار عدد 1683 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2012/08/30 في الملف الاجتماعي عدد 2011/1/5/556: " كون المصاحب في حادثة شغل قاصرا، لا يحول دون استفادته من التعويضات المترتبة عنها مادام المشرع لم يستبعد فئة تشغيل الاجراء القاصرين من مقتضيات ظهير 6 فبراير 1963 الخاصة بالتعويض عن حوادث الشغل. " منشور بنشرة قرارات محكمة النقض - الغرفة الاجتماعية- عدد 13 لسنة 2014 ص 151 و ما بعدها.

⁴ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 58.

و صفوة القول ان السمة الغالبة على المستجدات المرتبطة بالمقتضيات المنظمة لنطاق تطبيق القانون 12.18، تبقى هي توسيع الفئة المستفيدة من احكام القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل سواء من حيث الوقائع أو الاشخاص، على ان التساؤل الذي يثار هنا هو ما هي المسطرة المتبعة في سبيل الحصول على التعويض في اطار القانون 12.18، هذا ما سنحاول التطرق اليه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني : المسطرة و التعويضات المقررة في القانون 12.18.

لقد جاء القانون 12.18 بعدة مستجدات على مستوى مسطرة الاستفادة من التعويضات التي اقرها، الى درجة نكاد معها نؤكد انها مسطرة مغايرة تماما للمسطرة التي كان ينص عليها ظهير 1963، خاصة بالنسبة للمسطرة الادارية (المطلب الاول)، اما بالنسبة للتعويضات المقررة في القانون 12.18 فقد تميزت بتغييرات طفيفة سواء في حالة الجروح أو في حالة الوفاة أو في دعوى الايراد التكميلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسطرة الاستفادة من التعويض في اطار القانون 12.18.

لم يعد هناك وجود في ظل القانون 12.18 للمسطرة الادارية بالمفهوم الذي كان متعارفا عليه في ظهير 1963، و ما كانت تنطوي عليه هذه المسطرة من تصريح من طرف المشغل أو في حالة امتناعه، من طرف الاجير أو ذوي حقوقه بالحادثة للسلطة المحلية أو الشرطة أو الدرك في حالة عدم وجود السلطة المحلية، بل ان هذه الجهات الثلاث الاخيرة لم يعد لها دور يذكر في مسطرة الاستفادة من التعويض في اطار القانون 12.18، و هكذا يمكن القول ان مسطرة الاستفادة من التعويض في ظل القانون الجديد، تمر عبر مرحلتين، المرحلة ما قبل القضائية (الفقرة الاولى) و المرحلة القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : المرحلة ما قبل القضائية.

تتميز هذه المرحلة بعدة اجراءات كالإخبار بالحادثة و التصريح بها و ايداع الشواهد الطبية و اجراء الصلح، على ان هذه الاجراءات لا يمكن الحديث عنها في كليتها، الا في حالة تأمين المشغل لمستخدميه ضد حوادث الشغل، اما في حالة عدم ابرام المشغل لعقد التأمين، فلا يتصور من بين هذه الاجراءات الا اخبار المشغل بالحادثة و تمكينه من الشواهد الطبية، و هذا ما سنتطرق له في النقط التالية.

أولا : الاخبار بالحادثة و التصريح بها.

عنون المشرع هذه المحطة من المرحلة ما قبل القضائية بالتصريح بحوادث الشغل في الباب الاول من القسم الثاني من القانون 12.18، الا انها و كما توضح ذلك مقتضيات هذا الباب، تضم واقعتين متباينتين هما الاخبار بالحادثة و التصريح بها.

1) الاخبار بالحادثة.

أ) اخبار المشغل بالحادثة.

على غرار ظهير 1963 أوجب القانون 12.18 على المصاب بالحادثة أو ذوي حقوقه أو من يمثلهم اخبار المشغل أو احد مأموريه بوقوع الحادثة في اليوم الذي طرأت فيه أو في ظرف 48 ساعة ما عدا في حالة القوة القاهرة

او الاستحالة المطلقة أو لأسباب مشروعة، و يتعين على المشغل فور اخباره بالحادثة أن يسلم من أخبره بالحادثة شهادة تتضمن اسم المشغل و الضحية و عنوانهم و نوع الحادثة و تاريخها و اسم المؤمنة و رقم عقدة التأمين و رقم تسجيل المصاب بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي¹، و في الحقيقة فهذه الامور لا تعتبر من المستجدات بل كانت تنص عليها مقتضيات الفصلين 14 و 18 من ظهير 1963، على ان ما يعتبر هنا مستجدا هو تمديد اجل اخبار المصاب مشغله بالحادثة ليصبح 48 ساعة بعدما كان 24 ساعة في ظل ظهير 1963، و الابتعاد عن ركافة الاسلوب التي كانت تطرحها ترجمة مقتضيات ظهير 1963، بأن نصت المادة 14 من القانون 12.18 على ان المشغل يسلم المصاب مقابل تصريحه شهادة، و ليس ورقة كما كان يشير الى ذلك الفصل 18 من ظهير 1963.

غير أن ما يلاحظ على هذه المقتضيات ان المشرع لم يقرن مخالفة اخبار المشغل بالحادثة داخل أجل 48 ساعة على الاكثر بجزء، و هو ما يجعل احترام هذه الفترة يدخل في باب الالتزام الاخلاقي و ليس القاعدة الآمرة، كما ان المشرع لم يقيد عملية اخبار المشغل بوسيلة معينة و هو ما يعني ان الاخبار يعتبر صحيحا مهما كانت الوسيلة المستعملة لذلك سواء شفها او كتابة أو عن طريق الهاتف أو البريد الالكتروني، كما ان عدم تعيين وسيلة للإخبار، يطرح اشكالا بخصوص كيفية اثبات قيام المصاب او ممثله بعملية الاخبار متى امتنع المشغل عن تسليمه الشهادة المذكورة و ذلك في حالة نزاع مثلا حول مادية الحادثة أو مدى وقوعها أثناء قيام المصاب بالعمل او بمناسبة ذلك.

(2) اخبار المدير الاقليمي للشغل بالحادثة.

وضعت المادة 17 من القانون 12.18 على عاتق المشغل التزاما يقضي بضرورة اخبار المشغل المدير الاقليمي للتشغيل بكل حادثة شغل داخل أجل خمسة أيام من تاريخ وقوعها، و موافاته عند الاقتضاء مقابل وصل بالإيداع بنسخة من التصريح بالحادثة داخل اجل خمسة أيام من تاريخ ايداعه لدى شركة التأمين او ارساله برسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل.

و هنا أيضا لم يحدد المشرع طريقة لإخبار مفتش الشغل بالحادثة، و هو ما يعني أن أي وسيلة يتحقق بها الاخبار تعتبر جائزة للقيام بهذه العملية، هذا و لا تعتبر مسألة اخبار السلطة المكلفة بالتشغيل بالحادثة مستجدا من مستجدات القانون 12.18، بل كان ينص عليها ظهير 1963 غير أنه كان يلقي هذا الالتزام على السلطة التي تلقت التصريح بحادثة شغل (السلطة المحلية أو الدرك أو الشرطة) التي كان عليها اخبار العون المكلف بتفتيش الشغل بالعواقب النهائية لحادثة الشغل داخل أجل 24 ساعة من تاريخ ايداع شهادة الشفاء النهائية لديها.

و اذا كانت الغاية من عملية اخبار المشغل و قيام هذا الاخير باخبار السلطة المكلفة بالشغل هو تداول المعلومة حول وقوع حادثة الشغل، فان الغرض من عملية التصريح بالحادثة، كما سيتضح من خلال النقطة الموالية ليس فقط هو ايصال المعلومة بل احداث آثار قانونية باعتبار التصريح بالحادثة هو مرحلة تحضيرية لمرحلة الصلح مع شركة التأمين.

¹ انظر المادة 14 من القانون 12.18.

(2) التصريح بالحادثة.

التصريح بالحادثة هو التزام يقع على عاتق المشغل ازاء المؤمنة، و يهدف الى اعلام هذه الاخيرة بتعرض أحد عماله لحادثة شغل، و يجب أن يتم داخل أجل خمسة أيام من تاريخ وقوع الحادثة ما عدا في حالة القوة القاهرة او الاستحالة المطلقة أو لأسباب مشروعة¹، و قد جاء هذا المقتضى ليحقق الملاءمة مع ما تنص عليه المادة 20 من مدونة التأمينات التي ألزمت المؤمن له (المشغل) بإشعار المؤمن بكل حادث من شأنه أن يؤدي الى اثاره ضمان المؤمن و ذلك بمجرد علمه به و على أبعد تقدير داخل أجل خمسة أيام الموالية لوقوعه.

و قد حدد القانون 12.18 الكيفيات التي يتعين ان يتم بها هذا التصريح، ذلك ان هذه العملية تتم عن طريق تعبئة نموذج للتصريح بحادثة شغل من طرف المشغل و ارفاقه بالشهادة الطبية الاولية و بحضور الضابطة القضائية أو وصل معاينة الحادثة في حالة حادثة طريق أو بشهادة وفاة المصاب اذا ادت الحادثة الى وفاته، و ايداعه بعد ذلك مقابل وصل لدى المقاول المؤمنة، أو ارساله بواسطة رسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل.

غير أن الملاحظ بالنسبة للقانون 12.18 أنه و ان قرن عدم قيام المشغل بالتصريح بالحادثة داخل أجل خمسة أيام بغرامة تتراوح بين 10000 و 50000 درهم²، الا انها في اعتقادنا ستبقى و على غرار جرائم ظهير 1963، من الجرائم المعطلة لان النيابة العامة التي يخول لها المشرع تحريك المتابعة لن تطلع عليها الا في حالة شكاية من طرف المصاب أو بسعي من طرف السلطة المكلفة بالتشغيل و هذا يبقى أمرا صعب المنال من الناحية الواقعية، لذلك كان جديرا بالمشرع أن يعتبر هذه الغرامات مدنية و يخول للمحاكم الاجتماعية امكانية الحكم بها³.

و اذا كان و على علته هذا هو الجزاء الذي ربط به مشرع القانون 12.18 عدم قيام المشغل بالتصريح بالحادثة، فانه لم يخول للمصاب مكنة التصريح بالحادثة لشركة التأمين في حالة امتناع المشغل عن ذلك، في حين أن ظهير 1963 كان يخول للمصاب في الفصل 15 امكانية تقديم التصريح بالحادثة داخل أجل سنتين من تاريخ وقوعها في حالة تقاعس المشغل عن القيام بذلك، و في اعتقادنا ليس هناك ما يمنع المصاب من التصريح بالحادثة لدى شركة التأمين في حالة امتناع مشغله عن ذلك، لاسيما و انه لا يمكن للمؤمنة الاحتجاج بسقوط الحق في مواجهة المصاب بحادثة شغل او ذوي حقوقه في حالة تقصير المشغل المؤمن له في التزاماته سواء حصل هذا التقصير قبل وقوع الحادثة أو بعدها، طبقا للمادة 31 من القانون 12.18؛ دون ان ننسى انه يبقى أمام المصاب اثاره المسؤولية المدنية لمشغله الذي خرق اجراء التصريح به أمام شركة التأمين، و ذلك متى وجدت شروط هذه المسؤولية و مطالبته بكل ما ضاع منه نتيجة هذا الخرق⁴.

¹ انظر المادة 15 من القانون 12.18² المادة 186 من القانون 12.18.³ و ذلك على غرار تبني المشرع لغرامات مدنية مثلا في الفصلين 61 و 95 من قانون المسطرة المدنية في حالة الخبير الذي يتقاعس عن انجاز الخبرة في ابانها، أو في حالة الزور الفرعي.⁴ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 152.

و كما سبقت الإشارة الى ذلك، فقد ألغت هذه المقتضيات الجديدة أي دور للسلطة المحلية أو الشرطة أو الدرك، في تلقي التصريحات بحادثة الشغل، كما كانت تنص على ذلك مقتضيات الفصل 16 من ظهير 1963¹، و قد احسن المشرع صنعا بالتخلي عن التصريح امام الجهات الادارية المذكورة، اذ كان هذا الاجراء يتطلب شهورا لتتوصل المحكمة بالتصريح، ثم زمنا غير يسير للتوصل بالشواهد الطبية و شهادة الشفاء، و ما كان يطرحه ذلك من بطة في البت في قضايا حوادث الشغل، في حين ان هذه الملفات تتطلب سرعة للبت فيها باعتبار الطابع المعيشي للتعويضات المحكوم بها في اطارها سواء لفائدة المصاب أو ذوي حقوقه في حالة الوفاة.

ثانيا : ايداع الشواهد الطبية.

سبقت الإشارة الا ان المشغل يرفق التصريح بالحادثة بالشهادة الطبية الاولية، و هذا الامر يقتضي من المصاب أو ذوي حقوقه او من يمثلهم، الحصول من الطبيب المعالج على هذه الشهادة في اربع نظائر يحتفظ المصاب بأحدها و يسلم المشغل ثلاثة نظائر منها، و تسري نفس المقتضيات على شهادة التمديد التي يتعين على المصاب موافاة المشغل بثلاثة نظائر منها داخل اربع و عشرين ساعة الموالية لتحريرها، ليعمل على ايداع نظير منها لدى مقولة التأمين داخل أجل ثمان و اربعين ساعة من تاريخ التوصل بها.

أما بالنسبة لشهادة الشفاء فهي تتضمن النتائج النهائية للحادثة و تاريخ الشفاء، على انه متى خلفت الحادثة للمصاب عجزا دائما، فان تحديده من طرف الطبيب المعالج لا يتم الا بعد اتفاق مشترك مع الطبيب الخبير المنتدب من طرف المؤمنة، و في حالة عدم حصول هذا الاتفاق، يقترح الطبيب المعالج على المؤمنة تعيين طبيب خبير مختص لإنجاز تقرير طبي، لتحديد نسبة العجز و يجرى التقرير في اربعة نظائر يسلم احدها للمصاب، و يودع المشغل نظيرا منه مقابل وصل لدى شركة التأمين.

بعد ايداع التصريح بالحادثة و الشواهد الطبية و شهادة الشفاء او تقرير الخبرة، في حالة خلاف حول نسبة العجز الدائم، بين الطبيب المنتدب من طرف المؤمنة و الطبيب المعالج، بعد هذا كله، يكون الملف لدى شركة التأمين، مستجمعا لكافة مكوناته، و بالتالي تكون المرحلة الموالية هي اجراء الصلح.

¹ و في هذا الاطار أصدرت المحكمة الابتدائية ببركان حكما بتاريخ 2015/05/13 في الملف عدد 2015/24 قضت فيه بعدم قبول الدعوى لكون المشغل لم يقم بالتصريح بالحادثة أمام شركة التأمين، و صرح بها أمام السلطة المحلية معللة ذلك ب:" و حيث لما وقعت حادثة الشغل موضوع الدعوى بتاريخ 2015/02/20، أي بعد 2015/01/22 تاريخ نشر القانون 12.18 في الجريدة الرسمية، و لما نسخ هذا القانون مقتضيات ظهير 1963/02/06 بما فيها امكانية رفع دعوى حادثة الشغل من خلال تصريح المشغل بها أمام السلطة المحلية أو الشرطة أو الدرك و احوالة ذلك التصريح على المحكمة، و استعاض عن ذلك بمسطرة خاصة متى كان المشغل مبرما لعقد التأمين كما هو الامر في نازلة الحال و ذلك من خلال التصريح بالحادثة للمشغل و قيام هذا الاخير بالتصريح بالحادثة لمقولة التأمين، طبقا للمادة 14 و ما بعدها من القانون 12.18، مع الزام المصاب بحادثة شغل بتتبع مسطرة الصلح مع المقولة المؤمنة للمشغل قبل القيام بالإجراءات القضائية و ذلك اعمالا لمقتضيات المادة 132 من القانون 12.18، فإن الدعوى و في ظل غياب ما يفيد تتبع المصاب لمسطرة الصلح مع شركة التأمين تبقى سابقة لأوانها. و حيث ان مقتضيات القانون 12.18 تعد من النظام العام و تثيرها المحكمة تلقائيا استنادا الى المادة 2 من ذات القانون . و حيث انه تبعا لذلك يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى " حكم غير منشور.

ثالثا: مسطرة الصلح¹.

تعتبر مسطرة الصلح كمرحلة قبلية على المرحلة القضائية، من مستجدات القانون 12.18، اقر تتبعها في حالة وجود شركة مؤمنة للمشغل عن حوادث الشغل فقبل صدور هذا القانون، كان ظهير 1963، ينص على الصلح كإجراء لا يتم الا في المرحلة القضائية في الفصول من 214 الى 223، و يحيل على مقتضيات قانون المسطرة المدنية التي تعتبر محاولة التصالح اجراء جوهريا لا بد للمحكمة من القيام به في بداية الجلسة².

و لعل المشرع بتنصيبه على هذا الاجراء في المرحلة ما قبل القضائية، يبتغي من جهة تمكين المصاب من تعويضاته في أقرب الآجال، في حالة حدوث توافق ثلاثي بين المشغل و المصاب و المؤمنة، و من جهة ثانية التخفيف من عدد قضايا حوادث الشغل التي تصل الى المحاكم، و ذلك في اطار التشجيع على الاتجاه الى الوسائل البديلة لحل المنازعات.

و قد حدد القانون 12.18 الغاية من الصلح القبلي في تحقيق التوافق بين شركة التأمين و المصاب من أجل تمكينه من التعويضات التي يستحقها، و يعتبر تتبع مسطرة الصلح مسألة الزامية قبل اللجوء الى المرحلة القضائية، و هكذا يكون لزاما على المصاب أو ذوي حقوقه أو محام يوكلونه لهذا الغرض، سلوك مسطرة الصلح و ذلك من خلال تقديم طلب الاستفادة من المصاريف و التعويضات مباشرة الى المقاوله المؤمنة للمشغل، التي يكون عليها تقديم مذكرة عروض للمصاب أو ذوي حقوقه بواسطة رسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل داخل أجل 30 يوما من تاريخ ايداع شهادة الشفاء أو شهادة الوفاة، أو توصلها بإحداهما، بعد توصل المصاب أو ذوي حقوقه بمذكرة العروض يتعين عليه أن يعبر عن رفض أو قبول مذكرة العروض داخل أجل 30 يوما من تاريخ توصله بها، اما مقابل وصل بالإيداع او بواسطة رسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل، هذا و يعتبر احجام المصاب عن الجواب على مذكرة العروض داخل هذا الاجل بمثابة رفض ضمني للعروض المقدمة له.

و هكذا فبعد تقديم شركة التأمين عروضها للمصاب نكون امام حالتين :

الحالة الأولى : حالة موافقة المصاب على مذكرة العروض.

في هذه الحالة يتم اثبات اتفاق الصلح الذي تم التوصل اليه في محضر يوقعه المصاب أو ذوو حقوقه و المؤمنة و المشغل عند الاقتضاء، و يكون على مقاوله التأمين أن تقوم بأداء المصاريف و التعويضات المتفق عليها داخل أجل 30 يوما الموالية لتاريخ التوقيع على محضر الصلح، و يعتبر الاتفاق نهائيا و غير قابل لأي طعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة، ما عدا اذا كانت المصاريف و التعويضات الممنوحة للمصاب تقل عن تلك التي يحددها القانون 12.18، بمعنى انه حتى في حالة الصلح السابق على المرحلة القضائية، يمكن ان نفترض وجود مرحلة قضائية في حالة لجوء المصاب او ذوي حقوقه للقضاء قصد اقتضاء الفرق بين ما تم الحصول عليه في اطار اتفاق الصلح، و التعويضات التي يخولها القانون 12.18.

¹ نظم القانون 12.18 هذه المسطرة في المواد من 132 الى 140.

² الفصل 277 من قانون المسطرة المدنية.

الحالة الثانية : حالة رفض المصاب صراحة أو ضمنا لمذكرة العروض.

في هذه الحالة يمكن للمصاب أو ذوي حقوقه اقامة دعوى امام المحكمة الابتدائية للبت في طلب التعويض عن الاضرار الناجمة عن حادثة الشغل، و في اعتقادنا يمكن ان نتصور حالة أخرى لا يبقى فيها امام المصاب الا اللجوء الى المحكمة المختصة، هي الحالة التي تحجم فيها شركة التأمين عن تقديم مذكرة عروض للمصاب أو ذوي حقوقه، داخل أجل 30 يوما من تاريخ توصلها بشهادة الشفاء أو شهادة الوفاة، فالدور الايجابي الذي يلقيه القانون 12.18 على شركة التأمين من خلال الزامها بالمبادرة الى تقديم مذكرة العروض، لا يجعل امام المصاب في الحالة المعاكسة بدا من اللجوء الى المحكمة.

و اقامة دعوى من قبل المصاب امام المحكمة المختصة يكون من خلال تقديم مقال افتتاحي للدعوى، تكون شركة التأمين مدخلة فيه¹ مع ضرورة توضيح اسباب رفض العروض المقدمة من طرف شركة التأمين، و يتعين ان يتم ارفاق المقال بنظير من التصريح بالحادثة، و بنظير من مختلف الشواهد الطبية و بلائحة الاجور و باقتراحات العروض المقدمة من طرف المقاول المؤمنة، و وضع مقال الدعوى بالمحكمة الابتدائية المختصة يعتبر بمثابة افتتاح للمسطرة القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية : المرحلة القضائية.

تختص المحكمة الابتدائية طبقا لقواعد الاختصاص المحددة في قانون المسطرة المدنية² بالبت جميع النزاعات الناتجة عن تطبيق أحكام القانون 12.18، على ان أهم الحالات التي يتصور فيها بلوغ المرحلة القضائية هما في حالة رفض المصاب لطلب العروض المقدم من طرف شركة التأمين، أو في حالة عدم خضوع المشغل لإجبارية التأمين³ أو عدم ابرامه لعقد التأمين⁴.

و عموما فالمرحلة القضائية تفتتح بتقديم المصاب أو ذوي حقوقه لمقال الدعوى، و يتم تقييد القضية في سجل معد لذلك و فتح ملف للقضية بعد ذلك يعين رئيس المحكمة قاضيا مكلفا بالقضية و يتم استدعاء الاطراف، و عمليا فالمدعي متى حضر بنفسه للمحكمة تسلمه كتابة الضبط الاستدعاء شخصيا، فاذا تخلف عن الحضور في الجلسة الاولى فيتم حفظ القضية مؤقتا، و على غرار ظهير 1963 تبلغ مدة التقادم في هذه الحالة خمس عشرة سنة ابتداء من تاريخ صدور الامر بالحفظ، على ان البت في القضية يمكن ان يتم اما بصفة استعجالية أو بصفة عادية طبقا لمقتضيات القانون 12.18.

¹ المادة 35 من القانون 12.18

² انظر الفصل 18 و ما يليه من قانون المسطرة المدنية.

³ يخضع للزامية التأمين المشغلون الخاضعون لأحكام الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، و الجماعات المحلية بالنسبة لمستخدميهم المؤقتين و العرضيين و المياومين و المتعاقدين و المؤسسات العمومية بالنسبة لمستخدميهم غير الخاضعين لنظام الوظيفة العمومية أو نظام الضمان الاجتماعي.

⁴ انظر المادة 18 من القانون 12.18.

أولاً : التقادم.

الى جانب التقادم المنصوص عليه في حالة صدور أمر بالحفظ المؤقت، فانه في غير ذلك من الاحوال يتقدم الحق في المطالبة بالمصاريف و التعويضات و الايرادات المنصوص عليها في القانون 12.18 بعد مضي خمس سنوات من تاريخ الحادثة¹.

و هكذا يكون القانون 12.18 قد وضع حدا لحالات التقادم المتعددة ذات الاحكام المضطربة، التي كان يتضمنها ظهير 1963، ذلك ان مدد التقادم في اطار الظهير المذكور كان تتغير بحسب الاحوال من ستة أشهر الى سنة و سنتين و اربع سنوات و خمس سنوات².

اما بالنسبة لقطع التقادم و وقفه و التنازل عنه، فقد حافظ القانون 12.18 على الاحكام التي كان يشير اليها الفصل 273 من ظهير 1963 من خلال الاحالة على القواعد العامة بالنسبة لهذه الحالات³.

لكن السؤال المطروح هنا هو هل يجوز للمحكمة اثاره التقادم تلقائيا على اعتبار ان نصوص القانون 12.18 من النظام العام استنادا الى المادة 2 من ذات القانون؟

الجواب نجده في قرار محكمة النقض الذي صدر في اطار ظهير 1963، و الذي يبقى صالحا للاحتجاج به حتى في ظل القانون 12.18 طالما ان هذا الاخير تبنى نفس مقتضيات المشار اليها في الظهير المذكور، و قد ذهبت محكمة النقض في هذا القرار الى ان المشرع لما نص على ان التقادم تطبق عليه مقتضيات القانون العام فلا يجوز للقاضي اثارته تلقائيا⁴.

اما بالنسبة للبت في دعاوى حوادث الشغل فطبقا للقانون 12.18 يمكن ان يتم اما بصفة استعجالية أو عادية.

ثانيا : البت في قضايا حوادث الشغل بصفة استعجالية⁵.

تبت المحكمة الابتدائية المختصة بصفة استعجالية في حالة عدم حصول الصلح بين المصاب أو ذوي حقوقه و شركة التأمين اثر رفض المصاب أو ذوي حقوقه، صراحة او ضمنا لمذكرة العروض الصادرة عن شركة التأمين في المرحلة ما قبل القضائية، و ذلك اذا تبين للمحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف و على الخصوص مذكرة العروض التي صدرت عن شركة التأمين و اسباب رفض المصاب او ذوي حقوقه لها و التي تم تضمينها بالمقال

¹ المادة 180 من القانون 12.18.

² انظر الفصول من 269 الى 272 من ظهير 1963.

³ انظر الفصول من 379 الى 383 من قانون الالتزامات و العقود.

⁴ جاء في قرار محكمة النقض "... حيث ان الفصل 273 من ظهير 6 فبراير 1963 المتعلق بحوادث الشغل، نص على أنواع التقادم المنصوص عليها في الفصول 269 و ما بعده من نفس الظهير المحتج بها تجري عليها قواعد القانون العام. وبالرجوع الى مقتضيات الفصل 372 من قانون الالتزامات و العقود فان التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه ان يحتج به و ليس للقاضي ان يستند الى التقادم من تلقاء نفسه و الطاعنان لم يسبق لهما الدفع بالتقادم الذي لا يمكن اثارته لأول مرة امام المجلس الاعلى..." قرار اجتماعي صادر بتاريخ 17 يونيو 1985، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 38 ص 68 و ما بعدها.

⁵ المادة 143 من القانون 12.18.

الافتتاحي و الشواهد الطبية و تقرير الخبرة عند الاقتضاء و لوائح الاجور، ان هناك اتفاق بين الطرفين على جميع العناصر المعتمدة لتقدير المصاريف و التعويضات و لاسيما مادية الحادثة، و نسبة العجز أو نسب تحديد ايراد ذوي الحقوق، و عدد و صفة ذوي الحقوق في حالة الحادثة التي نجم عنها وفاة المصاب، و الاجر المعتمد، و تاريخ الانتفاع بالإيراد.

و في اعتقادنا انه رغم اعتبار الفصل 277 من قانون المسطرة المدنية ان مسطرة التصالح الزامية في قضايا حوادث الشغل، الا ان المحكمة يمكن ان تستغني عنها في هذه الحالة طالما ان مسطرة الصلح قد استنفذت في المرحلة ما قبل القضائية، و طالما ان المادة 142 من القانون 12.18 خصت هذه الحالة بصفة الاستعجال في البت.

ثالثا: البت في قضايا حوادث الشغل بصفة عامة.

أقرت المادة 144 من القانون 12.18 قاعدة عامة للبت في المنازعات المتعلقة بتطبيق القانون 12.18، و كذا في جميع الطلبات المقدمة من طرف المصاب أو ذوي حقوقه، متى لم تكن هناك موجبات لتطبيق مسطرة الاستعجال التي سبقت الاشارة اليها، و هكذا فيمكن ان نتصور عدة حالات تبت فيها المحكمة بعد استنفاد الاجراءات المنصوص عليها في الباب الرابع من القسم الخامس المتعلق بالمسطرة في القضايا الاجتماعية من قانون المسطرة المدنية، على ان أبرز هذه الحالات هو رفع المصاب أو ذوي حقوقه، دعواه امام المحكمة الابتدائية المختصة لعدم حدوث توافق مع شركة التأمين حول عناصر تقدير التعويضات المستحقة، و كذا في حالة عدم ابرام المشغل لعقد التأمين أو عدم خضوعه لاجبارية التأمين.

و حسب الاحوال يمكن للمحكمة أن تقوم بالبحث و الصلح و الامر باجراء خبرة عند الاقتضاء.

1) جلسة البحث.

جاء القانون 12.18 خاليا من جملة من المقتضيات المسطرية التي كان حافلا بها ظهير 1963 من بينها البحث الذي كان ينظمه هذا الاخير في الفصول من 28 الى 40، و كان يعتبره الفصل 29 من الظهير المذكور الزاميا في حالة وفاة المصاب، او اذا تبين ان الجروح التي لحقت بالمصاب جراء الحادثة من شأنها ان تؤدي الى وفاته او الى عجز دائم كلي او جزئي؛ و كقاعدة عامة للبت في قضايا حوادث الشغل، احال القانون 12.18 في المادة 141 على المقتضيات المسطرية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، و قد ساهم هذا الامر في الحد من التضخم الذي كان سمة طاغية على نصوص ظهير 1963، و كذا في تجنب ازدواجية المقتضيات المسطرية التي كان ينظمها ظهير حوادث الشغل و قانون المسطرة المدنية¹.

و هكذا فاستنادا الى مقتضيات الباب الرابع من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، و خاصة الفصلين 280 و 283 منه يمكن للمحكمة اجراء بحث في القضية، و في اطار القانون 12.18 ليست هناك حالات الزامية لإجراء البحث، بل ان المحكمة تجري البحث متى تبين لها ان من شأن اجراء البحث كشف عناصر تبدو ضرورية للبت في القضية.

¹ ينظم قانون المسطرة المدنية الأبحاث في الفصول من 71 الى 84.

و تبدو عملية البحث مجدية في عدة حالات لاسيما في حالة وجود نزاع حول مادية الحادثة و عناصر تحديد التعويضات، و بصفة عامة عندما يكون المشغل غير مؤمن أو غير خاضع لإجبارية التأمين، لأنه في هذه الحالة تكون جلسة البحث بمثابة مرحلة تمهيدية لإجراء الصلح بين المشغل و المصاب، و على العموم فالمحكمة ترمي من وراء الامر بالبحث استجلاء العناصر التالية، هوية المصاب و المشغل و شركة التأمين و ظروف و ملابسات الحادثة، و عناصر تحديد اجرة المصاب، و مدى تعرض هذا الاخير لحوادث شغل سابقة، و ذوي حقوق المصاب في حالة الوفاة و مدى استفائهم شروط الاستيفاء من التعويضات.

(2) الأمر بإجراء خبرة.

يعتبر اصدار حكم تمهيدي بإجراء خبرة مسألة ضرورية لتحديد نسبة العجز، و تاريخ التثام الجروح، متى تمت المنازعة في النسبة التي تتضمنها شهادة الشفاء أو في النسبة التي حددها الخبير بناء على اقتراح من الطبيب المعالج¹، و عمليا فالخبرة في ميدان حوادث الشغل، تصطدم بعدة عراقيل تشكل أحد أسباب بطء البت في هذه النوعية من الملفات، و أبرز هذه العراقيل التي كانت تصطدم بها الخبرة هو الجهة التي تؤدي صائر الخبرة؛ فتمتع المصاب بالمساعدة القضائية يحول دون تحميله صائر الخبرة، و هو نفس الدفع الذي كانت تثيره شركات التأمين عندما ترفض أداء صائر الخبرة على اعتبار ان المصاب يستفيد من المساعدة القضائية و يجب ان يحمل صائرها للخزينة العامة، و عندما يتم تحميل الخزينة العامة صائر الخبرة، يشتكي بعض الخبراء من طول مسطرة تمكينهم من صائر الخبرة من طرف الخزينة العامة، بل ان طول هذه المسطرة كان يدفع بعضهم الى التخلي عن مستحقاتهم.

و قد تباين تعامل القضاء مع هذه الاشكاليات، فهناك بعض المحاكم التي تحمل صائر الخبرة للخزينة العامة²، و هناك محاكم أخرى كانت تحمله لشركة التأمين مبدئيا، و اذا رفضت هذه الأخيرة أداء رصيد الخبرة، تراجعت عن قرارها و حملته من جديد للخزينة العامة، و هناك بعض المحاكم التي كانت تحمل صائر الخبرة لشركة التأمين و متى امتنعت هذه الأخيرة عن أداء رصيد الخبرة بتت في الدعوى استنادا الى شهادة الشفاء³.

و قد حسم القانون 12.18 أي مجال للخلاف أو الاختلاف حول الجهة التي يقع عليها عبء أداء صائر الخبرة، في المادة 193 عندما نص على تحميل المشغل أو مؤمنه جميع المصاريف غير المنصوص عليها في هذا القانون و التي يتطلبها تنقل المصاب من اجل تلقي العلاج أو اجراء الفحوصات و الخبرة الطبية.

¹ انظر المادة 22 من القانون 12.18.

² المحكمة الابتدائية بطنجة مثلا.

³ المحكمة الابتدائية ببركان و التي كانت تعلق ذلك في عدة أحكام (منها على سبيل المثال الاحكام الصادرة في الملف عدد 2014/02 بتاريخ 2015/03/04 و الملف عدد 2013/19 بتاريخ 2015/02/04 و الملف عدد 2013/63 بتاريخ 2014/12/31 (أحكام غير منشورة)) بما يلي: " حيث امرت المحكمة تمهيديا بإجراء خبرة على الضحية و جعلت صائرها على عاتق شركة التامين، لتؤديه داخل اجل 15 يوما تحت طائلة صرف النظر.

= و حيث لم تؤد شركة التأمين رصيد الخبرة ملتزمة جعل صائرها على عاتق الخزينة العامة، على اعتبار استفادة المدعي من المساعدة القضائية.

و حيث ان المصاب بالحادثة هو من يستفيد من المساعدة القضائية و ليس شركة التأمين.

و حيث لما ادلى المصاب بالشواهد الطبية دون ان يلتزم اجراء خبرة طبية و لما كانت شركة التأمين هي من التمس اجراء خبرة طبية على المصاب، معبرة مع ذلك عن عدم نيتها في اداء صائر الخبرة فان هذه المحكمة قررت صرف النظر عن اجراء الخبرة و الاكتفاء بما جاء في الشواهد الطبية المدلى بها سيما و انه و بمفهوم المخالفة للفصل 33 من ظهير 1963/02/06 فيجوز للمحكمة الاكتفاء بما جاء في الشواهد الطبية المدلى بها للبت في الدعوى."

و بعد اجراء الخبر الخبر، يتعين عليه وضع تقرير الخبرة بكتابة الضبط داخل الاجل المحدد له لذلك، حيث يتم تسليم الاطراف نسخة منه للتعقيب على ما جاء فيه.

3) جلسة الصلح.

تعتبر محاولة التصالح بين الاطراف المتنازعة ملازمة لجميع القضايا الاجتماعية كيفما كانت طبيعتها¹.

و بالنسبة لحوادث الشغل، فقد أحال المشرع على قواعد المسطرة في المادة الاجتماعية المنصوص عليها في الباب الرابع من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، مؤكدا على ضرورة اجراء الصلح قضائيا في حالة المشغل غير المؤمن له²، و عمليا فمحاولة الصلح يجريها القاضي بالجلسة و تتم من خلال تقديم المشغل أو المؤمنة لمذكرة عروض، و قد تكفل هذه المحاولة بالنجاح أو الفشل.

اذا حضر المشغل أو المؤمنة و قدم مذكرة عروض و وافق المصاب أو ذوي حقوقه عليها، يتم اثبات الاتفاق بمقتضى أمر يتضمن تاريخ وقوع الحادثة و تاريخ الشروع في الانتفاع بالتعويض أو الايراد و جميع العناصر المستعملة لتقدير التعويض أو الايراد³.

اذا تخلف المشغل أو المؤمنة عن الحضور أو حضرا و لم يقدم أية مذكرة عروض، يتم الاعلان عن فشل محاولة الصلح، و تؤخر القضية لجلسة الحكم.

بعد استنفاد اجراءات المرحلة ما قبل القضائية و (أو) المرحلة القضائية، تأتي مرحلة تقدير التعويضات، فما هي المستجدات التي جاء بها القانون 12.18 بالنسبة لتقدير التعويضات المستحقة نتيجة حادثة شغل؟

المطلب الثاني: التعويض عن حوادث الشغل في اطار القانون 12.18.

نميز بالنسبة للتعويض عن حوادث الشغل بين حالتين، هما حالة اصابة المصاب بجروح، و حالة وفاة المصاب، و الى جانب هاتين الحالتين ينظم القانون 12.18 التعويض في اطار دعوى الايراد التكميلي.

الفقرة الاولى: التعويض عن حوادث الشغل في حالة الجروح.

على غرار ظهير 1963، خول القانون 12.18 للمصاب في حادثة شغل الحق في الاستفادة من تعويض عن مصاريف النقل و العلاج و الاجهزة (أولا) و كذا التعويضات اليومية (ثانيا).

أولا: التعويض عن مصاريف النقل و العلاج و الاجهزة.

نظم القانون 12.18 هذا التعويض في الباب الثالث من القسم الثالث تحت عنوان تحمل المصاريف، و ذلك في المواد من 37 الى 41.

¹ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 178.

² المادة 140 من القانون 12.18.

³ الفصل 278 من قانون المسطرة المدنية.

و بالرجوع الى هذه المواد نجد ان هذه المصاريف التي حملها المشرع الى المشغل او مؤمنه الى ثلاثة أقسام :

1- مصاريف التشخيص و العلاجات الطبية و الجراحية و الصيدلية و مصاريف الاستشفاء و مصاريف التحليلات و الفحوصات و المصاريف الواجب أداؤها للأطباء و للمساعدين الطبيين و عموما جميع المصاريف التي يستوجبها علاج المصاب.

2- مصاريف نقل المصاب الى محل اقامته الاعتيادي أو الى مؤسسة عمومية أو خصوصية للاستشفاء و العلاج الاقرب من مكان وقوع الحادثة.

و تحدد المصاريف الواردة أعلاه بقرار مشترك لوزارة التشغيل و وزارة الصحة بعد استشارة ممثلي الهيئات المقدمة للعلاجات و موردي المستلزمات الطبية و المشغلين و الاجراء و المؤمنين، اما في ظل ظهير 1963 فان القرار الذي كان معمول به سابقا هو قرار وزير التشغيل و التكوين المهني و التنمية الاجتماعية و التضامن رقم 1849.01¹، و قد كان هذا القرار يخلق اشكالا ناجم بالأساس عن غياب التوعية بمقتضياته بالنسبة للمصحات الخصوصية و المستشفيات العمومية، ذلك ان الفواتير الطبية التي يدلي بها المصابون لإثبات بذلم لمصاريف طبية، لا تبين في غالب الاحيان نوع عمليات التطبيب التي اجراها المصاب و رمزها و معاملها كما توجب ذلك المادة 2 من قرار وزير التشغيل المشار اليه، و هو ما كان يجعل مآلها الرفض من طرف بعض المحاكم².

