

مجلة الفقه والقانون

من أجمل تواصل ثاوصل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد الخامس مارس 2013

► من مواضيع العدد الخامس مارس 2013 :

- فقهاء الشرع والقانون أية علاقة.
- حماية البيئة من منظور فقهي إسلامي .
- الحماية القانونية لحق تعليم الأمazigية.
- التشريعات الموريتانية في مجال الهجرة.
- تحديات الانترنت و مبدأ سيادة الدولة .
- مقاربة جنائية للنهوض بالحدث المغربي.

مجلة الفقه والقانون

من أجمل تواصل ثاوصل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | شروط النشر | تغيير العدد | Rechercher dans ce site

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعرفات وطرق معالجتها الجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مغيرة أستاذ القانون الخاص (30/08/2012) ... المزيد



كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور على خليل إسماعيل الحديثي عبد جامعة لأهلي الدولية (21/10/2012) ... المزيد



الماء عمدة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتقويم المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (17/10/2012) ... المزيد



قراءة في النظام القانوني للموائع (قانون 02/15) : الأستاذ التهامي الطيب بين مقدم محام بيهنة الرباط ومحيسن (14/10/2012) ... المزيد



العدد الخامس مارس 2013

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الخامس : لشهر مارس 2013

محتويات العدد :

- 1) فقهاء الشرع والقانون أية علاقة ؟ بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....40
- 2) حماية البيئة من منظور فقهي إسلامي وأثر ذلك في الحد من ظاهرة الاحتباس الحراري الدكتور محمد خلف بني سلامه جامعة العلوم الإسلامية العالمية /عمان كلية الشريعة والقانون قسم الفقه وأصوله.....09
- 3) الحماية القانونية لحق تعليم الأمازيقية وذوي الاحتياجات الخاصة في الجزائر سليماني خميسي طالب باحث ماجيستر في القانون الدستوري جامعة الحاج خضر باتنة -الجزائر.....30
- 4) التشريعات الموريتانية في مجال الهجرة ومدى ملائمتها لاتفاقيات الدولية الدكتور : محمد المختار ولد مليل أستاذ محاضر في جامعة نواكشوط.....37
- 5) الإجراءات القانونية التي تتبعها الهيئة التحكيمية بغية إصدار الحكم التحكيمي "دراسة مقارنة" عبد العزيز خنفوسى أستاذ مساعد قسم -أ- الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الدكتور مولاي الطاهر بوعيدة الجزائر.....45
- 6) السيادة الرقمية : أو تحديات الأنترنت لمبدأ سيادة الدولة في القانون الدولي العام الدكتور محمد سعادي أستاذ القانون الدولي العام بمعهد الحقوق بالمركز الجامعي لغليزان /الجزائر.....59
- 7) القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية محمد الجيني رئيس قسم الموارد البشرية والشؤون القانونية برئاسة جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال باحث في صف الدكتوراه الوطنية وحدة القانون الإداري والعلوم الإدارية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -عين الشق -الدار البيضاء.....92
- 8) الأسس القانونية لجلس الأمن الدولي في تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني إسماعيل الخواة : باحث في القانون الدولي العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا.....102
- 9) من الخطأ إلى الخطأ المفترض إلى الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض) الأستاذ : مرزوق محمد أستاذ جامعي جامعة سعيدة -كلية الحقوق / والأستاذ : عيساني رفيقة أستاذة جامعية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم بالجزائر.....109
- 10) نحو مقاربة جنائية تربوية جديدة للنهوض بالحدث المغربي دراسة من إعداد : الأستاذ الحسين وببا ماستر الطفولة وقضاء الأحداث طنجة.....119
- 11) مفهوم العقد الدولي : الباحث كوتار شوقي ماستر المقاولة والقانون بكلية الحقوق ابن زهر أكادير...152
- 12) "نظرية المخاطر- المنافع كأساس للمسؤولية الإدارية" : صلاح الدين الزبير طالب بسلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس السوسيي - سلا.....160
- 13) إعداد التراب في ظل الجهوية الموسعة : محمد بكشاوا طالب باحث بصف الدكتوراه مخبر الدراسات والأبحاث القانونية والإدارية والسياسية بكلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول وجدة.....169
- 14) موقع التعرض في إطار مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص : محمد عرظاوي : باحث في القانون الخاص تخصص قانون العقود والعقارات بكلية الحقوق بجامعة محمد الأول بوجدة إطار قانوني بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية مصلحة المحافظة العقارية بالداخلة.....176

- 15) دور الأدلة الموازنية في السياسة الاقتصادية : دراسة من إعداد : سعيد الستاتي طالب باحث بسلك الدكتوراة ، وحدة التعمير و البيئة، جامعة محمد الخامس السوسيي - الرباط، كلية الحقوق سلا. وخليل المرابط باحث في الإدارة الترابية و خريج ماستر التدبير الإداري المحلي بكلية الحقوق سلا.....185
- 16) الآليات الحديثة لتدبير الموارد البشرية بالوظيفة العمومية في المغرب : صلاح الدين كرزابي طالب باحث ماستر التدبير الإداري المحلي جامعة محمد الخامس السوسيي كلية الحقوق - سلا-.....205
- 17) التدبير التشاركي لاعتمادات الميزانية العامة بالمغرب : لبان طارق أستاذ زائر بكلية الحقوق سلا طالب باحث في السنة الثالثة من سلك الدكتوراه في القانون العام تخصص الأنظمة القانونية والقضائية الإدارية المقارنة.....210
- 18) Le régime applicable aux auteurs des infractions de dédouanement en droit marocain :
Docteur EL MENOUALI Fathallah Doctorat en Droit Privé (droit des affaires) Université de Perpignan – France.....222

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كأبيها وإنما عبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

فقهاء الشرع والقانون أية علاقة ؟



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور صلاح الدين دكاك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلوة والسلام على أشرف المسلمين وبعد ، لاشك أن موضوع العلاقة بين فقهاء الشرع والقانون من الموضع الحساسة والمهمة التي قد يجهلها بعض الباحثين الأكاديميين وغيرهم ، والتي تدفعنا إلى التساؤل حول مدى وجود روابط تجمع بين الفريقين ، وحول مدى تعاونهم وتقاربهم من أجل النهوض بأمتنا الجليلة ، وهل العلاقة بينهما هي علاقة تقارب وتعاون ؟ أم علاقة تنافر وتباعد ؟ وحول ثنائية الشرع والقانون في بلادنا هل هي ظاهرة صحية ؟ أم أنه لا مفر لنا من وجود فقه وتشريع واحد منسجم ومنتاغم يذوب فيه ما هو شرعي وما هو قانوني ؟

هذه الأسئلة وغيرها كثيرة سنجاول الإجابة عليها من خلال مباحثين على الشكل التالي :

المبحث الأول : فصل المقال في ما بين فقهاء الشرع والقانون من الاتصال:

المبحث الثاني : دعوة للتواصل والتعاون والتفاعل بين فقهاء الشرع والقانون:

المبحث الأول : فصل المقال في ما بين فقهاء الشرع والقانون من الاتصال :

لاشك ان المتبع المستقر للعلاقة التي تربط بين الشرع والقانون سيلاحظ وجود فئة قليلة ونادرة تعترف بالعلاقة بين الشرع والقانون ، وفئة أخرى لا تتصور وجود علاقة بين الشرع والقانون على الإطلاق وتعتبر الفقه الإسلامي مليئا - بالتطير والتخلص - وبالمقابل نجد طائفة ثالثة تنظر إلينا من برجها العاجي وتقول نعم للفقه الإسلامي ولا للفقه القانوني ، على اعتبار أن مصدر هذا الأخير قانون وضعه يعتريه الخطأ والنسيان هو من صنع البشر ، ونسوا بأن فقهاء الإسلام هم أنفسهم مجتهدون إن أصابوا فلهم أجران وإن أخطأوا فلهم أجر واحد ! مصداقا لقول النبي عليه أزكي الصلاة والسلام : "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر^١" ، وأين نحن من كلام الإمام الشافعي رضي الله عنه الذي قال : إذا صح الحديث فاضربوا بقولي

¹ - صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنّة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، حديث رقم 9619 .