هذا مع العلم ان ظهير 1963 في فصله 47 (و الذي تقابله المادة 39 من القانون 12.18)، كان يوجب على مؤسسات الاستشفاء العمومية او الخصوصية الا يطالبوا المصاب بأداء المصاريف الا اذا لم يقدم الشهادة التي يسلمها له المشغل اثر تعرضه لحادثة شغل او بعد تقديمه هذه الشهادة و موافقته على تحمل مصاريف اضافية تتجاوز المصاريف المحددة في قرار وزير التشغيل (في ظل ظهير 1963) او القرار المشترك المشار اليه اعلاه (في ظل القانون 12.18)، بيد انه في الواقع العملي كان المصاب يؤدي صوائر الاستشفاء و بعد ذلك يطالب بها، اما لعدم المامه بهذه المقتضيات او حتى عدم المام مشغله و بعض مؤسسات الاستشفاء الخصوصية و العمومية بها.

3- المصاريف التي تفرضها الحادثة و المتعلقة بنيل او استبدال او تقويم الاعضاء او اصلاحها او تجهيزها، و كذا اصلاح او تعويض الاجهزة التي فرضت استعمالها عاهة سابقة و لو لم تكن ناتجة عن حادثة شغل و التي افسدتها حادثة الشغل التي تعرض لها المصاب من جديد، هذا و يحدد بمرسوم يتخذ باقتراح من وزارة التشغيل و وزارة الصحة نوع الاجهزة و قيمتها و شروط تخصيصها و اصلاحها و تجديدها³.

¹ صادر بتاريخ 27 جمادى الاولى 1423 الموافق لـ 7 غشت 2002 بتحديد تعريف المصاريف الطبية و البيولوجية و الجراحية و مصاريف الإقامة بالمستشفيات و كذا المصاريف الصيدلية فيما يتعلق بحوادث الشغل منشور بالجريدة الرسمية عدد 5044 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق لـ 3 اكتوبر 2002 ص 2815-2817.

² المحكمة الابتدائية ببركان في حكمها الصادر في الملف عدد 2014/22 بتاريخ 2014/12/31 (حكم غير منشور) عللت حكمها برفض التعويض عن المصاريف الطبية بـ "حيث انه لئن كان الفصل 41 من ظهير 6 فبراير 1963 يلزم المؤاجر بتحمل الصوائر الطبية و الجراحية، فانه و طالما ان المصاب لم يدل الا بفواتير طبية غير نظامية لا تبين نوع عمليات التطبيب التي اجراها و رمزها و معاملها كما توجب ذلك المادة 2 من قرار وزير التشغيل و التكوين المهني و التنمية الاجتماعية و التضامن رقم 849.01 الصادر بتاريخ 27 جمادى الاولى 1423 الموافق لـ 7 غشت 2002 بتحديد تعريف المصاريف الطبية و البيولوجية و الجراحية و مصاريف الإقامة بالمستشفيات و كذا المصاريف = الصيدلية فيما يتعلق بحوادث الشغل منشور بالجريدة الرسمية عدد 5044 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق لـ 3 اكتوبر 2002 ص 2815-2817، فان طلبه بهذا الخصوص يكون غير مؤسس و يتعين رفضه".

³ انظر المادة 41 من القانون 12.18 التي عوضت الفصول 53 و 54 و 55 من ظهير 1963.

ثانيا : التعويضات اليومية.

إذا حالت حادثة الشغل دون مواصلة الاجير لعمله فان المشغل او مؤمنه يؤدي له تعويضا عن اجره، على ان هذا التعويض لا يستحق الا اذا فقد العامل اجره او جزء منه بسبب توقفه عن العمل للعلاج، و يترتب على عدم اعتبار هذا التعويض أجرا بل تعويضا، انه لا يجوز الجمع بينه و بين الاجر فاذا صرف للمصاب اجرا لا يستحق تعويضا عن الاجر، كما ان صرف هذا التعويض يستمر طيلة مدة عجز الضحية عن عمله بسبب الحادثة الى ان يتم شفاؤه او تستقر حالته بما يمكنه من العودة لعمله او يثبت عجزه المستديم او وفاته¹.

و قبل التطرق لمقدار التعويض اليومي لا بد من معرفة كيفية تحديد الاجر المعتمد لاحتساب هذا التعويض.

1) الاجر المعتمد لاحتساب التعويض اليومي.

المقصود بالأجر مجموع العناصر التي تمثل ثمن العمل، و هو مكون من اجرة أساسية و توابعها، و يمكن ان يكون نقدا او عينا، كما انه يمكن ان يمون قارا او غير قار.

و في هذا السياق، وضعت المادة 65 من القانون 12.18 - على غرار ما كان منصوصا عليه في الفصل 66 من ظهير 1963-، قاعدة عامة بموجبها تعتمد الاجرة المعتبرة في تقدير التعويض اليومي على الاجرة اليومية و على المبلغ اليومي للمنافع الاضافية العينية (مثل السكنى) أو النقدية (مثل التعويض عن الإقامة و منحة الاقدمية و الانتاج و التعويض عن الساعات الاضافية و الحلوان و العمولات) و استثنيت من هذه الاجرة الامتيازات الاجتماعية مثل التعويضات العائلية، غير ان الجديد بالنسبة للقانون 12.18 انه على عكس ظهير 1963 لم يستثن من الاجرة اليومية تعويضات الدراجة و التنقل و عموما المنافع التي يتحملها المصاب و التي تعد بمثابة ارجاع للنفقات التي يتحملها المصاب، و يعتبر هذا المقتضى في صالح الاجر لاسيما و ان التعويض عن التنقل يعتبر في بعض المؤسسات عنصرا شبه قار في الاجر، و يصل الى مبالغ لا بأس بها.

و في اطار تحقيق نوع من الملاءمة مع مدونة الشغل²، نص القانون 12.18 على ان الاجرة اليومية تعادل الاجرة الاسبوعية مقسومة على ستة، او الاجرة الشهرية مقسومة على ستة و عشرين³، و اذا كان العمل غير متواصل و كان المصاب يتقاضى الاجرة على اساس الساعة، فان الاجرة اليومية تقدر بسدس اجرة اسبوعية لا تقل عن 44 ساعة من العمل.

و اذا كان المصاب يتقاضى اجرته على أساس القطعة، فان الاجرة اليومية تساوي سدس الاجرة الاجمالية المقبوضة عن الستة ايام الاخيرة من الشغل الفعلي السابق لتاريخ الحادثة.

و كقاعدة عامة، نصت المادتان 68 و 71 على انه في حالة اجرة غير قارة او عمل غير متواصل او مدة عمل تقل عن العدد المعبر لتحديد الاجرة اليومية، فان هذه الاخيرة تحتسب على اساس المعدل اليومي للأجرة التي

¹ رشيدة أحفوظ، م س، ص 132.

² خاصة المادتين 184 و 238 من مدونة الشغل.

³ كانت في ظل المادة 69 تساوي الاجرة الشهرية مقسومة على 24 او تقدر بسدس اجرة اسبوعية لا تقل عن 48 ساعة من العمل.

تقاضاها او كان من المفترض ان يتقاضاها المصاب عن الستة و العشرين يوما من الشغل الفعلي السابق لتاريخ الحادثة.

و بالنسبة للمنافع الاضافية فقد فصل فيها القانون 12.18¹، و ميز في طريقة احتسابها بين المنافع الاضافية الناجمة عن الساعات الاضافية، و غيرها من المنافع الاضافية، و احوال بخصوص طريقة احتساب التعويض عن الساعات الاضافية على أحكام المادة 220 من مدونة الشغل، مشيرا في نفس الوقت الى ان الساعات الاضافية التي تؤخذ بعين الاعتبار في احتساب الاجرة اليومية هي التي تدخل في حدود العدد المخول للمشغل بموجب النصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل².

هذا و لا تعتبر المنافع الاضافية العينية في تقدير التعويض اليومي اذا استمر المصاب في الاستفادة منه بصفة كلية طيلة مدة عجزه المؤقت، اما اذا استمر في الاستفادة منها بصفة جزئية فتعتبر بما يتناسب مع مبلغ المنافع التي لم يستفد منها³.

و في اطار تشديده على ضرورة مراعاة الجانب الحمائي للأجير، اوجب القانون 12.18 في المادة 72 منه ان تقدر الاجرة اليومية على أساس مبلغ لا يمكن ان يقل عن الحد الادنى للأجر القانوني الجاري به العمل.

(2) أحكام التعويض اليومي.

بداية لا بد من الاشارة انه على غرار ظهير 1963، اعتبر القانون 12.18 في المادة 61 منه، يوم الحادثة بمثابة يوم عمل وجعل اداء اجرة هذا اليوم على عاتق المشغل، اما بالنسبة للتعويض اليومي طيلة مدة العجز المؤقت فيساوي ثلثي الاجر اليومي، و هو نفس القدر الذي كان منصوصا عليه في الفصل 63 من ظهير 1963.

و بالنسبة لمكان و فترة اداء التعويض اليومي فقد حافظ القانون 12.18 على نفس مقتضيات التي كان ينص عليها ظهير 1963، ذلك انه نص في المادة 77⁴، على ان التعويض اليومي يؤدي من طرف المشغل او مؤمنه في فترات و امكنة الاداء المعتمدة من قبل المشغل او في أي مكان آخر يختاره المصاب من غير ان تتعدى الفترة الفاصلة بين أداءين ستة عشر يوما.

الجديد الذي جاء به القانون 12.18 هو تعزيز مقتضيات الكفيلة بضمان اداء التعويضات اليومية بكاملها في ابانها، و هكذا فقد نصت المادة 78 من هذا القانون، على ان كل تأخير في أداء التعويض اليومي ابتداء من اليوم الثامن الموالي لحلول أجله، يخول للمصاب الحق في المطالبة بغرامة اجبارية يومية تساوي ثلاثة في المائة من مجموع المبالغ غير المؤداة، بعدما كان الفصل 79 من ظهير 1963 يحدد مبلغ هذه الغرامة في واحد في المائة من مجموع المبالغ غير المؤداة.

¹ وذلك في المواد 73 و 74 و 75 و 76 منه و التي تعتبر استنساخا شبه حرفي للفصول 74 و 75 و 76 من ظهير 1963.

² هذا العدد لا يجب ان يتجاوز 100 ساعة اضافية في السنة لكل اجير حسب المادة الثانية من المرسوم رقم 2.04.570 الصادر في 16 ذي القعدة (29 دجنبر 2004) بتحديد شروط تشغيل الاجراء خارج مدة الشغل العادية.

³ المادة 76 من القانون 12.18.

⁴ يقابلها الفصل 77 من ظهير 1963.

ثالثا: التعويض عن العجز الدائم.

يقصد بالعجز الدائم اللاحق بالعمل المصاب، النقص الطارئ على قدرته المهنية الناتج عن حادثة شغل او مرض مهني، وهذا العجز الدائم اما ان يكون كلياً يمنع المصاب من القيام بأي عمل مقابل أجره، كفقدان البصر بشكل تام، او جزئياً يترتب عنه فقط نقص قطعي في قدرة العامل المصاب عن العمل¹.

تماشياً مع هذا التعريف الذي سبق و ان تبناه الفقه، تبنى القانون 12.18 نفس تعريف العجز الذي كان يتضمنه الفصل 85 من ظهير 1963، معتبراً اياه بمثابة انخفاض في القدرة المهنية الناتجة عن الحادثة و المحددة بالنسبة للقدرة التي كانت للمصاب مباشرة قبل وقوع الحادثة، و يترتب عن هذا التعريف نتيجة هامة تتمثل في ان القانون 12.18، حدد القدرة البدنية المرجعية للمصاب في القدرة السابقة مباشرة على الحادثة و التي بالمقارنة معها يقاس انخفاض القدرة المهنية للمصاب، و هذا توجيه ضمني بضرورة اخذ الحوادث السابقة التي المت بالمصاب وفقدت نتائجها جزءاً من قدرته البدنية، بعين الاعتبار².

و فضلاً عن تعريف العجز، حدد القانون 12.18 المعايير³ التي تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد نسبه، و هي نوع عاهة المصاب و حالته الصحية العامة و سنه و قدرته الجسدية و العقلية و النفسية و اهليته و اختصاصه المهني⁴، و بذلك يكون القانون 12.18 قد اكد من جديد على اهمية القدرة النفسية للمصاب في تحديد نسبة العجز، و هذا ينسجم مع ما سبق ان تبناه القانون 12.18 في المادة 3 منه، بخصوص اخذ بعين الاعتبار للضرر النفسي الناتج عن حادثة الشغل.

و عموماً فان الايراد يحدد بناء على عنصرين، هما نسبة العجز و الاجرة السنوية.

أولاً: الاجر السنوي.

تبنى القانون 12.18 نفس الاحكام التي كان يتضمنها ظهير 1963 بخصوص الاجرة السنوية المعتمدة لاحتساب الايراد، مع تبني صياغة مركزة للمواد ذات الصلة⁵، و مستجد يتعلق بالاجرة المتوسطة و بعناصر الاجرة السنوية.

و هكذا فيقصد بالأجرة السنوية المتخذة أساساً لاحتساب الايراد، الاجر الفعلي الذي تقاضاه المصاب خلال الاثنا عشر شهراً السابقة لتاريخ وقوع الحادثة، شريطة الا يقل هذا الاجر عن الحد الأدنى القانوني للأجر الجاري به العمل⁶، مع الاشارة الى ان هذه الاجرة تخضع للتخفيض متى تجاوزت حداً معيناً بنص تنظيمي.

¹ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م س، ص 225.

² تعريف العجز الوارد في المادة 80 ينسجم مع احكام المادتين 84 و 85 من القانون 12.18 بخصوص الحوادث المتتالية.

³ و هي نفسها المعايير التي كان ينص عليها الفصل 84 من ظهير 1963.

⁴ المادة 80 من القانون 12.18، و ينبغي انتظار الافراج عن جدول العجز المشار اليه في المادة 22 من هذا القانون لمعرفة مدى تضمين هذه المعايير في الجدول المذكور.

⁵ نظم القانون 12.18 الاجرة المعتمدة في تقدير الايراد في خمس مواد (من 105 الى 109) عكس ما كان عليه الامر في ظهير 1963 الذي نظم نفس المقتضيات في سبعة عشر فصلاً (من 116 الى 132)

⁶ المادة 105 من القانون 12.18 يقابلها الفصل 120 من ظهير 1963.

الجديد الذي جاء به القانون 12.18 هو تعقيده لمتوسط الاجرة الذي اكدت عليه محكمة النقض في العديد من القرارات¹، و المقصود بذلك انه اذا اشتغل المصاب لأقل من اثني عشر شهرا، فان الاجرة السنوية المتخذة اساسا لتحديد الايراد تقدر على أساس متوسط ما تقاضاه و ما كان سيتقاضاه لإتمام هذه المدة².

اما اذا كان الشغل غير متواصل او عدد ايام الشغل يقل عن ثلاثمائة يوم خلال الاثنا عشر شهرا السابقة لتاريخ وقوع الحادثة، فتحسب الاجرة السنوية المعتمدة لاحتساب الايراد على اساس متوسط ما تقاضاه و ما كان سيتقاضاه المصاب لإتمام فترة الثلاثمائة يوم.

بالنسبة لعناصر الاجرة المعتمدة فقد استثنى منها القانون 12.18 التعويضات العائلية و هو نفس ما كان يتضمنه ظهير 1963، غير ان القانون 12.18 - و على عكس الفصل 131 من ظهير 1963- لم يستثن من هذه الاجرة المنافع التي يترتب عنها ارجاع نفقات تحملها المصاب مثل التعويضات عن الدراجة و التنقل، و هو ما يفيد انه لا مانع من اخذها يعين الاعتبار في احتساب الاجرة السنوية المعتمدة لتحديد الايراد بالنسبة للحوادث الواقعة في تاريخ لاحق على تاريخ دخول القانون 12.18 حيز التنفيذ.

ثانيا : نسبة العجز.

حافظ القانون 12.18 على نفس الاحكام التي كان يتبناها ظهير 1963 كما عدل بمقتضى القانون 06.03، بخصوص نسب العجز و كيفية تخفيضها، و هكذا فالإيراد الممنوح للمصاب يساوي الاجرة السنوية للمصاب بعد تصحيحها مضروبة في نسبة العجز مخفضة على الشكل التالي.

- نصف نسبة العجز الدائم عن العمل عندما لا يتعدى هذا العجز 30%.

- 15% زائد الجزء الذي يتعدى 30% زائد نصف هذا الجزء، بالنسبة لنسبة العجز الدائم عن العمل ما بين 30% و 50%.

- 45% زائد الجزء الذي يتعدى 50% بالنسبة لنسبة العجز الدائم عن العمل التي تتجاوز 50%.

تلك كانت هي المستجدات الطفيفة التي جاء بها القانون 12.18 بالنسبة للتعويض عن حوادث الشغل في حالة الجروح، و اكتبها ايضا بعض المستجدات بخصوص التعويض عن حوادث الشغل في حالة الوفاة.

¹ منها القرار عدد 574 الصادر بتاريخ 2009/05/13 في الملف عدد 2008/1/5/911 و الذي جاء فيه: " لئن كان الاجر المعتمد في احتساب الايراد المحكوم به هو المرتب الفعلي الاجمالي المنفذ للمصاب خلال اثني عشر شهرا السابقة لوقوع الحادثة، وفق ما ينص عليه القانون، الا انه مع ذلك في حال عجز المصاب عن اثبات المرتب الفعلي الاجمالي المنفذ عن كامل المدة المتطلبية، فان المحكمة بدل ان تعتمد الحد الادنى للأجور لاحتساب الاجر السنوي بامكانها في حال اثبات المصاب تقاضيه مبلغا يفوقه، ان تستخرج حسابيا مقابل أجر شهر واحد و ضربه في عدد أشهر السنة لبلوغ أجر الاثني عشر شهرا الواجب التطبيق"، منشور بنشرة قرارات المجلس الاعلى المتخصصة- الغرفة الاجتماعية عدد 7 لسنة 2011، ص 129 و ما بعدها.

² المادة 107 من القانون 12.18

الفقرة الثانية: التعويض عن حوادث الشغل في حالة الوفاة.

لم يأت القانون 12.18 بمستجدات هامة بالنسبة للإيراد الممنوح في حالة الوفاة، باستثناء بعض الاحكام الجديدة بالمقارنة مع ظهير 1963، و التي تندرج في سياق تدعيم الطابع الحماي لقانون التعويض عن حوادث الشغل و القطع مع الاحكام المخالفة للنظام العام و التي كان يتضمنها ظهير 1963.

و هكذا فقد تم حذف المقترضات المخالفة للنظام العام و الغريبة عن هويتنا و ثقافتنا، ذلك أن ظهير 1927 كان قد وضع أساسا ليطبق على الفرنسيين و الاجانب، و هو ما يفسر تضمينه بعض الاحكام التي لا تخالف المبادئ السائدة في بلدانهم الاصلية، غير أنها تخالف النظام العام و الاخلاق الحميدة و حتى بعض النصوص التشريعية عندنا و من ذلك، تقرير التعويض للولد الطبيعي أي غير الشرعي و الولد المتبنى¹، و الزوج المفصول عن الفراش²، و هي أحكام مستوحاة من القانون المدني الفرنسي ذي الطابع اللائكي³، و هكذا فالقانون 12.18 وضع حدا لهذه العبارات و الاحكام الغريبة عن هويتنا و ثقافتنا.

و يشار الى ان الاجرة السنوية المعتمدة لاحتساب الايراد في حالة الوفاة هي نفسها، الاجرة المعتمدة لاحتساب الايراد في حالة العجز الدائم، أما المستجدات التي جاء بها القانون 12.18 بخصوص ايرادات ذوي الحقوق فيمكن عرضها على الشكل التالي:

- ايراد الزوج.

- ايراد الفروع

- ايراد الاصول.

أولا: ايراد الزوج.

وحد القانون 12.18 مقدار الايراد الذي ينتفع به الزوج المتوفى عنه محدا اياه في 50% من اجرة المصاب السنوية، بغض النظر عن سنه⁴، واضعا حدا لازدواجية هذا المقدار بحسب السن طبقا لما كان منصوصا عليه في ظهير 1963⁵.

و بالنسبة لشروط استفادة الزوج المتوفى عنه من هذا الايراد، فقد اشترط القانون 12.18 فقط ان يكون الزواج قد انعقد قبل وقوع الحادثة و الا تكون رابطة الزوجية قد انقطعت بالطلاق، دون ان يشير لشرط ان يكون الزوج المتوفى عنه غير محكوم عليه من اجل عدم اداء النفقة او بهجر بيت الزوجية دون موجب شرعي منذ اكثر من ثلاث سنوات او مجردا من السلطة الابوية كما كان عليه الحال بالنسبة لظهير 1963⁶، و هكذا فيمكن ان نتصور

¹ الفصلين 104 و 105 من ظهير 6 فبراير 1963.

² الفصل 94 من ظهير 6 فبراير 1963.

³ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م، س، ص 10.

⁴ المادة 88 من القانون 12.18.

⁵ كان الفصل 94 من ظهير 1963/02/06 يحدد ايراد الزوج المتوفى عنه في 30% من اجرة المصاب متى كان سنه يقل عن 60 سنة و 50% متى فاق سنه يفوق 60 سنة.

⁶ انظر الفصل 97 من ظهير 1963.

استفادة الزوج المحكوم عليه من اجل اهمال الاسرة من اليراد، و هو توجه تبناه القانون 12.18 و يبقى - في اعتقادنا- غير محمود.

اما بخصوص مدة و مقدار استفادة المطلقة المحكوم لها بالنفقة و الارملة فلم يطرأ عليها تغيير بالمقارنة مع ظهير 1963.

ثانيا : ايراد الفروع.

رفع القانون 12.18 من مقدار و مدة انتفاع الفروع من اليراد و ذلك بالمقارنة مع الاحكام التي كان منصوبا عليها في ظهير 1963، و هكذا فيخول اليراد بالنسبة لليتامى الذين يقل سنهم بتاريخ وفاة المصاب بالحادثة عن 16 سنة أو 21 سنة اذا كانوا يتابعون تدريبا مهنيا أو 26 سنة اذا كانوا يتابعون دراستهم بالمغرب أو الخارج، و دون حد للسن بالنسبة لليتيم المعاق، علما بأن ظهير 1963 كان يحدد سن الاستفادة الى غاية 17 سنة بالنسبة لليتيم الذي يتابع تدريبا مهنيا و 21 سنة بالنسبة لمن يتابع دراسته¹.

و تم الرفع من مقدار اليراد من 15 % في ظل ظهير 1963 اذا تعلق الامر بولد واحد الى 20% في ظل القانون 12.18، و لم يطرأ تغيير على مقدار اليراد الخاص بولدين أو اكثر.

و تبني القانون 12.18 نفس الاحكام التي كان يتضمنها ظهير 1963 بخصوص احكام انقضاء حق اليتيم في الاستفادة من اليراد، باستثناء ما كان ينص عليه الفصل 111 من الظهير بخصوص انقضاء حق اليتيم في الاستفادة من اليراد اذا تزوج، بمعنى انه يمكن للولد الذي يبلغ من العمر اثنين و عشرين سنة مثلا و يتابع دراسته و تزوج ان يستفيد من اليراد حتى بعد زواجه و ذلك في ظل القانون 12.18.

ثالثا : ايراد الأصول.

تم الرفع من مقدار اليراد المخول للأصول بمقتضى القانون 12.18 الى 15% من الاجرة السنوية للمصاب لكل واحد منهما²، دون ان يفوق مجموع هذه اليرادات 30 %، و ذلك بعدما كان مقدار اليراد في ظل ظهير 1963 10 % لكل واحد منهم³.

و يشترط لاستفادة الأصول من هذا اليراد ان يكون وقت وقوع الحادثة في كفالة الهالك او يثبت امكانية حصوله على نفقة من الهالك، و ذلك حتى و لو كان لهذا الاخير زوج او ولد.

و اذا كان الملاحظ ان ارادات ذوي الحقوق، قد عرفت ارتفاعا طفيفا فان هذا الارتفاع لم يواكبه زيادة في نسبة 85% من الاجرة السنوية للمصاب التي لا يجب ان تتعداها مجموع نسب ايرادات ذوي حقوق المصاب.

بقي ان نشير في الاخير الى ان دورية اداء اليرادات و كيفية منحها و مكان أدائها لم يطرأ عليها تغيير، بيد أن الجديد الذي جاء به القانون 12.18 يتعلق كما هو الحال بالنسبة للتعويض اليومي بتدعيم المقتضيات الكفيلة بأداء

¹ المادة 95 من القانون 12.18 يقابلها الفصل 109 من ظهير 1963.

² المادة 103 من القانون 12.18.

³ الفصل 113 من ظهير 1963.

الايادات في وقتها، و من ذلك ان كل تأخير غير مبرر (يكون التأخير مبررا مثلا في حالة خطأ مادي في الامر بالتصالح او الحكم او صدور اكثر من امر او حكم بالنسبة لنفس الحادثة) في اداء الايادات¹، يخول الدائن ابتداء من اليوم الاول من الشهر الذي يلي تاريخ حلول اجلها، الحق في المطالبة بغرامة شهرية تعادل 10% من مجموع المبالغ غير المؤداة شريطة ان يتم تحرير محضر امتناع عن التنفيذ من طرف السلطة القضائية المختصة، و قد كان هذا المقتضى الحمائي مضمنا بالفصل 143 من ظهير 1963 لكن بغرامة تعادل 1% من مجموع المبالغ غير المؤداة و ذلك ابتداء من اليوم الثامن لحلول اجل اداء الايادات، كما ان المقتضى الجديد رهن الحكم بهذه الغرامة بالادلاء بمحضر امتناع عن التنفيذ²، و قد كان المشرع حكيما بتنصيبه على هذا المقتضى، اذ لا يجوز الحكم بهذه الغرامة بمجرد صدور الحكم القاضي بالاياد و انما ينبغي تبليغ هذا لحكم و فتح ملف للتنفيذ، و اثبات الامتناع عن التنفيذ، و هو ما يستنتج معه ان طلب الغرامة الاجبارية يجب ان يقدم في دعوى مستقلة³، و ليس كطلب ملحق بطلب افتكاك الايراد كما هو عليه الحال بالنسبة لأغلب الطلبات التي ترد على المحاكم.

أما بالنسبة لمصاريف الجنازة فينتظر ان تتم مراجعتها لاسيما و ان القرار⁴ الذي كان يحدد مبلغها في سبعمائة و خمسين درهم، قد عمر زهاء أربعين سنة، و هذا المبلغ لم يعد مناسباً بأي حال من الاحوال لمصاريف الجنازة في الوقت الحاضر، و تبعا لذلك فقد أشارت المادة 40 من القانون 12.18 الى تحديد هذه المصاريف بمقتضى قرار لوزارة الشغل.

الفقرة الثالثة: التعويض في اطار دعوى الايراد التكميلي.

الايراد التكميلي هو مبلغ اضافي يمثل الفرق بين مبلغ التعويض الكلي الواجب منحه للمصاب في اطار القواعد العامة للمسؤولية المدنية، و مبلغ الايراد الجزئي الواجب منحه في اطار التعويض عن حادثة الشغل⁵.

هذا و قد يكون المتسبب في الحادثة صاحب العمل أو احد تابعيه أو احد الاغيار، فاذا كان المتسبب في الحادثة المشغل او احد مأموريه، فان المصاب يستحق تعويضا في اطار قانون حوادث الشغل، فمثلا سائق يقل مجموعة من العمال لأداء مهمة بأمر من المشغل، و زاعت السيارة بالسائق، فلا يمكن مطالبة السائق بالتعويض في اطار دعوى

¹ اعتبرت محكمة النقض في ظل ظهير 1963 ان عدم الادلاء بالوثائق المثبتة لاستحقاق الايراد يدخل في باب التأخير المبرر، ذلك انه جاء في قرارها عدد 488 الصادر بتاريخ 2011/04/28 في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/1336: " من حق مؤمنة المشغل مطالبة ذوي حقوق المصاب المتوفى في اطار تنفيذها للحكم القاضي بالإيراد ان يدلوا لها بما يثبت استحقاقهم له كشهادة الحياة ، لان صرف الايراد العمري يكون لمن هم على قيد الحياة، و شهادة عدم الزواج للأرملة، لان صرف الايراد لها يكون بشرط عدم زواجها من جديد و الشهادات المدرسية للأبناء المتراوح سنهم بين 16 و 21 سنة، لان صرف الايراد لهم يكون بشرط متابعة دراستهم، و ان تأخرها في تنفيذ الحكم القضائي كان مبررا بانتظارها توصلها من المستفيدين بالوثائق المثبتة المذكورة، و بالتالي لا سند للحكم عليها بالغرامة الاجبارية".

² و بهذا المقتضى يكون المشرع قد رجح توجه بعض محاكم الموضوع على بعض قرارات محكمة النقض، ذلك انه جاء في القرار عدد 936 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 11 غشت 2011 في الملف عدد 2010/1/5/1325: " حيث ثبت صحة ما عابته الطاعنة على الحكم ذلك ان الايراد المحكوم به لها يجب أدائه عند حلول اجله طبقا لأحكام الفصل 139 من ظهير 1963/02/06، دون حاجة لاتباع مسطرة التنفيذ الجبري المنصوص عليها بالفصل 428 و ما بعده من قانون المسطرة المدنية و ان كل تأخير غير مبرر من طرف المدين في أداء أقساط الايادات الحالة كما هو الحال في النازلة يعطي الحق للدائن في الحصول على غرامة يومية تعادل 1% من مجموع المبالغ غير المؤداة، وفقا لاحكام الفصل 143 من نفس الظهير.. منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 74 لسنة 2012.

³ رشيدة أحفوظ، م، س، ص 285.

⁴ قرار وزير الشغل و الشؤون الاجتماعية رقم 129.75 بتاريخ 15 صفر 1395 (27 فبراير 1975) بشأن صوائر جنازة ضحايا حوادث الشغل.

⁵ محمد الكشور و بلعيد كرومي، م، س، ص 346.

الحق العام، لان الحادثة هنا تعتبر حادثة شغل صرفة و لا حق للأجير الا في التعويضات المضمنة بالقانون 12.18، بيد أنه يسوغ للمصاب مطالبة المشغل بالتعويض في اطار دعوى الحق العام في حالتين فقط:

- اذا وقعت الحادثة نتيجة خطأ متعمد ارتكبه المشغل أو احد مأموريه
- اذا وقعت الحادثة اثناء مسافة الذهاب و الاياب و لم يكن المصاب في حالة التبعية للمشغل، مثلا أجير غادر عمله بعد نهاية الدوام و اتجه الى منزله، فصدمه المشغل بسيارته، فهنا نكون امام حادثة طريق مقترنة بحادثة سير، و يسوغ للمصاب مطالبة مشغله بالتعويض في اطار دعوى الحق العام.

و قد عرفت دعوى الايراد التكميلي في هذه الحالة مستجدات هامة في اطار القانون 12.18، بحيث انه حتى تسمية الايراد التكميلي لم تعد مناسبة لها، ذلك انه لئن كان الفصل 172 من ظهير 1963 ينص على ان دعوى الحق العام تقام ضد المؤجر او مأموريه بقدر ما لم يعوض الضرر تطبيقا لذات الظهير، فان القانون 12.18 رهن اقامة دعوى الحق العام على المشغل او احد مأموريه، بعدم الاستفادة من المصاريف و التعويضات طبقا لأحكام ذات القانون، و يفهم من هذا المقتضى انه اذا تمت الاستفادة المصاب من التعويض في اطار دعوى حادثة الشغل فلا مجال للمطالبة بتعويض تكميلي في اطار دعوى الحق العام¹.

كما انه في اطار القانون 12.18 لم يعد هناك مجال للحكم بايقاف البت من طرف المحكمة التي رفعت اليها دعوى الحق العام الى حين استنفاد مسطرة دعوى حادثة الشغل او تقادمها²، بل ان هذه المحكمة اذا ثبت لها عدم وجود مسطرة الصلح القبلي مع شركة التأمين، او ثبت لها عدم وجود دعوى مقامة في اطار حوادث الشغل، امكن لها البت في دعوى المسؤولية وفق احكام القانون العام³، و في هذه الحالة لا يمكن للمصاب او ذوي حقوقه المطالبة من جديد بالتعويض في اطار قانون حوادث الشغل⁴.

أما بالنسبة لأحكام التعويض المفروض على الغير و توزيع المسؤولية وأداء التعويض، فلم يطرأ عليها تغيير في القانون 12.18 بالمقارنة مع ظهير 1963.

خاتمة.

كان هذا غيضا من فيض المستجدات التي جاء بها القانون 12.18 الذي نسخ مقتضيات ظهير عمر لعقود، و التي حاولنا عرضها في هذا المقال المتواضع، على ان سبر أغوار القانون الجديد لن يتم الا من خلال انتظار الافراج عن عدد من النصوص التنظيمية التي احال عليها هذا القانون و التي تعتبر مكملة لمقتضياته و رؤية مدى انسجامها مع هذه المقتضيات، و اخضاعه للتمحيص و البحث و التحليل من قبل الباحثين و الدارسين، و رصد تعامل قضاء محاكم الموضوع و محكمة النقض معه، حتى يتأتى الاحاطة بقواعده و النظر في مدى تجاوزها للإشكاليات التي كانت مطروحة في ظل ظهير 1963، علما انه كأى عمل انساني سيبقى هذا القانون قاصرا عن بلوغ درجة الكمال، التي تبقى غاية طوباوية دونها غاية واقعية هي التطبيق السليم لمقتضياته بشكل يساهم في اقرار مبادئ العدل و الانصاف و هو ما يتطلب الخراطا من قبل مختلف الفاعلين من اجراء و مشغلين و غيرهم، يكون عنوانه حسن النية في اعمال القانون.

¹ المادة 158 من القانون 12.18.

² الفصل 174 من ظهير 1963.

³ انظر المادة 160 من القانون 12.18.

⁴ و لعل هذا المقتضى يتسق مع الاتجاه الذي سبق ان تبنته محكمة النقض في احد قراراتها الصادر بتاريخ 2004/03/17 تحت عدد 229 في الملف عدد 2003/1/5/1097 و الذي جاء فيه: " ان ذوي الحقوق الذين تم تعويضهم في اطار القانون العام عن الضرر اللاحق بهم من جراء قتل مورثهم اثناء تأدية عمله، لا يمكنهم المطالبة بالإيراد في نطاق مسطرة الشغل، اذ غاية المشرع هي حصول ذوي الحقوق على تعويض عن الضرر و هو في نازلة الحال قد حصل بمقتضى القرار الجنائي". منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى رقم 52 للسنة العشرين ص 251 و ما بعدها.

معايير تحديد الجريمة العسكرية وأركانها



من إعداد الأستاذ: ميهوب يوسف

باحث دكتوراه متخصص في القانون الإجرائي

أستاذ متعاقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم

Email : prof.mihoubyoucef@yahoo.fr

ملخص الدراسة :

تختلف الجريمة العسكرية عن باقي جرائم القانون العام الأخرى ولهذا نجد أن أغلب الفقهاء والباحثين لم يتفقوا في إعطاء تعريف شامل وموحد للجريمة العسكرية فكل ووجهته، ولهذا سنحاول في هذه الدراسة تبيان أسس تعريف الجريمة العسكرية من أجل معرفة الفرق بينها وبين باقي الجرائم الأخرى ومن ثم سنتطرق إلى أركان الجريمة العسكرية من ركن الشرعية إلى الركن المادي وأخيرا الركن المعنوي.

ملخص الدراسة باللغة الإنجليزية :

Military crime differ from the rest of this and other crimes, we find that most of researchers have not agreed to give a comprehensive and unified military definition of the crime, That is why in this study we will try to clarify the definition of the foundations of the military crime in order to tell the difference between them and the rest of the other crimes, Then we will look at the elements of the military crime.

مقدمة :

إن النظام العسكري في أي دولة يختلف تماما عن باقي الأنظمة المدنية الأخرى وهذا راجع إلى طبيعة المهمة التي يقوم بها الجيش العسكري المنتمي لدولة ما، ولهذا ونظرا للمهام المتعلقة به وجد نظام خاص به من أجل ضبط النظام والحفاظة على وحدة الجيش، ومن ثم ولتحقيق غاية حماية الدولة والحفاظ على وحدة جيشها وجد لها نظام خاص بها، يخضع لهذا النظام الأفراد المنخرطين في الجيش دون غيرهم إلا في حالات استثنائية يفرضها القانون.

ونظرا للسيطرة على النظام العسكري نجد أن قوانينه في بعض الأحيان تعاقب على أبسط أشياء قد يرتكبها الجندي ونجد أن القانون العسكري يجرمها ليس من أجل التجريم فقط ولكن من أجل المحافظة على الجيش وحماية الدولة، (ولما كانت الجريمة بصفة عامة تعد مظهرا من مظاهر الخروج على الحياة فإنه يمكن القول أن الجريمة العسكرية تعد مظهرا من مظاهر الخروج العنيف على نظام الحياة العسكرية، بل إن الجريمة العسكرية تعتبر في بعض الحالات أخطر بكثير من الجريمة العادية)¹، الأمر الذي يجعلنا نطرح الإشكالية الآتية: ما هو معيار تمييز الجريمة العسكرية عن الجريمة العادية وما أركانها؟

ولكي نتطرق إلى هذه الدراسة قسمنا الموضوع إلى قسمين تطرقنا في قسمه الأول إلى معيار تعريف الجريمة العسكرية، أما قسمه الثاني فتناولنا فيه أركان الجريمة العسكرية ومحدداتها، ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج التحليلي نظرا لخصوصيته من أجل إبراز مفهوم الجريمة العسكرية وتبيان أهم أوجه الاختلاف بجرائم القانون العام.

المحور الأول: معيار تعريف الجريمة العسكرية:

هناك عدة معايير اعتمد عليها من أجل تعريف وتحديد الجريمة العسكرية عن جرائم القانون العام حيث نجد من أهم هذه المعايير معيار الصفة والمعيار القضائي، وكذا المعيار الموضوعي وأخيرا المعيار القانوني.

أولا: معيار الصفة:

يقوم هذا المعيار على أساس صفة العسكري لتحديد الجريمة العسكرية، فوفقا له يمكن اعتبار الجريمة عبارة عن جريمة عسكرية إذا ارتكبها الشخص ولكن يجب أن يمتلك الصفة العسكرية، وبالتالي فهذا المعيار يؤكد على أن الجريمة العسكرية هي كل جريمة يرتكبها أحد العسكريين أو الملحقين بهم بغض النظر عن نوعية الجريمة سواء كانت من جرائم القانون العام أو جرائم القانون العام².

يمكن اعتبار أن هذا المعيار يتسم بالبساطة وسهولة فهمه في تحديده لمفهوم الجريمة العسكرية³ وتفسيرا لهذا المعيار سنقول أن كل الجرائم المنصوص عليها في جميع التشريعات المتعلقة بتجريم فعل ما تعتبر جرائم عسكرية لأن الشخص العسكري باعتباره أيضا مواطنا يمكن أن يرتكب فعل تجرمه تلك القوانين، فإن ارتكب جريمة من جرائم القانون العام أو العادي تعتبر هذه الجرائم في حد ذاتها جرائم عسكرية وفق هذا المعيار، وهذا ما يخالف المنطق القانوني.

لا يمكن تطبيق هذا المعيار عند تحديده لمفهوم الجريمة العسكرية وذلك نظرا للصفة العسكرية المؤقتة التي يكتسبها⁴ لأنه شخص مواطن مرتبط بعقد مع دولته وتنتهي صفته العسكرية بانتهاء عقده، وبالتالي يعتبر هذا المعيار معيار زمني مؤقت خاضع لصفة الشخص.

¹ ابراهيم أحمد الشراوي، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 17.

² انظر في المعنى: ابراهيم أحمد الشراوي، المرجع السابق، ص 147، 149.

³ فلاح عواد العتري، الجريمة العسكرية في التشريع الكويتي والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 1956-1966، ص 251.

⁴ راجع عبد القادر الشيخ، ذاتية القانون الجنائي العسكري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 1998-1999، ص 201.

ثانيا : المعيار القضائي :

وهناك بعض الفقهاء من يسميه بالمعيار الشكلي، ومفاد هذا المعيار أن الجريمة العسكرية هي تلك الجريمة المنصوص عليها في قانون القضاء العسكري أو التي تدخل في دائرة اختصاصه والمنصوص عليها قانوناً¹.

ويتسم هذا المعيار بالسهولة وعدم التعقيد لأنه يحدد ما إذا كان الفعل جريمة عسكرية أم عادية، وبالتالي فما علينا إلا استعراض قانون القضاء العسكري لمعرفة إذا كان الفعل مجرم فيه من عدمه، وكذا النظر لاختصاص القضاء العسكري وهما إذا كان يختص بنظر تلك الجريمة من عدمه، وطبقاً لهذا المعيار تعتبر الجريمة عسكرية إذا كان منصوصاً عليها في قانون القضاء العسكري حتى ولو ارتكبها شخص مدني، وكذلك إذا كان مرتكب الفعل شخصاً عسكرياً وارتكب جريمة عادية².

وإذا نظرنا إلى هذا المعيار نجد أن القضاء العسكري لا يختص إلا بالجرائم العسكرية بالمعنى الحقيقي له، ولكن من الناحية القانونية فإن القضاء العسكري نجده يختص بالنظر في جرائم أخرى عادية وخصوصاً إذا كان مرتكبها عسكرياً، وهذا ما يؤخذ عليه هذا المعيار.

ثالثا : المعيار الموضوعي :

يحدد هذا المعيار مفهوم الجريمة العسكرية على أساس المصلحة التي يحميها القانون، فالمصلحة القانونية محل الحماية الجنائية والتي قصد المنظم حمايتها بالنصوص التجريبية المختلفة، فكل نص تجريمي لا يجرم الأفعال المدرجة تحته من أجل التجريم وإنما من أجل تحقيق المصلحة³، ولما كانت المصلحة التي يحميها قانون القضاء العسكري هي المصلحة العسكرية، كان من الطبيعي أن تكون الجريمة العسكرية هي الجريمة التي تضر بالمصلحة العسكرية، سواء أكان هذا الضرر مباشراً أم غير مباشر، وسواء كان النص عليها في قانون القضاء العسكري أو في القوانين الأخرى للدولة⁴.

ويكاد يجمع معظم الفقهاء على هذا المعيار لأنه حدد مفهوم الجريمة العسكرية على أساس موضوعي ويركز على جوهر الجريمة العسكرية ويحدد طبيعة المصلحة المراد حمايتها بالنص الجنائي⁵، كما أن المشرع عند وضعه لقوانين معينة ويقوم بتجريم أعمال محددة الهدف منها حماية مصلحة ذلك الشيء⁶.

رابعا : المعيار القانوني :

يعتمد هذا المعيار على التشريع أو النصوص القانونية فيعتبر أن الجريمة العسكرية هي تلك الجريمة المنصوص عليها في قانون العقوبات العسكري، وبطبيعة الحال فإن القوانين الصادرة الغرض منها حماية المصالح العسكري وضمان أمن الدولة واستقرارها وبالتالي يمكن تجريم بعض الأفعال في قوانين أخرى غير القانون العسكري ضماناً لمصالح الجيش.

¹ راجع، مأمون سلامة، قانون العقوبات العسكري، دار الجامعة، مصر، 1967، ص 102 و 103 و 104.

² ابراهيم أحمد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 147.

³ محمود محمود مصطفى، الجرائم العسكرية في القانون المقارن، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 52.

⁴ صلاح الدين جبار، القضاء العسكري، في التشريع الجزائري والقانون المقارن، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص 71.

⁵ ابراهيم أحمد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 150.

⁶ راجع سامي صادق الملا، الجرائم العسكرية في قوانين الدول العربية، مجلة الأمن العام المصرية، القاهرة، 1973، العدد 62، ص 29.

ولما كانت جرائم أمن الدولة الخارجي أو الداخلي إذا كانت تستهدف الدولة بصفة مباشرة فهي في الواقع تستهدف القوات المسلحة بصفة غير مباشرة باعتبارها مسؤولة عن حماية الشعب وأمنه وحماية ثورته ومكاسبه وأمنه، وعليه فقد وجد من المصلحة العامة إدخال هذه الجرائم في اختصاص القضاء العسكري زمن السلم والحرب نظرا لخطر ما تستهدفه على ضوء ما تقدم، وقد لوحظ في أغلب التشريعات المقارنة أن عددا كبيرا من الدول حرصت على النص على هذا الاختصاص للقضاء العسكري وذلك لصلته الوثيقة بالقوات المسلحة وحرصها منها على توفير الأمن والسرية لهذه الأسرار¹.

المحور الثاني: أركان الجريمة العسكرية :

لا تختلف أركان الجريمة العسكرية الجرائم الأخرى إلا أن لها خصوصية معينة نظرا لطابعها الخاص الذي تتميز به ومن ثم كان لزاما علينا أن نوضح أركان الجريمة العسكرية التي تتمثل في الركن الشرعي الذي يعد مختلفا فيما إذا كان يصنف من ضمن الجرائم العسكرية أم لا، ويوجد أيضا الركن المادي وأخيرا الركن المعنوي.

أولا : الركن الشرعي للجريمة العسكرية :

يقصد بالركن الشرعي أن الجريمة العسكرية لكي يثبت تجريمها يجب اسنادها إلى نص قانون سابق منصوص عليه في القوانين فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وباعتبار أن الأصل في الإنسان البراءة وهذا ما يسمى بمبدأ الشرعية الجنائية.

يقصد بمبدأ الشرعية أيضا أنه حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، وتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها، وكذا العقوبات المقررة من حيث نوعها ومقدارها²، ولقد ثار جدل بين الفقهاء في مدى اعتبار مبدأ المشروعية ركنا من أركان الجريمة العسكرية أم لا بدليل أن سابقا على غيرها وهذا ما أقره جميع الفقهاء وبالتالي يقرون أن للجريمة العسكرية ركنين فقط الركن المادي والمعنوي³. وهناك من يسمي بهذا الركن بمبدأ غير الشرعي⁴.

ويعتبر مبدأ الشرعية بمثابة الحصن الذي يمنع التعسف سواء من جهة القضاء أم الإدارة، كم أنه يقدم ضمانا لجميع الأفراد ويزيد من ثقتهم بالسلطة وينمي لديهم الشعور بالعدالة والمساواة، حيث يعرف الفرد ما حرم عليه سلفا لكي وكيف سلوكه وفقا لذلك، وللمبدأ دور وقائي بسبب أن إعلان الجزاء سلفا يجعل من يريد الإقدام على ارتكاب الجريمة يفكر مليا بما سيناله من جزاء، ويساهم المبدأ في تحقيق الاستقرار وتجنب الفوضى، وبغيابه سوف تناقض قرارات القضاء بعضها مع البعض سواء كان ذلك عند الادانة أم لدى تحديد مقدار الجزاء الواجب فرضه على المحكوم عليه⁵.

¹ عاطف فؤاد الصحاح، قانون الإجراءات العسكري، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 14.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص 72.

³ راجع أحمد عوض بلال، محاضرات في قانون العقوبات العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، مصر، 1988، ص 154.

⁴ راجع باسم شهاب، مبادئ القسم العم لقانون العقوبات وفقا لأحدث التعديلات بالقانون رقم 23 لسنة 2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 62 وما بعدها.

⁵ المرجع السابق، ص 64.

ثانياً: الركن المادي للجريمة العسكرية :

ويقصد بهذا الركن كل سلوك أو نشاط خارجي وإرادي للجاني، فعلا كان أو امتناعاً، ويترتب عليه ضرر محقق أو محتمل ويجرمه القانون ويضع له عقاباً¹. ويمثل الركن المادي كل ماديات الجريمة²، وعليه فإن هذا الركن يجب لكي يتحقق أن يتوافر على ثلاثي عناصر أساسية أولها فعل إجرامي يرتكبه الجاني، وثانيها تحقق نتيجة ضارة جراء هذا السلوك سواء كانت مقصودة أو غير مقصودة، وثالثها وجود علاقة سببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية³.

ثالثاً: الركن المعنوي :

ويعتبر الركن المعنوي للجريمة العسكرية هو المسلك الذهني والنفسي للمجرم واللازم توافره لاكتمال فكرة الجريمة قانوناً، إذ أن النشاط الإجرامي هو مجرد مظهر لإرادة الجاني، أي اتجاه ارادة المجرم لارتكاب الجريمة، وسواء أكان ذلك عمداً منه أم خطأً عن غير عمد منه⁴ وجوهر هذا النشاط الإجرامي هي ارادة مرتكب الجريمة⁵ وعلى العموم فإن ارادة الجاني تغير من صورة الركن المعنوي، فإن كانت تهدف إلى ارتكاب الجريمة وتحقيق النتيجة فهنا نكون بصدد حالة العمد أو القصد الجنائي، أما إذا كانت ارادة الجاني تهدف إلى تحقيق الفعل دون الوصول إلى النتيجة يصبح الركن المعنوي في صورة الخطأ غير العمدي وهناك من يسميه بالخطأ غير المقصود، ويتخذ أيضاً الركن المعنوي صورة أخرى ألا وهي القصد الجنائي المتعدي (المتجاوز) في حلة ما إذا كانت نتيجة الفعل أشد من النتيجة المرجوة من طرف الجاني وبالتالي فإن النتيجة تجاوزت قصد الفاعل⁶. أما الشريعة الإسلامية فقد فصلت بين الخطأ والعمد في القتل والجروح والجرائم المختلفة، ووضعت تفاصيل وقواعد عامة لم يضيف إليها الفقه الحديث شيئاً.

أ- القصد الجنائي :

يتعلق القصد الإجرامي بالجريمة العمدية، وهذا المكون النفسي يعتبر الأساس في تقرير مدى مسؤولية الجاني، وهو يتألف من عدة مكونات تشكل في مجملها ما يعرف بالركن المعنوي للجريمة العمدية أياً كانت سواء جنائية أم جنحة أم مخالفة، ومع هذا فإنه وبكل ما يحتوي من عناصر يختلط بجملة من المفاهيم التي يشترك وإياها في الطبيعة النفسية أو المعنوية، وهو بذاته يتخذ صور وأشكال مختلفة⁷. وعلى العموم فإن جل التشريعات لم تعرف القصد الجنائي بل تطرقت إليه في نصوص قوانينها ويمكن تعريفه على أنه: اتجاه ارادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم بتوافر أركانها⁸.

ومن خلال هذا يتبين لنا أن القصد الجنائي لكي يتوفر لنا يجب أن يكون هناك عنصرين يتمثل الأول في عنصر العلم أي علم الجاني بما يرتكبه، أما الثاني فهو عنصر الإرادة أي ارادة الجاني ارتكاب الجريمة.

¹ صلاح الدين جبار، المرجع السابق، ص 72

² باسم شهاب، المرجع السابق، ص 82.

³ سليمان عبد المنعم سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000، ص 469.

⁴ صلاح الدين جبار، المرجع السابق، ص 72.

⁵ عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الحادية عشر، 2002، ص 217.

⁶ راجع عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار الهدى للطبوعات، 2002، ص 202.

⁷ باسم شهاب، المرجع السابق، ص 112.

⁸ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الرابعة، 1979، ص 276.

1- عنصر العلم :

يتصل العلم بالملكة الذهنية للجاني فهو موقف ذهني تقييمي للعلاقة التي تربط سلوكه بالعالم الخارجي، ويستوعب العلم كل ما يتصل بالركن المادي للجريمة، فلا بد من علم الجاني بطريقة ارتكاب الجريمة ووسيلتها¹، وبالتالي فلا يتحقق القصد الجنائي إلا إذا كان الجاني يعلم بالعناصر الأساسية لقيام الجريمة سواء تعلق ذلك بسلوكه الإجرامي أم بموضوع الإعتداء، فإن كان جاهلا بشيء من ذلك، فلا يتحقق القصد الجنائي، ففي جريمة السرقة مثلا لا يتحقق القصد الجنائي إلا إذا كان الجاني يعلم أن المال المسروق ملك لغيره، ولا يتوفر القصد في جريمة التسميم إلا إذا كان الجاني يعرف أن الطعام الذي قدمه إلى المجني عليه يحتوي على السم، فالذي يأخذ مال غيره معتقدا أنه ماله، أو الذي يطعم غيره طعاما مسموما وهو يجهل ذلك، ففي كلاهما لا يتوفر القصد الجنائي². وبطبيعة الحال فإن هناك بعض الحالات يؤثر الجهل فيها على القصد وهناك حالات أخرى لا يؤثر فيها على القصد الجنائي³.

2- عنصر الإرادة :

تعتبر الإرادة قوة نفسية تخضع إلى القوانين وهي التي يكون لها الأثر الفعال في ارتكاب الفعل المجرم وتحقيق نتيجته⁴ وتحتل الإرادة أهمية كبيرة في القانون الجنائي فلا شأن للقانون الجنائي بالأفعال غير الإرادية، والإرادة ليست الرغبة، فالأخيرة تعني الاشتهااء الجرد والتمني، وليس من وظائفها السيطرة على الحركات العضوية للجاني أو توجيه سلوكه، والقصد الجنائي يتطلب الإرادة لا الرغبة، وكمثال على تحقيق الرغبة أن يتمنى أحدهم الموت لآخر، فيغريه بالسفر إلى مكان غير مأمون، فيسافر فعلا ويلقي حتفه⁵.

وتختلف صور القصد الجنائي وفقا لنوع الاتجاه الإرادي إلى النتيجة الإجرامية، فقد يكون الاتجاه مباشرا فنكون بصدد قصد مباشر، وقد يكون غير مباشر فيتوافر القصد الاحتمالي، كذلك يختلف نوع القصد وفقا لمدى اتساع نطاق الإرادة، فحيث يمتد إلى تحقيق نتيجة في موضوع معين يكون القصد محدودا، وحيث تمتد إلى تحقيق نتيجة في أي موضوع، يكون القصد غير محدد، وقد تقتصر الإرادة على الفعل والنتيجة فيكون القصد عاما، وقد تمتد إلى الباعث أو الغاية فيكون القصد خاصا⁶، وعلى العموم فإن هناك اختلاف بين الباعث والقصد الجنائي لأن الباعث على

¹ باسم شهاب، المرجع السابق، ص 113.

² منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه وقضايا، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص 108.

³ "يوجد وقائع يؤثر الجهل فيها على القصد الجنائي، وإذا توافرت هذه اثناء ارتكاب الجريمة لا يعد الجاني متعمدا لانعدام القصد الجنائي، وتمثل الوقائع في: الجهل بموضوع الحق المعتدى عليه فالذي يدفن انسانا اعتقد أنه ميت، وهو يجهل أنه حي ينتفي القصد الجنائي، وثانيا الجهل بمحقيقة الفعل والخطر الذي ينتج عنه، كمن تناول غيره مشروبا يجهل أنه مسموم فيموت الشارب، ولا يسأل على أساس جريمة عمدية، وثالثا الجهل بمكان أو زمان الجريمة، ورابعا الجهل ببعض الصفات التي يتطلبها القانون في المجني عليه ومثال ذلك أن يزني الرجل بإمرأة وهو يجهل أنها متزوجة، وخامسا الجهل بنتيجة سلوك الجاني فمن ضرب انسانا، فافضى الضرب إلى وفاته، فإنه لا يرتكب جريمة قتل عمد بل جنابة ضرب عمد أفضى إلى الوفاة دون قصد احداثها، وسادسا الجهل بالظروف المشددة التي تغير من وصف الجريمة فتنقل من جنحة إلى جنابة.

وهناك حالات ووقائع لا يؤثر الجهل بها في القصد الجنائي وهذه الوقائع لا ترتبط بالجريمة، ولكن لا تؤثر في وصفها وتمثل أولا في جهل الجاني بحالته الشخصية التي تتطلب تشديد العقوبة كحالة العود مثلا، وثانيا جهل الجاني بأنه أهل لتحمل المسؤولية كظنه أنه بحكم وظيفته أنه يتمتع بالحصانة، وثالثا الجهل بالقانون أو الخلط فيه"، للمزيد راجع منصور رحمان، المرجع السابق، ص 108 وما بعدها.

⁴ جلال ثروت قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، لبنان، ص 149

⁵ باسم شهاب، المرجع السابق، ص 114.

⁶ ابراهيم أحمد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 405-406.

ارتكاب الجريمة أو هدف الجاني منها مهما كان خيرا، فهو لا ينفي وقوع الجريمة ووجوب العقاب عليها مثل القتل للأخذ بالثأر أو الدفاع عن الغير، ومثل الاختلاس للإنفاق على اليتامى والمشاريع الخيرية أو الفرار من الخدمة العسكرية للإنفاق على الوالدين أو الزوجة والأولاد وقد يكون حسن الباعث سببا لتخفيف العقوبة فقط¹.

2- أ : الخطأ غير العمدي :

يمثل الخطأ الركن المعنوي للجريمة غير العمدية، وعلى العموم فإن الخطأ صور ودرجات، كما أن كل من العلم والإرادة لازمين لقيامه، غير أن الإرادة تغطي السلوك الإجرامي دون أن تصل إلى النتيجة، فالجاني في الجرائم غير العمدية لا يريد النتيجة ولا يرحب بها إن حصلت، ولكنه يتصورها ثم يتخذ احتياطات غير كافية لتحاشي وقوعها، أو أنه لا يتصورها مع أنه كان ذلك بإمكانه بل ومن واجبه، فالنشاط الإرادي هنا خامل أو قاصر على أن يمنع وقوع الجريمة². ولم تعرف معظم التشريعات الخطأ غير العمدي واكتفت بذكر صورته المختلفة.

يعرف الخطأ غير العمدي بأنه كل فعل أو ترك إرادي تترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل مباشرة ولا بطريق غير مباشر، ولكنه كان في وسعه تجنبها³، وهذا النوع من الجرائم توليه التشريعات العقابية العسكرية أهمية كبيرة للنتائج الضارة التي تترتب عليها في الأنظمة العسكرية وذلك لأن خطأ بسيطا قد يؤدي إلى هزيمة جيش وفناء دولة، لذلك فالتشريعات العسكرية تفرض التزامات وواجبات عسكرية عامة وصارمة على المخاطبين بأحكامها، وأية مخالفة لها بالتقصير أو الإهمال أو بالتفريط وعدم الحيطة والحذر تقرر لها عقوبات قاسية قد تصل إلى الإعدام في كثير منها⁴.

ويعتبر الخطأ غير العمدي العسكري سلوك إرادي للعسكري يخل بواجب الحيطة والحذر أو الانتباه الذي يكون مفروضا في القانون أو خبرة العسكري الفنية أو العلمية أو الإنسانية ويترتب عن هذا الخطأ نتيجة كان من المستطاع تجنبها والوقوع فيها⁵.

2- ب : صور الخطأ غير العمدي :

- الرعونة : تشير إلى نقص الكفاءة في مجال معين والجهل وعدم الدراية وسوء التقدير، وتتحقق الرعونة في إقدام الشخص على عمل ما يعلم أنه لا يتقنه كما ينبغي، وكثيرا ما يصدر التصرف هذا عن أناس لا يعرفون حدود قدراتهم، أو ممن يتمالكهم الغرور أو الثقة الزائدة بالنفس والخفة والطيش⁶.

- عدم الاحتياط : تشمل هذه العبارة كل أخطاء الفاعل التي كان بمقدوره أن يتفادها لو احتاط لذلك، فهو يدرك المخاطر التي قد تترتب وتنتج عن فعله، ولكنه يستخف بالأمر، ويقدم على فعله⁷. ولهذا فإن العسكري عليه أن يحتاط

¹ صلاح الدين جبار، المرجع السابق، ص 73.

² باسم شهاب، المرجع السابق، 129.

³ رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 346.

⁴ ابراهيم أحمد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 412-413.

⁵ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 365.

⁶ باسم شهاب، المرجع السابق، ص 131.

⁷ منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 119.

لما يفعل وللأمور التي تجري من حوله فهو مدرب للقيام بعمله وعليه أن يأخذ جميع الاحتياطات اللازمة لأن أي خطأ قد يؤدي به إلى كارثة قد تؤدي زملائه العسكريين سواء في زمن السلم أو الحرب.

- الإهمال وعدم الانتباه: يعتبر عدم القيام بالعمل العسكري وعدم القيام بالواجبات من الأعمال السلبية بالنسبة للجندي أو باقي الرتب ومثال على ذلك عدم احترام الجندي المواقيت المفروضة عليه في الحراسة، وأما عدم الانتباه فيقصد به عدم انتباه العسكري لما يقوم به كأن يصب الجندي النار في اتجاه فيه زملائه العسكريين.

- عدم مراعاة الأنظمة: تعرف أحيانا بالخطأ الخاص، حيث يتكفل المشرع بتحديد نوع السلوك وطبيعته ومع هذا فالجندي لا يلتزم به، والأنظمة تشير إلى تلك القواعد التي تحكم نشاط بعينه، أيا كانت منزلتها في سلم النظام القانوني¹. وإن عدم مراعاة هذه الأنظمة من قبل العسكري قد يؤدي إلى في بعض الأحيان إلى هزيمة جيش بأكمله ولهذا فإن فعله وخصوصا في القوانين العسكرية يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون.

الخاتمة:

من خلال ما تطرقنا إليه في هذا الموضوع من تحليل وتفسير للجريمة العسكرية سنقول أن الجريمة العسكرية تتميز بطابعها الخاص وبعقوباتها الخاصة والتي تطبق على العسكريين دون غيرهم بصرامة من أجل الحفاظ على الانضباط داخل الجيش.

كما يمكن القول أن الجريمة العسكرية لا يمكن تعريفها وفق معيار وحيد بل يجب إيجاد تعريف شامل يجمع بين مختلف تعاريف المعايير الأخرى (معيار الصفة، المعيار القضائي، المعيار الموضوعي، المعيار القانوني) تجنباً للانتقادات التي طالت هذه المعايير عند تعريف الجريمة العسكرية، ولهذا وجب ضبط مفهوم الجريمة العسكرية وضبطها بدقة نظراً لخطورتها وخطورة عقوباتها التي تمس بالعسكري مع العلم أن العسكري قبل أن يكون عسكري هو إنسان قبل كل شيء وجب احترامه وتحضيره لمحاكمة عادلة، ومن الملاحظ أن قانون القضاء العسكري يعتبر أن أي مخالفة حتى ولو كانت تتسم بالبساطة مجرمة عسكرية تستوجب العقاب، وبالتالي الإتجاه نحو القضاء العسكري وهذا ما بدأت الدول المتقدمة تكنولوجيا وعلميا الاستغناء عن هذه الفكرة شيئا فشيئا لإعطاء قدرا أكبر من حقوق المتهم العسكري وتحقيق محاكمة وعقوبة عادلة تتماشى وطبيعة الجرم الذي ارتكبه.

• قائمة المراجع والمصادر:

1- المؤلفات:

- ابراهيم أحمد الشرقاوي، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- أحمد عوض بلال، محاضرات في قانون العقوبات العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
- باسم شهاب، مبادئ القسم العم لقانون العقوبات وفقا لأحدث التعديلات بالقانون رقم 23 لسنة 2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

¹ باسم شهاب، المرجع السابق، ص 132.

- حمود محمود مصطفى، الجرائم العسكرية في القانون المقارن، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الرابعة، 1979.
- سليمان عبد المنعم سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000.
- صلاح الدين جبار، القضاء العسكري، في التشريع الجزائري والقانون المقارن، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
- عاطف فؤاد الصحصاح، قانون الإجراءات العسكري، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار الهدى للمطبوعات، 2002.
- عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الحادية عشر، 2002.
- مأمون سلامة، قانون العقوبات العسكري، دار الجامعة، مصر، 1967.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
- منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه وقضايا، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006.

2- أطروحات ورسائل:

- راجع عبد القادر الشيخ، ذاتية القانون الجنائي العسكري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 1998-1999.
- فلاح عواد العنزي، الجريمة العسكرية في التشريع الكويتي والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 1956-1966.

3- مقالات :

- راجع سامي صادق الملا، الجرائم العسكرية في قوانين الدول العربية، مجلة الأمن العام المصرية، القاهرة، 1973، العدد 62.

تغيير الجنس بين المنع والإباحة - دراسة مقارنة -



من إعداد الأستاذ : عامر نجيم

باحث بصف الدكتوراه بالقانون الخاص

أستاذ مؤقت بكلية الحقوق - جامعة تلمسان

مقدمة :

لقد أصبحت عمليات تغيير الجنس من نوع إلى آخر ذات أهمية بالغة، خاصة إذا علمنا أن مرض الرغبة في التحول إلى الجنس الآخر من قبيل الأمراض التي ضربت جذورها في التاريخ، بحيث يُروى أنه قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني "كوليجورلا" و الملك الإنجليزي "هنري الثالث" و الإمبراطورة السويدية "كوترين".

هذا و لم يهتدي علم الطب في الماضي إلى الإفصاح عن سبب و طبيعة هذا المرض، كما أن الطب في العصر الحديث ما زال يواجه صعوبات كبيرة في التعامل مع المصابين به، حيث يتمثل دوره شأنه شأن القضاء و القانون في التصدي لأشخاص يلتهون وراء إشباع ميولاتهم الجنسية بطرق فوضوية، الأمر الذي أدى إلى أن أصبح البعض من الأشخاص منبعاً لذرائع الانحراف و الشذوذ و قلة العناية بالنسب، حيث و بصورة تدريجية استرجلت المرأة، و تأثت الرجل.

كما أن تطور العلوم البيولوجية و الطبية له علاقة وطيدة بهاته المصادمة الطبيعية، و الأكثر من ذلك فإن تقدم هذه العلوم و تطورها أصبح يمس الإنسان في ذاته و يشكل خطراً على حياته، و تحدياً للحدود الشرعية و القانونية، خاصة و أن عمليات تغيير الجنس تمس حالة الشخص التي تتأسس عليها الكثير من القواعد القانونية التي ترتبط بالاسم و نوع الجنس، و صلاحيته للزواج، و ميراثه... الخ و هذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكاليتين الآتيتين :

ما هو الوصف الطبي للتغيير الجنسي؟ و ما هو موقف القانون و القضاء منه؟

و لدراسة و تحليل هاتين الإشكاليتين قسمنا بحثنا هذا إلى مبحثين، الأول نتناول فيه الجانب الطبي لعمليات تغيير الجنس، في حين سنتطرق في المبحث الثاني لمدى مشرعية هذه العمليات.

المبحث الأول: الجانب الطبي لعمليات تغيير الجنس:

لقد أكدت البحوث العلمية أن أغلبية الأشخاص الذين يشعرون باضطرابات نفسية أو بيولوجية فيما يخص إنتمائهم الجنسي يسعون أولاً للجوء إلى الطب بغرض التخلص من الآلام النفسية، أو المادية البيولوجية التي يتخبطون فيها، ولكن بما أن الطب يكون هو أول من يواجه هذه الطائفة من الأشخاص فكيف يمكنه تحديد طبيعة هذا المرض؟ وهذا ما سنحاول البحث فيه في مطلب أول، وما هي أساليب العلاج التي يتبعها الطب لمعالجة هاته الحالات؟ وهذا ما سنوضحه في مطلب ثان.

المطلب الأول: تحديد طبيعة المرض:

إن تغيير الجنس باعتباره حالة مرضية يعاني منها فئتين من الأشخاص، الفقه الأولى التي لها تكوين تناسلي كامل و عادي بالنسبة للجنس الذي تنتمي إليه ظاهرياً، و بالتالي فإحساسها بالانتماء للجنس المضاد هو مرض نفسي كما سنبين ذلك في فرع أول، أما الفئة الثانية هي التي لها إختلال في الأعضاء التناسلية، و بالتالي فإن سبب نفور الأشخاص المصابين بازواجية الأعضاء التناسلية من الجنس الذي يخالف مظهرهم الخارجي هو إصابتهم بمرض بيولوجي وهذا ما سنفسره في فرع ثان.

الفرع الأول: الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي:

إن الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي هو حالة مرضية نفسية جد معقدة تؤدي إلى اضطراب في الشخصية⁽¹⁾، و تظهر على المصاب بهذا المرض عدة أعراض كرفضه القاطع لجنسه الطبيعي، ورغبته في نفس الوقت في تغيير جنسه إلى الجنس المضاد، وهذا ما يدفعه إلى تقليد الجنس الآخر في الملابس و أسلوب التعامل مع الآخرين، و إقامة علاقات جنسية مع أشخاص من نفس جنسه⁽²⁾.

و يمر الشخص الذي يرغب في تغيير جنسه بثلاثة مراحل هي:

1- مرحلة ارتداء ملابس مخالفة لجنسه الطبيعي.

2- الشعور بالرغبة في تملكه للأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الآخر.

3- مرحلة الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية و المطالبة بإجراء عملية جراحية.

و في حالة رفض الاستجابة لطلبه قد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه و هذا يحدث مع الأشخاص الذين وصل بهم الأمر إلى الإصابة باكتئاب نفسي حاد، وقد يلجئ الشخص المصاب بهذا المرض إلى تعاطي الهرمونات الجنسية المعاكسة لجنسه الطبيعي، و ذلك حتى تظهر عليه العلامات الجنسية الثانوية للجنس المضاد، ومثال ذلك لجوء الرجل الذي يرغب في تغيير جنسه إلى تعاطي الهرمونات الأنثوية مما يؤدي إلى كبر حجم الثديين لديه و نعومة صوته، و غيرها من العلامات الأنثوية الثانوية التي تظهر على هذا الشخص الذي هو من الجنس الذكري، أما الوسيلة الأخيرة التي يستعملها بعض المرضى هي الانتحار، و هذا ما يلجأ إليه المصابين ببعض أنواع الصراع و الإختلال العقلي و بعض مدمني المواد الكحولية الذين يتجاهلون مواجهة واقعهم الجنسي الحقيقي، و يفشلون في محاولة تغيير جنسهم عن طريق الجراحة الطبية⁽³⁾، و يتطلب تشخيص هذا المرض من جانب الطبيب قدرا كبيرا من المهنية و

1- أنظر: أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجبة الشرعية و الطبية، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2005، ص 57.

2- أنظر: ضحى العذبي، الأعمال الطبية المستحدثة و القانون، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 45.

3- أنظر: أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 57-58.

الإخلاص، بحث يجب فحص المريض نفسيا وبيولوجيا، وكذلك كشف ميوله الأسري والاجتماعي و المهني قبل بدئ العلاج.

مع العلم أن المتحمسين لتغيير جنسهم يبررون طلبهم بحجة مفادها أن الشخص الذي يريد أن يغير جنسه يكون في وضعية نفسية قاهرة لا يستطيع تحملها، ولكن في الواقع فإن هذه الحجة لا يمكن التسليم بها، ولا يمكن الأخذ بمدلولها، فإذا كان هذا الضغط النفسي يستبعد حرية الإرادة، فإنه من غير المعقول على الإطلاق الأخذ بهاته الإرادة التي هي معيبة أصلا نتيجة الضغط النفسي الذي يعاني منه هذا الشخص، إذ ليس من المعقول أن يباح أو يسمح لمن إلتمس التغيير بناء على إرادة غير صحيحة، كون صاحبها على غير بينة من أمره، ومن نتائج هذه العملية الجراحية، ومن ثم فإنه لا يكون لإرادته سلطان كامل، فكيف يمكن للأطباء الحصول منه على رضا مستنير و حر حول عمليات جد خطيرة و تقريرية لمصيره؟. وعلى هذا الأساس فإنه عوضا عن معاملة المصاب بهاته الحالة النفسية المعقدة على أساس أنه مريض و إخضاعه إلى تغيير أعضائه التناسلية عن طريق الجراحة، يجب البحث على معالجته نفسيا و تكيف هاته الحالات المرضية على أساس أنها عُقد و إصابات نفسية و هي من اختصاص الطب النفسي العصبي وحده⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الشخص المختلط الجنس (الخنثى) :

إذا كان معظم الأشخاص يكتسبون أعضاء تناسلية عادية، بحيث يمكن تمييز جنسهم بسهولة، فإنه توجد في عالمنا هذا و في المجتمع الذي نعيش فيه طائفة من الأشخاص أفرزت الطبيعة لديهم أعضاء تناسلية غير عادية، إذ يمتلكون أعضاء تناسلية ذكورية و أعضاء تناسلية أنثوية في آن واحد، و قد لا يمتلكون لا أعضاء تناسلية ذكورية و لا أعضاء تناسلية أنثوية أصلا، وهذا ما يسمى فقها بالخنثى.

فالخنثى هو شخص شاذ في تكوينه، بحيث لا يعرف إذا ما كان ذكرا أو أنثى، و بالتالي يبقى أمره متردد بين الذكورة و الأنوثة، وقد لا يتضح أمره إلا بعد بلوغه، و ذلك إما بظهور أمارات الرجولة كخروج اللحية و الاحتلام و القدرة على مباشرة المرأة، و إما بظهور أمارات الأنوثة كالثدي و الحيض و إمكانية وطئها، كما قد يبقى الخنثى طول حياته متردد بين الذكورة و الأنوثة⁽²⁾.

ويظهر هذا العيب الخلقي حسب العلماء و أهل الاختصاص في الطب في تركيب الكروموسومات الجنسية بالنواة، بحيث يتشابه زوج الكروموسومات الجنسية لدى الإناث حيث يكون (XX)، أما لدى الذكور فيختلف زوج الكروموسومات الجنسية كالأتي (XY)، و بالتالي يظهر العيب في تكوين الجنين إذا اختلطت الكروموسومات الجنسية في تركيبها بالنواة⁽³⁾، فبدلا من وجود إثنين من الكروموسومات (XX) قد يكون واحد (X) فقط، أو اثنان (XX) و واحد (Y)، أو العكس أي إثنان (yy) و واحد (X)، و يصاحب هذا العيب الخلقي في تكوين الكروموسومات عيوب جنسية في درجة الذكورة أو الأنوثة، أي نمو أعضاء تناسلية مزدوجة، وما يترتب عليها من آثار نفسية و عقلية⁽⁴⁾.

1- أنظر: تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق إتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 19-20-21.

2- أسامة رمضان الغمري ، المرجع السابق ص 59-60.

3- أنظر: محمد نور الدين، تحديد جنس الجنين منذ بداية الحمل، مجلة منير للإسلام، د.س.ن، العدد 12، ص 106.

4- أسامة رمضان الغمري ، المرجع السابق، ص 60-61.

والخنثى نوعان خنثى مشكّل وخنثى عادي، فالخنثى المشكّل - أي الخنثى الحقيقي - يعني أن يكون للشخص جهازا تناسليا كاملا و جهازا تناسليا أنثويا كاملا، وهذه الحالة نادرة الوجود في الواقع⁽¹⁾.

أما الخنثى العادي - أي الخنثة الكاذبة - وهي الأكثر شيوعا، تتحقق عندما يولد الطفل فتبدوا أعضاؤه التناسلية الخارجية شبيهة بالأعضاء التناسلية للجنس الآخر فيسمى باسم أنثى إذا كان ذكرا، و يلبسونه ملابس أنثى، و يتعاملون معه على أساس أنه أنثى حتى يصل إلى سن البلوغ و تظهر عليه علامات الرجولة كالذقن، و خشونة الصوت، و الشعور بميول نحو الإناث، و توزيع الشعر على الجسم كله، و هاته الحالة لا تستدعي العلاج إذا كان صاحبها مقتنع بجنسه الأصلي بل تتطلب فقط تصحيح واثقه الرسمية كبطاقة التعريف الوطنية و عقد ميلاده الأصلي، و استبدال إسمه بما يناسب جنسه الحقيقي⁽²⁾، ولكن المشكل يثور إذا كان هذا الخنثى يمتلك جهازا تناسليا كاملا إضافة إلى بعض الأعضاء التي تنتمي للجنس الآخر، مثل الرجل - الذكر - الذي يمتلك جهازا تناسليا ذكريا كاملا، و لديه كذلك رحم امرأة بداخله، و هذا ما يدفعنا إلى البحث عن الطرق التي أصبح يعتمد عليها الطب من أجل علاج هاته الطائفة من الأشخاص، فما هي طرق علاجهم يا ترى؟

المطلب الثاني: أساليب العلاج الطبية:

بما أن حالة الأشخاص الذين يشعرون بانتمائهم إلى الجنس المضاد لجنسهم الطبيعي رغم امتلاكهم لأعضاء تناسلية محددة و مميزة، تختلف من حيث التركيب البيولوجية - أي من حيث الأعضاء التناسلية - عن حالة الأشخاص مختلطي الجنس، فإن أساليب العلاج الطبية تختلف فيما يخص الطائفتين و هذا ما سنوضحه في الفرعين الآتين، بحيث نتناول في الفرع الأول أساليب علاج حالات الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي، في حين سنخصص الفرع الثاني لأساليب علاج حالات الخنثة⁽³⁾.

الفرع الأول: أساليب علاج حالات الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي:

إن ميل الشخص إلى الجنس المضاد لجنسه الحقيقي رغم أنه يمتلك جهازا تناسليا كاملا وواضحا لا يحتاج إلى تصحيح، اعتبره الأطباء من قبيل الأمراض النفسية التي تستوجب العلاج عن طريق تصحيح الوضع البسيكولوجي للمريض سواء بإعطائه هرمونات علاجية منشطة، أو باتباع أساليب علاجية نفسية أخرى، من أجل إبعاده عن الأفكار الوهمية التي تراوده، و حمله على إدراك حقيقة جنسه الواقعي⁽⁴⁾.

وقد أثبتت الدراسات العلمية أن العلاج النفسي قد يسفر أحيانا عن نتائج فعالة و مثمرة، و هذا بشرط عدم تجاوز المريض لمرحلة البلوغ، مع العلم أن من بين أهم الطرق المستعملة من طرف الأخصائيين النفسيين، التحليل النفسي و هو محاورة المرض و هو حالة الوعي مع ضرورة استنتاج توجهه النفسي⁽⁵⁾، من أجل تصحيح الأفكار و الأحاسيس السلبية التي يعتقد أنها صحيحة والتي بنى عليها اعتقاده الشخصي⁽⁶⁾، أما إذا لم تثمر هاته الطريقة يمكن اللجوء إلى طريقة التنويم المغناطيسي التي يعتمد عليها الكثير من الأخصائيين النفسيين بغرض علاج

1- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 17.

2- أنظر: محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس، عمان، الأردن، 1999، ص 206.

3- أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 57-58.

4- أنظر: مكرلوف وهيبية، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، ص 98.

5- أنظر: منير رياض حنا- المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 446.

6- أنظر: حسان المالح، الطب الجنسي النفسي، اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال و المراهقين، د. ص. www.Hayatnafs.com، 2014-02-15.

مرضاهم⁽¹⁾، حيث يُنوم الشخص مغناطيسيا أي يوضع فوق سرير خاص، و يأمره المختص بأخذ وضعية مريحة تعبر عن هدوئه، ثم يأمره كذلك بأن يُغمض عينيه ويتذكر الأشياء و الأفكار التي تراوده، فيبدأ المريض بسردهاته الأفكار و الأحاسيس التي جعلته يعتقد أنه من الجنس المضاد لجنسه الطبيعي، و بعد ذلك تتم مرحلة المتابعة النفسية على أساس القضاء على هاته الأفكار السلبية التي تراود المريض، و بالتالي اكتسابه التوازن بين حالته النفسية و مظهره الخارجي، أي حقيقته الجنسية.