عرض الحائط¹. ونسوا أيضاً بأن الشريعة الإسلامية بسماحتها وشموليتها جاءت رحمة للعالمين ، قال جل من قائل : "ما أرسلناك إلا رحمة للعالمين"² وجاءت أيضاً لتحتضن و تستوعب كل أمر يحقق المقاصد بما فيه الفصول القانونية الملائمة والمنسجمة مع الكتاب والسنة.

هذا من جهة ومن جهة ثانية ينبغي أن نعلم بأن قانوناً المغربي به العديد من الفصول القانونية التي صيغت استناداً إلى الفقهين المالكي والحنفي³ - وإن كنا نأمل انتاحاً أكبر على كنوز الفقه الإسلامي في قانوناً المغربي - بالإضافة إلى أنه كم من قاض - وهو رجل قانون - أعزوه الحكم الشرعي فوجد ضالته في فقهنا المالكي الجيد ، وكم من فقيه مسلم أشتغل بأمور الشرع سيجد ضالته في العديد من الفصول القانونية مادمت تتحقق المقاصد وتنسجم مع

¹ - نيل الأوطار محمد بن علي الشوكاني دار الحديث، سنة النشر: 1413هـ/1993 رقم الطبعة: ط1 ، الجزء الخامس ص 399-400.

² - سورة الأنبياء ، الآية : 107.

³ - إن ما ينبغي تسجيله في هذا الصدد هو اختلاف الباحثين حول المصادر التاريخية التي تكون قانون الالتزامات والعقود المغربي ، بين كونه مستمدًا من الفقه الإسلامي أو من القوانين الأوروبية وعلى رأسها القانون الفرنسي - /ـ د.أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، ط1 ، 1996م، ص: 10.

والحقيقة وبغض النظر عن هذا الخلاف الفقهي فلاشك أن الباحث الممحض في النازل الفقهية المالكية والحنفية على وجه الخصوص ، وفصول قانون (الع.م) سيكتشف بالدليل الدامغ ، بأن هناك بعض الفصول قد أخذت طبق الأصل من الفقهين المالكي والحنفي ، هذا فضلاً عن أن بعض الباحثين المغاربة في الأصول التاريخية لقانون (الع.م) أكدوا من خلال بحوثهم القيمة وجود أثر واضح للفقهين المالكي والحنفي بهذا القانون، ومن بينهم على سبيل المثال لا الحصر الأستاذ عبد العزيز توفيق ، والدكتور محمد الشيلح...ومن بين مصادر الفقه المالكي التي اعتمدت في صياغة بعض فصول ق.ل.ع.م (ختصر خليل ، البهجة في شرح التحفة للتسلوي ، تبصرة الحكم لابن فردون ...) أما من بين مصادر الفقه الحنفي التي اعتمدت في صياغة ق.ل.ع.م) الأشبه والناظر لابن نحيم ، مرشد الحيران لقديري باشا ، الفتاوي الهندية للحصকفي ، مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ...) /عبد العزيز توفيق، قانون الالتزامات والعقود مطبعة النجاح الجديدة ، 1418هـ - 1998 م ، ص: 7-8 . إلا أن أستاذنا الدكتور محمد الشيلح اعتبر من خلال دراساته الإحصائية الدقيقة لنسبة تأثير القوانين في (ق.ل.ع.م) بأن القانون الفرنسي هو الذي يحتل الرتبة الأولى في نسبة تأثير (ق.ل.ع.م) به ، وذلك بالمقارنة مع القوانين الأوروبية العادية الأخرى من جهة والفقه الإسلامي من جهة أخرى . /ـ محمد الشيلح ، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه، محاولة قراءة في ق.ل.ع.م من خلال سيرته، مقال منشور، بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 5، السنة 1989م، ص: 76.

الكتاب العزيز والسنة النبوى المطهرة ، وي يكن اعتبار هذه الفصول القانونية من قبيل المصالح المرسلة¹ ، فما العيب في تبني فصل قانوني كي فيما كانت جنسيته مادام يحقق المقاصد ولا يعارض الكتاب العزيز والسنة المطهرة ، وما دامت الشريعة السمحنة تستوجب كل ما فيه مصلحة ومنفعة للعباد في العاجل والأجل ؟ !!! وفي هذا الصدد لابد أن أنبه الباحثين في المقارنات بين الشرع والقانون إلى الصعوبة الكبرى التي قد تصادفهم عند بحثهم في كتب النوازل الفقهية التي تزخر بالكنوز المكونة من الأحكام ، لكنها منتشرة بشكل يجعل أمر تجميعها وتنظيمها وفق منهجية وتصميم مناسبين أمرا شاقا ، والذي قد يساهم الإطلاع على منهجية وتصميم الكتب القانونية دورا هاما في تيسيره وتنظيم البحث في هذه النوازل على اعتبار أن فقهاء القانون الوضعي استطاعوا بنجاح صياغة نظريات متكاملة ستفيد لا حالة فقهاء الشرع فكرا ومنهجا ، وهنا تبرز مسؤولية فقهاء الشرع المعاصرین العظمى لهم مطالبون أيضا بصياغة نظريات متكاملة على غرار أقرانهم القانونيين حتى نستطيع تحديد فقها الإسلامى الجيد والمضى به قدمًا إلى الإمام ، فهناك علة أقضية جديدة تحتاج إلى رأي الشرع الحنيف ، لم تكن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، كالجرائم الإلكترونية والعقود الإلكترونية... وقس على ذلك من طوارئ هذا العصر الجديد : عصر الإنترنيت والهواتف والنقل وعجائب التقدم التكنولوجى عموما... فلماذا لا يتقارب فقهاء الشرع والقانون إذن؟ !!!

المبحث الثاني : دعوة للتواصل والتقارب والتفاعل بين فقهاء الشرع والقانون :

لا يسعنا في هذا الإطار إلا إلى أن نجدد دعواتنا إلى مزيد من التآخي والتراحم والتفاعل بين الباحثين في الشرع والقانون ونؤكّد بأنّ السبيل إلى هذا خلق الانسجام والتلاقي المنشود بين الفريقين هو الدراسات المقارنة بين الشرع والقانون ، بحيث ينبغي لكل باحث في هذا المجال أن ينكب على المنهج المقارن ليكرمنا بدراسات وبحوث قيمة ويشبّط لنا أحكاماً شرعية وقانونية تتحقق المقاصد .