ولكن قد يزداد الأمر صعوبة سواء من الناحية القانونية، أو حتى من الناحية الطبية في حالة فشل العلاج النفسي مما يجعل الأطباء يلجؤون إلى العمليات الجراحية قصد تغيير جنس هذا المريض رغم أنه يمتلك أعضاء تناسلية كاملة و ليست لديه أعضاء تناسلية من الجنس المضاد لجنسه الطبيعي، مع العلم أنه قد ثبت من الناحية الطبية أن نجاح عمليات تغيير الجنس عند الرجال تفوق مثيلاتها عند النساء نظرا لاختلاف المرأة عن الرجل في التكوين الفيزيولوجي⁽²⁾. كما أكد الأطباء استحالة تغيير جنس الشخص بصفة كلية، وذلك لأن تدخلات الطب عن طريق العمليات الجراحية تتطور حاليا نحو الأعدق، فهي لا تسمح بتغيير الجنس كلياً⁽³⁾، وذلك لأنه في كل الفرضيات فإن الأجهزة الجنسية الأنثوية المهياة غير وظيفية، حيث أنها لا تسمح للذكر الذي تحول إلى أنثى بالإنجاب، كما أن الأنثى التي تحولت إلى ذكر لا تستطيع أداء دورها الذكوري لأن الذكر الاصطناعي يتميز بالعجز الجنسي - أي أنه عنين - و هذا ما يجعله عقيما.

الفرع الثاني: أساليب علاج حالات الخنثوة:

إن الطرق المتبعة بهدف علاج الخنثى تختلف عن طرق علاج حالات الإختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي، بحيث يجب أن نفرق بين عدة حالات حسب طبيعة هذا المرض و درجاته، فإذا نظرنا إلى الخنثى المشكل الذي لديه أعضاء تناسلية مزدوجة ذكورية و أنثوية سواء كان رجلا أو امرأة، وكان بالإمكان رده إلى حالة يستقر عليها، فإنه من الجائز أن يقوم الطبيب المختص بتصحيح جنسه - وليس تغييره - بشرط إتباع الأصول الطبية⁽⁴⁾، لأن العدالة الاجتماعية تقتضي أن تحل مشكلة هذا الخنثى عن طريق الاستعانة بالتقدم العلمي في مجال الطب، عن طريق إجراء عملية جراحية لأعضائه التناسلية من أجل توطيد الجنس الغالب لديه⁽⁵⁾، و بالطبع لا يتم ذلك إلا بعد فحص طبي دقيق حتى يمكن تحديد معطياته الجسمية و مكوناته التناسلية التي تخوله الانتماء إلى جنس معين - ومن ثم يتم تصحيح - وليس تغيير - أعضائه التناسلية و كذا أوراقه الرسمية.

أما حالة الخنثى العادي و مثاله الذكر الذي يملك جهازا تناسليا ذكوريا كاملا، و لديه بالإضافة إلى ذلك مبيض أو رحم بداخله، فهذا يتم تعديل جنسه عن طريق عملية جراحية يتم من خلالها استئصال هذا المبيض أو الرحم مع ضرورة عدم المساس بأعضائه التناسلية الذكورية و التي تعبر عن إنتمائه الأصلي و الطبيعي إلى الجنس الذكري. مع العلم أن أثر هذا التصحيح أصبح يثير العديد من التساؤلات حول تاريخ سريانه، بمعنى هل يسري أثره ابتداء من تاريخ تقديم العلاج الطبي، أم ابتداء من تاريخ صدور قرار التصحيح، أو من تاريخ الولادة؟ غير أن الراجح هو أنه إذا كان الأمر يتعلق بغلط تم ارتكابه وقت الولادة كما بينا ذلك سابقا، فإن أثر التصحيح يسري ابتداء تاريخ

1- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، نفس المرجع، ص 446.

2- مكرلوف وهيبه، المرجع السابق، ص 98-99.

3- حسان المالح، المرجع السابق، د.ص.

4- مكرلوف وهيبه، نفس المرجع، ص 99.

5- أنظر: عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 115.

الولادة، أما فيما يخص النشر، فإن قرار التصحيح يخضع للنظام العادي لعقود الحالة المدنية و يُدرج في سجلات و عقود الحالة المدنية، و بالتالي متى تم تصحيح جنس الخنثى بطريقة عادية، أو عن طريق إجراء عملية جراحية و بعد تصحيح أوراقه الرسمية، فإنه يصبح خاضعا لنفس الأحكام التي يخضع لها الشخص العادي من حيث أنوثته أو ذكورته، و كذلك من حيث النتائج المترتبة عن ذلك⁽¹⁾.

المبحث الثاني: مدى مشروعية عمليات تغيير الجنس:

إن عمليات تغيير الجنس كانت ولا زالت تثير مشاكل على قدر كبير من الأهمية سواء من الناحية المدنية أو الجنائية، فمن الناحية المدنية ظهر هناك تباين في موقف القانون المقارن و بالتبعية اختلاف في أحكام القضاء المقارن الذي تصدى لهاته الظواهر المرصية سواء بقبولها أو برفضها مثلما سنبين ذلك في مطلب أول، أما من الناحية الجنائية، فإن عدم وجود نص صريح في قانون العقوبات الجزائي يتعلق بعمليات تغيير الجنس، يدفعنا إلى البحث عن موقف المشرع الجزائي من هاته العمليات، و هذا ما سنتطرق له في مطلب ثاني⁽²⁾.

المطلب الأول: موقف القضاء المقارن من عمليات تغيير الجنس:

بما أن القضاء المقارن قد واجهته حالات عديدة كان يطلب فيها أصحابها تغيير وراثتهم بما يتناسب و مظهرهم الخارجي الجديد، و حالتهم الجنسية التي أصبحوا عليها، فإن أمره كان مترددا بين القبول و الرفض بحيث أن هناك جانب من القضاء اعترف بهاته العمليات و لو ضمنيا، و هذا ما سنعرض عليه في فرع أول، في حين فإنه هناك جانب آخر من القضاء رفض الاعتراف بعمليات تغيير الجنس رفضا قاطعا مثلما سنوضح ذلك في فرع ثان⁽³⁾.

الفرع الأول: حالة الإعراف القضائي بالتغيير الجنسي:

إن القضاء المصري كان من بين القضاء المقارن الذي تصدى لمشاكل التغيير الجنسي و صعوباته، حيث أنه قد اعترف بالتغيير الجنسي في قرار صدر له سنة 1989 حول قضية تتخلص وقائعها في أن طالبا جامعا يدعى "السيد محمد عبد الله" كان يدرس بكلية الطب بجامعة الأزهر تحلى عن ذكورته و تأنت بعدما أُجريت له عملية جراحية تم من خلالها تغيير أعضائه التناسلية في شهر يناير من سنة 1988، و حينها رفضت السلطات الإدارية تغيير حالته المدنية، و بعدما تم طرده من الكلية بحجة أن الكلية لا تبيح الاختلاط بل هي مخصصة للذكور و هو أصبح أنثى، في حين أن كلية الطب للبنات رفضت تسجيله لأنه ليس لديه ما يثبت رسميا أنه امرأة، رفع أمره إلى القضاء ملتمسا منه الاعتراف بتغيير اسمه من "السيد" إلى "سالي" و استبدال عبارة "جنس ذكر" بعبارة "جنس أنثى" المدونة في أوراقه الرسمية، فصدر الحكم لصالحه⁽⁴⁾، و أيدته النيابة العامة مبررة ذلك بأنها قد استنتجت من آراء الأطباء المختصين بأن "سالي" كان حقا يعاني من اضطرابات في ذاتية جنسه و تأنت نفسي، و إن الطب قد عبر عن عجزه في هاته الحالة عن علاجه، مما جعل ذلك التغيير مفروضا بحكم الطبيعة و الاعتراف به أصبح أمرا ضروريا⁽⁵⁾.

وقد اشترط القضاء المصري أربعة شروط من أجل الاعتراف بالتغيير الجنسي و هي:

1- أن يكون الشخص بالغاً سن الرشد.

2- أن يكون أعزب لم يسبق له الزواج.

1- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 17-18.

2- مكرلوف وهيبية، المرجع السابق، ص 91-92.

3- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 21-24.

4- أنظر: محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - مصر - 2006، ص 68 و ما بعدها.

5- أنظر: منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوروبية و الأمريكية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر - 2008، ص 555 و ما بعدها.

3- أن يكون عقيما.

4- أن يتم إدخال الشخص في مركز خاص بالأمراض العصبية والنفسية⁽¹⁾.

و قد سارت على دروب الإنحطاط معظم التشريعات الغربية، بحيث قد اعترفت بالتغيير الجنسي العديد من القوانين المقارنة على سبيل المثال القانون السويدي لسنة 1972، والهولندي لسنة 1985، والدانماركي لسنة 1985، وكذلك الإيطالي لسنة 1982، والقانون الألماني لسنة 1980⁽²⁾.

الفرع الثاني : حالة عدم الاعتراف القضائي بالتغيير الجنسي:

على العكس من التشريعات المقارنة التي اعترفت بالتغيير الجنسي فإن التشريع الفرنسي لم يعترف به لحد الآن، و قد كان موقف محكمة النقض الفرنسية سنة 1992 موقفا صارما إذ أنها كانت لا تعترف من الناحية القضائية بذلك التغيير، غير أن موقفها هذا قد دفع بالحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى معاقبة فرنسا على أساس حرية الأشخاص في التصرف في أجسادهم، وقد كان موقف فرنسا من حيث القضاء متضارب نوعا ما ببعضه البعض فالحاكم الفرنسية الأدنى درجة كانت تعترف بالتغيير الجنسي، و من ثم فما على الشخص إلا القيام بتغيير وثائقه الرسمية و على رأسها عقد الميلاد، بينما هناك محاكم أخرى كان موقفها رافضا للتغيير الجنسي، و بالتالي يُصبح الشخص متردد بين مظهره الخارجي لجنسه غير الطبيعي، و أوراقه الرسمية⁽³⁾، مع العلم أن الإتجاه الغالب لدى القضاء الفرنسي هو رفض الاعتراف بالتغيير الجنسي، و يمكن أن نستدل على هذا القول بالقضية التي تتلخص وقائعها في أن شخصا من جنس ذكر تقدم إلى محكمة بورديو الابتدائية طالبا تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية إضافة إلى تغيير اسمه، فرفضت المحكمة طلبه مما دفعه إلى الطعن باستئناف هذا الحكم أمام محكمة استئناف بورديو، و التي أيدت الحكم الابتدائي بتاريخ 30 ماي 1985⁽⁴⁾، فطعن بالنقض أمام الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض و التي قضت بأن محكمة الاستئناف كانت على حق حينما رفضت إدعاء المدعي الذي مفاده أن الجنس لا يتحدد بالمعالم الحيوية فقط ، بل يتحدد كذلك بالمعالم النفسية، و دفعت المحكمة إدعاءه بأنه على الرغم من تناوله للهرمونات الأنثوية، وعلى الرغم كذلك من العملية الجراحية التي غيرت جنسه إصطناعيا، فإن هذا الشخص مازال يتسم بمعالم الذكورة، وأن حالته الجنسية الحالية ليست نتيجة لعناصر سابقة على العملية الجراحية التي أجريت له بناء على طلبه، و التي لم تكن استجابة لضرورة علاجية حتمية⁽⁵⁾.

أما القضاء التونسي فقد تصدى لعمليات تغيير الجنس بالرفض رغم تشكيك الفقه الحديث في موقفه، و دليلنا على هذا، القضية التي تتلخص وقائعها في أن شخصا تونسيا يُدعى "سامي" قام بإجراء عملية جراحية في إسبانيا سنة 1989، و تقدم بعدها إلى القضاء التونسي طالبا تغيير حالته المدنية بحجة أنه أصبح أنثى و ليس ذكرا، و أمام سكوت المشرع التونسي على النص على هاته الحالة قضت محكمة استئناف تونس بتاريخ 1992/12/22 بما يلي : " ... فإن ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه، حيث كان بإمكانه التداوي لدى الطبيب النفساني لكسب التوازن في شخصيته، بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير

1- تشوار جيلالي ، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

2- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، نفس المرجع ، ص 534 وما بعدها.

3- مكرلوف وهيبية ، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

4- ضحى العذبي، المرجع السابق، ص 47-48.

5- مكرلوف وهيبية ، المرجع السابق، ص 101.

اصطناعي في جنسه، وبالتالي فإنه بذلك يكون قد خالف الموروث الحضاري و الأخلاقي لهذه الأمة و هو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام و الأخلاق الحميدة..."⁽¹⁾.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من عمليات تغيير الجنس و مسؤولية الطبيب عنها:

بالرغم من أن المشرع الجزائري كان دائم الحرص على الوقوف في وجه المسائل المخالفة للشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يُورد أي نص صريح يتناول من خلاله التغيير الجنسي سواء بالإباحة، أو المنع، خاصة و أن هذا الأخير يتنافى مع الأحكام الشرعية، و هذا ما يدفعنا إلى البحث عن موقف المشرع الجزائري من عمليات تغيير الجنس في فرع أول، و عن مسؤولية الطبيب الذي يجري هاته العمليات في فرع ثانٍ⁽²⁾.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من عمليات تغيير الجنس:

يتضح لنا من خلال الإحتكام إلى النصوص القانونية أن المشرع الجزائري لم ينص على الأحكام المتعلقة بالتغيير الجنسي، ولكن يُستخلص من خلال النتائج المترتبة على العمليات الجراحية المتعلقة بتغيير جنس الشخص المعارضة القاطعة للمشرع الجنائي الجزائري لهذا التغيير، وذلك لأنه مادام من نتائج هاته العمليات بتر عضو من الأعضاء التناسلية للشخص فإن المنع هنا تضمنه نص المادة 264 من قانون العقوبات.

كما أنه إذ كانت هاته العمليات تؤدي إلى العجز الجنسي لدى الشخص الذي غير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي، و تؤدي كذلك إلى عدم القدرة على الإنجاب فإن قانون العقوبات الجزائري منع عمليات تغيير الجنس، و عاقب من يقوم بها بموجب نص المادة (274) منه على أساس جريمة الخضاء⁽³⁾.

و بالإضافة إلى هذا فإن تغيير الشخص لجنسه يتعارض مع القواعد القانونية و الشرعية على حد سواء، فهو يتعارض مع قانون الأسرة الذي أوجب أن يكون طرفا عقد الزواج رجلا و امرأة⁽⁴⁾، و بالتالي إذا تقدم صاحب التغيير للجهة المختصة بإبرام عقود الزواج، و طلب إبرام عقد زواجه مع طرف آخر سواء كان من نفس جنسه المكتسب أو من الجنس المضاد لجنسه المكتسب، يجب على ضابط الحالة المدنية في هاته الحالة أن يردّ طلبه، و هذا لأن تغيير عقد ميلاد هذا الشخص يظل إجراء محظورا، و من ثم يبقى أمره متردّد بين مظهره الخارجي الذي يكشف عن جنسه المكتسب أي الإصطناعي، و وراثته الرسمية التي تحتوي على جنسه الطبيعي الذي لا يقبل التغيير، و إذا تزوج زواجا عرفيا و اكتشف أمره فسوف يُتابع جزائيا على أساس المادة 338 من قانون العقوبات التي تنص على أن " كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02) و بغرامة مالية من 500 دج إلى 2000 دج ... " أي أنه يعتبر قد مارس فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي المنوعة قانونا و المحرمة شرعا⁽⁵⁾.

و هذا ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية حيث منعت على الشخص تغيير جنسه مصداقا لقوله سبحانه و تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: " أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى (37) ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى (38) فَجَعَلَ

1-ضحى العديبي، نفس المرجع، ص 48-49.

2- مكرلوف وهيبية، المرجع السابق، ص 111-112.

3- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 117.

4- أنظر: نص المادة (04) من الأمر رقم 02/05 المعدل و المتمم للقانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

5- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 41 و ما بعدها.

مِنْهُ الرَّوَّجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى (39)⁽¹⁾. وقوله تعالى: " ... فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ... " (2). وقوله عز وجل كذلك: " ... يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ " (3).
الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن عمليات تغيير الجنس:

يتضح من خلال الاطلاع على نصوص قانون العقوبات و القوانين الأخرى ذات الصلة بالموضوع، أن المشرع الجزائري أضفى حماية على أعضاء جسم الإنسان و من بينها الأعضاء التناسلية لهذا الأخير، و لهذا رتب مسؤولية الطبيب عن كل عملية جراحية يجريها على أعضاء الجسم دون وجود ضرورة طبية، و تكون مسؤوليته الجنائية حتمية و أفعاله عمدية وفقا للقواعد القانونية العامة نظرا لما يؤدي إليه فعله من نتائج ضارة، مع العلم أن القانون الذي يطبق في هذا الصدد هو قانون العقوبات الذي تنص المادة 264 منه على أنه: " كل من أحدث جروحا للغير ... يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، و بغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج، ...، و إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله ... فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

و إذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر إلى 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة"⁽⁴⁾.

و على هذا الأساس فإن الطبيب يعد مسؤولا مسؤولية جنائية بسبب ارتكابه لجناية الجرح العمدي التي نتج عنها بتر أحد الأعضاء التناسلية لتغيير المظهر الخارجي للشخص، وذلك لأن الطبيب سوف يقوم عمدا باستئصال الأعضاء التناسلية الذكرية و استبدالها بأعضاء تناسلية أنثوية أو العكس.

كما أن الطبيب الذي يقوم بهذا النوع من العمليات لا يمكنه أن يطالب بإعفائه من المسؤولية الجنائية على أساس حالة الضرورة، مستندا على نص المادة 39 من قانون العقوبات، حتى ولو كان المريض في حالة نفسية خطيرة، لأنه لا يمكن الأخذ بعين الاعتبار ما يسمى بحالة الضرورة في هاته الحالة، كما أن هذا الفعل لا يأمر أو يأذن به القانون، حتى و لو قام بعمله هذا بناء على رضاه المريض و رغبته و رجائه⁽⁵⁾.

كما تنص المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " كل من ارتكب جنائية الخصلة يعاقب بالسجن المؤبد و يعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة"⁽⁶⁾.

و بالتالي فإن عمليات تغيير الجنس تتماثل مع جريمة الخصلة المنصوص عليها في المادة 274 السابق ذكرها، و التي توضح أن هاته الجريمة هي من جرائم الإيذاء العمدي و محلها الحق في سلامة الجسم، و الاعتداء فيها يقع على العنصر الأول من عناصر الحق في سلامة الجسد المتمثل في عدم سير الوظائف الحيوية لأعضاء جسم الإنسان على النحو الطبيعي، لأن الأمر هنا يتعلق باستئصال أو بتر إرادي لعضو ما ضروري للنسل، مع العلم أن القانون لا يفرق في هاته الحالة بين الرجل و المرأة لأن مرتكب الجريمة هو الطبيب الذي يسلب صحته وسيلة الإنجاب، و يسبب لها عاهة مستديمة، لأن الطب الحديث أكد أن عمليات تغيير الجنس ليست لها أي فرصة للنجاح، فالذكر الذي يتحول إلى

1- أنظر: الآية 37-38-39 من سورة القيامة.

2- أنظر: الآية 30 من سورة الروم.

3- أنظر: الآية 49 من سورة الشورى.

4- أنظر: الفقرات 1، 3، 4، من نص المادة 264 من القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966 و المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

5- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 32-33.

6- أنظر، نص المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري.

أنثى لا يستطيع أداء الدور الأنثوي لأن أجهزته التناسلية الاصطناعية غير وظيفية، مما يجعله غير قادر على الإنجاب، كما أن الأنثى التي تتحول إلى ذكر لا تستطيع أداء الدور الذكوري، لأن أعضائها التناسلية المكتسبة غير وظيفية، و هذا ما يجعلها غير قادرة على الاتصال الجنسي، و من ثم يصبح هذا الذكر الاصطناعي عقيماً⁽¹⁾.

خاتمة :

إن موضوع تغيير الجنس من المواضيع التي أصبحت تثير إشكالات كبيرة سواء من الناحية الطبية و القانونية، أو حتى من الناحية الشرعية، و هذا ما يتطلب من رجال الطب التصدي لهاته الظاهرة اللأخلاقية التي ابتدعها الأشخاص المصابين نفسياً بوهم الانتماء إلى الجنس المضاد لجنسهم الطبيعي رغم صحة و سلامة أعضائهم التناسلية الأصلية، عن طريق تفضيل الأطباء للعلاج النفسي حتى و إن كان يكفل بالفشل في بعض الحالات، و ذلك نظراً لما يحتويه العلاج عن طريق العمليات الجراحية من مخاطر كبيرة قد تؤدي إلى وفاة الشخص الذي قام بتغيير جنسه، إضافة إلى عدم قدرته على الإنجاب، وإصابته بعجز جنسي دائم، لأن الطب الحديث أكد عدم صلاحية الأجهزة التناسلية الاصطناعية للقيام بوظائفها.

كما أن العلاج الجرحي سيؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، من حيث أن كل شخص تراوده أفكار من هذا النوع، سوف يسارع إلى الطب من أجل إجراء عملية جراحية لتغيير جنسه دون تبصر بعواقب ذلك، مما ينجر عنه نفور الشخص من حالته الجنسية الجديدة أي جنسه الاصطناعي، و بالتالي قد يلجأ هذا الشخص الذي سمحنا له بتغيير جنسه إلى الانتحار، فيصبح في هاته الحالة دور الطب سلبياً أكثر منه إيجابياً، و هذا ما يستدعي ضرورة يقظة المشرع من أجل التصدي لهاته الظواهر الشاذة بنصوص عقابية أكثر صرامة، مع ضرورة يقظة و حرص رجال القضاء على منع وقوع أفعال مثل هذه الأفعال المشينة حتى لا ينتشر الانحلال داخل المجتمع، خاصة إذا علمنا أن عمليات تغيير الجنس قد تجاوزت كل الأعراف و الحدود الشرعية و الأخلاقية و حتى الصحية.

1- مكرلوف وهيبية، المرجع السابق، ص 114.

النأصيل الفقهية لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي



من إعداد الأستاذة : هناء الحمومي

محامية وباحثة في قانون المنازعات العمومية

شعبة القانون العام جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس

Email : hanae430@hotmail.com

مقدمة :

تكتسي المتغيرات أهميتها في نظام أولويات الحياة التي تعيشها بقدرارتباطها بهذه الحياة، فكيف إذا كان هذا المتغير هو المحيط الذي تنشط في إطاره الحياة لبني البشر وبقية الكائنات الحية، في إطار تكاملي متناسق ذا طبيعة اعتمادية خلقه الله عز وجل بقدر معلوم.

ذلك المحيط هو البيئة¹ فبدون البيئة التي تنطوي على عناصر البقاء لا يمكن للحياة أن تستمر، حيث أصبح موضوع حماية البيئة وتحقيق الأمن والعدالة البيئية²، من المواضيع التي تتصدر قائمة الانشغالات الدولية والوطنية،

¹ - البيئة : أول من صاغ كلمة إيكولوجيا العالم هنري ثرو (H. othoreaux) عام 1858م، ولكن لم يتطرق إلى تحديد معناها وأبعادها... أما العالم الألماني ارنست هيجل (Ernest Heechel) فقد وضع كلمة إيكولوجي (Ecologie)، وفي سنة 1866م عرفت أهدافها بدراسة العلاقة بين الكائن الحي والوسط الذي يعيش فيه، وترجمت إلى اللغة العربية بعبارة "علم البيئة"، بينما نجد بعض الباحثين عرفها بأنها "مجموعة من العوامل الطبيعية المحيطة التي تؤثر على الكائن الحي والتي تحدد نظام مجموعة إيكولوجية مترابطة"، وفي نفس الاتجاه عرفها مؤتمر استكهولم عام 1972م ومؤتمر تبليسي 1978 "بأنها مجموعة من النظم الطبيعية والاجتماعية والثقافية التي يعيش فيها الإنسان والكائنات الأخرى، وقد عرفها قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة في مادته الثالثة: "مجموعة من العناصر الطبيعية والمنشآت البشرية، وكذا العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تمكن من تواجد الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية وتساعد على تطورها".

² - الأمن البيئي: هو مفهوم جديد استحدث في فترة التسعينات من قبل دول الشمال المتقدم وكذلك المنظمات الدولية والهيئات التابعة للأمم المتحدة، حيث لم تتبن بعد مفهوما محددًا للأمن البيئي حتى عام 1994، ويقصد بالأمن البيئي: "المحافظة على المحيط الفيزيائي للمجتمع وتلبية احتياجاته من دون التأثير على المخزون الطبيعي".

+ العدالة البيئية: هو مبدأ يقر بضرورة الأخذ في الاعتبار الأثار المترتبة على الأضرار البيئية، باعتبارها بعدا هاما من أبعاد السياسة البيئية.

ومحور اهتمام العديد من المنظمات الدولية المتخصصة التي أصبحت ترى في ذلك تهديدا ليس فقط بالنسبة للمجالات الطبيعية بل للإنسان نفسه¹.

فقد ارتبط التطور الحضاري للإنسان بمستوى تطور استغلاله لمختلف الموارد البيئية والثروات الطبيعية، وكان تأثير الإنسان على البيئة محدود لا يكاد يذكر في العصور الأولى من حياته على الأرض، حيث لم تكن مشكلة تلوث البيئة واستنزاف مواردها واضحة، إذ كانت البيئة قادرة على امتصاص الملوثات في إطار التوازن البيئي الطبيعي، إذن فظاهرة تلوث البيئة² واستغلالها ظاهرة قديمة لازمت وجود الإنسان عن سطح الأرض، إلا أنها لم تكن تلفت الأنظار إليها فيما مضى، نظرا لقلة الملوثات وقدرة البيئة على استيعابها.

غير أن هذا الوضع تغير مع تطور الحياة والمجتمعات، وخاصة مع الاكتشافات العلمية الحديثة واستخدام البحار والكهرباء والآلات على نطاق واسع إلى تزايد المخاطر والأضرار التي قد تصيب الغير نتيجة هذه الاستخدامات، ونظرا لجسامة هذه الأضرار البيئية من جهة وصعوبة إثبات وقوع الخطأ بها من جهة أخرى، فقد اتجه الفقه إلى تأسيس المسؤولية على مجرد التسبب في إحداث الضرر البيئي بصرف النظر عن الخطأ ويعرف هذا النوع من المسؤولية على أساس المخاطر أو المسؤولية المطلقة (المحور الأول)، وكان أيضا لظهور المذاهب الاجتماعية في نهاية القرن التاسع عشر تأثيرا عظيما على المفاهيم القانونية امتد إلى الحقوق، فأصبح تقرير الحق منوطا بتحقيق أهداف اجتماعية ومحددا بإطار لا يجوز قانونا تجاوزه أو الحيدة عنه³. ولذلك ظهر مبدأ عدم إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعمال الحق (المحور الثاني) كما أقر بعض الفقه الاعتراف بأحقية كل شخص برفع دعوى للجهات المختصة بأي مشكلة بيئية حتى ولو لم يكن متضررا بصورة شخصية منها وهو ما يعرف بالدعوى الشعبية (المحور الثالث).

المحور الأول: المسؤولية البيئية المطلقة:

وتقوم المسؤولية في هذه الحالة ولو اثبت المسؤول أنه بذل كل جهد من أجل منع الضرر لأن هذا النوع من المسؤولية غير مرتبط بحدوث خطأ ويمكن الاعتماد على هذه النظرية في مجال التعويض عن الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة، لأننا في مجال موضوع مسؤولية البيئة نجد صعوبة كبيرة في إثبات الخطأ، كما أن الضرر ينشأ في الغالب عن نشاط مشروع قامت به جهة الإدارة بالترخيص به ويلزم أن تأخذ في الاعتبار أن الضرر الناجم عن تلوث البيئة لا يقتصر على الإنسان، بل يمتد أحيانا إلى الكائنات الحية بصفة عامة، وقد يؤدي إلى تدمير المحيطات الطبيعية.

ونظرية تحمل التبعة لا يقف أمامها القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور. فالمسؤولية المبنية على تحمل التبعة مسؤولية تلقائية لا يمكن دفعها، ويمكن أن نجد في الشريعة الإسلامية أساس هذه المسؤولية، فقد تكلم الفقهاء عن قاعدة "الغنم بالغرم" ويستند هذا الأساس إلى أن الطبيعة الخاصة للأنشطة الصناعية والتجارية الحديثة، والمولدة للأخطار التكنولوجية والتي تحدث تلوثا للبيئة يصعب إسناد تبعه الخطأ فيه على المسؤول وفقا للقواعد العامة للمسؤولية ولذلك يقتضي الأمر إلغاء تبعه الغنم والربح على المسؤول الذي يمارس النشاط الحادث لهذا التلوث بغض النظر عن أي خطأ استنادا إلى فكرة تحمل تبعه هذا النشاط فتقع عليه مسؤولية تعويض الأضرار الناشئة مقابل الغرم أو الفائدة.

¹ عبد المجيد السملالي: "الوجيز في قانون البيئة، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص 03.

² التلوث البيئي: كل تأثير أو تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة ناتج عن أي عمل أو نشاط بشري أو عامل طبيعي من شأنه أن يلحق ضررا بالصحة العامة و النظافة العمومية وامن وراحة الافراد أو يشكل خطرا على الوسط الطبيعي و الممتلكات و القيم و على الاستعمالات المشروعة للبيئة.

³ صلاح الدين عامر: "مقدمات القانون الدولي للبيئة" مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة عدد خاص 1983، ص 51.

من هنا تعتبر المسؤولية الموضوعية صماماً قانونياً فعالاً لضمان حقوق الأفراد وتسهيل تعويض الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة في حالات يعجزون عن إثبات خطأ فيها في مواجهة المسؤول.

وبالتالي يمكن الاعتماد على نظرية المخاطر ونظرية المسؤولية البيئية المطلقة في مجال المسؤولية عن تلوث البيئة لأنها نظرية عامة وتركز على حدوث الضرر، سواء كان هذا الضرر ناجماً عن نشاط الفرد أو الدولة والمؤسسات فظالماً أن الضرر قد حدث وتوجد رابطة السببية ينمو بين النشاط الذي هو معيار يقوم على " تبعة الربح " أو " تبعة النشاط " أو تبعة السلطة بحيث يستحدث أنشطة حديثة اقتصادية أو تجارية نافعة له من الناحية الاقتصادية ولكنها في نفس الوقت مولدة المخاطر تكنولوجية تحدث مضاراً بالبيئة، فإنه بذلك يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر.

لإجدال أن أساس المسؤولية الطبيعي يكمن في خطأ الشخص القانوني أو مخالفته لالتزام قانوني معين بحيث ينتج عن هذا الخطأ أو الفعل الغير المشروع أضراراً للغير تستوجب التعويض والترضية.

ولما كانت نظرية الخطأ لا تصلح لمعالجة كافة أنواع الأضرار وقد لا يستطيع الضحية إثبات خطأ الشخص القانوني المتسبب في الضرر وبالتالي لا يحصل على التعويض المناسب.

فقد أصبح من الضروري أن يبحث الفقه عن نظرية جديدة حديثة تتناسب مع الأضرار الناتجة عن الأفعال التي يحظرها القانون، وتهدف النظرية الجديدة لتوسيع نطاق مسؤولية الدولة وتسعى وراء هدف رئيسي وهو وصول التعويض إلى المضرورين بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة عادلة.

إذا كان الأساس القانوني لقواعد المسؤولية العامة يتمثل في الخطأ فإن الضرر وحده يكفي لقيام المسؤولية اتجاه الدولة التي تمارس النشاط أو الفعل، شريطة قيام علاقة بسببين الضرر النشاط الذي أدى إلى حدوث الضرر.

فالضرر هو مناط المسؤولية، وقد أخذ القانون الداخلي بفكرة مسؤولية عن المخاطر¹ نظراً لأن المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ لم تعد تسير التقدم الصناعي والتكنولوجي داخل الدولة.

وصعوبة إثبات الخطأ، بل استحالة إثباته- في بعض الأحيان - مما يتعذر على المضرور اقتضاء التعويض اللازم والمناسب له أيضاً، إضافة إلى فإن المسؤولية التقصيرية لا تتسع قواعدها لتشمل كل صور الضرر، فقد يتخذ صاحب المشروع الحيلة واللازمة بما يمنع وجود خطأ أو إهمال ومع ذلك يحدث ضرر يصيب الأفراد.

وقد لا تتوافر في سلوك الفرد أو الأشياء الموجودة تحت حراستها وصف الخطأ بأن يكون سلوكه واستعماله لحق ملكية استعمالاً مشروعاً غير مخالف في ذلك القوانين⁷⁸.

مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية، وهو ما أدى بالفقه إلى اللجوء إلى تعديل قواعد المسؤولية التقليدية وجعلها تتلاءم مع متطلبات العصر الحديث، والثورة العلمية، فلم يشترط الخطأ أو الإهمال والتقصير لتحقيق المسؤولية، بل يكفي لتحقيقها مجرد حدوث الضرر، وهذه هي نظرية المسؤولية الموضوعية " المسؤولية المادية " و" نظريته تحمل تبعة " والتي تقام فيها التبعة على عاتق المسؤول عن نشاط خطر عما يحدثه بالغير من أضراراً دون اللجوء إلى إثبات الخطأ من جانبه فالمسؤولية الموضوعية لا تستند إلى المعيار الشخصي.²

¹ صالح محمد محمود يد الدين: " المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي دار النهضة العربية 2004 ص 34.

² عبد الوهاب محمد عبد الوهاب: " المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة " رسالة لنيل الدكتوراه جامعة القاهرة 1994، ص 219-2018.

ويؤكد دعة المسؤولية المادية أو المخاطر أنها تقوم على فكرة تحمل النتائج التي تترتب على النشاطات الخطرة وليس على أساس المخاطر، ويتناول الفقه المسؤولية الموضوعية بمسميات عديدة " نظرية المخاطر "، " المسؤولية المطلقة "، " المسؤولية المشددة أو الكاملة "،¹ المسؤولية بدون خطأ نظرية تحمل التبعة وأجد تسمية " المسؤولية الموضوعية وبدون خطأ " على غيرها من التسميات الأخرى، لأن المخاطر موجودة في كل النظريات السابقة مثلها مثل التبعة وتبقى تسمية المطلقة غير صحيحة، لأنها لا تأخذ إلا بعناصر الضرر وتعويضه نفس الملاحظة يمكن إبداءها بخصوص تسمية المشددة أو الكاملة،² ومضمون نظرية المسؤولية عن الأضرار يتمثل في كفاية الضرر لوحده لقيام المسؤولية دون النظر إلى الخطأ³ اتجاه المتسبب في الضرر إذا أثبت أن هناك علاقة سببية بين النشاط القائم به والضرر الواقع على المتضرر أو على مصلحة قانونية، وتعد مبدئياً المشروعات التي تضم أشياء وآلات شديدة الخطورة هي الباعث وراء إقرار نظرية المخاطر في النظام الداخلي.⁴

و من هنا نجد أنه في المسؤولية الموضوعية، الضرر هو مناط مسؤولية الدولة عن نشاطاتها التي تقوم بها فيجعلها تتحمل مسؤوليات متزايدة لتدعيم وسائل حماية البيئة⁵ من الأضرار التي تلحق بها.

فهي مسؤولية تقوم على فكرة الأفعال المشروعة نظراً لأن المسؤولية القائمين على الخطأ لم تعد تسير التقدم الصناعي والتكنولوجي داخل الدولة وبالتالي لا تتسع قواعدها لتشمل كل صور الضرر فقد تتخذ الدولة الحيطة اللازمة بما يمنع وجود خطأ أو إهمال ومع ذلك يحدث ضرراً يصيب الغير و لذلك يتحقق وصول هذا الأخير على التعويض رغم قيام الدولة بنشاطات مطابقة للقانون مع عدم وجود خطأ تقصيري في حقها والقول بوجود خطأ مفترض وثابت بل تستفيد المسؤولية كلية إلى الضرر و لا يمكن للمسؤول دفع المسؤولية بنفي الخطأ أو الخطأ المفترض أو حتى إثبات السبب الأجنبي، فالمسؤولية على المخاطر تقوم على تعويض الضرر ولو بغير خطأ. وهكذا استقرت المسؤولية عن الأفعال والأنشطة التي تقوم بها الدولة ويترتب عنها تلوث بيئي وأنها قد تكون نتيجة لوقوع أفعال غير مشروعة أو نجمت عن مباشرة أفعال مشروعة.⁶

¹ صلاح هاشم: "المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية" رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1990، ص 135

² -ALEN ANDRE kiss : traite de droit européen de l'environnement ; édition frison riche 1995, p 72

³ - طاشور عبد الحفيظ: "نظام إعادة الحال إلى ما كانت عليه في مجال حماية البيئة" مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلمة الحقوق، جامعة تلمسان ص 123

⁴ محمد سامي عبد الحميد: "أصول القانون الدولي العام"، جريدة القاعدة القانونية، دار المطبوعات، 1999، ص 367

⁵ - فمسؤولية الإدارة كما ذهب البعض من الفقه هي بوجه عام التزام الدولة بتعويض الأضرار التي قد تحدث للأفراد بسبب نشاط الإدارة في تسيير المرافق العامة وممارسة نشاط الضبط الإداري، والقاعدة الأساسية والأصلية في تقرير المسؤولية الإدارية تقوم على أساس فكرة الخطأ الإداري، بمعنى أن مصدر مطالبة الفرد للجهة الإدارية بالتعويض عما أصابه من ضرر في الأصل هو قائم على عمل إداري خاطئ يعد السبب المباشر في إلحاق ضرر معين يصيب أشخاص معينة، و ثم يعتبر الخطأ هو السبب الأصلي في إحداث الضرر، وهذا العمل الإداري الخاطئ قد يتمثل في قرار إداري بحث منسوب للإدارة بسبب ضرر لأحد الأفراد أو بعضهم، ومن ثم فإن الخطأ الإداري بنوعية الشخصي والمرفقي، يتمثل في مخالفة قانونية على عمل مادي أو قرار إداري صدر عن جهة إدارية، إلا أنه استثناء من تلك القاعدة العامة والتي تقضي بأن مسؤولية الإدارة تقوم أساساً على فكرة الخطأ فإنه ويجانب هذا الأساس الأصلي لمسؤولية الإدارة ظهر أساس آخر تكميلي لمسؤولية الجهة الإدارية تقوم ليس على أساس الخطأ، بل إن المسؤولية هنا من الممكن أن تتحقق دون أن يكون هناك خطأ ينسب للقرار أو العمل الصادر عن جهة الإدارة، ويطلق على هذا النوع من المسؤولية في هذه الحالة المسؤولية بدون خطأ.

⁶ - لقد أخذت العديد من الاتفاقيات الدولية بمفهوم المسؤولية الموضوعية في مجال الضرر البيئي حيث يثبت الحق في التعويض بمجرد حدوث الضرر ودون الحاجة للبحث في مسألة عدم مشروعية التصرف وعلى رأسها: اتفاقية باريس 1960 واتفاقية بروكسيل 1969 واتفاقية فيينا 1963، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 1982:

المحور الثاني: مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق:

إن ظاهرة تلوث البيئة والأشكال المختلفة التي يتم بها هذا التلوث، حالت دون تطبيق المبادئ التقليدية للمسؤولية في الصور المعروفة، مما دفع بالفقه إلى إقرار بعدم كفاية المسؤولية التقصيرية في شكلها التقليدي وضرورة الخروج عنها في بعض الأحيان أو البحث عن سبل تطوير أحكامها وقواعدها بما يضمن مواجهة فعالة في مجال حماية البيئة.

وكنتيجة لذلك تم الاعتماد على نظرية عدم التعسف في استعمال الحق، وكان القضاء الفرنسي سياقاً نحو لإقرار هذه النظرية حيث أكد أن ممارسة الحقوق المشروعة يتحول إلى عمل غير مشروع إذا ما أسيء استعمال هذه الحقوق، فالمصلحة العامة التي تعود على الجماعة أولى بالمصلحة الخاصة لصاحب الحق والذي عليه التزام ممارسة حق في إطار المصلحة العامة¹.