وليعلم الجميع بأن من أعظم الفقهاء عبر التاريخ هم الذين أكرمهم الله بالجمع بين الشرع والقانون ، من أمثل العالمة سيدي المكي الناصري ، والعلامة سيدي الغازى الحسيني ، والعلامة سيدي عبد الهادي بوطالب والعلامة

¹ - المصلحة المرسلة أي المطلقة، في اصطلاح الأصوليين : المصلحة التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها. وسيت مطلقة لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء. ومثالها المصلحة التي شرع لأجلها الصحابة اتخاذ السجون، أو ضرب النقود، أو إبقاء الأرض الزراعية التي فتحوها في أيدي أهلها ووضع الخراج عليها، أو غير ذلك من المصالح التي اقتضتها الضرورات، أو الحاجات أو التحسينات ولم تشرع أحكام لها، ولم يشهد شاهد شرعي باعتبارها أو إلغائها. وتوضيح هذا التعريف: أن تشريع الأحكام ما قصد به إلا تحقيق مصالح الناس، أي جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم، وأن مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها، ولا تنتهي أفرادها وأنها تتعدد بتنوع أحوال الناس وتطور باختلاف البيئات. وتشريع الحكم قد يجلب نفعاً في زمن وضرواً في آخر، وفي الزمن الواحد قد يجلب الحكم نفعاً في بيئه ويجلب ضرراً في بيئه أخرى./ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- الكويت- الطبعة الثانية عشرة- الصفحة 84/ وعليه وحسب التعريف السابق سنجد العديد من الأحكام القانونية تتحقق المصالح والمقاصد ولا تناقض الشرع الحنيف ، وبالتالي سيكون هناك تكامل بين أحكام الشرع والقانون.

سيدي محمد ابن معجوز والعلامة سيدي عبد الرزاق السنهوري.... والأمثلة كثيرة لصفوة من العلماء الذين أدركوا حلاوة الجمع بين الشرع والقانون ، والتكميل بين الأحكام الشرعية والقانونية.

خاتمة :

وفي الختام نتمنى أن يقع الانسجام والتلامح بين فقهاء الشرع والقانون لدرجة يصبح لنا فيها تشريع واحد يحقق المقاصد لا مجال للتمييز فيه بين ما هو فقهي وما هو قانوني ، وهذا ما أكدته فضيلة لعلامة الدكتور سيدى أحمد العبادى الأمين العام للرابطة الخمودية للعلماء بالغرب عند إجابته على سؤال حول التكامل بين الفقه المالكى والقانون资料 المغربي ، "بحيث أكد بأن التوصل إلى فقه شامل مستوعب متزن لاشك يقتضي عملا مستداما ومتجددا، ويكوننا من تجاوز ثنائية الفقه والقانون وذلك من خلال مؤسسات مؤهلة ومواءكة في مجتمعاتنا الإسلامية" ² .

^١ - مجلة الفقه والقانون : مجلة مغربية تعنى بخلق التواصل بين الباحثين في الشعور والقانون ونشر دراسات فقهية وقانونية ومقارنة بين الفقه والقانون ، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك عنوانها الإلكتروني : <http://www.majalah.new.ma>