فهذا المبدأ يقوم على تصور مؤداه أنه لا يجوز ممارسة الاختصاصات أو الاستخدامات للسلطات بطريقة يترتب عليها إلحاق الضرر بالآخرين². وبمعنى آخر فإن العمل الذي يقوم به الشخص - رغم مشروعيته - إلا أن إساءة استخدامه أو الانحراف في استعماله يؤدي إلى الإضرار بالغير يحوله من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية.

كما أن لهذا المبدأ أصولاً في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، وقد انتقل هذا المبدأ إلى التشريعات الداخلية بدرجات مختلفة وفقاً للطابع الفردي أو الاجتماعي لتشريعاتها، وقد اخذ به القانون المغربي³.

من هنا فإن الدولة التي تقوم بأمور تؤدي إلى تلوث البيئة تعتبر متعسفة في استعمال الحق، لأن أول معايير التعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الحق بقصد الإضرار بالغير، وإما المعيار الثاني في التعسف في استعمال الحق هو أن يؤدي الاستعمال إلى أضرار كبيرة تلحق بالآخرين ولا تتناسب مع الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق، أي أن الأضرار تفوق المكاسب بمراحل كبيرة. وعلى هذا يمكن القول بأن المصنع مملوك للدولة الذي ينشأ وسط منطقة سكنية ويخرج كل يوم الأدخنة والغازات السامة ينطبق عليه المعيار الثاني من المعايير التعسفة لأن الفائدة التي تحصل عليها الدولة لا يمكن أن تساويها بالأمراض التي تصيب الأشخاص الذين يقيمون بجوار المصنع نتيجة التلوث فتحدث لهم أضرار فتكون مسؤولة عن هذا الضرر ويلزمها أن تعويضهم عما أصابهم من ضرر.

وإذا أقامت الإدارة مثلاً محطة للصرف الصحي على قطعة أرض في أملاكها وسط حي مخصص للسكن، كان لسكان ذلك الحي الرجوع على الإدارة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من ضرر.

وقد تقوم الدولة بنشاط مشروع لكنها تعسفت في استخدامه مما أدى إلى إلحاق أضرار بالصحة الإنسانية وبالموارد الحية للبيئة أو إفساد مكوناتها و تتحقق المسؤولية كذلك إذا لم تقم الدولة ببذل العناية اللازمة لمنع أو مكافحة التلوث الناتج عن أنشطتها وكذلك إذا ما أخلت في اتخاذ تدابير معينة يمكن عن طريقها تعقب القائمين بتلك الأنشطة الملوثة⁴. كما تعلم أن الواجب الوقائي لحماية البيئة يشكل ترجمة مسبقة لمواجهة الانعكاسات التي

¹ عبد الواحد محمد الغاز: الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث دراسة مقارنة على ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، دار النهضة العربية سنة 1985 ص 68

² مجدي عبد الجواد سلامة " المسؤولية الدولية عن انتهاء سيادة الدولة بتكنولوجيا القضاء " رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق سنة 2000 ص 291.

³ -المادة 8 من قانون 41.90 المحدث للمحاكم الادارية ينص "تختص المحاكم الادارية في البث في طلبت الغاء قرارات السلطة الادارية بسبب تجاوز السلطة"

⁴ - ناظر أحمد منديل " المسؤولية الدولية عن مضر التلوث البيئي العابر للحدود " مجلة جامعة تكوين للعلوم القانونية والسياسية العدد 3 سنة 2001 ص 213

يمكن أن تصيب البيئة أو صحة الإنسان من أضرار متوقعة ومؤكدة يتعذر تداركها مستقبلاً، وتعتبر تلك الواجبات ملزمة للدولة فيقع عليها وقاية البيئة وحمايتها من كل اعتداء مؤكد عليها أو على أقل تقدير التخفيف من نتائجها في حالة عدم التمكن من الحيلولة دون وقوعها.¹

وترتيباً على ذلك، تسأل الدولة في حالة عدم قيامها بوضع نظام ما أو عدم اتخاذها للإجراءات والتدابير اللازمة أو لإهمالها أو تباطؤها في اتخاذ مثل ذلك الإجراءات والتدابير أو بسبب ارتكابها خطأ في ممارسة اختصاصاتها في مجال منع التصاريح أو أعمال سلطتها الرقابية على الأعمال والمشروعات التي قد يترتب على ممارستها أضرار بيئية مثل ذلك مراقبة مدى امتثال المشروعات والمنشآت للقوانين البيئية وكذلك مراقبة الانبعاثات الصادرة عنها، أو التأكد من إتباع المنشأة لكافة المواصفات القانونية قبل منح الترخيص هذا بالطبع بصرف النظر عن مسؤولية المخطئ.

لذا على الدولة الالتزام بالألا تسمح باستخدام إقليمها بطريقة يمكن أن ينجم عنها أضرار بيئية وإلا تعرضت للمسؤولية عما يلحق الغير من أضرار.

المحور الثالث : الدعوى الجماعية :

تنقسم موارد البيئة إلى موارد خاصة: أي يمكن حيازتها وتملكها، وموارد عامة مشتركة ينتفع بها الجميع، دون أن يكون للبعض حرمان الغير من ذلك والمفروض من الأنظمة الوضعية أنه يلزم للمطالبة بالتعويض أن يلحق ضرر بمصلحة يحميها القانون، ويكون لصاحب المصلحة صفة قانونية لرفع الدعوى.

وهنا لا يوجد مشكلة بالنسبة للتعدي على موارد البيئة الخاصة التي يكون للشخص عليها حق الملكية أو حق الانتفاع كالأرض الزراعية والحيوانات ومياه القنوات والآبار الخاصة، فإن لحقها تلوث وأصبحت بأي أنشطة إنسانية يكون لصاحبها صفة قانونية في رفع الدعوى وتحريك المسؤولية تجاه الفاعل.

أما بالنسبة للموارد البيئة الشائعة أو المشتركة كمياء الأنهار والبحيرات والبحار أو الهواء الجوي، والغابات والمراعي العامة، فإن السؤال المطروح في القوانين الوضعية: من له الصفة في تحريك دعوى المسؤولية البيئية ضد من يرتكب أفعالاً تضر بها؟

وإذا قلنا إن تلك الموارد هي تراث مشترك للإنسانية، فمن هو ممثل تلك الإنسانية في الحفاظ على عناصرها؟ فيقصد بفكرة الدعوى الشعبية الدعوى التي ترمي إلى حماية البيئة كقيمة ذاتية، بحيث يكون للأشخاص الحق في رفع الدعوى، بالرغم من عدم وقوع ضرر مباشر عليهم أو على ممتلكاتهم.²

غير أن فكرة الدعوى الشعبية هذه لا يجيزها ولا يعمل بها على أسس عامة بغرض منع التلوث الضار بالبيئة بوجه عام، إذ أن من الأصول العامة في القانون الإجرائي أو المسطري أن الدعوى لا تكون مقبولة ما لم يكن لصاحبها مصلحة مباشرة أما مجرد المصلحة العامة في الحفاظ على البيئة الإنسانية ككل، فلا يعد أساساً قانونياً لقبول الدعوى.³

¹ - r. romi, droit international et europeen de l'environnement montchestien ; 2005, p 234 ets.

² - محمد محمود السرياني : المسؤولية عن الأضرار البيئية : دراسة مقارنة بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، مرجع سابق، ص 121

³ - محمد الدسوقي: الالتزام الدولي لحماية طبقة الأوزون في القانون الدولي " دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 2002 ص 14

وفي السنوات الأخيرة برز اتجاه جديد لدى بعض القضاة في القوانين الوطنية في قبول فكرة الدعوى الشعبية أو الجماعية ممثلة بجمعيات حماية البيئة وبالرغم من عدم وجود نصوص تعترف بالدعوى الجماعية أو الشعبية، إلا أن اعتراف الحكومات بجمعيات حماية البيئة، فتح المجال للقضاء على اعتبار هذه الجمعيات ممثلة للصالح العام، وقد اعتبر ذلك جراً غير متناهية من القضاء في سبيل إنشاء قواعد قانونية لحماية البيئة.

وكما نعلم أن التعدي على البيئة والإضرار بمواردها يوجب في ظل الأنظمة القانونية المعاصرة تحريك دعوى المسؤولية ضد مرتكب الفعل أو النشاط الضار بالبيئة وطلب التعويض عن الضرر الشخصي في الصحة أو الممتلكات، وكانت تلك الأنظمة مازالت تترد بشأن الاعتراف بفكرة الدعوى الشعبية، أي تحريك الدعوى القضائية ضد من يرتكب الأنشطة الضارة بالبيئة ذاتها، كقيمة مشتركة ضرورية للجميع واستقلالاً عن وقوع ضرر على حق أو مصلحة شخصية لشخص محدد، فإن التساؤل يثور ألا يجد في الفقه في الحسبة علاجاً للنقض والقصور في الأنظمة القانونية الوضعية حول فكرة الدعوى الشعبية؟

يتجه بعض الفقه إلى اعتبار ولاية الحسبة معينا على الإلتزام بالحقوق، وتأكيداً لاحترامها وطريقاً إلى استيفائها، وهي بذلك تقترب من ولاية القضاء، ويقول الماوردي في هذا الشأن إنه يجوز للمحتسب كما يجوز للقاضي أن يلزم المعتدي برد الحقوق المغتصبة أو يلزمه بأداء الحق الواجب عليه و يضيف الماوردي يجوز للمحتسب بما يأمر به من معروف، وما ينهي عنه من منكر وإن لم يحضر إليه من يدعي على آخر أي ينظر في النزاع حتى يغير وجود الشاكي، كما يجوز له تطبيق القواعد الشرعية بدون أن ينتظر المدعي.

وإذا كانت ولاية الحسبة تتعلق هكذا بالمسائل التي تتصل بالصالح العام، وكان للمحتسب أن ينظر في تلك المسائل حتى يغير وجود الشاكي، أي يطبق القواعد والأحكام الشرعية دون أن ينتظر المدعي، على ما أوردنا حالاً.

فإن جوهرها هكذا يترجمه بالمفاهيم القانونية المعاصرة، فكرة الدعوى الشعبية، دعوى حسية أي يكون له صفة في رفعها الأشخاص والهيئات المكلفة من قبل ولي الأمر، عندما يحدث اعتداء على موارد البيئة وثروتها العامة التي يكون من الضروري صيانتها وتنميتها حفاظاً على الصالح العام وحقوق الأجيال الحاضرة والمقبلة حتى لو لم يلحق الضرر بمصلحة خاصة أو شخصية لهؤلاء الأشخاص وتلك الهيئات.¹

أما فيما يخص فعالية القضاء الفرنسي في مجال زجر مخالفات الانحرافات الإيكولوجية يرى الباحث PATRICK MISTRETTA أن الفائدة من أطروحته الجامعية المسؤولية الجنائية للمنحرفين الأيكولوجيين هو تعميق تطوير العقلية وزجر كل مخالفات قواعد حماية البيئة ولم يتوان الباحث لتجاهل القانون الفرنسي البيئي والدعوى مجدداً إلى سياسة بيئية جديدة تلزم المواطنين بالشعور بأن كل ما يمس البيئة هو تهديد خطير للكائن البشري² وهنا نقطتين أساسيتين يجب أن يتشبع بهما القضاة الإيكولوجيين لإرساء ثوابت مسطرة الدعوى الإيكولوجية النقطة الأولى تتعلق بالضرر الإيكولوجي، فحسب الحامي HUGLO يرى أن المساطر أمام القضاء الفرنسي تقضي في المادة البيئة بمبدأ دعوى بدون ضرر شخصي³ في حين يرى الحامي فيرتينو وولكير أن القضاء الكندي سنة 1996 قضى قضية LAIDLAW من طرف القاضي السيد MERCIER على أنه في القانون البيئي غياب الضرر الحقيقي ليس بمعيار

¹ - الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية" المجلد الثالث عشر - العدد الأول - الباب العشرون - القاهرة 1977 ص 242

² - la responsabilité pénal du délinquant écologique. Patrick mistretta.

³ - la qualité pour agir de victime d'un dommage de pollution (maitre C. HUGLO) semaine juridique l'année 1999.

جدي لأن الضرر الكموني كاف لتبرير الجنحة¹ كما يجب لفت الانتباه إلى يقظة وزارة العدل الكنديين بحيث يتبعان أولاً بأول مآل الدعاوى الإيكولوجية ويحاط بها الرأي العام علماً في نطاق حق الإعلام الإيجابي الذي تأخذ فيه الوزارة المبادرة تلقائياً لإخبار الرأي العام.

تبقى الإشارة بصدد الضرر البيئي على ملاحظة الأستاذ HUGLO القائلة بأن الضرر الإيكولوجي هو ضرر عام وهو ما يسمح وفق اجتهادنا الإداري الوطني بإدراجها ضمن اختصاص قضاء الإلغاء الإداري وهو أمر من شأنه أن يجنبنا مناقشات الصفة التي تشكل مدار مناقشات القضاء الأوروبي مع حفظ الأطراف بالطبع باللجوء للطريق الموازي لطلب التعويضات وتكشف اجتهادات القضاء الفرنسي الإداري وقوة صلابته أمام القضاء العالمي المقارن.

- النقطة الثانية في مجال الدعوى الإيكولوجية تتعلق بالصفة بحيث قضت محكمة استراسبورغ بعدم قبول دعوى عائلات BAS-RHIM ورفضت استئنافية باريز دعوى جماعة LONGYUMRAU ضد مطار أورلي الدولي معللة ذلك بكون الجماعة ليست لها صفة تحريك الدعوى باسم سكانها ويستنتج هنا أن القضاء يعتبر الصفة حق شخصي مباشر وإن كانت هناك ثمة استثناءات مثل سماع دعوى الفيدرالية الفرنسية لشركات حماية الطبيعة كطرف مدني كما أن محكمة REVEER سمعت في قضية الصيادين في نطاق ما يسمى بالدعوى الجماعية أو الدعوى المتحدة.

لهذا نأمل أن يستفيد القضاء المغربي من فكرة الضرر الكموني الكندي والدعوى المتحدة الفرنسية أو ما يسميه فقهاؤنا بوحدة الخصوم للدفع بتعميق الوعي الإيكولوجي (البيئي) قضائياً حتى لا تعرقه الإشكاليات المسطرية ويفتقد الجوهر وهو زجر حالات تدمير البيئة " أو على الأقل الإقرار بمسؤولية مقترفيها، مع ضرورة التركيز بصفة أساسية على تحسيس القضاة بإعمال ضوابط مرنة في تقدير المصلحة والضرر الإيكولوجي للمساهمة في تطوير القانون البيئي الذي هو الأساس مثل القانون الإداري من صنع القضاة وقواعده يصنعها القاضي الإيكولوجي².

• خاتمة :

وهكذا يبدو جلياً، أن نظام مسؤولية الدولة عن التلوث البيئي جدير بأن يحظى بحظ أوفر من الدراسة المعمقة والواقعية، من أجل صياغة قواعد جديدة تتلاءم وطبيعة وجسامة الأضرار الناجمة عنه باعتبار أن القواعد التقليدية لم يعد بوسعها استيعاب هذا النوع من المخاطر والأضرار، أو على الأقل صارت بحاجة ماسة لنوع من التطوير كي تتلاءم مرحلياً والمخاطر البيئية، على الرغم من التطورات التي طرأت على القواعد التقليدية بشأن المسؤولية، إلا أنه مازال هناك صعوبات عديدة في مواجهة المسؤولية عن مزار التلوث بالآلية التقليدية، ولا ريب أن حماية البيئة لا يمكن أن تكون فعالة إلا بوضع نظام للمسؤولية يحقق الردع والإصلاح في ذات الوقت.

• -لائحة المراجع :

▪ باللغة العربية :

- محمد محمود السرياني : المسؤولية عن الأضرار البيئية : دراسة مقارنة بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية جامعة أم القرى للعلوم التربوية والاجتماعية والإنسانية، سنة 2001
- عبد المجيد السملالي : "الوجيز في قانون البيئة، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 2006

¹ - droit de l'environnement : revue de la jurisprudence en matière de l'environnement, édition , 1996.

² - الحنفي طبر: "الحماية التشريعية والقضائية للبيئة"، منتدى شؤون قانونية 4 مارس 2013، ص 1.

- عبد الوهاب محمد عبد الوهاب : " المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة " رسالة لنيل الدكتوراه جامعة القاهرة 1994.
 - صلاح الدين عامر : " مقدمات القانون الدولي للبيئة " مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة عدد خاص 1983
 - طاشور عبد الحفيظ : " نظام إعادة الحال إلى ما كانت عليه في مجال حماية البيئة " ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد الأول، 2003.
 - صالح محمد محمود يد الدين : " المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي دار النهضة العربية سنة 2004.
 - محمد الدسوقي : الالتزام الدولي لحماية طبقة الأوزون في القانون الدولي " دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 2002
 - الماوردي : الأحكام السلطانية والولايات الدينية" المجلد الثالث عشر - العدد الأول - الباب العشرون - القاهرة 1977.
 - مجدي عبد الجواد سلامة " المسؤولية الدولية عن انتهاء سيادة الدولة بتكنولوجيا القضاء " رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق سنة 2000.
 - صلاح هاشم : " المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية " رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة القاهرة ، 1990.
 - عبد الواحد محمد الغاز : الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث دراسة مقارنة على ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، دار النهضة العربية سنة 1985.
 - ناظر أحمد منديل " المسؤولية الدولية عن مزار التلوث البيئي العابر للحدود مجلة جامعة تكوين للعلوم القانونية والسياسية العدد 3 سنة 2001.
 - محمد سامي عبد الحميد : " اصول القانون الدولي العام "، جريدة القاعدة القانونية دار المطبوعات سنة 1999 .
 - الحنفي طير : " الحماية التشريعية والقضائية للبيئة "، منتدى شؤون قانونية 4 مارس 2013.
- -المراجع باللغة الفرنسية :

- ALEN ANDRE kiss : traite de droit européen de l'environnement ; édition frison riche 1995
- r. romi, droit international et européen de l'environnement montchestien ; 2005
- la responsabilité pénal du délinquant écologique. Patrick mistretta.
- la qualité pour agir de victime d'un dommage de pollution (maitre C. HUGLO) semaine juridique l'année 1999.
- droit de l'environnement : revue de la jurisprudence en matière de l'environnement, édition , 1996.

منهجية تحليل قواعد الإسناد أماع القضاء الوطني



حليتيير سراح : طالبة دكتوراه تخصص القانون المدني

المعمق عضو مخبر القانون العقاري والبيئة كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم

Email : halitimjuriste27@gmail.com

مقدمة :

قد يعرض على القاضي الوطني نزاع يتخلله عنصر أجنبي إما من حيث أطراف العلاقة أو محل العلاقة أو محل وجود الأموال، لاسيما وإن كان النزاع مرتبط بالعلاقات الخاصة بين الأفراد في جميع المجالات باستثناء المنازعات الإدارية، المالية، الجزائية والجمركية، فأول ما يفعله القاضي تأكيد اختصاصه القضائي الدولي في النزاع، أي تبيان إذا ما كان ذلك النزاع يدخل في اختصاص الجهات القضائية لتلك الدولة، وهذا بناء على قواعده الداخلية ففي حالة إذا ما وجد أن الجهة القضائية التي ينتمي إليها هي غير مختصة بالفصل في النزاع فلا يجوز له الفصل في النزاع أو حتى تحديد الجهة القضائية المختصة، أما في حالة إذا ما رأى أن النزاع يدخل ضمن اختصاصه القضائي فإنه يبحث عن القانون الواجب التطبيق بعد إعمال قواعد الإسناد الوطنية، والتي لها طابع ازدواجي فقد ترشد القاضي الوطني إلى تطبيق قواعد قانونه الداخلي و الذي يكون له من السهل تطبيقها نظرا لدرايته الكافية بها والسلطة الممنوحة له في التعامل مع القاعدة الداخلية، كما أنها قد ترشده إلى تطبيق قواعد قانون أجنبي و في هذه الحالة يجب عليه تطبيقه وفقا لأسس وقواعد، وبين هذا وذلك كان لابد من البحث عن مكانة القانون الأجنبي أمام الجهات القضائية الوطنية ودور القاضي في التعامل معه، ومن هنا نطرح الإشكال التالي :

وعليه إلى أي مدى يحدد دور القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق عند إعمال قواعد الإسناد؟ وفي حالة إسناد النزاع إلى قانون أجنبي فكيف يتعامل القاضي مع قواعد إسناد هذا القانون ؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على خطة مكونة من محورين :

المحور الأول : دور قواعد الإسناد الوطنية في حل مشكل تنازع القوانين :

المحور الثاني: التنسيق بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية:

المحور الأول: دور قواعد الإسناد الوطنية في حل مشكل تنازع القوانين:

يلجأ القاضي الوطني إلى تطبيق قواعد الإسناد في حالة التزاحم والنزاع على تطبيق قانون أكثر من دولة، ويقوم مباشرة بإعمال قواعد إسناده وهذا بإتباع مراحل إجرائية لا تحل النزاع مباشرة وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وقاعدة الإسناد شأنها كشأن أي قاعدة قانونية صادرة عن دولة ذات سيادة وتخضع في تطبيقها إلى رقابة المحكمة العليا.

الفرع الأول: تحليل النزاع وفقا لقواعد الإسناد:

يقصد بقواعد الإسناد مجموعة القواعد القانونية التنزاعية الوطنية والتي ينبغي على القاضي المعروض عليه النزاع تطبيقها فهي ترشده إلى القانون الواجب التطبيق بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي. وهذا بهدف تحقيق أثرها وهو إيجاد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

أولا: تطبيق قاعدة الإسناد على النزاع:

1- التكييف:

يعتبر التكييف هو أساس القانون الدولي الخاص، من خلال أهميته القانونية في حل النزاع، فهو عملية قانونية من خلالها يقوم القاضي بتحليل للوقائع والتصرفات القانونية بغية إعطائها وصف قانوني ليسهل عليه فيما بعد تصنيفها¹

وقد ظهرت نظرية التكييف في قضية ميراث المالطي². من خلال قضية الزوجان المالطيان من خلال مطالبة الزوجة بحصة الزوج المحتاج أمام محكمة الجزائر ويتوقف الحكم بطلبها على تكييف العلاقة إما على أساس النظام المالي للزوجين أو على أساس الحق في الإرث.

ويرجع القاضي في تكييف للعلاقة إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع طبقا لاحترام مبدأ سيادة الدولة. وفقا لأحكام المادة 09 من القانون المدني³، لأنه بذلك هو يفسر قاعدة قانونية داخلية، كما انه مرحلة أولية تسبق الوصول إلى القانون المختص⁴.

1 - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان. 2009. ص 96.

2- ARRET VEUVE BARTHOLO COUR D'APPEL D'ALGER 24 December 1889 (Clunet 1891. 1171) "

3 - والتي جاء فيها: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

4 - حمزة قنات، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و القانون المقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق. جامعة الجزائر 01، 2010. 2011. ص 60.

2- الفكرة المسندة :

نظرا لكثرة المسائل القانونية وتعدددها، فقد حددت قواعد الإسناد فئات ربط تسمى بالأفكار المسندة والتي تتضمن الفئات المترابطة والمتناسقة والمتشابهة لسهولة ربط كل فئة بضابط إسناد، وهذه المسائل القانونية تتمحور حول موضوع واحد، وهي 5 فئات ربط (فئة ربط الأحوال الشخصية - فئة ربط الأموال المنقولة والعقارية - فئة ربط الإلتزامات غير التعاقدية - فئة ربط الأشكال و الإجراءات - فئة ربط العقود)¹.

ثانيا : أثر تطبيق قواعد الإسناد :

1- تحديد ضابط الإسناد : يعرف ضابط الإسناد على أنه أداة ربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه قد يتعلق بالعنصر الشخصي (ضابط الجنسية- الموطن - إرادة المتعاقدين)، أو بالعنصر الموضوعي (موقع المال)، أو بالسبب المنشئ (محل وقوع الفعل الضار أو النافع). وقد تتعدد الضوابط وتكون كالتالي:

- ضابط أصلي : يعين القانون المختص من بين جملة القوانين الواجبة التطبيق المادة 10 من القانون المدني الجزائري كما في حالة تحديد الجنسية كضابط أصلي في مسائل الأهلية.

- ضابط منفرد : يرشد إلى قانون واحد (المادة 10 ق.مدني.ج)، أو قانون مزدوج (المادة 11 ق.م.ج).

- ضابط متعدد : إما بالتدرج في حالة عدم التمكن من تطبيق الضابط الأول فيرجه القاضي للضابط الذي بعد بالترتيب (المادة 18 ق.م.ج) أو بالتخيير بحسب القانون المناسب الأطراف العلاقة (المادة 19 ق.م.ج).

- ضابط تكميلي : معيار مساعد يزيد الضابط الأصلي تحديد ودقة.

احتياطي يحل محل الأصلي في حالة استحالة تطبيق الأصلي — المادة 03/22 ق.م.ج.

زمنيا يتحدد بفترة معينة — المادة 12 ق.م.ج.

و هناك عدة أسباب جعلت من المشرع اعتماد الضوابط المتعددة في ضوابط الإسناد من بينها :

- السبب الأول : ارتباط العلاقة القانونية بأكثر من طرف وفقا ما نصت عليه المادة 11 من القانون المدني.

- السبب الثاني : المشرع قد يضع إلى جانب كل قاعدة أصلية قاعدة احتياطية لكي لا تبقى العلاقة القانونية بدون قانون وفقا للمادة 1/18 من القانون المدني.

- السبب الثالث : لإمكان أطراف العلاقة من اختيار القانون الأكثر ملاءمة وفقا للمادة 19 من القانون

المدني 2.

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق. ص 26.

2 - حيار محمد ، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر. 2013. ص ص 51، 50.

2- إيجاد القانون الواجب التطبيق :

بعد إعمال قواعد الإسناد الوطنية و تطبيق عناصرها سيصل القاضي الوطني الى القانون المسند اليه وهو القانون الواجب التطبيق والذي أشارت إلى اختصاصه قواعد الإسناد بحكم الفكرة المسندة بناءً على ضابط الإسناد. والذي قد يكون قانون القاضي المعروض عليه النزاع أو قانون أجنبي.

الفرع الثاني : رقابة القضاء على تطبيق قواعد الإسناد :

أولاً : عدم تطبيق قواعد الإسناد : وهنا نميز بين حالتين :

- في حالة تمسك الأطراف بالعنصر الأجنبي: وفي هذه الحالة يلتزم القاضي بطلبات الخصوم و في حالة لم عدم تطبيقه لقاعدة الإسناد فيكون قد خالف أحكام المادة 2/29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهو من أسباب الطعن بالنقض وفقاً لوجه المادة 358 من نفس القانون.

- اكتفاء الخصوم بالإشارة إلى العنصر الأجنبي في مناقشتهم : قد جاءت المواد 2/26، 27، 75، 77 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات و المرافعات الوقائع التي أثرت من ظرف الخصوم و لم يؤسسوا عليها ادعائاتهم، فعلى الرغم من أن الأمر يدخل في السلطة التقديرية للقاضي إلا أنه يبقى خاضعاً لرقابة المحكمة العليا.

ثانياً : الخطأ في تطبيق قواعد الإسناد :

- الرقابة على الخطأ في التكييف : يعتبر التكييف مسألة قانونية فالخطأ في تكييف العلاقة و إدخالها في فئة ربط يعرض حكمه للنقض للخطأ في تطبيق القانون وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 10/04/1988.

- الرقابة على الخطأ في تحديد ضابط الإسناد : قد يخطئ القاضي ويطبق على المسألة ضابط مخالف للفكرة المسندة كأن يطبق ضابط الموطن على الجنسية، فيكون حكمه معرض للطعن بالنقض.

- الرقابة على تطبيق القانون المسند إليه : ففي حالة إذا كان القانون المسند إليه هو قانون القاضي فلا إشكال أما في حالة إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي فإنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية وهذا وفقاً للمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

المحور الثاني : التنسيق بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية :

إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي فالقاضي يلتزم بتطبيق أحكام القانون الأجنبي بما في ذلك قواعد إسناده قبل التطرق إلى أحكامه الموضوعية، ومع ذلك فقد يختلف موقف التشريعات من التعامل و تفسير قواعد الإسناد فيما إذا كانت تعتبر مرحلة أولية لا يجوز تجاوزها أم انه يمكن للقاضي تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة. خاصة موقف المشرع الجزائري من ذلك².

1 - قرار صادر عن المحكمة العليا بالجزائر في 10/04/1988، ملف 48855، م.ق. 03، 1992، ص 80.

2 - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 87

الفرع الأول : استشارة قواعد التنازع الأجنبية :

حينما تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فيصبح للقاضي الوطني إعمال قواعد الإسناد الأجنبية المنصوص عليها في هذا القانون بغية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق¹

أولا : إلزامية استشارة قواعد التنازع الأجنبية من القاضي الوطني :

أن قواعد الإسناد الوطنية لا تحل النزاع مباشرة وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والتي تقتضي منه البحث عن مضمون قواعد الإسناد الأجنبية² للوصول إلى القانون المختص و التي قد تتحد مع موقف قواعد الإسناد الوطنية في ذلك كما أنها قد تختلف وبالتالي فهل القاضي يكفي بتطبيق قواعد إسناده أم أنه يقوم بإعمال قاعد الإسناد الأجنبية وإلى أي مدى يكون له الحق في التعامل معها.

1- إحالة النزاع إلى القانون الأجنبي (قبول الاختصاص) :

إن البث في قواعد الإسناد الأجنبية أمر ضروري لأنها تعطي الحل النهائي للنزاع. فالقاضي حين رجوعه إلى قواعد إسناد هذا الأخير فقد يتوصل إلى نفس النتيجة التي توصلت إليها قواعد الإسناد الوطنية، أي أن قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي الوطني والقانون الأجنبي قد اتحدت في تحديد القانون الواجب التطبيق والذي هو القانون الأجنبي و هذا ما يسمى بمرحلة إيجاد القانون المختص والذي من خلالها ينتهي مرحلة قواعد الإسناد الوطنية، فيتوجب على القاضي الأخذ بقواعد الإسناد الأجنبية والتي تتطابق مع أحكام قواعد تنازع.

2- إحالة النزاع إلى قانون أجنبي آخر (رفض الاختصاص) :

حينما تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي آخر غير الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية فإما ترجع الاختصاص إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع أو إلى قانون أجنبي آخر.

أ- الإسناد إلى قانون القاضي الوطني (الإحالة من الدرجة الأولى) :

قد تسند قواعد الإسناد الأجنبية الذي أشارت إلى اختصاصها قواعد الإسناد الوطنية، إلى نفس قانون القاضي المعروض أمامه النزاع وهذا ما يسمى بالإحالة من الدرجة الأولى والتي تقبل بموجب كل القوانين، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي نظرا لسببين:

أ : نتيجة لحماية المصلحة الوطنية بتطبيق الأحكام الداخلية.

ب : لأنها ستعيد الاختصاص إلى القاضي المعروض والذي يجعله يطبق قانونه الوطني الذي يكون أدرى بأحكامه³.

مثال :الإنجليزي متوطن بفرنسا وعرض نزاع متعلق بأهليته على القاضي الفرنسي، فوفقا لقواعد الإسناد الفرنسية فالقانون المختص هو قانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي وبعد استشارة قواعد الإسناد الإنجليزية فالقانون المختص

1- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر. 2013. ص 78.

2 - Yav Katshung Joseph, cours de droit international prive. Université de Lubumbashi, 2012-2013.p17.

3 - حبار محمد، المرجع السابق. ص 81.

وفقها هو قانون الموطن أي القانون الفرنسي وبذلك تكون قد أرجعت الاختصاص إلى القاضي المعروض عليه النزاع.

ب- الإسناد إلى قانون أجنبي ثالث (الإحالة من الدرجة الثانية):

فقاعدة الإسناد الأجنبية تتدخل في أحكام القانون الداخلي والتي تعين القانون الواجب التطبيق، فالقاضي المعروض عليه النزاع ملزم بالأخذ بها بعين الاعتبار وليس بتطبيقها¹.

مثال: الإنجليزي مقيم بفرنسا متخذاً بريطانياً موطناً فعلياً له و قام بتصرف يتعلق بأهليته.

فرنسي: الجنسية — الإنجليزي: قانون الموطن — بريطانيا: لا يأخذ بالإحالة نطبق قواعده الجوهرية.

3: مبررات إلزامية تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية في تعيين قانون آخر:

بأن قواعد الإسناد الوطنية هي التي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي فينبغي الأخذ بهذا القانون بقواعده الموضوعية وأيضاً بقواعد إسناده. باعتباره كلاً لا يتجزأ و لا يمكن تجاهل قواعد تنازعه لأن في ذلك تمييز لقواعد القانون الأجنبي.

كما أنها تؤدي إلى تنسيق قواعد التنازع بين الدول والاتفاق على القانون الواجب التطبيق ما يحقق سهولة في تنفيذ الأحكام الصادرة في إقليم الدولة الأجنبية وبمفهوم المخالفة فإن عدم إعمال قواعد الإسناد الأجنبية يؤدي إلى تطبيق قواعد مختلفة مما يشكل عائقاً في التنفيذ².

وقد أخذ بالإحالة على مختلف أنواعها القانون البولوني 1965، القانون التشيكوسلوفاكي 1963، أما التشريعات التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى نذكر التشريع الياباني لسنة 1868، وكذا القانون الألماني وكل من القضاء الفرنسي والإنجليزي والنمساوي والبلجيكي بالإحالة³.

ثانياً: تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد:

يرى بعض الفقهاء أن إذا كان القانون الأجنبي هو المختص فعلى القاضي الرجوع مباشرة إلى قواعده الموضوعية أو إلى الاتفاقيات الدولية دون الرجوع إلى قواعد الإسناد. وهي قاعد توصل القاضي مباشرة إلى حل النزاع دون الرجوع إلى قواعد التنازع، كما يمكن أن تحدد الاتفاقيات الدولية ضرورة التطبيق المباشر للقواعد المادية مثل اتفاقية عقد البيع الدولي للبضائع المبرمة بفيينا في 11- أبريل 1980،

1- بيار ماير- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص. ترجمة علي محمود المقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى، 2008. ص 211.

2- حسن الهداوي تنازع القوانين، المبادئ والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 1997. ص 74.

3- عمارة عمارة، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05. الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور يومي 22 و 23 أبريل 2010، جامعة ورقلة. ص 140.

4 - Yav Katschung Joseph, Op. Cit. p15-16

طبيعة قواعد الإسناد ووظيفتها : من طبيعة قواعد الإسناد أنها من قواعد القانون العام فيتم تطبيقها من القاضي الوطني بدليل أن الخطأ في تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض¹. وبالتالي فهي تطبق داخل الدولة التي وضعتها و التي تفرض الرقابة على تطبيقها

الوصول إلى حلقة مفرغة : فقد يؤدي أعمال قواعد الإسناد الأجنبية إلى الإحالة اللامتناهية، حين ترفض كل قاعدة إسناد في قانون الاختصاص وتحيله إلى قانون آخر².

من مهام قواعد الإسناد الوطنية هو تحديد القانون الواجب التطبيق : ومن ثمة يتعين تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة لتفادي إعادة الفصل في تنازع القوانين من جديد.

وقد أخذت بهذا الموقف التشريع الإيطالي 1942، والقانون اليوناني 1946، وكذا التشريع البرازيلي 1942 و القضاء الأمريكي، هولندا والبلاد الإسكندنافية ومصر.

• موقف المشرع الجزائري :

بالرجوع إلى أحكام المادة 23 مكرر 01 من القانون المدني³ فنجد أن المشرع قد رفض الإحالة في حين قبل أن يحال عليه، فيطبق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي مباشرة غير أنه أضاف استثناء في الفقرة الثانية في الحالة التي يرجع فيها القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي الوطني (الإحالة من الدرجة الأولى)

غير أن المشرع الجزائري في هذا السياق تتناقض أحكامه فمن جهة هو يرفض الإحالة بصفة مطلقة في الفقرة الأولى وأضاف في الفقرة الثانية أنه يجوز الإحالة من الدرجة الأولى والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يعرف القاضي الوطني موقف القانون الأجنبي عند إرجاع الاختصاص له لو لم يطبق قواعد الإسناد الأجنبية، وبالتالي فلا داعي للفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 و إنما كان عليه الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

الفرع الثاني : تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية :

بعد الوصول إلى الأثر المرجو من تطبيق قواعد الإسناد الوطنية وبعد تأكيد موقف المشرع الوطني من تطبيقها، فيلجأ القاضي الوطني إلى البحث عن القانون الذب سيطبقه على العلاقة و هذا وفقا لقواعد الإسناد الأجنبية

أولا : تحليل قواعد الإسناد الأجنبية : من المعلوم أن القاضي الوطني عندما يعرض عليه نزاع يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، فإنه يقوم بتطبيق قواعد إسناده الوطنية ويكيف العلاقة بناء على قانونه الداخلي ليقوم بعد ذلك بإدخالها في فئات ربط التي ربطها المشرع بضابط إسناد لإيجاد القانون الواجب التطبيق بناء على ذلك.

1 - حمزة قتال، المرجع السابق . ص 92.

2 - حبار محمد، المرجع السابق. ص 80.

3 - وفقا للمادة 23 مكرر 01 من الأمر 10-05 : " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

1- مشكل التكييف الأولي وتأثيره على أطراف العلاقة :

إن إعمال القاضي الوطني لقانونه الداخلي لاسيما في تحديد الوصف القانوني للعلاقة القانونية المعروضة عليه قد يطرح مشكلا لاسيما عندما يكون تنازع القوانين بين أنظمة قانونية مختلفة¹، والذي من خلاله يمكن إيجاد صعوبة في حل التصرفات المعروضة عليه :

- فمن ناحية قد تكون طلبات الأطراف أمام القضاء الوطني وفقا لأنظمة قانونية معروفة في القانون الأجنبي وغير موجودة في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، مثاله: قضية باغتولو في قضية الزوج المحتاج.
- و من ناحية أخرى قد يوجد الوصف القانوني للعلاقة القانونية في القانون الوطني مختلف عن الوصف الذي يعطيه له القانون الأجنبي².

2- نطاق الأخذ بقانون القاضي في التكييف :

على الرغم من أن المشرع قد أخذ بالتكييف وفقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع معتمدا في ذلك على نظريو باغتان، غير أنه إذا أثرت تكييفات لاحقة في ظل القانون الأجنبي فيجب إخضاعها للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطني³.

غير أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات نذكر منها :

- في تحديد وصف المال إذا كان عقارا أم منقولا: فالتكييف يخضع لقانون موقع المال.
- حالة وجود نص في دولة القاضي تحدد إخضاع التكييف ف مسائل معينة إلى قانون معين⁴.
- المعاملات غير التعاقدية أو الفعل الضار، فيخضع التكييف إلى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار.

ثانيا : إيجاد القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد الأجنبية :

1- تحديد القانون في دولة تتعدد فيها الشرائع :

تبنى المشرع الجزائري في أحكام المادة 23 من القانون المدني نظرية التفويض، أي انه فض للقانون الأجنبي أمر تعيين القانون الداخلي في تلك الدولة⁵.

و يفرق المشرع الجزائري بين ما إذا كان التعدد طائفي أم إقليمي.

1 - Jézabel JANNOT , l'Interprétation de la règle de conflit- la qualification. Fiche pédagogique virtuelle , master01. 15 décembre 2006. Faculté de droit virtuelle. Université Lyon3. P 03.

2- PAPA Talla Fall ,cours de droit international privé. FSJP-LICENCE 3- Affaires- Droit International Privé – MBENGUE-2010/2011. P10.

3- حبار محمد ، المرجع السابق ص 72.

4- حسن الهداوي، المرجع السابق ص 62.

5- محمد عماد الدين عياض، القانون الواجب التطبيق عن الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات. جامعة قاصدي مرياح ورقلة ص74.

- التعدد الطائفي : يطبق التشريع الغالب في البلد.

- التعدد الإقليمي : التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد.

2- تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الانتقالي والمتحرك :

نكون أمام تنازع انتقالي عندما يتم البحث في قاعدتين صادرتين بالدولة و يثار مشكل من حيث التطبيق الزماني لهما، و يخضع هذا النوع من التنازع إلى نفس أحكام التنازع الزمني للقوانين.

أما التنازع المتحرك يكون عندما يتعلق الأمر بحق يتنازعه قانونان أو أكثر خاصة في حال نشوء حق في دولة و انتقاله إلى دولة أخرى لتنفيذه.

أ : نظرية الحقوق المكتسبة : تكون عندما ينشأ حق في دولة ما و يطالب بتنفيذه في دولة أخرى، بشرط أن يكون معترفا به في تلك الدولة،

ب : نظرية النفاذ الدولي : في حالة نشوء حق في دولة ما و انتقل هذا الحق إلى دولة أخرى فيصبح بذلك متمتعا بحق النفاذ الدولي، و هذا ما تبناه المشرع في أحكام المادة 17 مكرر/1 من القانون المدني فيما يسري على المنقول المادي.

الخاتمة :

فيما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري قد قام بتحديد للحالات التي ينحصر تطبيقها في نطاق القانون الدولي الخاص حين عرضها على القاضي الوطني، بمناسبة احتوائها على عنصر أجنبي وهذا بإتباع مراحل تفسير قواعد الإسناد في قانون القاضي الوطني بدءا بتكييف العلاقة تمهيدا لإدخالها في فئات ربط محددة و التي ربطها المشرع بالقانون المختص من خلال تعيين لضابط الإسناد،

فقد تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون القاضي الوطني فلا إشكال أما في حالة إذا أشارات إلى اختصاصا قانون أجنبي فإنه يتوجب على القاضي الوطني تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية في حالة إذا كان تشريعه يجيز الأخذ بالإحالة، أما إذا كان لا يجيز بها فيتوجب على القاضي الأخذ فقط بالقواعد المادية للقانون الأجنبي. و تعتبر قواعد الإسناد كغيرها من القواعد القانونية الصادرة في الدولة فهي تخضع في تطبيقها إلى رقاب المحكمة العليا.

فمن جهة أن القانون الأجنبي هو قانون صادر عن دولة ذات سيادة لا بد من احترامها والتطبيق السليم لقواعدها دون مخالفة لمقاصد التشريع الأجنبي في وضع تلك القاعدة القانونية، ما يتعين عليه وضع حدود للقاضي في التعامل مع هذا النوع من القواعد. ومن جهة ثانية فإن الأحكام الصادرة في هذا الشأن تكون صادرة عن جهات قضائية وطنية أي أنها ستؤثر بطريقة غير مباشرة على التشريع الداخلي وهذا في تفسير العلاقات وفقا للقانون الأجنبي و التي تكون مجهولة في قانون القاضي¹، لاسيما وأن ربطنا الموضوع بمصادر القاعدة القانونية والتي تحدد في

1 - خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص. مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، عدد 01 سنة 2009. جامعة بابل ، العراق. ص 379-408.

سياقها أن الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الوطنية تعتبر كمصدر تفسيري للقاعدة القانونية، هذا ما بتعين معه فتح مجال للقاضي الوطني في التعامل مع القانون الأجنبي.

• المراجع :

القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. ج.ر.ع 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005. المعدل و المتمم للأمر 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر.ع 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975. ص 990. المتضمن القانون المدني

القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر.ع 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

بيار ماير- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص . ترجمة علي محمود المقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى، 2008

حبار محمد ، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر. 2013

حسن الهداوي تنازع القوانين ، المبادئ و الحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الاردن 1997.

حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان. 2009..

حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و القانون المقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق. جامعة الجزائر 01 ، 2010.2011

خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص. مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، عدد 01 سنة 2009. جامعة بابل ، العراق. ص 379-408.

عمارة عمارة، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05 . الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور يومي 21 و 22 أفريل 2010، جامعة ورقلة.

محمد عماد الدين عياض، هشام بن الشيخ. القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات. جامعة قاصدي مرباح ورقلة ص 74.

PAPA Talla Fall ,cours de droit international privé. FSJP-LICENCE 3- Affaires- Droit International Privé – MBENGUE-2010/2011

Yav Katshung Joseph, cours de droit international prive. Université de Lubumbashi, 2012-2013

Jézabel JANNOT , l'Interprétation de la règle de conflit- la qualification. Fiche pédagogique virtuelle , master01. 15 décembre 2006. Faculté de droit virtuelle. Université lyon3

دراسات وأبحاث بالفرنسية : ✓

La crise mondiale, son impact économique sur les pays africains



**Par Ismail Ould Khalef : Professeur d'économie
à la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques
de l'Université de Nouakchott**

En Europe on parle de crise, du chômage, de la reprise économique, de la croissance mais par contre en Afrique on se tait. Tout se passe comme si le phénomène n'intéressait personne, comme s'il n'était que la préoccupation des pays riches. Et pourtant rien n'indique que les pays pauvres sont à l'abri des effets néfastes de la crise que certains n'hésitent pas à qualifier de crise la plus grave après celle des années 1930. Car, au moment où tous les responsables des autres continents s'activent pour trouver des solutions au problème et limiter ses effets, on assiste à un silence étonnant de la part des dirigeants africains. Face à la crise c'est la politique de l'autruche qu'on applique, on ignore le phénomène, on n'en parle plus, faisant de cela un problème inexistant. Quand la crise est citée c'est pour situer les responsabilités. L'opposition en parle pour incriminer le pouvoir et ce dernier la cite pour valoriser les actions réalisées ou en voie de l'être. On se vante de telle ou telle action même parfois banale, sans grande incidence ni sociale ni économique. N'a-t-on pas vu les autorités mauritaniennes multiplier les discours et bourrer les mas média par l'ouverture d'une salle de classe d'alphabétisation à l'intérieur du pays? Les débats francs et fructueux et les plans de sortie de crise sont totalement absents.

L'objet de la présente réflexion est d'analyser les conséquences de la crise actuelle sur les économies africaines ainsi que les remèdes éventuels. Mais auparavant, pour mieux situer les manifestations du phénomène, il nous semble important d'exposer d'abord ses origines.

I. Origine de la crise :

La crise financière qui a dégénéré en une crise économique est toujours à la une de toute la presse internationale. Elle est presque équivalente et ressemble à plusieurs égards à celle qui avait frappé le monde industrialisé au début des années 1930. Cette crise qui a débuté, en 2007, par l'effondrement des "subrimes" s'est transformée, en 2008, en un crash boursier et par là à une réduction de la croissance. Comme celle des années trente, la crise actuelle a commencé par une crise financière dont l'épicentre est les Etats-Unis d'Amérique. Elle se déclenche, en août 2007, par le catalyseur des "subrimes". Il s'agit de prêts hypothécaires consentis à des détenteurs de revenus moyens, ayant une faible capacité de remboursement. Pour ne pas perdre les fonds avancés, les banques créditrices recourent successivement à deux procédés pour se faire payer:

- Le premier consiste à titrer les prêts, c'est ce qu'on appelle la "titrisation", c'est-à-dire émettre des obligations au nom de ces prêts. La vente des titres permet à l'acquéreur la garantie de récupérer plus qu'il a investi et permet à la banque de récupérer avant échéance l'argent qu'elle avait prêté.

- Le deuxième consiste à recourir à la vente de l'immeuble objet du prêt en cas de défaillance de l'emprunteur. Mais tout ce montage n'est bien évidemment bénéfique que quand les prix des immeubles continuent à augmenter ou du moins quand ils sont stables. En cas de baisse des prix, les banques perdent de l'argent sur la vente des immeubles et la valeur des titres qu'ils garantissent chutent de façon drastique.

C'est exactement ce qui s'est produit, la chaîne a commencé par la chute des prix des immeubles qui a entraîné celle des cours boursiers, ce qui a causé la défaillance des emprunteurs, laquelle est la cause de l'illiquidité des banques. Comme en 1929, le phénomène s'est produit aux Etats-Unis d'Amérique avant de toucher le reste du monde. Son degré de propagation est fonction des liens qui existent avec la première puissance économique mondiale. C'est pourquoi la crise touche d'abord les pays du vieux continent avant de se propager sur le reste du globe.

La crise bancaire de 2007 qu'on pensait passagère se transforme, en 2008, en un crash boursier. A chaque mauvaise nouvelle ou publication des comptes d'une institution de crédit, ses titres baissent de valeur sur les marchés financiers. Les banques perdent alors des sommes faramineuses d'argent et peinent à trouver les financements nécessaires. A partir de ce moment, elles vont se méfier les unes des autres et limiter les prêts entre elles. Elles perdent aussi la

confiance de leurs clients raison principale de leur activité. Ainsi, les liquidités se raréfient et le marché interbancaire se rétréci. Certains établissements de crédit ont donc vu leur valeur boursière chuter en quelques semaines. Par exemple AIG (numéro 1 de l'Assurance) a perdu 45 % de sa valeur en une semaine et 79 % sur un an. Lehman Brothers, la quatrième banque d'affaire de Wall Street, a perdu 45 % de sa valeur en une seule journée et 94 % sur un an¹.

La faillite des banques qui diminue d'autant les financements de trésorerie et des investissements des entreprises entraîne quant à elle un ralentissement de toute l'activité économique. Ce ralentissement, en se généralisant, attaque toute la chaîne économique, de la production à la répartition. C'est à partir de là où la crise financière se transforme en une crise économique. C'est ce qui s'est produit, en 2009, au moment où la crise financière avait commencé à se manifester sur l'économie réelle. Le PIB mondial avait baissé de 0,6% et le taux de chômage avait rapidement grimpé. Cependant, ces incidences de la crise n'étaient pas les mêmes pour tous le monde. Les pays européens, ayant des liens plus étroits avec l'épicentre, les Etats-Unis d'Amérique, étaient plus exposés. Le PIB de L'Union Européenne avait baissé de 4,1 % et son taux de chômage avait grimpé de 4 points passant de 6,1% à 10%².

Face à cette situation qui s'apparente à une banqueroute généralisée, les pays industrialisés cherchent à porter secours aux banques en difficultés. C'est ainsi que les institutions d'émission vont intervenir massivement. Elles prennent des mesures sans précédents telles que :

- la réduction du taux directeur de crédit à des chiffres très bas, allant jusqu'à presque la gratuité des fonds, entre 0% et 1% de taux d'intérêt ;
- la substitution des banques centrales au marché interbancaire en tant que prêteuses en dernier ressort.

Sept ans après l'éclatement de la crise, force est de constater que la reprise s'annonce fragile, au maximum 1,3% de croissance et le taux de chômage demeure élevé. Si on prend en considération, en plus des sans emplois, ceux qui travaillent à temps partiel, les chiffres déclarés peuvent atteindre des proportions inquiétantes, presque le tiers de la population active en Grande-Bretagne³.

¹ Politique.net, journal en ligne, Samedi 27 septembre 2008, quelles sont les conséquences de la crise financière mondiale.

² Fondation Robert Schuman, l'Europe et la crise et la crise économique mondiale, réponse bilan, Avril 2011.

³ Atlantico du 16 juillet 2014, la prochaine crise mondiale.

Voici en quelques phrases sur l'éclatement et l'évolution de la crise actuelle, crise du vingt et unième siècle, que nous pensons beaucoup plus profonde que le non remboursement de quelques crédits, communément appelé « subprimes », donnés à des fonctionnaires américains. Ce qui nous importe dans cette réflexion ce sont les répercussions de cette crise, qui s'est déjà manifestée, quelques soient par ailleurs ses origines, sur les économies africaines.

II Les conséquences de la crise actuelle sur les économies africaines :

A croire A. Wade, président du Sénégal, la crise actuelle « n'est pas très grave, ce n'est qu'une crise de riches et pour riches dont l'Afrique serait exclue¹ ».

Abdellatif Jouahiri, Gouverneur de la Banque du Maroc va dans le même sens « Nous ne sommes pas concernés par la crise internationale car nous n'avons pas de subprimes dans nos banques ». Dans d'autres pays africains, c'est le même discours qui règne, en Algérie, au Nigéria, etc.

Les déclarations précédentes ont en commun de s'adresser à un public qu'on considère crédule. Elles visent plus à apaiser les tensions sociales et rassurer les investisseurs par un discours plutôt politique que de déclarer les manifestations de la crise, les problèmes que cela pose et d'en rechercher les solutions. Les auteurs de ces déclarations savent pertinemment que les riches et les pauvres sont deux éléments d'une même réalité, ce qui touche l'un touchera obligatoirement l'autre. Ils savent bien aussi que le temps des autarcies est révolu et que le monde d'aujourd'hui n'est plus qu'un petit village dont chaque partie est sensible à ce qui se produit dans les autres parties. Il reste vrai cependant, que le degré d'atteinte des différentes composantes demeure fonction de l'intensité de la crise ainsi que des liens qui existent avec le lieu de son déclenchement.

La crise qui s'est déclenchée en 2007 et dont le catalyseur est l'effondrement des subprimes ressemble à plusieurs égards à la crise de 1929. Comme elle, elle éclate aux Etats-Unis d'Amérique, première puissance économique mondiale. Comme elle aussi, elle se propage rapidement et touche en premier lieu les pays qui ont le plus de liens avec l'épicentre, dans les deux cas les pays européens. Comme elle, enfin, elle se généralise par la suite sur tous les autres continents. L'Afrique en tant que continent ou groupe de pays, appartenant à ce monde, contrairement aux déclarations précédentes, ne peut en aucun cas être à l'abri des événements qui se produisent dans ce monde aujourd'hui vivement emboîté.

¹ A. Wade, lors de la première World Policy conférence, Evian, France du 6 au 8 octobre 2008.

Au-delà des pays ayant des marchés financiers élargis et directement connectés à ceux des pays développés comme l'Afrique du Sud et les pays du Maghreb où la panique s'empare de plusieurs places financières et où les révisions à la baisse des estimations de croissance pour les périodes à venir sont annoncées, toutes les économies africaines sont touchées par le phénomène, de façon directe ou indirecte, selon leur niveau de développement et leurs modes principaux de financement des investissements. Dans ce qui suit, nous énumérerons quelques effets de la crise actuelle sur les économies des pays africains, effets déjà constatés ou qui peuvent advenir.

1. L'émigration :

Parmi les effets bénéfiques de l'émigration on peut citer: la réduction du chômage et l'augmentation de la demande nationale.

a) La réduction du chômage: partir à l'extérieur réduit sensiblement le taux de chômage du pays d'origine. En effet, c'est généralement la population active et surtout les sans-emplois parmi elle qui est à majorité concernée par ce départ. Certains pays africains (Maroc, Tunisie, Sénégal, Cap-Vert, etc.) ont fait de l'émigration toute une politique, en encourageant le départ et en donnant beaucoup de faveurs à leurs émigrés (exonération des droits de douane de certains biens ramenés de l'extérieur, installation de consulats à proximité pour les papiers administratifs, facilité des formalités sur les frontières, etc.);

b) L'augmentation de la demande nationale: les transferts de fonds effectués par les émigrés servent, soit à la consommation, soit à l'investissement. Or, la consommation et l'investissement sont les composantes essentielles de la demande nationale. Ces montants provenant des émigrés ont été tellement importants à tel point que certains pays (Maroc) les considèrent comme l'équivalent de l'apport d'une industrie lourde. La crise actuelle a réduit sensiblement ces transferts. Les entreprises qui sont habitués à vivre, depuis des décennies, à un rythme soutenu, sont obligés de réduire la croissance. Cela a touché déjà les constructeurs automobiles, grands employeurs de mains d'œuvre africaine, où le chômage technique, les plans de départ volontaire et les suppressions d'emplois sont effectivement annoncés. En conséquence, les envoies d'argent avaient chuté, en 2009, de 7%¹ en moyenne pour tout le continent. Au Sénégal, dans les régions du Nord, à fort taux d'émigrés, en plus de la diminution

¹ Frederic Schmachtel, *Afric/Maroc du 06/04/2010: crise et chômage malgré la croissance; commentaire du rapport de la commission économique pour l'Afrique des Nations-Unis*, publié le 20/03/2010.

des transferts venant de l'extérieur on assiste même à une tendance inverse, ce sont les autochtones qui financent la diaspora à l'étranger.¹

2. Le tourisme :

Plusieurs pays africains ont bâti toute une infrastructure sur les activités du tourisme. L'objectif est d'attirer les ressortissants des pays à revenus élevés. La crise économique exerce un effet limitatif sur l'activité de ce sous-secteur. Les fréquentations touristiques ont largement diminués dans les pays du Maghreb. D'autre pays africains, au sud du Sahara, ont aussi vu cette activité diminuer. Au Kenya on estime cette baisse à 10%.² Si, au Maghreb, on ne peut séparer les effets de la crise de ceux du printemps arabe sur les activités touristiques, au Kenya, par contre, la baisse ne peut être attribuée qu'à la crise. On peut même penser que si c'était tout simplement le printemps arabe, les flux devaient augmenter dans les autres sites comme au Kenya. En Mauritanie, dans les villes du nord, Atar et Chinguetti, là où les investissements sont colossaux, les établissements d'accueil des touristes sont vides, abandonnés par le personnel et les propriétaires.

3. Les investissements directs étrangers :

En Afrique la crise se manifeste aussi par la baisse des Investissements Directs Etrangers (IDE). Des pays appartenant au continent, surtout à revenu intermédiaire, ont fourni, ces dernières années, de gros efforts pour attirer ce genre de capitaux. Ces nations risquent de voir leurs sacrifices amortis par la contraction de ce genre d'investissements du au manque de liquidité internationales et à la méfiance du crédit interbancaire. Au Maroc, rien qu'en 2011, ces investissements ont diminué de 27%. D'autres formes de flux de capitaux privés sont également touchées. Il s'agit des obligations sur les marchés internationaux de capitaux. Des pays comme le Nigéria et le Ghana, pour avoir les liquidités, recouraient abondamment à ce genre d'endettement. Aujourd'hui, ces effets publics trouvent de moins en moins d'acquéreur³.

4. L'Aide Publique Au développement :

Pour financer les investissements, un certains nombre de pays africains dépend largement de l'Aide Publique au Développement (APD). La nécessité de venir en aide aux banques en difficultés et de porter secours aux secteurs touchés par la crise contraint les donateurs à réduire le volume de leurs dons "charité bien ordonnée commence par soi-même".

¹ seneweb.com du 20/07/2013, impact de la crise économique sur les circuits du transfert d'argent.

² LesEchos.fr du 22/05/2014, les conséquences pour l'Afrique de la crise en Europe.

³ Commission économique pour l'Afrique, le Caire, 2009.

Déjà, en 2011, des pays comme la Grèce et l'Espagne, à déficit budgétaire important ont annoncé la réduction de cette rubrique respectivement à 40% et à 33%.¹ La France a elle aussi révisé son aide. Or, de nombreux pays africains, Guinée-Bissau, Sierra Léone, Libéria, etc., dépendent structurellement de ces fonds. L'APD représente pour certains de ces pays plus de 30% des recettes budgétaires et pour d'autres, Libéria, plus du tiers du PIB. Ainsi, sa diminution, pour les plus vulnérables, entraînera à coup sûr, une augmentation du chômage, de la pauvreté, de l'instabilité et de l'ensemble des tares sociales (délinquance, criminalité, trafics de tout genre, etc.).

On peut aussi attribuer à la crise les événements qui se sont produits depuis son déclenchement. Il s'agit, notamment, de la remise en cause du processus démocratique, entamé en 1990, et le retour fulgurant aux coups de force militaires, Mauritanie, Madagascar, Guinée-Bissau, Guinée Conacri, Niger. On peut lui attribuer également l'élévation de la criminalité dans certaines régions d'Afrique, attaques armées contre des militaires ou des civils, quidnapping, trafic de drogue, fuite de milliers de jeunes, dans des embarcations de fortune, à la recherche de stabilité et d'emploi.

5. L'effet des banques étrangères :

Si la crise se prolonge ou si elle s'intensifie les banques installées en Afrique ou ayant des participations dans les établissements locaux peuvent faire appel à leur capitaux. Cet appel diminue les fonds et par conséquent réduit les investissements et restreint de ce fait le taux de croissance. Cette dernière qui avait atteint, en 2007, 6,1% d'augmentation, n'a enregistré que 1,9%, en 2009. Ainsi, la diminution de la croissance, entraîne, quant à elle, une réduction de l'emploi, donc une augmentation du chômage et de la pauvreté, surtout pour les groupes les plus vulnérables.

6. L'effet des multinationales :

La crise financière touche de façon directe les entreprises cotées en bourse dont les multinationales. Cela se manifeste par la baisse des cours des valeurs mobilières. Cette situation, couplée à la baisse des prix des produits de base et la difficulté d'accès au crédit traditionnel met à mal les multinationales et par voie de conséquence toute la chaîne où elles interviennent. C'est à cause du manque de moyens que la BHP Billiton², gros investisseur dans le domaine du Nickel, avait abandonné ses activités de prospection. La société PETRONA a

¹ LesEchos.fr, Op.cité

² Commission économique pour l'Afrique, Op. Cité.

fait état de son retrait du puits Chinguitti de production de pétrole en of shore et la société TULLOW¹ annonce l'abandon du projet de production de l'électricité à partir du gaz de Banda en Mauritanie. C'est aussi, par manque de financement que le lancement de nombreux projets on été abandonnés ou retardés dans des pays africains.

7. Les exportations :

Avec la crise, les pays africains connaissent un essoufflement du niveau de leurs exportations. E, effet, la diminution de la demande des clients traditionnels² et la baisse des cours de leurs produits exportés, dont certains ont baissé de 20%³ engendrent un déséquilibre de la balance des paiements. Un autre risque, non moins important, mérite d'être signalé, il s'agit du poids de la dette, appelé à s'envoler, sous l'effet de la recherche de financement, de l'augmentation des taux d'intérêt et des rééchelonnements successifs de la dette bilatérale ou multilatérale. C'est la chute du prix du fer à moins de 40%⁴ qui inquiète aujourd'hui la SNIM⁵. La société a déjà annoncée une réduction de certaines rubriques de son budget (heures supplémentaires, voyages, missions, etc.) en vue de faire face à la réduction des recettes d'exportation. C'est aussi la baisse des cours du pétrole qui fait fuir la société PETRONA.

III. Comment agir ?

Bien que les dirigeants africains se sont tus ou quand ils parlent minimisent les effets de la crise sur leur économie, au niveau pratique, par contre, ils se sont empressés pour stopper ou du moins limiter les effets de celle-ci. Plusieurs mesures ont été prises pour diminuer l'impact du phénomène. Ces mesures diffèrent selon les pays, chacun choisi l'intervention qui lui semble la meilleure. Certains ont privilégié la réduction du taux d'intérêt (Afrique du Sud, Nigéria, Kenya). D'autres ont avantagé l'injection de liquidités dans les établissements financiers (Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Mali, Niger). D'autres pays, ont préféré la recapitalisation des banques (Mali, Tunisie, Algérie, Kenya). On peut citer encore la politique budgétaire, la réduction des dépenses publiques, le remboursement de la TVA à certains exploitants, la réduction des droits de douanes entre pays de la même région, la mobilisation des ressources

¹ Le Calame du 01/01/2015

² Le Japon, monopsonne du poulpe mauritanien, a révisé à la baisse, avec la crise, sa consommation et son prix, alors que le produit fournie à la Mauritanie 56% des recettes d'exportation du secteur de la pêche.

³ Commission économique pour l'Afrique, Op. Site.

⁴ Jeune Afrique du 26/11/2014 par Christophe le BEC

⁵ SNIM, Société Nationale Industrielle et Minière, Société publique d'exploitation du minerai de fer en Mauritanie.

intérieure, la dévaluation de la monnaie pour encourager les exportations, l'emprunt obligataire, etc. et la liste n'est pas exhaustive.

Toutes les mesures prises ont en commune de vouloir atténuer les effets de la crise sur les économies nationales. Seulement, les contraintes financières réduisent le champ que les pays peuvent prendre à cette fin. Il faut nécessairement, en plus des efforts nationaux, une solidarité internationale pour que la crise actuelle ne se transforme pas en une catastrophe humanitaire. Pour cela, les pays riches qui ont adopté des plans de relance pour leur économie ne doivent pas perdre de vue que les pays pauvres sont l'autre partie de cette même réalité. Ainsi, les plans de relance des pays développés, seront plus efficaces si des plans similaires sont aussi appliqués dans les pays pauvres. Comme nous l'avons annoncé plus haut, la crise actuelle, ressemble à plusieurs égards à celle qui a frappé le monde au cours des années 1930. Elle lui ressemble du point de vue intensité, origine et épicode. Logiquement le remède doit être le même : stimuler la croissance par l'accroissement de la demande. Or, cette dernière dépend du revenu mais aussi de la propension marginale à consommer. La propension marginale à consommer qui veut dire la part de l'augmentation du revenu qui servira à l'augmentation de la consommation est très élevée chez les populations pauvres, surtout africaines, dont une faible proportion des besoins est satisfaite.

Cette politique, chère à Keynes et à ses adeptes, appliquée un peu partout après la plus grande déflagration du système capitaliste, et qui a donné des résultats probants, peut, aujourd'hui, en prenant en considération les transformations intervenues depuis lors, donner des résultats avantageux. S'il est vrai que la crise actuelle ressemble à celle de 1929, le remède envisagé doit être le même.

En définitive, on peut dire qu'une augmentation du poids de la dette, couplée à une diminution de l'aide au développement, des investissements directs étrangers, des dons, d'une baisse des recettes d'exportation et des transferts des émigrés entraîne des conséquences notoires sur les politiques sociales des pays africains. La crise actuelle a produit en Afrique des effets inquiétants sur l'éducation, l'emploi, la santé, l'eau potable, la sécurité, la lutte contre la corruption et la lutte contre le terrorisme, secteurs où la coopération entre nations joue un rôle de premier plan.

Pour limiter les effets de la crise, et si on accepte que le monde d'aujourd'hui n'est qu'un petit village, les efforts égoïste ne peuvent donc pas résoudre le problème. De ce fait, les

combats individuels, nationaux ne sont pas suffisants, il faut une lutte internationale, une solidarité qui prenne en compte les intérêts de tous.

✓ **Références :**

- Denise Flouzat: Economie contemporaine, T.2, Thémis 1996.
- Monique Béziade: la Monnaie, 2^{ème} édition, Masson Paris, 1985.
- Politique.net, journal en ligne, 24/08/2007.
- Badara Dioubaté, Guinée Forum, 19/10/2008.
- Frédéric Schmachtel, Economie, Afrique/Maroc du 06/04/2010, Crise malgré la croissance.
- Omar Tiam, Sdonline, 16/10/2008.
- Nations-Unies, Conseil Economique et Social, Commission Economique pour l'Afrique, 28^{ème} réunion du comité d'experts, mai 2009.
- Nations-Unies, Conseil Economique et Social, Commission Economique pour l'Afrique, 29^{ème} réunion du comité d'experts, février 2010.
- Jeune Afrique N°2498 du 23 au 29 novembre 2008.
- Jeune Afrique du 26/11/2015
- Les Echos.fr du 22/05/2014: Les conséquences pour l'Afrique de la crise en Europe
- Le Calame du 01/01/2015

Des prescriptions et des sanctions relatives à la protection de l'eau et des milieux aquatiques



KAID HAFIDA : Doctorante
en droit des affaires comparée,
et professeur contractuelle à la faculté
de droit Mostaganem, Algérie

Introduction :

Dans le domaine de l'environnement, l'instauration de la taxe e générale sur les activités polluantes en 1998 constitue une étape significative, mais elle ne concerne que marginalement le domaine de l'eau¹. Après les critiques ou systèmes en vigueur, la constitutionnalisation des principes fondamentaux du droit de l'environnement, les exigences de la directive-cadre européenne, et les exigences relatives à la mise en œuvre du pollueur/payeur, le législateur français et algérien devait réformer le dispositif en vigueur. La loi de 2006 a effectivement modifié de manière significative la fiscalité et la sanction pénale de l'eau telle qu'applicable depuis la loi de 1964, le champ d'applicable et les modalités de mise en œuvre sont précisés².

1 - LAVIELLE (J.M), Droit international de l'environnement, ELLIPSES, 2010,p.13.

2 - Farinetti (A), La protection juridique des cours d'eau, éd. Johanet 2012,p.153.

Chapitre1 : Des prescriptions de protection de l'eau et des milieux aquatiques

Section1 : protection de l'eau douce :

Sans préjudice des dispositions législatives en vigueur, la protection des milieux hydriques et aquatiques a pour objet de satisfaire et de concilier les exigences¹ :

- De l'alimentation en eau, de ses usages et ses effets sur la santé publique et l'environnement conformément à la législation en vigueur ;
- De l'équilibre des écosystèmes aquatiques et des milieux récepteurs et spécialement de la faune aquatique ;
- Des loisirs, des sports nautiques et de la protection des sites ;
- De la conservation et de l'écoulement des eaux².

Les eaux superficielles ou souterraines, les cours d'eau, lacs et étangs, les eaux littorales ainsi que l'ensemble des milieux aquatiques font l'objet d'un inventaire établissant leur degré de pollution.

Des documents particuliers sont établis pour chacune de ces eaux d'après des critères physiques, chimiques biologiques et bactériologiques pour déterminer l'état de chacune d'elles.

La réglementation définit :

- La procédure d'établissement des documents et de l'inventaire cités à l'alinéa ci-dessus, ainsi que les modalités et délais de contrôle ;
- Les spécifications techniques et les critères physiques, chimiques, biologiques et bactériologiques auxquels les cours d'eau, sections de cours d'eau, lacs et étangs et les eaux littorales et souterraines doivent répondre ;
- Les objectifs de qualité qui leur sont fixés ;
- Les mesures de protection ou de régénération qui doivent être engagées pour lutter contre les pollutions constatées³.

Les installations de déversement doivent, dès leur mise en service, fournir des effluents conformes aux conditions qui sont fixées par voie réglementaire.

En outre, la réglementation détermine notamment :

1 - JOHANT (V), Le guide de l'eau, éd, JOHANET ? 2012/2013, p.157.

2 - art 48.de la loi n° 05-12 du 4 août 2005 relative à l'eau, modifiée et complétée par la loi n°08-03 du 23janvier 2008 et l'ordonnance n°2009-02 du 22juillet 2009 :

3 - art 49.

1)- les conditions dans lesquelles doivent être réglementés ou interdits les déversements, écoulement, rejets, dépôts directs ou indirects d'eau, et de matières, et plus généralement, tout fait susceptible d'altérer la qualité des eaux superficielles ou souterraines et des eaux du littoral ;

2)- les conditions dans lesquelles sont effectués les contrôles des caractéristiques physiques, chimiques, biologiques et bactériologiques des eaux de déversement et les conditions dans lesquelles il est procédé aux prélèvements et aux analyses d'échantillons¹.

Tout déversement ou rejet d'eaux usées ou de déchets de toute nature dans les eaux destinées à la réalimentation des nappes souterraines, dans les puits, forages, ou galeries de captage désaffectés est interdit².

Section 2 : protection de la mer :

Nonobstant les disputations législatives en vigueur relatives la protection de l'environnement marin, sont interdits le déversement, l'immersion et l'incinération dans les eaux maritimes sous juridiction algérienne, de substances et matières susceptibles :

- De porter atteinte à la santé publique et aux écosystèmes marins ;
- De nuire aux activités maritimes, y compris la navigation, l'aquaculture et la pêche ;
- D'altérer la qualité des eaux maritimes du point de vue de leur utilisation ;
- De dégrader les valeurs d'agrément de la mer et des zones côtières et de porter atteinte à leur potentiel touristique.

La liste des substances et matières visées dans cet article est précisée par voie réglementaire³.

1 - loi n° 05-12 du 4 août 2005 relative à l'eau, modifiée et complétée par la loi n°08-03 du 23 janvier 2008 et l'ordonnance n°2009-02 du 22 juillet 2009 :

- art 51- l' inventaire périodique du degré de pollution des eaux souterraines et pollution souterraines et superficielles ainsi que les contrôles des caractéristiques des eaux de déversement ou de rejet sont effectués conformément aux dispositions des articles 49 et 50 de la loi n° 2003-10 du 19 jourmada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, et aux textes réglementaires subséquents.

2 - loi n° 05-12 déjà citée , art 43 : « Conformément aux dispositions des articles 48 et 51 de la loi n° 2003-10 du 19 juillet déjà citée. Les milieux hydriques et les écosystèmes aquatiques doivent être protégés contre toute forme de pollution susceptible d'altérer la qualité des eaux et de nuire à leurs différents usages.

3 - art 52. Déjà citée.

Le ministre chargé de l'environnement peut, après enquête publique, proposer des règlements et autoriser le déversement, l'immersion ou l'incinération en mer, dans des conditions telles que ces opérations garantissent l'innocuité et l'absence de nuisance du déversement, de l'incinération ou de l'immersion¹.

Les dispositions de l'article 53 ci-dessus ne s'appliquent pas en cas de force majeure, due aux intempéries ou toute autre cause, lorsque la vie humaine ou la sécurité d'un navire ou d'un aéronef est menacée².

L'embarquement ou le chargement de tous matériaux, substances ou déchets destinés à être immergés en mer est subordonné à l'obtention d'une autorisation délivrée par le ministre chargé de l'environnement.

Les autorisations d'immersion délivrées valent autorisation d'embarquement ou de chargement au sens du présent article.

Les conditions de délivrance, d'utilisation, de suspension et retrait de ces autorisations sont fixées par voie réglementaire³.

Dans le cas d'avaries ou d'accidents dans les eaux sous juridiction algérienne survenus à tout navire, aéronef, engin ou plate-forme transportant ou ayant à son bord des substances nocives, dangereuses ou des hydrocarbures et pouvant créer des dangers graves et imminents susceptibles de porter atteinte au littoral ou aux intérêts connexes, le propriétaire dudit navire, aéronef, engin pour mettre fin à ces dangers⁴.

Dans le cas où cette mise en demeure reste sans effets ou n'a pas les effets attendus dans le délai imparti ou, en cas d'urgence, l'autorité compétente fait exécuter les mesures nécessaires aux frais du propriétaire⁵.

Le capitaine de tout navire transportant des marchandises dangereuses, toxiques ou polluantes naviguant à proximité ou à l'intérieur des eaux sous juridiction algérienne, est

1 - art 53 Déjà citée.

2 - art 54. Déjà citée

3 - art 55. Déjà citée

4 - M.Despax, la pollution des eaux et ses problèmes juridiques, Litec, 1996.

5 - art 56. Déjà citée.

tenu de signaler tout événement en mer survenu à son bord et qui pourrait être de nature à constituer des menaces de pollution ou de contamination du milieu marin, des eaux et des cotes nationales.

Les modalités d'application du présent article sont précisées par voie réglementaire¹.

Tout propriétaire d'un navire transportant une cargaison d'hydrocarbures en avec est responsable des dommages par pollution résultant d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de ce navire dans les conditions et limites déterminées par la convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures².

Chapitre 2 : Des sanctions relatives à la protection de l'eau et des milieux quatiques .

Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'information ainsi que la gravité de l'infraction l'exigent, le bâtiment, aéronef, engin ou plate-forme qui a servi à commettre l'une des infractions visées à l'article 52 de la présente loi, peut être immobilisé sur décision du procureur de la République et du magistrat saisi.

A tout moment, l'autorité judiciaire compétente peut ordonner la levée de l'immobilisation, s'il est fourni un cautionnement dont elle fixe le montant et les modalités de versement.

Les conditions d'affectation, d'emploi et de restitution du cautionnement sont réglées conformément aux dispositions du code de procédure pénale³.

Les infractions aux dispositions des articles de présente loi sont jugées par le tribunal compétent du lieu de l'infraction⁴.

Sont, en outre, compétents :

- S'il s'agit d'un bâtiment, engin ou plate-forme, le tribunal dans le ressort duquel il est immatriculé s'il est algérien.

1 Art 57. Déjà citée.

2 -art 58. Déjà citée.

3 - art 88. . Déjà citée

4 - ANZLOTTI, La responsabilité internationale des états à raison des dommages soufferts par des étrangers, rev. G.D.I.P. 2003.

- S'il s'agit d'un véhicule étranger ou non immatriculé, le tribunal dans le ressort duquel il est trouvé ;
- S'il s'agit d'un aéronef, le tribunal du lieu d'atterrissage, le tribunal du lieu d'atterrissage, après le vol au cours duquel l'infraction a été commise¹.

Est puni d'un emprisonnement de six(6) mois à deux(2) ans et d'une amende de cent mille dinars (100.000DA) à un million de dinars (1.000.000 DA) ou de l'une de ces deux peines seulement, le capitaine d'un bâtiment algérien ou tout commandant de bord d'un aéronef algérien ou toute personne assurant la conduite des opérations d'immersion ou d'incinération en mer sur des engins algériens ou plates-formes fixes ou flottantes dans les eaux sous juridiction algérienne qui se sera rendu coupable d'infraction aux dispositions de la loi.

En cas de récidive, la peine est portée au double.

Dans le cas prévu à l'article 53 ci-dessus, les immersions, les déversement ou les incinérations doivent être notifiés dans les plus brefs délais, par les personnes visées à l'article 90 ci-dessus aux administrateurs des affaires maritimes sous peine d'une amende de cinquante mille dinars (50.000DA) à deux cent mille dinars (200.000DA).

Cette notification devra mentionner, avec précision, les circonstances dans lesquelles sont intervenues ces opérations².

Sans préjudice des peines prévues à l'article 90 ci-dessus, si l'une des infractions a été commise sur ordre du propriétaire ou de l'exploitant du navire, de l'aéronef, de l'engin ou de la plate-forme, ce propriétaire ou cet exploitant est puni des peines prévues au dit article, le maximum de ces peines étant toutefois porté au double.

Si ce propriétaire ou cet exploitation n'a pas donné au capitaine, au commandant de bord ou à la personne assumant la conduite des opérations d'immersion à partir de l'engin ou de la plate-forme, l'ordre écrit de se conformer aux dispositions de la présente loi relatives à la protection de la mer, il est poursuivi comme complice des infractions qui y sont prévues.

Lorsque le propriétaire est une personne morale, la responsabilité prévue aux deux alinéas ci-dessus incombe à celui ou à ceux des représentants légaux ou dirigeants de fait qui en assurent la direction ou l'administration ou toute personne habilitée par eux³.

1 -art 89. . Déjà citée

2 Art 91 . Déjà citée

3 - art 92. . Déjà citée

Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende d'un million de dinars (1.000.000 DA) à dix millions de dinars (10.000.000 DA) ou de l'une de ces deux peines seulement, tout capitaine soumis aux dispositions de la convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, signée à Londres le 12 mai 1954 et de ses modifications, qui se sera rendu coupable d'infraction aux dispositions relatives aux interdictions de rejet à la mer d'hydrocarbures ou de mélanges d'hydrocarbures. Et en cas de récidive, la peine est portée au double¹.

Est puni d'un emprisonnement d six (6) mois à deux (2) ans est d'une amande de cent mille dinars (100.000DA) à un million de dinars (1.000.000DA), ou de l'une de ces deux peines seulement, tout capitaine d'un bâtiment non soumis aux stipulations de la convention sus-mentionnée et qui se sera rendu coupable d'infraction dispositions de l'article 93 ci-dessus. En cas de récidive, la peine est portée ou double².