2 - بسم الله الرحمن الرحيم والصلوة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، في إطار سعي موقع الرابطة الخمديه للعلماء إلى تعزيز تواصل العلماء مع جمهور المواطنين المتصفين بالشيكة، وبأقى المهتمين بالشأن الديني داخل الوطن وخارجـه، يخصص أمين عام الرابطة الخمديه للعلماء الدكتور أحمد عبادي أمسية تواصـلية متـرين في الشهر، وذلك يوم الاثنين الثاني والرابع من كل شهر، وفي هذا الإطار تشرف الباحث صلاح الدين دكاك رئيس تحرير مجلة الفقه والقانون بسؤال فضـلـة العـلامـةـ أـحمدـ عـبـادـيـ الأمـيـنـ العـامـ لـلـرـابـطـةـ الـخـمـدـيـهـ لـلـعـلـمـاءـ بالـغـربـ وذلكـ بـخـصـوصـ قـضـيـةـ التـكـاملـ بـيـنـ أـحـكـامـ الشـرـعـ الـإـسـلـامـيـ والـقـانـونـ الـمـغـرـبيـ وـدـورـهـاـ فـيـ تـنـمـيـةـ وـتـقـدـمـ هـذـاـ الـبـلـدـ الـعـزـيزـ،ـ إـلـيـكـمـ النـصـ الـكـامـلـ لـسـؤـالـ الـبـاحـثـ صـلـاحـ الدـيـنـ دـكـاكـ مـعـ النـصـ الـمـسـتـفـيـضـ جـوـابـ فـضـلـةـ الـأـمـيـنـ الـعـامـ لـلـرـابـطـةـ الـخـمـدـيـهـ لـلـعـلـمـاءـ :ـ سـؤـالـ الـدـكـاكـ مـديـرـ مـجـلـةـ الـفـقـهـ وـالـقـانـونـ :ـ بـسـمـ اللهـ الرـحـمـنـ الرـحـيمـ وـالـصـلـوةـ وـالـسـلـامـ عـلـىـ أـشـرـفـ الـمـسـلـيـنـ وـبـعـدـ ،ـ تـحـيـةـ اـحـرـامـ وـتـقـدـيرـ لـفـضـلـةـ الـعـالـمـ الـعـلـمـاءـ أـسـتـاذـناـ أـمـهـدـ عـبـادـيـ حـفـظـهـ اللهـ وـسـهـلـ لهـ طـرـيقـاـ إـلـىـ الـجـنـةـ ،ـ كـمـ أـشـكـرـ أـيـضاـ جـنـودـ الـخـفـاءـ الـكـرامـ السـاهـرـينـ عـلـىـ مـوـقـعـ الـرـابـطـةـ الـخـمـدـيـهـ الرـائـدـ ،ـ أـمـاـ سـؤـالـيـ فـهـوـ كـالـآـتـيـ :ـ أـسـتـاذـيـ الـكـرـيمـ هـلـ تـؤـمـنـ بـالتـكـاملـ بـيـنـ أـحـكـامـ الـفـقـهـ الـإـسـلـامـيـ خـاصـةـ الـمـالـكـيـ مـنـهـ عـلـىـ اـعـتـارـ أـنـهـ الـمـذـهـبـ الرـسـيـ لـلـمـلـكـةـ الـغـرـبـيـةـ وـبـيـنـ أـحـكـامـ الـقـانـونـ الـمـغـرـبـيـ ؟ـ وـهـلـ تـرـوـنـ التـوـاـصـلـ بـيـنـ فـقـهـاءـ الـشـرـعـ الـإـسـلـامـيـ وـفـقـهـاءـ الـقـانـونـ الـمـغـرـبـيـ ضـرـورـيـاـ مـنـ أـجـلـ حلـ الـإـشـكـالـاتـ وـالـإـقـضـيـةـاتـ الـتـيـ نـعـيـشـهـاـ يـوـمـيـاـ ،ـ وـكـذـاـ مـنـ أـجـلـ تـفـعـيلـ حـقـيـقـيـ لـلـمـبـادـرـةـ الـوـطـنـيـةـ لـلـتـنـمـيـةـ الـبـشـرـيـةـ وـالـتـيـ أـطـلقـهـاـ سـيـدـنـاـ الـمـنـصـورـ بـالـلـهـ جـالـلـهـ الـمـلـكـ مـحـمـدـ السـادـسـ حـفـظـهـ اللهـ ،ـ وـذـكـرـ مـنـ خـالـلـ الـأـخـذـ بـأـحـكـامـ الـفـقـهـ الـإـسـلـامـيـ وـفـصـولـ الـقـانـونـ الـمـغـرـبـيـ الـمـتـسـمـكـةـ وـالـدـامـعـةـ لـكـنـ بـعـدـ إـخـضـاعـ كـلـ هـاتـهـ الـأـحـكـامـ لـيـزـانـ الشـرـبـيـةـ الـإـسـلـامـيـةـ السـمـحةـ ،ـ فـإـنـ حـقـقـتـ الـمـصـالـحـ الـمـقـصـودـةـ وـلـمـ تـحـرـمـ حـلـالـاـ جـازـ الـأـخـذـ بـهـاـ وـتـحـكـيمـهـاـ ؟ـ مـعـ الشـكـرـ وـالـقـدـيرـ .ـ جـوـابـ الـدـكـاكـ أـمـهـدـ عـبـادـيـ الـأـمـيـنـ الـعـامـ لـلـرـابـطـةـ الـخـمـدـيـهـ لـلـعـلـمـاءـ :ـ شـكـرـ اللهـ لـلـأـسـتـاذـ الـكـرـيمـ إـثـارـتـهـ هـذـاـ الـإـشـكـالـ مـفـسـحاـ بـذـكـرـ فـرـصـةـ تـنـاـولـ هـذـهـ الـثـنـائـيـةـ بـيـنـ الـفـقـهـ وـالـقـانـونـ ،ـ الـتـيـ أـضـحـتـ مـتـداـولـةـ فـيـ خـطـابـنـاـ الـعـاـصـرـ ،ـ وـالـحـاـصـلـ أـنـ الـفـقـهـ ،ـ كـلـ الـفـقـهـ ،ـ هوـ اـسـتـيعـابـ مـصـالـحـ الـعـبـادـ ماـ نـصـ عـلـيـهـ وـمـاـ أـرـسـلـ ،ـ وـفقـ مـقـاصـدـ الـشـرـعـ الـحـنـيفـ ،ـ وـلـفـقـهـاءـ أـنـ يـسـرـوـاـ هـذـاـ الـاسـتـيعـابـ بـوـضـعـ الـتـبـيـيـنـاتـ وـالـعـنـوـنـاتـ الـتـيـ تـيـسـرـ ذـلـكـ ،ـ وـمـاـ أـنـ مـجـالـاتـ الـاـرـتـفـاقـ الـمـتـجـدـدـةـ تـدـخـلـ جـلـ عـنـاصـرـهـاـ فـيـ مـجـالـاتـ الـحـلـ وـالـإـبـاحـةـ إـلـاـ مـاـ اـسـتـئـنـيـ ،ـ وـتـحـقـيقـ مـصـالـحـ الـعـبـادـ فـيـهـاـ جـلـهـ دـاـخـلـ فـيـ نـطـقـ الـإـرـسـالـ (ـمـصـالـحـ الـمـرـسـلـةـ)ـ ،ـ فـإـنـ التـوـصـلـ إـلـىـ فـقـهـ شـامـلـ مـسـتوـعـبـ مـتـزـنـ بـهـذـاـ الـخـصـوصـ لـاشـكـ يـقـضـيـ عـلـاـ مـسـتـدـاماـ وـمـتـجـدـداـ ،ـ وـمـنـ هـنـاـ فـإـنـ هـذـهـ الـثـنـائـيـةـ بـعـدـ إـمـانـ النـظـرـ يـكـنـ حـتـماـ تـجـاـوزـهـاـ بـالـطـرـيقـ الـتـيـ ذـكـرـتـ مـنـ خـالـلـ مـؤـسـسـاتـ مـؤـهـلـةـ وـمـوـاـكـبـةـ فـيـ مجـمـعـاتـنـاـ الـإـسـلـامـيـةـ /ـ عنـ مـوـقـعـ الـرـابـطـةـ الـخـمـدـيـهـ لـلـعـلـمـاءـ بـتـارـيـخـ 23ـ يـوـنـيوـ 2008ـ /ـ <http://www.arrabita.ma>

جعلنا العلي القدير نحن معاشر الباحثين مثل الجسد الواحد إذا اشتكتى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ، آمين وما ذلك على الله بعزيز إليه المآب وهو على كل شيء قدير. والحمد لله رب العالمين .

المصادر والمراجع المعتمدة :

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع .
- محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ، صحيح البخاري دار ابن كثير سنة النشر: 1414هـ / 1993م .
- محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار دار الحديث سنة النشر 1413هـ/ 1993 الطبعة الأولى .
- عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- الكويت- الطبعة الثانية عشرة .
- فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الطبعة الأولى ، 1996م .
- فضيلة الأستاذ عبد العزيز توفيق، قانون الالتزامات والعقود، مطبعة النجاح الجديدة ، 1418هـ - 1998م .
- فضيلة الأستاذ الدكتور محمد الشليح ، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه، محاولة قراءة في ق.ل.ع.م من خلال سيرته، مقال منشور، بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 5، السنة 1989م، ص: 76.
- موقع الرابطة المحمدية للعلماء <http://www.arrabita.ma>

حماية البيئة من منظور فقهي إسلامي واثر ذلك في الحد من ظاهرة الاحتباس الحراري



الدكتور محمد خلف بنى سلامه

جامعة العلوم الإسلامية العالمية / عمان

كلية الشريعة والقانون قسم الفقه وأصوله

ملخص البحث :

تهدف هذه الدراسة لبيان دور الاجتهاد الفقهي في علاج ظاهرة الاحتباس الحراري ودور الفقه البيئي في الحد من التغيرات المناخية والتي أصبحت شغل العالم اليوم، فالإنسان هو خليفة الله في الأرض فكل ما على الأرض مسخر لخدمته وما يؤكد هذه الحقيقة الآيات القرآنية ومنها قوله تعالى: (اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ) (الجاثية/12).

وبقاء الحياة على الأرض مرتبط بوجود طائفة من ينهون عن الفساد في الأرض وقد أكد القرآن الكريم هذه الحقيقة من خلال قوله تعالى: (فَلَوْلَا كَانَ مِنَ الْقُرُونِ مِنْ قَبْلِكُمْ أُولُواً بَقِيَّةٌ يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ) (هود/116).

وتجلى العقيدة الإيمانية بالحافظة على البيئة عندما ربط الله عز وجل بين دين الفطرة ومنع الفساد في الأرض في قوله تعالى: (إِنَّمَا أَخَافُ أَنْ يُبَدِّلَ دِينَكُمْ أَوْ أَنْ يُظْهِرَ فِي الْأَرْضِ الْفَسَادِ) (غافر/26).

وأوضحت الدراسة أهمية الفقه البيئي والاجتهاد الفقهي في معالجة ظاهرة الاحتباس الحراري من خلال التأكيد على رعاية الإسلام للأسس البيئية الرئيسية الثلاثة (الإنسان والماء والهواء). وببلورة الفقه البيئي، والتأكد على مصطلح الفقه لارتباط هذا المصطلح بوعي الإنسان المسلم الذي يقوده إلى ضبط سلوكه في دائرة الحلال والحرام لضبط تصرفاته إيجاباً وسلباً ومن ثم التأكيد على دور الفقهاء في العصور الإسلامية الذين اهتموا بتنظيم علاقة

الإنسان مع البيئة، ودعمه بما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية للحد من الظاهر، والتأكيد على مسؤولية الإنسان في الوجود وهي اعمار الأرض ليكون خليفة الله في الأرض وحماية البيئة وتحميله جزء من هذه المسؤولية وأخيراً التأكيد على أن الإفساد في الأرض سيلحق بالإنسان الملاك في الحرث والنسل.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وبعد،»

فما زالت ظاهرة الاحتباس الحراري لغزاً محيراً بالنسبة للعلماء وبخاصة بعد ارتفاع درجة حرارة المناخ العالمي خلال القرن الماضي، وقد ذهب أكثر العلماء إلى ربط هذه الظاهرة بين المحيطات والتغيرات الموجدة وبين درجة حرارة الأرض.

بينما يرى البعض أن هذه الظاهرة تعود إلى متغيرات حدثت في أنشطة الشمس، ويرى فريق آخر من العلماء أن سبب هذه الظاهرة هو نشاط الإنسان على الأرض، ويرى الفريق الرابع من العلماء أن سبب هذه الظاهرة هو الإشعاعات الكونية والغيوم التي تؤثر على تغيرات المناخ.

وقد قدم العلماء العديد من المقترنات للحد من هذه الظاهرة وللحد أيضاً من انبعاثات الغازات الضارة وكبح جملتها ويعتمد الفقه البيئي والاجتهاد الفقهي في هذا المجال على مسلمات ثابتة مستمدلة من الكتاب والسنة وما يبني عليها من مصادر كالإجماع والقياس، وتأتي أهمية وتحميمية وجود دور الفقه البيئي في حماية البيئة ومنع التغيرات المناخية لثبت للجميع أن الإسلام دين يؤكد على احترام البيئة منطلقاً من الأهداف السامية التي استند إليها. وهذه الأخلاقيات العظيمة رسالة لعالم اليوم الذي طفت عليه القيم المادية حتى أصبح يسير على غير بصيرة من أمره.

والمتأمل في تعاليم الإسلام كمنهج فقهي يدرك مدى شمولية هذه المنهج في غرس المفاهيم عند الإنسان وما قضية التلوث ببعادها المختلفة والتي يتناولها الفقه الإسلامي باهتمام وحرص بالغين إلا دليل على عمق الرؤيا واستشراف المستقبل في هذا المنهج الفقهي العظيم،

مشكلة الدراسة :

جاءت هذه الدراسة للإجابة على التساؤلات الآتية:

1. ما المقصود بظاهرة الاحتباس الحراري؟
2. ما هو دور الاجتهاد الفقهي في حماية البيئة والحد من التغيرات المناخية (ظاهرة الاحتباس الحراري)؟

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة لبيان ما يأتي :

1. المقصود بظاهرة الاحتباس الحراري؟
2. دور الاجتهاد الفقهي في حماية البيئة والحد من التغيرات المناخية (ظاهرة الاحتباس الحراري)؟

وعليه فقد جاءت هذه الدراسة في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وهي على النحو الآتي :

المقدمة :

المبحث الاول: النظام البيئي والعوامل المؤثرة به.

المطلب الاول: مفهوم البيئة.

المطلب الثاني : مكونات النظام البيئي والعوامل المؤثرة به.

الفرع الأول : مكونات النظام البيئي.

الفرع الثاني : العوامل المؤثرة بالنظام البيئي.

المبحث الثاني : أزمة التلوث البيئي وظاهرة الاحتباس الحراري وأثرها في مكونات النظام البيئي

المطلب الأول : مفهوم التلوث البيئي.

الفرع الأول : مفهوم التلوث.

الفرع الثاني : أزمة التلوث البيئي.

الفرع الثالث : تأثير التلوث على التوازن البيئي.

المطلب الثاني : ظاهرة الاحتباس الحراري وأثرها في مكونات النظام البيئي.

الفرع الأول : أثر هذه الظاهرة على الطبيعة والانسان.

الفرع الثاني : الظواهر المرتبطة بظاهرة الاحتباس الحراري.

المطلب الثالث : أراء العلماء حول هذه الظاهرة ومقتراحاتهم للحد منها .

الفرع الأول : مقتراحات العلماء للحد من هذه الظاهرة.

المبحث الثالث: دور الاجتهاد الفقهي في حماية البيئة والحد من التغيرات المناخية (الاحتباس الحراري).

المطلب الأول : الأسس الأساسية للبيئة في الاسلام .

المطلب الثاني : الفقه البيئي والاجتهاد الفقهي.

المطلب الثالث : دور الفقه البيئي في حماية البيئة ومنع التغيرات المناخية (ظاهرة الاحتباس الحراري).

الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول : النظام البيئي والعوامل المؤثرة به :

المطلب الأول : مفهوم البيئة :

أولاً: البيئة في اللغة: المنزل، وقيل منزل القوم، وتبوأ فلان منزلًا أي اخذه، قال تعالى: (وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنَبُوْتَنَّهُمْ مِنَ الْجَنَّةِ غُرْفًا).

ثانياً: البيئة في الاصطلاح: عرفت البيئة تعريفات شتى إلا أنها جمياً تدور حول المخور الوحيد وهو الكائن الحي وقد وضع الكلمة (ecologie) عالم الحياة الألماني (ارنسنست هيكيل) 2 وذلك بعد دمج كلمتين يونانيتين (oikos) (ومعناها مسكن و Logos) ومعناها علم) وعرفها بأنها: (العلم الذي يدرس علاقة الكائنات الحية بالوسط الذي يعيش فيه) 3 وقد عرفها مؤتمر البيئة الذي عقد في ستوكهولم عام 1972 بأنها: (رصيد الموارد المادية والاجتماعية المتاحة في وقت ما وفي مكان ما لإشباع حاجات الإنسان وتطوراته) ⁴ وعليه فإن البيئة هي المكان الذي يمارس الإنسان فيه مختلف أنشطة حياته.

المطلب الثاني : مكونات النظام البيئي والعوامل المؤثرة به :

إن النظام البيئي هو (ما تحتويه أية منطقة طبيعية من كائنات حية أو مواد غير حية بحيث تتفاعل مع بعضها ومع الظروف البيئية) ⁵.

الفرع الأول : مكونات النظام البيئي Ecosystem.

تنقسم مكونات النظام البيئي إلى:

أولاً: المكونات الحية⁶ وما تحتويه من أعداد هائلة من الكائنات الحية ذات الأشكال والأحجام المختلفة ولكي تضمن هذه الكائنات استمراريتها للعيش لا بد لها من شروط تقوم البيئة بتوفيرها ومنها:

1 - قدرة البيئة على تأمين الحد الأدنى من المتطلبات الحيوية .

2 - أن لا تحتوي البيئة على مواد لا تتناسب مع الحياة.