Les dispositions d'article 94 ci-dessus sont applicables aux bâtiments ci-après :

- Navires citernes ;
- Autres navires, lorsque la puissance installée de la machine propulsive est supérieure à une puissance installée fixée par le ministre chargé de la marine marchande ;
- Engins portuaires, chalands et bateaux-citernes fluviaux qu'ils soient auto moteur, remorqués ou poussés.

Les bâtiments de la marine nationale sont exclus du champ d'application des dispositions de l'article 94 ci-dessus³.

Dans les eaux sous juridiction algérienne fréquentées normalement par les bâtiments de mer, les dispositions de la loi s'appliquent aux bâtiments étrangers même immatriculés dans un pays non convention d Londres susmentionnée, et y compris les catégories de bâtiments énumérés à l'article 95 ci-dessus⁴.

Est puni d'une amende de cent mille dinars (100.000DA) à un million de dinars (1.000.000 DA) le capitaine qui, par maladresse. Imprudence, intention, négligence ou inobservation des lois et règlements a provoqué, n'a pas maîtrise ou n'a pas évité un

1 - art 93. Déjà citée

2 - art 94. Déjà citée

3 - art 95. Déjà citée

4 -art 96. . Déjà citée

accident de mer, ayant entraîné un rejet de substances qui ont pollué les eaux sous juridiction algérienne.

Les mêmes peines sont applicables au propriétaire, à l'exemple ou à toute autre personne que le capitaine, qui aura causé un rejet de substances dans les conditions prévues ci-dessus¹.

N'est pas punissable, en vertu du présent article, le rejet consécutif à des mesures justifiées par la nécessité d'éviter un danger grave et imminent menaçant la sécurité des navires, la vie humaine ou l'environnement².

Toute infraction aux dispositions de l'article 57 ci-dessus est punie d'une amende de cent mille dinars (100.000DA) à un million de dinars (1.000.000DA)³.

Nonobstant les poursuites judiciaires en cas de dommages causés à toute personne, au milieu marin ou aux installations, est punie d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de deux millions de dinars (2.000.000DA) à dix millions de dinars (10.000.000DA), l'infraction à l'article 57 de la présente loi, suivie d'un rejet à l'intérieur des eaux sous juridiction algérienne d'hydrocarbures ou de mélange d'hydrocarbures⁴.

Le fait de jeter, déverser ou laisser écouler dans les eaux superficielles ou souterraines ou les eaux de la mer dans la limite des eaux sous juridiction algérienne, directement ou indirectement, une des substances quelconques dont l'action ou les réactions entraînent, même provisoirement, des effets nuisibles sur la santé de l'homme ou des dommages à la flore ou à la faune, ou des délimitations d'usages des zones de baignade, est puni de deux (2) ans d'emprisonnement et de cinq cent mille dinars (500.000DA) d'amende.

Lorsque l'opération de rejet est autorisée par arrêté, les dispositions de cet alinéa ne s'appliquent que si les prescriptions de cet arrêté ne sont pas respectées.

Le tribunal peut également imposer au condamné de procéder à la restauration du milieu aquatique.

1 - MARC (PH), les cours d'eau et le droit, éd, JOHANET, 2006 , p.35.

2 -art 97. . Déjà citée

3 -art 98. Déjà citée

4 -art 99. . Déjà citée

Ces mêmes peines et mesures sont applicables au fait de jeter ou d'abandonner des déchets en quantité importante dans les eaux superficielles ou souterraines ou dans les eaux de la mer sous juridiction algérienne, sur les plages ou sur les virages de la mer¹.

Chapitre 3 : les sanctions fiscales pour pollution de l'eau :

En occultant la référence au principe polluer /payeur, le législateur précise que « en application du principe de prévention et du principe de réparation des dommages à l'environnement, l'agence de l'eau établit et perçoit auprès des personnes publiques ou privées des redevances pour pollution de l'eau, pour modernisation des réseaux de collecte, pour pollutions diffuses, pour prélèvements la ressource en eau, pour stockage d'eau en période d'étiage, pour obstacle les cours d'eau et pour protection du milieu aquatique².

- 1- les redevances pour pollution de l'eau :

Elles s'imposent à toute personnes, hormis les propriétaires et occupants d'immeubles à usage principal d'habitation, dont les activités entraînent un rejet. Elles sont au nombre de deux, selon leur origine, domestique ou pas.

- **Les redevances pour pollution non domestique** sont elles-mêmes dissociées en plusieurs éléments, avec un schéma général, dès qu'un seuil de rejet de certains polluants est franchi une taxation en euros est applicable et le cas particulier des élevages qui font l'objet d'une application différenciée, le niveau d'imposition excluant la plupart des élevages extensifs. Les agences peuvent moduler l'application de la redevance d'un ensemble variable de critères (tel le niveau de pollution) ou plus particuliers³.

- **Les redevances pour pollution d'origine domestique** en revanche reposent sur un dispositif simplifié, globalement proportionnel au volume d'eau facturée à l'abonné ou sur un forfait. De plus y sont désormais assujettis les usagers soumis au comptage de prélèvement sur des sources autres que le réseau de distribution.

- 2- les redevances pour modernisation des réseaux de collecte :

- Elles sont dues par les redevables de la redevance pour pollution d'origine domestique, ainsi que les personnes payant la redevance pour pollution domestique et qui sont soumises à la redevance d'assainissement. elle est perçue par l'agence auprès de

1 - M.Despax, la pollution des eaux et ses problèmes juridiques, Litec, 1996.p.321.

2 - NGUTEN TIEN-DUC, la guerre de l'eau aura-t-elle lieu, éd, JOHANET, 1999, P.258.

3 - Prescription imposées au titre de la police de l'eau.

l'exploitant du service qui doit équilibrer ses comptes, elle sera donc répercutée sur tous les usagers¹.

- **La redevance pour pollution diffuse :**

Elle ne vise que les produits phytosanitaires et se à la TGAP existante applicable à ces produits. Cette taxe ne sera payée que par les distributeurs et doit être répercutée sur l'utilisateur final, sans distinction (donc agriculteurs ou pas). De plus, l'Agence de l'eau peut verser une prime pouvant aller jusqu'à 50% de la taxe versée à tout utilisateur développant des pratiques permettant de réduire la pollution de l'eau (mais ces pratiques ne sont pas définies)².

3- la redevance pour prélèvement sur la ressource :

Elle réforme la redevance (prélèvement) existante, quelque peu simplifiée. Elle ne vise « toute personne dont les activités entraînent un prélèvement », mais le législateur exonère certaines activités (aquaculture, prélèvement liés à l'antigel pour les cultures pérennes). Elle est assise sur le volume d'eau prélevé au cours d'une année, tous les forages pour l'alimentation en eau devant disposer d'un comptage, ou sur un forfait déterminé en particulier à partir de l'activité considérée. La fixation du tarif de la redevance tient compte des caractéristiques de la zone (zone de déficit le tarif est supérieur), ou des caractéristiques des prélèvements (plusieurs usages, préservation des écosystèmes, installation hydroélectrique).

4- la redevance pour stockage d'eau en période d'étiage :

Elle concerne les modifications du régime des eaux, elle est réservée aux stockages de plus d'un million de mètres cubes réalisés sur un cours d'eau en période d'étiage. L'assit de la redevance est le volume d'eau stocké pendant la période d'étiage qui est fixée par l'Agence de l'eau en fonction du régime des cours d'eau³.

1 - GUILHAL (D), Droit répressif de l'environnement, Economica, 2014, p.120.

2 - Site d'information générale et de données sur l'eau : [http:// www.eaufrance.com](http://www.eaufrance.com)

3 ROMI (R), Droit administration de l'environnement, Montchrestien, 7eme éd, 2010.p358.

5- la redevance pour obstacle les cours d'eau :

Elle est due toute personne possédant un ouvrage constituant un obstacle continu joignant les deux rives d'un cours d'eau. Sont exonérés les propriétaires d'ouvrages hydroélectriques assujettis pour prélèvement sur la ressource. La redevance est assise sur la mesure du dénivelé entre les lignes d'eau en amont et aval de l'ouvrage, le coefficient applicable tenant compte de la capacité de l'ouvrage à permettre le transit sédimentaire.

6-la redevance pour protection du milieu aquatique :

il s'agit d'une intégration dans le système général de la fiscalité de l'eau de la taxe piscicole (devenue paradoxalement redevance), due par les personnes se livrant à une activité pêche. Elle est collectée par les fédérations de pêche au sien de laquelle s'exerce l'activité, qu'il s'agisse d'amateurs ou de professionnels¹.

C'est l'Agence de l'eau qui fixe cette redevance, dans la limite des plafonds déterminés par le législateur².

Le législateur maintient le régime particulier applicable dans les départements d'outre-mer où la fiscalité relève de la compétence des offices, mais il réforme cependant le dispositif en vigueur, en le rapprochant du système métropolitain. Mais ils perçoivent les redevances suivantes, parfois avec un régime spécifique : prélèvement sur la ressource, pollution, modernisation des réseaux de collecte, pollutions diffuses, stockage en période d'étiage, obstacle sur les cours d'eau et protection du milieu aquatique³.

1 - SOHNLE (J), le droit international des ressources en eau, la documentation française, 2002, p. 148.

2 - par exemple droit français il prévoit 10 euros par personne majeure, pour une année, 4 euros pour quinze jours de pêche consécutifs, 1 euro pour un exercice de pêche de l'alevin d'anguille, de saumon ou de la truite de mer).

3 - Publication des Agences de l'eau-<http://www.eaufrance.com>

Conclusion :

De manière générale, le législateur instaure, pour les redevances, et sanctions pénale, prélèvement et rejets, un régime d'imposition directe en fonction de l'eau consommée pour les usages domestiques et un régime déclaratif pour les autres usages. La détermination de l'imposition permet, pour plusieurs redevances, des modulations sur la base de critères tout à fait variables d'un bassin à l'autre.

Le législateur instaure un système déclaratif, à charge pour les Agences de l'eau de vérifier le contenu de ces déclarations ainsi que les documents produits par les redevables. Le contrôle pouvant aussi s'exercer sur des pièces demandées aux intéressés ou sur place après avis préalable. Les erreurs constatées conduisent à rectification après avis préalable, faute de déclaration ou de réponse, les Agences peuvent établir les redevances d'office.

Le recouvrement des redevances est assuré par l'agent comptable de l'agence de l'eau, pour certaines redevances en coordination avec les exploitants des services publics de l'eau.

L'Intelligence Juridique Moyen de Protection de la Société Anonyme



Réalisé par : Mlle Maha AMGAAD

Doctorante en « Droit privé Français »

Université Hassan II, faculté des sciences

Juridiques et économiques Mohammedia

Introduction :

La société anonyme est une cellule économique et sociale complexe située au carrefour de lux financier, économique et juridique dans un monde concurrentiel et en perpétuel changement. Actuellement, et après la crise économique, la société anonyme souhaite développer, assurer et protéger son fonctionnement à travers les mécanismes du contrôle interne et externe contre les différents risques tels que : La stabilité interne, concurrence déloyale, etc.

En revanche, la croissance du risque juridique représente un décalage de compétitivité qui nécessite d'introduire de bonnes techniques de gouvernance basées sur le renforcement du contrôle interne associé aux méthodes de conformité « Compliance en anglais¹ » et qui sont une nouvelle façon de se prémunir contre ces risques².

Cependant, les risques liés au concept de conformité ne sont pas définis d'un seul point de vue, puisque la conformité peut être définie à partir de l'intelligence économique³ vers une

¹ Compliance : est l'ensemble des lois nationales, des conventions internationales et des règles déontologiques que les entreprises doivent appliquer pour anticiper et gérer des risques juridiques.

² Pierre Memheld, « Intelligence économique et anticipation des risques : application à la lutte anti- corruption », revue du Grasco, Novembre 2013.

³ L'intelligence économique : permet d'apporter une compréhension et des réponses aux enjeux géopolitiques, économiques et financiers, concurrence, selon les différents pôles « environnement international et compétitivité, l'intelligence économique dans les organisations, la gestion de l'information, protection et défense du patrimoine informationnel, influence et contre influence ».

intelligence juridiques¹, qui sont des solutions à part entières ou comme faisant partie du système existant de planification et de décision de la société².

Pour réussir l'objectif, chaque juriste acteur du droit doit parfaitement intégrer que le droit n'est pas une fin en soi, tout au plus un moyen, un outil de performance et de compétitivité décliné au profit des décideurs économiques. Dans cet esprit, le juriste se voit intimer la mission, pour se distinguer des autres, d'apporter une valeur ajoutée pour son client/employeur³.

Après cette introduction, peut-on considérer l'intelligence juridique comme un moyen de protection de l'information au sein de la société anonyme?

I) L'intelligence juridique un facteur clé de la protection de l'information :

La bonne gestion de l'information a toujours été un instrument puissant pour procurer des avantages concurrentiels⁴.

En société, la communication de l'information procédée d'une obligation fondée sur la communauté d'intérêt des associés, partageant tout risque social, chacun des associés veille à le limiter et celui qui détient une information utile à la prise d'une meilleure décision la porte à la connaissance des membres de l'organe délibérant, cette divulgation sert l'intérêt de tous et de celui qui fait partager l'information⁵.

Pour mieux définir l'intelligence juridique, il est nécessaire de passer par la notion de l'intelligence économique " 1" qui représente un mouvement de convergence, un critère de compétitivité, une matière première d'une nouvelle industrie, un fondement d'une culture écrite, une source de concertation pour: l'État, entreprises, collectivités territoriales⁶. Par la suite démontrer le rôle de l'intelligence juridique dans la protection de l'information au sein de la société " 2".

1) De l'intelligence économique vers l'intelligence juridique :

Les dispositions de mise en œuvre du contrôle interne qui concernent la gouvernance, le pilotage, l'environnement de contrôle et la communication au sein de la société, répondent

¹ L'intelligence juridique : est un complément nécessaire de l'intelligence économique, c'est un outil de protection, de pénalisation, mais aussi un outil de collecte d'information s: des sociétés et des gouvernements sont contraints de mettre à disposition d'autorités étrangères certaines de leurs données pour respecter des « lois nationales », « régional ou international ».

² Murphy James J, " Identifying strategic issues ", Longe Range Planning, n° 2, mars-avril 1989.page: 101-105

³ Olivier de Maison Rouge, "Le droit de l'intelligence économique et stratégique : de la reconnaissance à l'affirmation", Centre national de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique Mars 2014.

⁴Noirot, Philippe, Walter, Jacques," Le contrôle interne", Edition: AFNOR, Publication: 2009. Page 149

⁵Dominique Schmidt," Les conflits d'intérêt dans la société Anonyme", Edition Joly, Edition DELTA, nouvelle version 2004. Page 41

⁶Martre Henri," Intelligence économique et stratégie des entreprises", Paris, Commissariat général du Plan, La Documentation française 1994. pages 213

complètement à cette dimension de l'intelligence économique qui se révèle généralement délicate à mettre en œuvre.

Un pilotage par les risques, basé sur un contrôle interne efficace et efficient, fournit, naturellement à l'entreprise un dispositif d'intelligence économique¹.

La traduction du terme anglais "intelligence" fournit l'acception de "renseignement", pour les anglo-saxons, l'intelligence c'est certes la faculté de saisir, mais cette compréhension se double d'une aide efficace: le renseignement².

Depuis quelques années, l'économie de l'entreprise s'est profondément modifiée, c'est dans ce contexte nouveau, dans cet environnement très concurrentiel, que les chefs d'entreprise et les décideurs doivent conduire la croissance de leur structure.

En quoi l'économie est-elle changée ? Comment l'intelligence économique est-elle devenue une réalité incontournable et un élément décisif de la décision de gestion ? C'est à ces questions que nous allons tenter de répondre³.

Il est communément admis que l'intelligence économique s'appuie sur les éléments suivants⁴:

- **La veille, pour acquérir l'information stratégique et pertinente.**
- **La protection du patrimoine informationnel, pour ne pas divulguer ses secrets.**
- **L'aide à la décision "analyse, outils d'aide à la décision".**
- **L'influence, en propageant une information ou des normes de comportement et d'interprétation qui favorisent la stratégie.**

En revanche, l'intelligence économique consiste en la maîtrise et la protection de l'information stratégique pour tout acteur économique, elle a pour triple finalité⁵ :

- **La compétitivité du tissu industriel**
- **La sécurité de l'économie et des entreprises**
- **Le renforcement de l'influence du pays**

Afin de réussir sa contribution envers la société, l'intelligence économique doit se servir de l'intelligence juridique qui regroupe l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur - privé ou public - de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en identifier et d'en anticiper les risques et les opportunités potentielles, d'agir sur son évolution et

¹ Noiro, Philippe, Walter, Jacques, " Le contrôle interne", op.cit. page 148

² Chotin, Richard, "Intelligence économique et stratégique: Ambiguïtés", Edition e-thèque 2002. page 3

³ Audigier, Marc, Rassat, Patrick, " L'intelligence économique: un nouvel outil de gestion", Edition Maxima 2003. page 15

⁴ Noiro, Philippe, Walter, Jacques, " Le contrôle interne", op.cit. page 147

⁵ Jakobiak, François, " L'intelligence économique: Techniques et outils", Edition d'organisation 2009. page 7

de disposer des informations et des droits nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre les instruments juridiques aptes à réaliser ses objectifs stratégiques¹.

Elle constitue ainsi un nouveau mode - plus stratégique - d'intervention du droit et des praticiens juridiques au profit des stratégies des entreprises ou des institutions, cette approche du droit tient compte des nouvelles pratiques contemporaines plus centrées sur les "stratégies juridiques" et qui recherchent en priorité ce que certains appellent la « performance juridique » définie comme "étant la capacité de l'entreprise à gérer juridiquement les risques et les opportunités liées à sa stratégie" en impliquant les praticiens du droit "qu'ils soient juristes d'entreprise ou avocats" dans une veille juridique active et dans le montage de stratégies tant offensives que défensives au profit des acteurs économiques.

Le développement de l'intelligence juridique va rejoindre et compléter la professionnalisation en cours des pratiques d'intelligence économique entre des consultants spécialisés dotés d'un cadre d'intervention claire et déontologiquement éprouvé et des juristes ouverts à l'utilisation stratégique du droit, il existe des possibilités croissantes de coopération transversale particulièrement bien adaptées aux besoins des entreprises confrontées à la concurrence européenne et internationale.

Les informations juridiques font partie des données ouvertes dont l'exploitation peut être utile dans le cadre d'actions d'intelligence économique.

De même, les stratégies contentieuses ou contractuelles font partie des instruments de protection ou d'influence qui peuvent être efficacement mis en œuvre par les entreprises, mais le cadre juridique de ces pratiques doit être précisé et de nouvelles approches d'intelligence juridiques peuvent émerger au croisement des interventions des praticiens du droit et de l'intelligence économique².

2) La protection juridique de l'information "droit de l'information" :

Le principe du droit à l'information est relativement nouveau, on n'en parlait pas il y a une cinquantaine d'années, l'expression même, droit à l'information, n'existait pas.

On pourrait trouver l'origine de ce concept dans les articles de deux journalistes anglais, William Gordon et John Trenchard, qui écrivaient en 1720 à Londres sous le nom de Caton et qui ont émis l'idée que la vérité constituait une défense dans les causes de libelle séditieux³. En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la Déclaration universelle des droits de

¹Bertrand Warusfel, " L'intelligence juridique, complément nécessaire de l'intelligence ", Rue Saint- Guillaume N° 162, Mars- Avril 2011. page 29.

²Bertrand Warusfel, " L'intelligence juridique, complément nécessaire de l'intelligence ", op.cit. page 26.

³Devirieux, Claude Jean, " Manifeste pour le droit à l'information: De la manipulation à la législation", Edition Presses de l'université de Québec 2009. page31

l'homme dont l'article 19 dispose que : «Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répondre sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit» sauf que rien n'est dit sur la qualité de ces informations: dans les pays totalitaires, les citoyens reçoivent des informations, mais quel genre d'informations? Ont-ils accès à toutes les informations?

Pour l'entreprise :

La finalité essentielle de l'entreprise est d'assurer une compétitivité durable ou une satisfaction clairement exprimée par les « usagers » d'une administration.

Le droit à l'information des actionnaires provoque au sein de la société un conflit d'intérêts, tout change lorsqu'un actionnaire se trouve en conflits d'intérêts et que son intérêt propre s'oppose à son intérêt d'actionnaire, s'il privilégie le second, il subit un manque à gagner, s'il favorise le 1^{er}, il subit une perte dans la société¹.

Le droit à l'information des actionnaires s'affirme au 1^{er} lieu, à travers l'obligation de la société de mettre à leur disposition un ensemble de documents relatifs à la marche des affaires et dont chaque actionnaire² qu'il soit majoritaire ou minoritaire, a droit d'obtenir information, celle-ci s'organise principalement autour des comptes sociaux et des rapports de gestion que les organes sociaux sont tenus de mettre à leur disposition.

Parallèlement à cette information par les organes de la société, les actionnaires peuvent eux même solliciter un complément d'information par le biais d'un organe externe.

L'information par la société :

Les actionnaires ont droit général d'information sur la vie de leur société, ils ont un droit d'information permanent et un droit de communication périodique à l'occasion de la tenue de l'assemblée générale, c'est un droit qui permet un exercice adéquat du droit de vote³.

D'ailleurs le droit d'information est considéré comme un moyen d'expertise économique de contrôle dont le but est de garantir aux actionnaires minoritaires un droit de regard direct sur la gestion et de pallier éventuellement à la carence ou à la défaillance du conseil de surveillance, ou bien du conseil d'administration dans leur mission de contrôle permanent de la gestion et

¹ Dominique Schmidt, " Les conflits d'intérêts dans la société Anonyme", Edition Joly, Edition DELTA, nouvelle version 2004. page 41

² Mohammed El Hilali, "La société anonyme a directoire et a conseil de surveillance".op.cit. page 267-268

³ Alain alcouffe, Christian kalwert" droit d'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et en Allemagne", Article "Revue Internationale de droit économique" 2003. page 156-196

d'information des actionnaires¹, la loi reconnaît à un ou plusieurs actionnaires le droit de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion².

II) L'importance de la veille juridique dans la stratégie de la société anonyme :

Il existe un lien évident entre la veille juridique et la protection des collaborateurs et du patrimoine de la société¹.

L'objectif est de surveiller les comportements des collaborateurs sur les réseaux sociaux afin de vérifier la bonne application des règles fixées par l'entreprise, d'identifier les vulnérabilités affichées dans les profils des employés³, de détecter les tentatives de débauchage tel que les contacts avec les concurrents et les indiscretions professionnelles⁴.

Une surveillance systématique, ou tout au moins périodique, des réseaux sociaux privés et professionnels, particulièrement axée sur les profils à risques⁵ permet de sensibiliser, de façon ciblée, les employés imprudents, de diminuer les risques économiques et juridiques en évitant de faciliter une approche personnalisée et de préserver l'image et la réputation de la société⁶ à travers le respect de certaines lois internationales².

¹ Article 157 de la loi 20-05 relative à la société anonyme évoque le droit de contrôle des actionnaires, de la gestion de la société et dispose que " Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. S'il est fait droit à la demande, l'ordonnance de référé détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert, les représentants légaux de la société dûment appelés à l'audience. L'ordonnance de référé fixe également s'il y a lieu, les honoraires du ou des experts à titre provisionnel. Les honoraires ne seront payés qu'en fin de mission soit par la société, soit par les actionnaires demandeurs s'il se révèle que la demande d'expertise avait un caractère abusif et était faite dans le but de nuire à la société. Ce rapport est adressé au demandeur, au conseil d'administration ou au directoire, et au conseil de surveillance ainsi qu'aux commissaires aux comptes. Il doit être obligatoirement mis à la disposition des actionnaires en vue de la prochaine assemblée générale, en annexe au rapport du ou des commissaires aux comptes".

² Les opérations de gestion et les moyens d'information ont été introduite par la loi 17/95 relative à la société anonyme qui a été modifié par la loi 20-05, et malgré cette innovation les rédacteurs du texte de loi sont restés muets sur les critères d'admission d'une telle procédure et sur le contenu à donner à la notion d'opération de gestion.

³ Les données privées relative aux : voyages, géolocalisations, fonctions, responsabilités

⁴ Les indiscretions professionnelles: échanges sur les projets ou techniques, noms de clients, etc.

⁵ Les profils à risques tels que les profils de responsabilité ou experts.

⁶ Collectif Eyrolles, Coutenceau, Christian, "L'intelligence économique au service de l'innovation", Edition Eyrolles 2014. page 146.

1) **La veille juridique une aide à la décision au sein de la société anonyme :**

Une bonne protection repose sur une implication de l'ensemble de l'entreprise, donc une volonté affirmée du dirigeant, une communication interne forte et répétitive et des contrôles réguliers pour vérifier la solidité des procédures et la bonne application des mesures¹.

Les points de contrôle portent principalement sur² :

- **La vérification des sources d'information "sites institutionnels, forums, catalogues des bibliothèques, bases de données commerciales" compatibles et pertinentes avec les besoins des utilisateurs,**
- **Le mode de collecte est-il adapté aux sources des données ?**
- **Le contrôle et l'analyse des données sur la base de critères définis ;**
- **La diffusion des informations suffisamment ciblées de la cellule veille vers les utilisateurs.**

Le veilleur doit limiter le risque en fournissant des informations à haute valeur ajoutée, il n'est pas de son seul ressort de produire de l'intelligence, œuvre nécessairement collective qui se concrétise par une décision.

Finalement, la veille est en cela semblable à l'assurance³, si on n'est pas toujours en mesure d'évaluer l'intérêt de l'information et plus précisément son impact sur la décision à prendre et l'action à entreprendre, nous avons tous pu constater un jour ce qu'il en coûtait d'être mal informé ou non assuré⁴.

Veille est un terme générique qui peut se voir adjoindre de nombreux qualificatifs car il n'existe pas une veille mais des veilles dont la réalité va dépendre des secteurs, de la culture de l'entreprise, de son champ concurrentiel et des moyens alloués⁵.

Face à la complexité croissante de l'environnement, de la réglementation, des organisations et des activités, le contrôle interne est sans doute le seul ou un des très rares modèles de rationalisation et de simplification accessible à tous car faisant appel au bon sens⁶.

La prise de conscience des dirigeants, poussée par des réglementations renforcées et des organes de contrôle aux pouvoirs accrus, devrait se traduire par une généralisation des cultures d'entreprises autour du risque, de l'éthique et de la sécurité.

¹ Coutenceau Christian, Barbara François, Everett William, " Guide pratique de l'intelligence économique:

² La méthode Madie "Edition d'organisation 2010. page 42.

³ Marcon, Christian, Moinet Nicolas, "L'intelligence économique" Éditeur: Dunod 2011.page 12

⁴ Marcon, Christian, Moinet Nicolas, "L'intelligence économique" .op.cit.page 13

⁵ Ibidem

⁶ Noiro, Philippe, Walter, Jacques, " Le contrôle interne", Edition: AFNOR, Publication: 2009.page 162

Dans ce sens, plusieurs sociétés ont introduit certaines lois telles que : les lois de sécurités financières et la loi Sarbanes Oxley qui reflètent l'évolution structurelle, culturelle d'entreprise et son mode de gestion.

2) L'application de la Loi Sarbanes Oxley Law dans la société anonyme Marocaine

La mise en place des sécurités permanentes est une nécessité afin d'assurer la pérennité et l'amélioration continue dans la société, c'est la raison pour laquelle toute société doit renforcer constamment son système de contrôle interne qui représente un garde-fou contre d'éventuelles irrégularités.

Dans la mesure où le contrôle interne est perçu différemment selon les cadres de références, il est nécessaire d'évoquer ces différents cadres de références ainsi que leurs différentes interprétations du système de contrôle interne¹.

Dans ce contexte, la loi Sarbanes Oxley a été ratifiée par le congrès des Etats-Unis en juillet 2002, elle tient son nom des deux membres du congrès Américain qui en ont été les rédacteurs : le Sénateur Paul Sarbanes et le Congresse man Michael Oxley.

La loi vient répondre aux nombreux scandales financiers ayant eu des répercussions sur les entreprises européennes et notamment américaines à la fin des années 1990 et au début des années 2000 tous en avouant que ces scandales ont perturbé la confiance des investisseurs et l'économie américaine en général², à titre d'exemple le cas d'Enron avec le cabinet d'audit d'Arthur Andersen et surtout Worldcom, Global Crossing et Imclone, ceci a entraîné l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley aux Etats-Unis le 30 juillet 2002³.

La loi est guidée par trois grands principes : l'exactitude et l'accessibilité de l'information, la responsabilité des gestionnaires et l'indépendance des organes vérificateurs. Elle a pour objectif d'augmenter la responsabilité de la société, de mieux protéger les investisseurs et de leur redonner confiance ainsi qu'aux épargnants⁴.

Pour le cas Marocain, son arsenal juridique en matière d'information financière a exigé des personnes morales faisant appel public à l'épargne comprend principalement deux textes de loi

¹ Chekroun Meriem, "Le rôle de l'audit interne dans le pilotage et la performance du système de contrôle interne : cas d'un échantillon d'entreprises algériennes", Thèse de Doctorat en sciences de Gestion 2013-2014, université Abou Bekr Belkaid de Tlemcen Faculté des Sciences Économiques, Commerciales et des Sciences de Gestion. page 111.

² David A. Doney, "The Effect of SOX on Internal Control, Risk Management, and Corporate Governance Best Practice", Qfinance. page 01.

³ Zhang. Y, Zhou.J, Zhou. N "Audit committee quality, auditor independence, and internal control Weaknesses", School of Management, State University of New York at Binghamton, 2007. page 301.

⁴ Talbi Mohamed As said, "L'entreprise Marocaine soumise à la loi Sarbanes - Oxley : Proposition d'une démarche pour assister l'entreprise à évaluer son contrôle interne à l'égard de l'information financière conformément à cette loi", Recherche pour l'obtention d'un diplôme d'expert comptable, Institut Supérieur de Commerce et d'Administration des Entreprises ESCAE Maroc 2007. page 3.

à savoir la loi 20-05 relative à la Société Anonyme et la loi n° 1-93-212 du 4 Rabii II 1414 " 21 Septembre 1993" relative au conseil déontologique des valeurs mobilières.

Ces textes de loi ne comprennent pas des dispositions relatives à la production par les personnes morales faisant appel public à l'épargne d'un rapport sur l'évaluation du contrôle interne.

Ainsi, les sociétés cotées au Maroc ne sont obligées de produire comme information financière que celle exigée par ces lois à savoir, les états de synthèse, le rapport de gestion, ainsi que les rapports des commissaires aux comptes "Rapport général, rapport spécial sur les conventions réglementées".

Toutefois, certains secteurs d'activité économique sont dotés d'une réglementation qui exige les entreprises la production d'un rapport sur le contrôle interne à la fin de chaque année. Il s'agit en l'occurrence des secteurs des assurances et des établissements de crédit.

Pour les établissements de crédit, Bank Al Maghrib a émis une circulaire¹ qui oblige les établissements de crédit à mettre en place un système de contrôle interne pour se prémunir contre certains risques tels que les risques de liquidités, de solvabilité, de concentration des crédits et de dépréciation des actifs.

Ce dispositif de contrôle interne tel que définit par Bank Al Maghrib est axé sur les éléments suivants² :

- **Conception, mise en œuvre et suivi des tâches du contrôle interne,**
- **Dispositif de vérification des opérations et des procédures internes,**
- **Dispositif de mesure, de maîtrise et de surveillance des risques,**
- **Dispositif de contrôle de la comptabilité.**

Outre la circulaire n°19 de Bank Al Maghrib, la loi n°39-05 modifiant et complétant la loi n°17-99 portant code des assurances du 14 février 2006, oblige dans son article 239-2 les entreprises d'assurances et de réassurance à mettre en place un système de contrôle interne ayant pour objet l'identification, l'évaluation, la gestion et le suivi des risques.

Ce même article 239-2 oblige ces entreprises d'assurances et de réassurance de se doter d'une structure d'audit interne relevant directement du conseil d'administration ou de surveillance ayant pour mission notamment de vérifier l'efficacité du système de contrôle interne et d'établir au moins une fois par an un rapport sur son activité et le remet aux commissaires aux comptes de l'entreprise.

¹ Circulaire N° 19/G/2002 relative à la classification des créances et à leur couverture par les provisions.

² Talbi Mohamed As said, " L'entreprise Marocaine soumise à la loi Sarbanes - Oxley : Proposition d'une démarche pour assister l'entreprise à évaluer son contrôle interne à l'égard de l'information financière conformément à cette loi". op. cit page 38.

✓ **Bibliographies :**

– **Ouvrage :**

- Audigier, Marc, Rassat, Patrick, " L'intelligence économique: un nouvel outil de gestion", Edition Maxima 2003.
- Bertrand Warusfel, " L'intelligence juridique, complément nécessaire de l'intelligence ", Rue Saint- Guillaume N° 162, Mars- Avril 2011.
- Collectif Eyrolles, Coutenceau, Christian, "L'intelligence économique au service de l'innovation", Edition Eyrolles 2014.
- Coutenceau Christian, Barbara François, Everett William, " Guide pratique de l'intelligence économique: La méthode Madie "Edition d'organisation 2010.
- Chotin, Richard, "Intelligence économique et stratégique: Ambiguïtés", Edition e-thèque 2002
- David A.Doney, "The Effect of SOX on Internal Control, Risk Management, and Corporate Governance Best Practice", Finance.
- Devirieux, Claude Jean, " Manifeste pour le droit à l'information: De la manipulation à la législation", Edition Presses de l'université de Québec 2009.
- Dominique Schmidt, " Les conflits d'intérêt dans la société Anonyme", Edition Joly, Edition DELTA, nouvelle version 2004.
- Jakobiak, François, " L'intelligence économique: Techniques et outils", Edition d'organisation 2009.
- Marcon, Christian, Moinet Nicolas, "L'intelligence économique" Éditeur: Dunod 2011.
- Marcon, Christian, Moinet Nicolas, "L'intelligence économique" Éditeur: Dunod 2011.
- Martre Henri, " Intelligence économique et stratégie des entreprises", Paris, Commissariat général du Plan, La Documentation française 1994.
- Noirot, Philippe, Walter, Jacques, " Le contrôle interne", Edition: AFNOR, Publication: 2009.
- Olivier de Maison Rouge, "Le droit de l'intelligence économique et stratégique : de la reconnaissance à l'affirmation", Centre national de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique Mars 2014.
- Pierre Memheld, « Intelligence économique et anticipation des risques : application à la lutte anti- corruption », revue du Grasco, Novembre 2013.

– **Thèses et Mémoires :**

- Chekroun Meriem," Le rôle de l'audit interne dans le pilotage et la performance du système de contrôle interne : cas d'un échantillon d'entreprises algériennes", Thèse de Doctorat en sciences de Gestion 2013-2014, université Abou Bekr Belkaid de Tlemcen Faculté des Sciences Économiques, Commerciales et des Sciences de Gestion.
- Talbi Mohamed As said," L'entreprise Marocaine soumise à la loi Sarbanes - Oxley : Proposition d'une démarche pour assister l'entreprise à évaluer son contrôle interne à l'égard de l'information financière conformément à cette loi", Recherche pour l'obtention d'un diplôme d'expert comptable, Institut Supérieur de Commerce et d'Administration des Entreprises ESCAE Maroc 2007.
- Zhang. Y, Zhou, J, Zhou. N "Audit committee quality, auditor independence, and internal control Weaknesses", School of Management, State University of New York at Binghamton, 2007.

La Responsabilité contractuelle du fait d'autrui en Matière médicale



Réalisé par : Zerrouki Khadidja

Doctorante en droit des affaires comparée

Enseignante contractuelle a la faculté de droit de mostaganem, Algérie

Introduction :

La responsabilité médicale a suscité de nombreux problèmes et défis. En premier lieu, l'adaptation de sa nature qui oscille entre son aspect délictuel et celui contractuel, et sa différence, selon que l'on soit dans le secteur public ou celui privé. Les établissements hospitaliers privés se sont affirmés et ont prouvé leur compétence dans le domaine médical, en raison de la qualité et la rapidité des services qu'ils offrent et aussi par l'usage d'appareils modernes et sophistiqués, rivalisant avec le secteur public et attirant, ainsi, des médecins et autre infirmiers, soit par le biais d'un contrat ou d'une convention.

Cela a amené la jurisprudence et la justice à la considérer comme étant, de prime abord, une responsabilité contractuelle, en se fondant sur l'erreur contractuelle découlant de la violation de l'engagement de soins que le contrat mentionne comme portant préjudice au malade, nécessitant dédommagement, en vertu du fameux « arrêt MERCIER »¹, rendu par le tribunal français, le 20 mai 1936, stipulant l'établissement d'un véritable contrat entre le

1- les débats de cette affaire se résume ainsi, que cette Dame Mercier avait des problèmes d'allergie nasale, cependant elle a consulté l'un des médecins spécialiste en radiographie qu'il a examiné avec les rayons (x) en 1925 ; qui a endommagé les tissus lymphatiques de son visage ; après 3 ans de la fin de ses soins, son mari a posé une action d'indemnisation, la cour de cassation Française a adapté la responsabilité médicale. Donc si on peut la considérer comme responsabilité délictuelle, qui se prescriptif dans le délai de trois(3) ans, ou bien elle est contractuelle, de se la elle subi la prescriptive civil de 30 ans. Le résultat de ce débat est que la responsabilité médicale est de caractère contractuelle qui subi de la prescription civile de la langue durée.

médecin et son client, entre celui-ci et l'établissement de santé privé représenté par le médecin, propriétaire soit -il ou gérant, consistant en l'obligation de fournir des soins conformément aux données scientifiques acquises¹, dont toute violation implique une responsabilité contractuelle de la part du contrevenant responsable.

Si à l'origine une personne est interrogée sur son erreur individuelle qui engage la responsabilité contractuelle du médecin traitant lorsque qu'il enfreint les règles scientifiques et d'art des sciences médicales, et celles des établissements hospitaliers privés qui dérogent à l'engagement d'exécuter les services habituels au malade, prescrit par l'acte d'hospitalisation et l'engagement de prodiguer des soins, notamment l'exécution des recommandations de médecin.

Toutefois le recours du médecin à des assistants et l'établissement santé à des médecins et infirmiers, les rends responsables de leurs fautes lors des soins, et ainsi interviennent les règles de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, de sorte de se poser la question : à quel moment est réalisée la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?

1°) Conditions et cas d'établissement de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en matière médical.

Elles peuvent implicitement être déduite des dispositions de l'article 178 alinéa 2 du code civil algérien² qui porte sur la modification des règles de responsabilités contractuelle du fait d'autrui, puisque la personne incriminée est autorisée à conditionner sa non responsabilité de l'erreur de ses employés dans l'exécution de son engagement, que ce soit fraude ou erreur grave, et qu'il est impossible de l'appliquer à moins qu'elles soient une responsabilité contractuelle civile du fait d'autrui, dès lors que ce dernier ne tient pas à son obligation.

1 - civ, 03/05/1936, 1936, 1, p.88, comc Matter.

2 - Article 178 de la loi n° 07-05 du 13/05/2007 relative de code civil Algérien, journal officielle n° 44 qui dispose « il peut être contenu que le débiteur prenne a sa charge les risques du cas fortuit ou de force majeure. Il peut également être convenu que l débiteur soit déchargé de toute responsabilité pour inexécution de l'organisation contractuelle, sauf celle qui nait da son dol ou de sa faute lourde. Le débiteur peut, toutefois, stipuler qu'il sera exonéré de la responsabilité résultant du dol ou de la faute lourde commise par les personnes dont il se sert pour l'exécution de son obligation ».