ثانياً: المكونات غير الحية 7 وتشمل:

1. الغلاف المائي حيث يعتبر الماء أكبر جزء موجود على الكره الأرضية.

2. الغلاف الجوي ويتكون هذا الغلاف من:

أ- طبقة التوبوسفير وتقتد من سطح الأرض حتى ارتفاع 8-12كم في العروض الوسطى والعلية وحوالي 16-17كم في العروض الاستوائية.

ب- طبقة إسترتوسفير وتمتاز بثبات درجة الحرارة وخلوها من العواصف.

ج- طبقة الميوزوسفير وتمتاز بأنها تحتوي على الأوزون.

د- طبقة الأيونوسفير وتبعد عن سطح الأرض 90كم وقد تصل إلى ارتفاع (360) كم وتمتاز بارتفاع درجة الحرارة والتي ترتفع بتزايد الارتفاع.

3. القشرة الأرضية وتشمل الكره الأرضية وما تحويه من صخور وترية وتعتبر الطبقة السطحية من القشرة الأرضية.

الفرع الثاني : العوامل المؤثرة في النظام البيئي :

يؤثر في النظام البيئي مجموعة من العوامل وهي :

أولاً: الموقع: ويشمل 1- الموقع الفلكي. 2- الموقع الجغرافي. والموقع الفلكي: هو ما تحدده دوائر العرض وخطوط الطول، أما الموقع الجغرافي: فهو صاحب العلاقة المكانية للبيئة بالنسبة لما يحيط بها من بيئات 8 وعليه فإن الموقع الجغرافي يعتبر موقعًا متغيراً بعكس الموقع الفلكي ذو الصفة الثابتة.

ثانياً: التضاريس وهي أشكال سطح الأرض إذ تعتبر من أبرز العناصر في النظام الأرضي وتأثير أشكال الأرض على أنماط النشاط البشري 9.

ثالثاً: التربة وهي الطبقة العليا من قشرة الأرض ولها تأثيرها في استقرار الإنسان¹⁰.

رابعاً: البنية وهي تختلف باختلاف التركيب الجيولوجي لها فبيئة البترول الوفير تساهم في دفع السكان للعمل في هذا المضمار وكذلك الحال بالنسبة لبيئة المعادن والمياه الجوفية والتي لها أثرها في استقرار السكان أو ندرتهم¹¹.

المبحث الثاني : أزمة التلوث البيئي وظاهرة الاحتباس الحراري وأثرها في مكونات النظام البيئي :
المطلب الأول : مفهوم أزمة التلوث البيئي :

عندما نتحدث عن التلوث فإننا نشير إلى الحالة القائمة في البيئة والنتاجة عن التغيرات التي تستحدث فيها والمسيبة للإنسان كالموت أو المرض أو الإزعاج بطريقة مباشرة أو من خلال الإخلال بالنظام البيئي¹² وعليه فإننا سنتحدث عن التلوث بمفهومه اللغوي والعلمي.

الفرع الأول : مفهوم التلوث :

أولاً: التلوث في اللغة: من لوث الشيء خلطه به ومرسه ويقال لوث الشيء في التراب خلطه به وولكه في الماء حتى أخلت أجزاؤه¹³.

ثانياً: التلوث في اصطلاح العلماء: عرف العلماء التلوث بتعريفات شتى ولكنها في جملتها تركز على التغيير الناتج عن تدخل الإنسان في أنظمه البيئية وتسبب أضراراً بشكل مباشر أو غير مباشر للكائنات الحية¹⁴.

الفرع الثاني : أزمة التلوث البيئي :

من أكبر التحديات التي أخذت تواجه المجتمعات اليوم مشكلة التلوث البيئي بسبب الأنشطة العشوائية التي قام بها الإنسان وبسبب التزايد السكاني الهائل والتقدم العلمي في مجال الصناعات متعددة الأغراض والتي أثرت على التوازن البيئي بالإضافة إلى التراكمات المتعددة المستمرة والتي أسهمت بإحداث الخلل في صفات الهواء والماء والتراب، وبالتالي في كل ما على الأرض ظهر الاختلال في التوازن البيئي وظهرت الأمراض المتعددة والتي أخذت تفتكر بالإنسان، ولذلك سنتناول في هذا المطلب أزمة التلوث من خلال تلوث الهواء والماء والتراب.

أولاً : تلوث الهواء :

يعتبر الهواء من العناصر الأساسية في الحياة وبدون الهواء لا يستطيع الإنسان أن يعيش أكثر من دقائق، ومن المعلوم أن المكونات الأساسية للهواء في الوضع الطبيعي وهو ما يعرف بالهواء النقى¹⁵ وتكون ذات المقادير المحددة حسب الآتي (فيشكل غاز النيتروجين ما نسبته 78% والاكسجين 21% وثاني أكسيد الكربون 0.03% والارгон 0.9%)، إلا أنه وبسبب نشاط الإنسان وفعالياته المختلفة أصبحت هذه النسب الطبيعية للهواء غير ثابتة وتساهم الملوثات الناتجة من عوادم السيارات في حقن الجو بنسبة 60% من ملوثات الهواء حيث تحتوي عوادم السيارات على الاكسيد النيتروجينية مثل أول أكسيد النيتروجين وغاز ثاني أكسيد النيتروجين¹⁶ ويعتبر غاز ثاني أكسيد الكربون هو المسبب لحدوث ما يعرف بظاهرة تسخين الأرض حيث أصبح من المؤكد أن

هناك زيادة سنوية غير طبيعية في تراكيز غاز ثاني أكسيد الكربون تصل إلى 0,7 جزء باللليون بسبب احتراق الوقود وبخاصة المستعمل منه في التدفئة وتوليد الكهرباء والناتج عن عوادم السيارات¹⁷، ولقد حدثت العديد من كوارث التلوث الهوائي في العالم ومنها حادثة تشنوبيل في الإتحاد السوفيتي عام 1986، وما حصل في مدينة بوبال بالهند عام 1984، وما حصل في مدينة لندن عام 1953، وفي مدينة دونورا البلجيكية، وكارثة بنسلفانيا عام 1948¹⁸، وأخيراً نستطيع القول أن تلوث الهواء هو وجود المواد المضرة به- الهواء- سواء كانت هذه المواد سائلة أم صلبة أم غازية والـ، تكون لها تأثيراتها السلبية على الإنسان والنبات والحيوان والبيئة عموماً.

ثانياً: تلوث الماء :

الماء النقي هو المشتمل على المكونات الأساسية دون ملوثات أو شوائب وعليه فإنه يكون حالياً من اللون أو الطعم أو الرائحة، وبالتالي فإنه لا تغير على خصائصه الكيميائية أو الفيزيائية أو الحيوية¹⁹، وعليه فإن الماء الصالح للشرب هو الذي يخلو من الكائنات الحية الدقيقة مهما كانت والملوثات الكيميائية أو الصناعية، وتشكل المياه العذبة من مجموع المياه في العالم ما نسبته 0,8% وعليه فإنه يمكن تعريف التلوث المائي بأنه: (أي تغير يطرأ على العناصر الداخلة في تركيبه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نتيجة نشاط الإنسان الأمر الذي يجعل هذه المياه أقل صلاحية للاستعمال)²⁰.