1- Conditions d'établissement de la responsabilité contractuelle de fait d'autrui en matière médicale.

A - L'existence d'un contrat médical authentique.

La responsabilité contractuelle, en général, et celle du fait d'autrui, en particulier, ne peut être établie ni avant le début d'effet du contrat, ni après, mais durant la période d'effet lorsqu'on enfreint l'engagement contractuel authentique entre le médecin et le patient¹.

Les spécialistes ne s'entendent pas sur la définition à donner au contrat médical, surtout en ce qui concerne sa nature. Ainsi le Dr Abderezzak Ahmed El Sanhoury l'a défini comme étant : « une convention entre le médecin et le patient, qu'il est du devoir du premier de guérir le second nommé moyennant une rétribution donnée »², et définit le contrat médical comme suit : « un accord liant le médecin au patient, en vertu de quoi le médecin s'oblige à prodiguer les soins nécessaires selon les bases scientifiques, et ce dernier de lui payer ses honoraires »³.

Ainsi le médecin qui ouvre un cabinet et accroche une pancarte portant son nom et sa spécialité, peut être considéré comme une invitation contractuelle, et lorsque le patient accepte cela, ceci constituera un fondement à ce contrat, liant le médecin au malade. Le vœu de ce dernier de recevoir les soins peut être considéré comme un consentement de sa part.

Le contrat est ainsi établi, qu'il soit verbal ou implicite, où le médecin s'engage non pas à la guérison du malade, mais à fournir un traitement adéquat, selon les données scientifiques et techniques⁴.

1 - Ali Filali, les obligations, l'acte dommageable, Dar Emoufam, 3eme édition, Algérie 2012,

p 25.

2 - Abderezzak Ahmed El Sanhoury, l'intermédiaire dans l'explication du droit civil, partie 7, des contrats portant sur la prestation de services, nouvelle édition, manchourat el halabi, Bai route 1998, p 25.

3 - Achouche Karim, le contrat médical, Dar Houma, Algérie, 2007, p 07.

4 - Il se forme, entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le patient, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade ; ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué; mais du moins de lui donné des soins non pas quelconques ; mais consciencieux, attentif, et réserve faites des circonstance exceptionnelle , conforme aux données acquise de la science ; que la violation même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité et de même nature, également contractuelle» Arrêt Dr Nicolas. C.Mercier, Cass. Civ 1er ,20/05/1936.In : [http:// www.droit-médical.fr](http://www.droit-médical.fr)

Pour ce qu'il y ait responsabilité médicale du fait d'autrui, il faut que le dit contrat médicale¹ satisfait tous les éléments de consentement qui sont réalisés dès lors que le patient exprime sa volonté de consentement vis-à-vis du médecin, à condition qu'elle émane d'une personne juridiquement apte, conformément aux dispositions du code civil algérien² ou bien par son représentant ou mandataire comme le tuteur par exemple. Ainsi si le patient est mineur, il revient aux tuteurs ou aux représentants légaux, comme prévu par l'article 52 Alinéa 1 de la déontologie médicale : « Il convient du médecin ou le dentiste traitant d'un mineur ou d'une personne âgée, d'aviser les tuteurs ou les représentants légaux afin d'avoir leur consentement ».

En outre, le médecin doit avoir la capacité légale et remplir les conditions d'exercice de la profession de médecin, conformément aux dispositions de l'article 197 du code de la santé³.

Aussi, être titulaire d'un diplôme dans la spécialité, de nationalité algérienne, d'avoir une autorisation ministérielle pour l'exercice de la profession de médecin, d'un local adéquat et bien équipé, que l'objet soit légal et ne s'oppose pas à l'ordre général, en sus de certains cas exceptionnels comme lorsqu'il s'agit de la transplantation des organes et l'autopsie.

Ainsi le contrat doit être authentique, car celui non authentique n'implique pas des obligations pour les deux parties. Par exemple, l'absence de consentement du patient rend le contrat caduc, aussi bien lorsque cela concerne l'euthanasie ou procéder à une opération chirurgicale en vue de l'expérimentation ou lorsque cela n'est pas nécessaire. Tout cela constitue une violation des mœurs et à l'ordre général. Ce qui constitue un obstacle à la concrétisation de l'objet du contrat car caduc, et donc le médecin et le patient n'y sont pas obligés.

B - Violation d'autrui à l'obligation contractuelle.

Est supposé autrui, tout assistant ou personne participant à l'exécution de l'obligation, sous ordre et sous le contrôle du créancier, et sera aussi supposé remplaçant ou suppléant exécuteur de l'obligation à la place de débiteur de l'obligation. Est aussi considéré comme autrui, le

1 - la Cour de Cassation Française appris une décision en 12/09/1973 que la relation entre le médecin et son patient a travers un contrat médicale, Achouche Karim, op-cit, p 27.

2 - Article 42-43-44 du code civil Algérien.

3 - Article 197 de la loi n°85-05 du 16/04/1985 relative au code de la santé.

médecin à qui est confié la mission de quérir le malade, le pharmacien le suppléant du médecin ou ses assistants (infirmières, sage-femme)¹.

Tout manquement à cela, implique la responsabilité médicale du fait d'autrui.

Ainsi l'établissement de santé privé est responsables des actes de ses employés dans ce sens, l'article 73 alinéa 02 de la déontologie médicale stipule que : « les assistants choisis par le médecin ou le dentiste travailleront sous leur contrôle et leur responsabilité »² ; le médecin sera ainsi, interrogé sur la non-exécution de l'obligation contractuelle née du manquement de ses représentants ou suppléants, même si sa faute directe n'est pas engagée vu qu'il est responsables de son choix et en doit assumer les conséquences.

Ce manquement a causé des dégâts pour le malade auquel il faut dédommager, même si la nature de l'obligation n'est pas garantie pour celle du résultat, l'engagement de ce dernier est mesuré par la faute comme lors de l'exécution³.

2-Cas de réalisation de la responsabilité médicale du fait d'autrui en matiere médical :

A- la responsabilité contractuelle du médecin concernant les actes de ses assistants.

Le lieu médicale contractuel est réalisé si le malade ou son représentant est libre de choisir, son médecin et que ce dernier est libre et exerce à son propre compte, soit dans sa clinique privée ou dans un établissement privé en vertu d'un contrat.

1- La responsabilité du médecin, propriétaire d'une clinique privée pour les actes de ses assistants :

La volonté des deux parties est concordante simplement à l'entrée du malade à la clinique privée du médecin ou des médecins copropriétaires⁴, comme par exemple en chirurgien, un médecin réanimateurs, et un radiologue, en plus des infirmiers qui sont liés au médecin, en

1 - L'article 107 alinéa 02 du code civil Algérien dispose « ...Il oblige le contractant, non seulement a ce y est exprimé mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation... »

2 - Article 73 alinéa 02 de décrit exécutif n° 92-276 du 06-01-1992 relative de déontologie médicale, journal officielle n° 52 du 08/01/1992.

3 - Akram Mahmoud El Badw, la responsabilité civile des établissements de santé privée, Dar El Hmed, Edition 1, 2004, p 79.

4 - Article 208 du code de la santé Algérien.

vertu d'un contrat de travail, afin de l'aider dans l'exécution du contrat médical, ainsi toute erreurs commise par ces derniers incombe au médecin, étant donné qu'il est considéré comme de contractant direct du malade, du moment que ce dernier leur a confié l'exécution de l'engagement mais que le médecin assistant n'est pas exemple faute personnelle.

Lorsqu'un autre médecin intervient, sous l'autorisation du médecin contractant, ceci est considéré comme une cause étrangère au quelle le médecin traitant n'est pas mis en cause.

La responsabilité contractuelle du médecin du fait de ses assistants et surtout fréquente en chirurgie, lorsqu'il fait intervenir des assistants comme le réanimateur, avec tout ce que cela engendre comme conséquences.

Ainsi toute faute ou erreurs de celui –ci, incombe au chirurgien, car il n'est pas considéré comme étranger. Au dit contrat, le chirurgien est seul responsable du suivi et du contrôle du respect de chaque membre de son équipe des règles de précaution et de prévention exigées par le code de la santé¹.

2- La responsabilité du médecin propriétaire de l'établissement sanitaire du fait de ses assistants :

Sachant que le médecin propriétaire de la clinique ou de l'établissement sanitaire représente la personne physique, qui fournit une double prestation, en vertu du contrat de d'hospitalisation entre lui et le malade : le séjour dans l'établissement, les conditions d'accueil, de sécurité, ainsi que les prestations de soin.

Ainsi toute manquement ou négligence de la part du médecin assistant qui est chargé par le médecin contractant est attribué à ce dernier pour violation dans l'exécution de son engagement porté sur le contrat, étant donnée qu'il est responsable du choix de ses assistants lui imputer la faute ou l'erreur de ses assistants, exige l'existence d'un contrat entre eux, comme stipulé par les disposition de l'article 178 du code civil algérien². le malade contractant avec l'établissement sanitaire ou la clinique et est orienté vers le médecin spécialiste pour le prendre en charge avec tout le soin possible, comme l'exige les données médicales Il s'arrête la responsabilité du médecin traitant et commence celle du propriétaire de l'établissement.

1 - Rayes Mohamed, les champs d'applications et les dispositions de la responsabilité civil des médecins, Dar Houma, Algérie, 2012, p 108.

2 - Article 178 du code civil algérien.

Cette situation n'étant pas absolue, car il peut exister des cas ni, au contraire, la responsabilité du médecin traitant se trouve engagée, mais pas celle de celui du propriétaire, comme par exemple lorsque le médecin convient avec le malade de l'opérer dans une clinique privée qu'il a choisi. Dans ce cas, l'établissement n'est nullement responsable des fautes de ce médecin, puisque le malade a passé contrat directement¹ avec lui et non pas avec l'établissement de santé privée.

Malgré cela, le médecin propriétaire de l'établissement s'oblige à garantir le bon déroulement des soins et la disponibilité des appareils et installations à l'intervention médicale.

il est à signaler que dans ce cas, il y aurait deux contrats avec le même malade, le premier entre lui et le médecin, dont l'objet concerne le contrat médical, le second, entre lui et l'établissement de santé privé, et concerne le contrat de d'hospitalisation, dont l'objet est de fournir des services normaux lors du séjour et des soins².

3-La responsabilité contractuelle du médecin du fait du médecin remplaçant :

Il arrive qu'un autre médecin prenne place du médecin contractant, à condition qu'il soit d'une compétence égale. Et pour la constatation de la responsabilité du médecin traitant des fautes commises par son remplaçant, il faut que ça soit lui qui l'ait choisi et que la relation contractuelle avec son malade dure tout le long de la durée des soins.

Ainsi il faut que le médecin chargé soit redevable des soins à prodiguer au malade, amis à travers un autre médecin qu'il a choisi, en vertu d'une convention de remplacement c'est comme si les fautes soient commises par lui personnellement ; car les actes du remplaçant constituent la continuité de ceux du médecin chargé. Dans ce cas, il faut que le choix soit fait par le médecin chargé des soins, sans le malade car cela crée un nouveau contrat entre le médecin remplaçant et le malade, indépendant du médecin chargé. Ce dernier est redevable de faute du médecin remplaçant, du moment que c'est lui qui s'est engagé effectivement pour l'acte médical³.

Et en cas de disponibilité du médecin chargé, le médecin remplaçant s'engage à poursuivre les soins que le premier a commencés, qui cesseront de son retour. Le médecin remplaçant

1 - Marie-Laure Moquet-Anger, Droit Hospitalier, L.G.D.J, édition Alpha, Paris 2010, p 265.

2 - Ryes Mohamed, op-cit, p 119.

3 - Ryes Mohamed, la responsabilité civile des médecins en droit Algérien, Edition Houma, 2010, p 120.

s'engage, dans ce cas, à lui fournir toutes les informations nécessaires à l'état de santé à l'état de santé du patient dans le cas où le patient est lié par un contrat avec l'établissement de santé privée, et que ce dernier choisit un médecin pour exécuter ses engagements découlant du contrat, et qu'après cela il choisira un médecin, autre que le premier médecin et de son remplaçant.

Il est à signaler que le médecin de garde n'est pas considéré comme étant le médecin remplaçant. Ainsi lors du séjour du patient, le patient aura un médecin de garde et non pas un médecin traitant, dont la tâche s'arrête à la fin de sa durée de garde. Dans ce cas, on est face à un système de garde et non une convention de remplacement. L'établissement sera le seul responsable des médecins intervenants sur le patient, sans que le médecin traitant ne soit inquiété de la faute de son collègue remplaçant. Cette dernière situation est surtout vécue dans les cas d'urgence.

B- la responsabilité du médecin du fait d'autrui mon médecin.

Le médecin traitant a recours à des infirmiers lors des soins prodigués au malade, du début à la fin de son intervention chirurgicale. Il lui incombe de superviser et contrôler tous les actes de ses assistants, sachant que cela découle directement du contrat médical liant le médecin chargé ou le chef de l'équipe médicale. Il faut distinguer ici si le choix de l'établissement a été fixé par le patient ou bien le médecin.

Si ce dernier qu'est revenu le choix de l'établissement hospitalier pour le patient, il sera responsable des fautes de ses assistants, dès lors que c'est lui qui les a fait intervenir pour l'exécution de son engagement. Il est ainsi responsable de ses assistants durant la période de préparation à l'intervention car cela est réalisé sous sa supervision directe. De surcroît, l'établissement de santé, de son côté, responsable devant le patient des fautes que le corps infirmier peut commettre, qu'il soit choisi par le médecin ou le patient. L'établissement est obligé, envers le malade, de veiller aux actes liés à l'intervention médicale ou chirurgicale, mais lors de l'intervention médicale, l'infirmier n'est pas responsable sauf si le médecin l'annoncier dans l'engagement, car le médecin détient l'entière responsabilité.

Si au contraire, le médecin qui choisit l'établissement de santé privée, il sera responsable uniquement de son faute personnelle, comme la prescription d'un médicament incongru ou la négligence dans le contrôle du patient sans citer les erreurs commise par ses assistants, car le médecin ne les a pas inclus dans l'exécution de son engagement dicté par le contrat médicale.

Le consentement du médecin d'intervenir dans l'établissement de santé choisi par le patient ne peut être considéré comme une acceptation de la part du patient d'endosser la responsabilité des fautes liées à l'intervention médicale. C'est le cas durant la période qui suit l'intervention médicale, ainsi si le médecin exerce librement dans sa clinique privée, il sera contractuellement responsable de toutes les fautes commises par ses employés, étant donné qu'ils exercent sous sa responsabilité, en vertu d'un contrat de location des services¹.

Il est constaté que la responsabilité contractuelle du médecin du fait de ses assistants dépend de l'entendue de ses engagements garantie par chaque partie contractant ou le malade et qui est fixée selon le choix de l'établissement hospitalier² que ce soit le malade ou son médecin, car si c'est le choix de ce dernier, il sera le garant de tous les faits liés aux soins, du début à la fin, exemple le séjour qui est toujours du ressort de l'établissement mais s'il est fait par le malade, cela signifie que le médecin est dispensé de tous les faits précédents ou suivants l'intervention médicale, il sera redevable que de ses fautes personnelles, tout en étant engagé au contrôle de ses assistants, afin d'éviter des dommages probables sur le malade.

Il résulte que la détermination du responsable de faute de l'assistant dépend du degré d'engagement contractuel de chaque partie contractante avec le malade, qui met en évidence la nature du travail de l'assistant, est-ce une exécution d'un engagement médical incombant à l'établissement. Le responsable serait celui qui a introduit l'assistant pour exécuter l'engagement sans perdre en considération celui qui a choisi l'établissement hospitalier.

2°)- l'établissement de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

L'article 124 du code civil algérien stipule que tout fait commis par une personne sur fautes, provoquant dommage à autrui, est synonyme d'obligation de dommage. La responsabilité civile est ainsi établie par coexistence de faute, le dommage et le lien de causalité. La responsabilité contractuelle est établie par l'existence de ces trois piliers, en plus de celui du contrat authentique.

1 - Abselkader Khadir, La Responsabilité Médicale à l'usage des praticiens de la médecine et de droit, 2^e édition Houma, Alger 2014, p 258.

2 - Abdelkader Khadir, Recueil D'arrêts en responsabilité médicale, Tome 1, Edition Houma, 2013, p 129.

1-la faute médicale :

La doctrine définit la faute médicale comme l'erreur commise par le médecin durant l'exercice de sa profession, en voient l'engagement du dispense de soins, qui est caractérisé chaque fois que le médecin manque d'assiduité et de précaution et ne prend pas en compte les fondements scientifiques établis, sans la nécessité du résultat, qui est quelque fois voué à l'échec¹.

Suite à toute fautes commise par le médecin durant l'exercice de sa profession le célèbre arrêt Mercier du tribunal de recours français la définit comme suit : « le médecin serait fautif si son acte s'oppose aux données scientifique actuelles »²

Ainsi l'erreur médicale est à la base de la responsabilité médicale, en général, et la responsabilité médicale du fait d'autrui, en particulier, soulignée par la loi français du 04/03/2002, relative aux droits du malade et la qualité du système Sanitaire³.

Elle est constatée chez le médecin, que ce soit en exerçant sa profession, en tant que telle, c'est la faute technique (artistique qui consiste à déroger des règles d'art de la profession), ou l'erreur normale indépendante à la profession, et résultant de la négligence du médecin en ne prenant pas les précautions nécessaires.

La faute médicale peut être minime ou d'une grande ampleur, et prend plusieurs formes :

La faute de diagnostic : c'est cette parties de l'art médical qui vise à identifier la maladie et la situer dans son cadre médical⁴. Il revient au médecin de procéder à tous les actes de diagnostic, précaution et de soins. La faute à ce niveau, m'engage pas la responsabilité du médecin, mais à sa négligence à recourir aux moyens scientifique modernes qui lui permettraient d'identifier la maladie.

1 - Ben Sghir Mourad, la faute médical sous les règles de la responsabilité civil étude comparative, p 25.

2 - Cass.civ : 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors- série,(juillet-août1999), Paris, p 07.

3 - Art L1142-1 al du C.S.P.F dispose que « Hors le cas ou leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnes au organisme dans lequel sont réalisés des actes individuels de prévention de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute »

4 - Mohamed Hassan Kacem, Preuve d'erreur en matière médicale, Dar El Jamiaa El Jadida, 2006, p 222.

La faute de l'exécution des soins : après la procédure d'identification (diagnostique) et le choix du remède adéquat, l'étape des soins est abordée ou le médecin serait responsable de toute faute commise par lui-même ou un de ses assistants. Toute négligence ou manque de prémunition est considérée comme erreur médicale, telle que l'injection, ou l'erreur dans la prescription du médicament ou celle lors de l'intervention chirurgicale, lors des soins par rayon (x), des opérations esthétiques, la transfusion sanguine ou lors du choix et l'utilisation des moyens de guérison.

Le médecin lors des soins prodigués et obliger de fournir l'effort et l'intention dictés par la déontologie de la profession médicale. Ainsi l'article 45 de la dite déontologie stipule que « le médecin ou le chirurgien dentiste, dès lors qu'il à accepté toute demande de soins garantie de fournir les soins nécessaire à ses patients, assisté, le cas d'échéant par des collègues spécialisés et qualifiés »¹

La faute du contrôle : le médecin est obligé de contrôler le malade pour s'assurer des effets des soins et leur impact sur le patient, notamment après les opérations chirurgicales, lorsque le médecin réanimateur s'engage à le réanimer pour éviter toute complication ultérieure. de même pour les instructions données par le médecin aux infirmiers. Le chirurgien est considéré responsable des suites de l'opération chirurgicale dans tout ce qu'elle consiste².

2- le dommage.

Les dommages sont les second pilier de la responsabilité et consiste aux maux atteignant le patient suite à la violation d'un de ses droits ou d'un intérêt légal, relative à sa santé, son honneur, sa liberté³, et résultant du non respect ou dilettantisme dans l'engagement pris, pour l'établissement de la responsabilité, la constatation de l'erreur du médecin ou l'un de ces assistants n'est pas suffisante, mais il faut que cette erreur ait provoqué des dommages au patient nécessitant dédommagement qu'il soient matériels ou normaux, conformément aux dispositions, de l'article 182 du code civil Algérien⁴. Il faut aussi que ces dommages soient

¹ - l'article 45 de la déontologie.

² - Abdelkader Khadir, op-cit 369.

³ - Macadam Saïd, l'indemnisation de préjudice moral, Etablissement Nationale De livre, Alger, 1992, p 35.

⁴ - Article 182 du code civil Algérien.

effectifs ou très probable dans le future et directement provoqués par le médecin a l'un de ces assistants à n'importe quelle étape des soins.

3-le lien de causalité.

Malgré la difficulté d'établir la relation de cause à effet entre la faute et les dommages, dans le domaine médical, il faut en établir l'existence pour qu'il ait la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, sachant que c'est le contrat médicale qui gouverne cette relation qui lie le médecin et le patient ou bien ce dernier et l'établissement de santé privé. Il faut que les dommages soient le résultat direct de faute commise.

Si le patient a passé contrat avec le médecin le dernier serait responsable pour remédier les dommages causés sauf s'il s'agit d'une cause étrangère. Et s'il est prouvé la relation liant le médecin à ses assistants, il sera tenu pour responsable contractuellement de leurs actes.

Il en est de même pour les établissements de santé privé. le demandeur est assujetti à prouver cela conformément aux règles générales de la responsabilité. Ainsi le médecin doit prouver qu'il a procédé à l'exécution de toutes les obligations dictées par le contrat médicale, de même le patient de son côté aura à prouver l'erreur et l'acte nuisible et donc leur relation causale.

Conclusion :

En conclusion, on peut dire que le passage du secteur sanitaire du public au privé, ainsi que l'introduction d'appareils sophistiqué, et les progrès des sciences médicales, et l'existence d'intérêts opposés, ou celui du médecin ou l'établissement de santé, d'un côté, et celui du patient, d'un autre côté.

La responsabilité du fait d'autrui dans le domaine médical est fondée sur l'idée que le redevable originel de l'engagement est responsable des fautes commise par les personnes qu'il utilise pour l'exécution de son engagement. le médecin ne peut s'extirper de cette responsabilité en important à une cause externe ou de force majeure. Il faut donc que le projet Algérien se focalise à instaurer des lois prouvant réguler la responsabilité médicale afin de protéger la partie vulnérable dans cette relation contractuelle, qui est le malade surtout, à l'orée du temps présent ou les fautes médicales sont devenu, lésion et aux quelles il est difficile de prouver, notamment dans le secteur privé qui, souvent se couvre en assurant la responsabilité civile auprès de société d'assurance.

La piraterie maritime



Réalisé par : OUNASSA Boukhmis

Doctorante en droit comparé des affaires

Université Djilali Liabbes, Algérie

Introduction :

La préservation de la libre circulation des personnes et des biens est un des gages du développement du trafic maritime. Dès lors, toute volonté de contre carrer cette liberté en mer est regardée comme une atteinte à un droit fondamental : la liberté de navigation. Ainsi, il est devenu impératif, comme dans tous les modes de transport, d'assurer un niveau de sureté suffisant, surtout que La nature du milieu marin rend celui-ci particulièrement propice à la prolifération des «menaces transnationales ».

En effet, la mer espace inhabitable, est par ailleurs inoccupable au sens militaire classique et, de ce fait, difficilement contrôlable par la puissance publique. En conséquence, elle représente un espace de liberté pour les acteurs non étatiques malintentionnés qui peuvent évoluer dans un espace vaste sans rencontrer de contraintes policières excessives. De plus, au niveau juridique, la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (ci-après CNUDM), signée à Montego Bay en 1982 et entrée en vigueur en 1994, établit que la souveraineté des États s'arrête désormais à 12 milles nautiques de mer territoriale, complétée par une Zone Economique Exclusive (ZEE) ne pouvant excéder 200 milles. Agir dans une zone sous souveraineté étrangère (telle que la mer territoriale d'un autre État) représente alors une violation du droit international. En haute mer La liberté de la navigation s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la CNUDM et les autres règles du droit international¹.

¹ - Partie VII de la CNUDM réservée aux dispositions organisant la navigation en haute mer.

Assimilée à la haute mer et considérée comme le premier délit pénal international la piraterie maritime suscite un choc entre droit international et droit pénal. Un tel choc résulte d'une part du développement des besoins de sécurité indispensable aux échanges maritimes et d'autre part des risques de plus en plus importants liés à la multiplication des activités illicites en mer.

Si la piraterie maritime est aussi ancienne que la navigation, ce phénomène, qui semblait avoir disparu et renvoyer davantage aux romans d'aventures, a connu une forte résurgence ces dernières années (1), ce qui nécessite une coopération cohérente par tous les membres de la communauté internationale pour faire face à ces menaces (2).

1) Définition de la piraterie maritime :

La définition contemporaine de l'acte de piraterie a été donné par l'article 15 de la convention de Genève sur la haute mer en 1958, il s'agit de : « *tout acte illégitime de violence, de détention, ou toute déprédation commis pour des buts personnels par l'équipage ou les passagers d'un navire privé ou d'un aéronef ou contre personnes ou des biens à leurs bord* ».

La définition actuelle de l'acte de piraterie résulte de l'article 101 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, elle reprend très largement la définition de la convention de 1958 en précisant que constitue un acte de piraterie :

« a) *tout acte illicite de violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé, agissant à des fins privées, et dirigé,*
i) *contre un autre navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord, en haute mer,*
ii) *contre un navire ou aéronef, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat,*
b) *tout acte de participation volontaire à l'utilisation d'un navire ou d'un aéronef, lorsque son auteur a connaissance de faits dont il découle que ce navire ou aéronef est un navire ou aéronef pirate,*
c) *tout acte ayant pour but d'inciter à commettre les actes définis aux lettres a) ou b), ou commis dans l'intention de les faciliter ».*

Le sens du terme « illicite » figurant dans la définition de la piraterie énoncée à l'article 101 de la Convention n'est pas clair, et les travaux préparatoires n'apportent pas d'éclaircissements. Il incombe aux tribunaux de l'Etat appelé à réprimer le délit de décider si l'acte de violence en question était illicite en vertu du droit international ou en vertu du droit

interne de l'Etat qui intente l'action pénale¹. En synthétisant les règles relatives à la répression des actes de piraterie maritime ci-dessus un acte n'est considéré comme acte de piraterie que lorsqu'il complète certains éléments.

i) Caractéristiques des actes de piraterie maritime :

Il n'est possible d'intervenir pour lutter contre la piraterie que dans des circonstances et des conditions limitées :

a- Voir la nature des actes tels qu'ils sont définis dans l'article 101 qui concerne que les actes de piraterie commis par l'équipage ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé, agissant à des fins privées, et dirigé contre un navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord». Les attaques à partir de la terre ferme contre les navires tels qu'on les observe en Asie du Sud-est ne sont donc pas incluses dans cette définition. En plus les pirates recourent à des actes illicites autres que ceux prévus dans l'article, par exemple l'utilisation du navire lui-même comme arme pour commettre un attentat ciblé. En quelques sortes une opération « kamikaze » par navire².

b- Voir le but de ces actes « à des fins privées » tout en exclut les actes de violence commis pour déstabiliser un gouvernement, pour créer des troubles et semer la terreur en vue de soumettre un gouvernement au chantage - ou encore les actes commis pour une motivation d'ordre religieux ou ethnique – toutes manifestations classiques du terrorisme moderne. Il en va de même pour les mouvements de libération, les mouvements insurrectionnels, etc, qui s'emparent d'un navire pour des raisons politiques³.

c- Ainsi limités à la haute mer, nombre d'actes de violence commis dans des eaux territoriales –s'appartenant à la piraterie- échappent à la qualification issue de la CNUDM⁴.

ii) La Piraterie et les autres actes de violence en mer :

La définition restrictive de la piraterie qui figure dans la Convention CNUDM et dans sa devancière, la Convention de Genève sur la haute mer, laisse subsister, en ce qui concerne la

¹ - Rüdiger Wolfrum, « la lutte contre le terrorisme en mer : moyens et limites du droit international ».

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/doherty_lecture_130406_fr.pdf

² - Khansa LAGDAMI, « La menace du terrorisme maritime en Méditerranée », Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 18, 2012/1.

³ - Rüdiger Wolfrum, « la lutte contre le terrorisme en mer : moyens et limites du droit international ».

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/doherty_lecture_130406_fr.pdf

⁴ - En Asie du Sud-est étant données les complexités topographiques, presque toutes les parties des eaux en Asie du Sud-est à travers lesquelles passent les navires sont placées sous la juridiction nationale des États côtiers, que ce soit sous le régime des eaux intérieures, des eaux archipélagiques, de la mer territoriale ou de la zone contiguë, ce qui laisse très peu d'espace de haute mer. Par exemple, les eaux territoriales de l'Indonésie, de la Malaisie et de Singapour, les trois États côtiers du détroit de Malacca, sont en contact direct les unes avec les autres. Ainsi, si l'un de ces États côtiers, Singapour par exemple, trouve un bateau pirate dans ses eaux territoriales et le poursuit, le droit de poursuite de Singapour cesse dès que le bateau poursuivi pénètre dans les eaux territoriales de l'Indonésie ou de la Malaisie. Ce qui rend la poursuite et la recherche ultérieure des criminels particulièrement difficiles.

répression de la violence en mer, des lacunes que plusieurs accords internationaux visent à combler. Encore Le texte de la CNUDM ne fait nulle référence au terrorisme. À moins, d'assimiler l'acte terroriste ou la complicité d'acte terroriste à un acte de piraterie. Cette assimilation peut mener à faire l'amalgame entre la piraterie et le terrorisme¹. Seulement, contrairement à la piraterie qui vise essentiellement des buts privés et lucratifs, le terrorisme s'attaque, au travers des intérêts économiques ou humains, à l'État lui-même. Sa dimension politique triomphe sur toute autre menace qui relève de l'appât du gain.

En droit, l'appréhension de la menace du terrorisme en mer est une chose complexe, qui ne peut faire l'objet d'une définition précise. En effet, même si la communauté internationale se rassemble dans la condamnation du terrorisme, aucun État, jusqu'à maintenant, n'est prêt à prendre la responsabilité de donner une définition précise à ce phénomène, car infailliblement cela mettrait en évidence des complicités politiques².

La Convention de Rome pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (1988) (ci-après la Convention de Rome), à laquelle est joint le protocole conclu à la même date pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental interdit toute une gamme d'actes de violence dirigés contre les navires ou la navigation maritime ; a souvent été invoqué par certains Etats afin de réprimer les actes de violence commis contre un navire ou ses passagers, et ce même s'il ne répondaient aux critères de la piraterie. Cette convention fait suite à une initiative diplomatique prise par les gouvernements autrichien, égyptien et italien en réaction à l'affaire de l'*Achille Lauro* qui avait clairement montré que les règles du droit international en vigueur à l'époque ne permettaient pas de faire face de manière appropriée au terrorisme maritime³.

¹ - «Le rôle de l'Union européenne dans la lutte contre la piraterie » : rapport présenté au nom de la Commission de défense ; 6 mai 2009. Sollicite dans sa conclusion d'éviter l'amalgame entre terrorisme et piraterie.

² - Khanssa LAGDAMI, « La menace du terrorisme maritime en Méditerranée », Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 18, 2012/1.

³ - L'affaire de détournement par le *Front de Libération de la Palestine* du paquebot de croisière « l'*Achille Lauro* » en 1985 dans les eaux territoriales égyptiennes. Les dirigeants de cette organisation (les responsables de l'attaque) exigeaient du capitaine que le paquebot se dirige vers le port syrien de Tartous et menacèrent d'exécuter les 100 passagers si Israël ne libérait pas 50 prisonniers palestiniens. Cette question attira l'attention de l'Organisation Maritime Internationale et l'Assemblée adopta la résolution A. 584 (14) et chargea le Comité de sécurité maritime de développer des mesures techniques et pratiques afin de prévenir efficacement les actes illicites contre les passagers et membres d'équipages des navires³. En décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies encouragea l'OMI à examiner le problème du terrorisme à l'encontre et à bord des navires et à faire des recommandations à ce sujet, Le 12 novembre 1986 le conseil de l'OMI décida de créer le « comité préparatoire *ad hoc* sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime ». Ce comité se réunit à deux reprises au cours de l'année 1987 avec la participation d'une quarantaine de délégations d'États membres de l'OMI. Le 10 mars 1988 à Rome, la communauté internationale adopta la *convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, dite *convention de Rome ou SUA (Suppression of Unlawful Acts against the safety of maritime navigation)*.

La Convention de Rome vient compléter la CNUDM en définissant la compétence pénale des États parties qui sont habilités à réprimer les infractions pénales en matière de sûreté maritime¹, notamment le détournement d'un navire par la violence ou la destruction d'un navire². En revanche, dans sa version première, la convention n'apportait pas de définition précise au terrorisme en droit international et réduisait les actes terroristes aux actes analogues matériellement à la prise d'otages. Son champ d'application se limitait au traitement des infractions perpétrées en haute mer et dans les eaux territoriales, à l'organisation des échanges de renseignements et à la coopération entre les États membres en la matière. Elle n'autorisait pas les navires de guerre à intervenir en haute mer sur un navire ne battant pas le même pavillon, même en ayant à son bord des terroristes. De plus la lutte contre la piraterie repose sur le principe de la compétence universelle, tandis que la lutte contre le terrorisme au terme de la convention de Rome n'est pas de compétence universelle.

2) L'obligation de coopération :

La CNUDM au sens de l'article 100 stipule que tous les États coopèrent dans toute la mesure du possible à la répression de la piraterie³. L'obligation qui en résulte est peu précise (obligation de « coopérer »), et limitée (« dans toute la mesure du possible »), mais elle impose au moins aux États de faire tout ce qui ne leur est pas « impossible » pour permettre la répression des pirates. Le Conseil de sécurité dit à peu près la même chose lorsqu'il souligne que l'article 100 implique « une coopération aussi totale que possible dans la répression de la piraterie en haute mer »⁴. Une coopération reposant sur le principe de la compétence universelle est limitée par la nature des navires habilités à saisir des navires de piraterie, la CNUDM reconnaît dans son article 107 que seuls les navires de guerre ou aéronefs militaires peuvent

¹ - Art. 2bis ; Protocole de 2005 relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime :

« 1. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des individus en vertu du droit international, en particulier des buts et principes de la Charte des Nations Unies, du droit international relatif aux droits de l'homme et aux réfugiés et du droit international humanitaire. »

² - La convention de Rome a en effet pour objet d'obliger ses États parties à se doter des moyens de réprimer pénalement certains actes attentatoires à la sécurité maritime (qui répondent à une définition qui recoupe partiellement celle de la piraterie) commis par des personnes qui se trouvent sur leurs territoires (article 3, par. 4, de la Convention).

³ - Article 100 de la CNUDM : Obligation de coopérer à la répression de la piraterie

« Tous les États coopèrent dans toute la mesure du possible à la répression de la piraterie en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État ».

⁴ - Thouvenin, Jean-Marc (2013), « Piraterie maritime: pas d'«internationalisation» de la fonction juridictionnelle », *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional vol. 6*, pp. 47-76.

Résolution de Conseil de sécurité 1816(2008) du 2 juin 2008.

effectuer une saisie pour cause de piraterie¹.

Ainsi l'article 100 de la convention stipule que tous les États sont obligés de coopérer à la répression de la piraterie en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État², Confirmant la « compétence universelle » qui consiste en l'aptitude l'égale d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et celle de la victime ; Mais une compétence universelle ne signifie pas juridiction universelle. Dès lors ; en l'absence d'obligation de poursuivre dans la CNUDM, il est nécessaire que la compétence de poursuivre des pirates présumés soit conférée par le droit pénal interne.

A considérer les articles 100 et 107 de la CNUDM, on peut avancer que les États ne peuvent pas refuser à la légère d'intervenir pour s'opposer à des actes de piraterie, et cette conclusion est tout particulièrement importante pour les États côtiers. Pour bénéficier d'une base logistique et pouvoir écouler leurs marchandises, les pirates ont besoin de la coopération des États côtiers ou tout au moins des autorités locales compétentes, or une telle coopération entre un État côtier et des pirates est une infraction à l'article 100 de la Convention. De même, un navire habilité à intervenir en cas de piraterie ne saurait rester indifférent devant un acte de piraterie et doit avoir sinon une justification valable³.

Toutefois le droit international général offre des moyens qui peuvent être invoqués pour inciter les autres États à remplir pleinement et efficacement leurs obligations à cet égard. Un navire de guerre qui est témoin d'une attaque menée par un navire privé à l'encontre d'un navire marchand dans les eaux côtières d'un État tiers est habilité à intervenir en vertu de l'obligation qui lui incombe de prêter assistance à des personnes en détresse. La disposition pertinente de la CNUDM (l'article 98) vise à remédier au péril dû à une catastrophe naturelle ou à une collision en mer mais elle correspond à une obligation générale de sauvegarder la vie humaine en mer et c'est à cet égard qu'elle est applicable ici. Il s'agit toutefois d'une possibilité limitée qui, généralement parlant, ne vaut pas mandat de réprimer la piraterie dans un secteur particulier. En vertu du droit international général, un navire de guerre peut entreprendre une action de

¹ - Article 107 de la CNUDM : Navires et aéronefs habilités à effectuer une saisie pour raison de piraterie « Seuls les navires de guerre ou aéronefs militaires, ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet, peuvent effectuer une saisie pour cause de piraterie ».

² - En fait, juridiquement, le terme de piraterie évoque les actes commis en haute mer, alors que pour ceux commis dans les eaux territoriales, il faut de préférence parler de vol en mer.

³ - Rüdiger Wolfrum p4

sauvetage pour prêter assistance à un navire subissant une attaque dans les eaux côtières d'un Etat tiers. Le navire de guerre agit ainsi en vertu du principe de l'intervention humanitaire¹.

• **Conclusion :**

La piraterie est un crime qui nécessite une démarche forte, coordonnée et globale, qui englobe non seulement l'application des lois, la collecte d'éléments de preuve et les aspects judiciaires du problème, mais s'attaque également à ses causes profondes.

Une harmonisation des lois internationales et une coopération étroite, juridique et militaire des pays du monde touchés par ce fléau, sous l'égide de l'ONU est indispensable pour une lutte efficace contre la piraterie maritime.

Aussi il revient aux Etats d'établir leur compétence juridictionnelle interne à l'égard des personnes suspectées d'avoir commis des actes s'assimilant à la piraterie. "Il n'y a pas d'uniformisation sur ce point et la coopération entre Etats n'est que partielle, ce qui porte préjudice à l'efficacité du régime international de lutte contre la piraterie maritime".

• **Bibliographies :**

- 1- Convention des Nations Unies pour le Droit de la Mer, signée à Montégo bay (1982).
- 2- La Convention de Rome pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (1988).
- 3- Protocole de 2005 relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime
- 4- Résolution de Conseil de sécurité 1816(2008) du 2 juin 2008.
- 5- Rüdiger Wolfrum, « la lutte contre le terrorisme en mer : moyens et limites du droit international ». https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/doherty_lecture_1304_06_fr.pdf
- 6- Khanssa LAGDAMI, « La menace du terrorisme maritime en Méditerranée », Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 18, 2012/1
- 7- Thouvenin, Jean-Marc (2013), "Piraterie maritime: pas d'«internationalisation» de la fonction juridictionnelle", *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional vol. 6*, pp. 47-76.
- 8- https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/doherty_lecture_1304_06_fr.pdf
- 9- « Le rôle de l'Union européenne dans la lutte contre la piraterie » : rapport présenté au nom de la Commission de défense du 6 mai 2009, Document C/2037 .

¹ - Rüdiger Wolfrum p4-5.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
ردمد : 2336-0615