يقول الله تعالى: (ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ يَمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ) (الروم/41)، يقول أبو محمد الأندلسي هذه الآية جاءت للعبرة ، قال مجاهد البر البلاد البعيدة من البحر، والبحر السواحل والمدن على ضفة البحر والنهر وقل ابن عباس ظهور الفساد في البر قتلبني آدم لأخيهم وفي البحر أخذ السفن غصباً أي الإبحار على الشواطئ دون قيد أو شرط وإلقاء حمولتها في عرض البحر وأضاف ابن عباس رضي الله عنهمما الفساد في البحر انقطاع صيده وكاـ هذه الأفعال معاصرـه ابن آدم²¹.

ثالثاً: تلوث الترعة:

تعتبر التربة مصدراً متجدداً من موارد البيئة و تتكون التربة من الماء والهواء والمعادن والمواد العضوية وتكون هذه المكونات القاعدة العريضة لتشييد النباتات وتزويدها بما تحتاجه من مواد أساسية لبناء أجسامها²² وتعتبر التربة موطن الحياة الإنسانية عليه تقوم حضارة الإنسان، لذلك فإن ارتباط الإنسان بالأرض ارتباطاً وثيقاً وعلى الرغم من هذه العلاقة فإن هناك سلسلة من التصرفات اللامسئولة للإنسان والتي ألحقت الضرر بالبيئة فجعلتها أقل قدرة على احتضان الحياة.

الفرع الثالث : تأثير التلوث على التوازن البيئي :

إن المقصود بالتوازن البيئي هو: (حالة الاستقرار الطبيعي لمكونات النظام البيئي وتفاعلاتها وعلاقتها الوظيفية ومدخلات وظائفها وخرجاتها)²³.

ويتشكل النظام البيئي من الإنسان والحيوان والنباتات والكائنات الدقيقة ولكل من هذه المخلوقات دورها في الحفاظ على التوازن البيئي، إلا أنه وبسبب السلوك الخاطئ والتصرف اللامسؤول للإنسان على البيئة التي يعيش فيها أدى إلى إحداث خلل في توازن النظام البيئي فكان له آثاره السلبية والخطيرة والتي حذر منها الله عز وجل في كتابه العزيز بقوله تعالى: (وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ {11} أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَكِنْ لَا يَشْعُرُونَ) (البقرة/11-12) وقوله تعالى: (وَلَا تُلْقُوا يَাদِيكمُ إِلَى التَّهْلِكَةِ) (البقرة/195).

المطلب الثاني : ظاهرة الاحتباس الحراري وأثرها في مكونات النظام البيئي Global Warming

قد عرفت الأرض وعلى مدار الأزمنة العديدة من التغيرات المناخية والتي عزّاها العلماء في حينها إلى أسباب طبيعية كالبراكين والزلزال إلا أن الزيادة غير المعقولة في درجة حرارة سطح الأرض منذ بداية الثورة الصناعية وبخاصة في السنوات الأخيرة مكّن العلماء من الوقوف على أسباب هذه الظاهرة لأن النشاط الإنساني في هذه الفترة كان نشاطاً بارزاً لا يمكن تجاهله أو تجاهله لتفسير هذه الظاهرة (الاحتباس الحراري) ²⁴.

ويعد الآن العديد من المؤشرات العالمية لزيادة الوعي العام بهذه الظاهرة والحد منها لخوالة تخفيض المبعث من الغازات المسامية لهذه الظاهرة لحماية هذا الكوكب مما قد تسببه هذه الظاهرة والتي قد تدمر الحياة عليه بشكل كلي وتعرّف هذه الظاهرة بأنها: (ظاهرة ارتفاع درجة الحرارة في بيئه ما نتيجة تغيير في سيلان الطاقة الحرارية من البيئة وإليها) وقد انقسم العلماء حول هذه الظاهرة إلى قسمين فمنهم من اعتبرها ظاهرة طبيعية وهذا الرأي قد أراح الشركات الصناعية الكبرى والرأي الآخر يرى أن هذه الظاهرة هي نتيجة حتمية للتلوث البيئي وحده فقط.²⁵

وقد بدأت بعض الآثار السلبية لهذه الظاهرة والتي تؤكّد وجودها وتعلن الإنذار عن قرب نفاد صبر بيئتنا على هذا الطغيان والمعاملة السيئة لها إذ أن الله عز وجل قد خلق الأشياء وقدرها (وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ فَقَدَرَهُ تَقْدِيرًا) (الفرقان/2) وقوله تعالى: (وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُهُ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشَهِّدُ اللَّهَ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَّا يَخِصَّمُ {204} {وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيَهْلِكَ الْحَرَثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ) (البقرة/204 - 205)، وقد تأثر العديد من مناطق العالم بارتفاع درجة الحرارة ومنها مناطق البحر المتوسط حيث وصلت درجة الحرارة عام 1987 إلى أكثر من 43 درجة مئوية كما تكرر هذا المشهد في اليونان وجنوب إسبانيا عام 1988 ووصلت درجة الحرارة في موسكو إلى 27 درجة مئوية وفي لندن إلى 19 درجة مئوية ومن المتوقع نتيجة لزيادة ثاني أكسيد الكربون ارتفاع مستوى ماء البحر ليصل إلى 30 سنتيمتر عام 2030 م وأن ذوبان مستودعات الجليد في العالم سيؤدي إلى حدوث كوارث غرق الكثير من المناطق في العالم ويجعله عرضة لذبذبات غير محسوبة من المناخ المتطرف ؛ ولذلك يقترح العديد من العلماء في بريطانيا إقامة الحواجز والمحصون حول نهر التايمز من أجل وقف الارتفاع المتوقع لمستوى ماء البحر خلال العقود القادمة، كذلك الحال بالنسبة لدلتا النيل وبنغلادش ومياه الخليج والتي من الممكن أن تغمر العديد من المدن الساحلية²⁶.

ولمواجهة هذه الظاهرة لابد من إعادة التوازن للبيئة من خلال الحد من انبعاثات ثاني أكسيد الكربون في الجو وذلك من خلال التوجه نحو زراعة الغابات الخضراء والتشجير إذ يمكن مثلاً لектار واحد من أشجار الجميز امتصاص 7,5 مليون طن من الكربون في العام حيث تنصب جهود العلماء الآن على موضوع التشجير فقد شرعت العديد من دول العالم بتنفيذ مثل هذه المشاريع لمواجهة ظاهرة الاحتباس الحراري، وقد سبق الإسلام كل قوانين الأرض لحماية البيئة والحد من ظاهرة الاحتباس الحراري بقوله ﴿إِذَا قَامَتِ السَّاعَةُ وَبِدِ أَحَدِكُمْ فَسِيلَةٌ فَإِنْ أَسْطَعَ أَنْ يَغْرِسَهَا قَبْلَ قِيَامِ السَّاعَةِ فَلَيَفْعُلْ وَأَجْرُهُ عِنْدَ اللَّهِ﴾²⁷ وقوله ﴿عِنْدَ نَهِيهِ عَنْ قَطْعِ الْأَشْجَارِ﴾ (من قطع سدرة صوب الله رأسه في النار)²⁸ ووصية الصديق رضي الله عنه: (ولا تقطعن شجرأً ولا تحرقن نحلاً ولا تغرقه)²⁹.

وعليه يمكن تعريف الاحتباس الحراري بأنه: الزيادة التدريجية في درجة حرارة أدنى طبقات الغلاف الجوي المحيط بالأرض وذلك بسبب زيادة انبعاثات غازات الصوبة الخضراء، (greenhouse gases)، وت تكون غازات الصوبة الخضراء من بخار الماء وثاني أكسيد الكربون (CO_2) والميثان (CH_4) وأكسيد النيتروجين (N_2O) والأوزون (O_3).³⁰

الفرع الثالث : ظاهرة الاحتباس الحراري وأثرها في البيئة :

فقد خلق الله عز وجل كل شيء بمحكمة وقدر لا أن الإنسان قد عمل على الإفساد في البيئة التي يعيش فيها، قال الله تعالى: (ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ) (الروم/41) ففساد الإنسان على الأرض نوعان : فساد معنوي يتمثل بفساد العقيدة والعبادة ، وفساد مادي يتمثل بفساد الإنسان على هذه الأرض بتلوث البيئة بأنواع الملوثات المختلفة ، والفساد هنا يعني أيضاً التغيرات المناخية وكل ما جاوز الحد، والأية الكريمة واضحة بأن ظهور الفساد يشمل البر والبحر وأن المسؤول عن هذا الفساد هو الإنسان وأن بإمكانه الرجوع إلى العقل والحق والصواب إذا ما أراد أن يعيid للبيئة توازنها وللأرض حقها في الحياة ولنفسه الأمان والسلامة.

إن الاحتباس الحراري والناتج كما أشرنا عن زيادة تركيز غاز ثاني أكسيد الكربون في الجو والذي أصبح يزيد عن 30% مما كان عليه قبل الثورة الصناعية من جهة وزيادة تركيز الميثان إلى ضعف مقدار تركيزه قبل الثورة الصناعية من جهة أخرى بالإضافة إلى أكسيد النيتروز الذي أصبح أعلى بحوالى 18% والكلوروفلوروكربون والذي زاد بمقدار 4% سنوياً³¹ ، وعليه فإن للاحتباس الحراري آثاره البالغة على الإنسان والطبيعة على حد سواء والتي منها³²:

- 1- الإصابة بأمراض الجهاز التنفسي والربو وذلك بسبب تلوث الهواء المرتبط بثقب طبقة الأوزون.
- 2- الإصابة بالأمراض التي تنتشر بسبب البعوض الذي يعيش في المياه الراكدة والتي من أبرزها (التهاب السحايا، الكوليرا، الملاريا والحمى الحمراء الخ) وذلك بسبب هجرة الحشرات والدواب الناقلة لها.
- 3- الإصابة بضربات الشمس بسبب ارتفاع درجات الحرارة.
- 4- حدوث التغيرات المناخية الكبيرة في العالم بسبب ارتفاع درجات الحرارة ومن أهم هذه التغيرات المناخية (الجفاف، الأعاصير، الفيضانات).
- 5- انخفاض نوعية مياه الشرب في الكثير من المناطق.
- 6- التسبب بخسارة الكثير من الثروة السمكية انتشار الأمراض في هذه الثروة.
- 7- انقراض الكثير من أنواع الطيور والنباتات.
- 8- انخفاض إنتاجيه بعض المواريث الطبيعية الحيوية ومن أهمها الشعاب المرجانية والغابات المدارية والتي يتبعها انقراض الكائنات الحية.
- 9- انتشار المساحات الواسعة من الأراضي القاحلة وانخفاض الانتاج بسبب الجفاف وتآثر المحاصيل بتغيرات درجة الحرارة.
- 10- الحراث في المناخ واختلاف مناطق الضغط المرتفع والمنخفض.

المطلب الثالث : أبرز الظواهر المرتبطة بظاهرة الاحتباس الحراري:

مع بدايات الثورة الصناعية وبحلول عام 1850 ظهر ارتفاع تركيز ثاني أكسيد الكربون الجوي الناتج عن إحراق الوقود الاحفوري والذي يؤدي ارتفاعه في الجو إلى إلحاق الضرر بالكائنات الحية ذات البناء الضوئي حيث يقوم ثاني أكسيد الكربون وبمساعدة غازات أخرى في الجو بالاحتجاز بعض حرارة كوكب الأرض مما يجعل الأرض أكثر سخونة .

ويلقي العلماء باللائمة على النشاط البشري لحصول هذه الظاهرة إذ يقدر العلماء أن ترتفع درجة الحرارة على الأرض ما بين درجتين إلى ست درجات مئوية فسبحان القائل: (ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ) (الروم/41). في حين لو كان هذا الخلل طبيعياً فإنه يأقلم نفسه بنفسه ومن أبرز الظواهر المرتبطة بهذه الظاهرة³³:

- ذوبان الجليد في القطبين وفوق قمم الجبال.
- الارتفاع في مستوى المياه في البحر من 0,3-0,7 قدم والناتج عن ذوبان الجليد.
- الارتفاع في درجة الحرارة ما بين 0,4-0,8 درجة مئوية.
- قصر فترات موسم الشتاء كما أخذ هذا الموسم بالدفء خلال العقود الثلاثة الأخيرة.
- أخذت التيارات المائية داخل المحيطات بتغير مجراتها مما أثر على التوازن الحراري الموجود ظهرت الأعاصير في الكثير من الأماكن التي لم تكن تظهر فيها من قبل.
- ارتفاعات الفيضانات وحدوث غرق للمدن الساحلية والجزر المنخفضة.

المطلب الرابع : آراء العلماء حول موضوع هذه الظاهرة³⁴ :

ما زالت هذه الظاهرة لغزاً محيراً بالنسبة للعلماء وبخاصة بعد ارتفاع درجة حرارة المناخ العالمي خلال القرن الماضي حيث أخذ الجليد في القطبين بالذوبان بشكل ملحوظ ويرى بعض العلماء أن هذه الظاهرة تعود إلى التلوث الحاصل في البيئة فقط حيث يرى هؤلاء بأن هذه الظاهرة شبيهة بالدفيقات الزجاجية حيث يعمل التلوث على تقوية مفعول التدفئة لأشعة الشمس و تعمل أدخنة المصانع والأدخنة الخارجية من عوادم السيارات كعمل الدفيقة الزجاجية ف تكون سبباً في ارتفاع درجة حرارة الأرض. ويربط البعض من العلماء هذه الظاهرة بين المحيطات والتيارات الموجودة وبين درجة حرارة الأرض حيث تعتبر هذه التيارات بمثابة نظام تكيف للأرض إلا أن هذه التيارات كما يرى هؤلاء العلماء قد غيرت مجرتها مما قلب التوازن الحراري.

ويعزى بعض العلماء هذه الظاهرة إلى تغيرات حديثة في أنشطة الشمس ويرى البعض الآخر من العلماء أن السبب في هذه الظاهرة يعود إلى نشاط الإنسان على الأرض والمتمثل في تكرير البترول ومحطات الطاقة وعوادم السيارات حيث يرى هؤلاء العلماء بأن الغازات المسامية هذه الظاهرة تراكم في غلاف الأرض نتيجة للنشاط الإنساني مما يؤدي إلى ارتفاع درجة الحرارة. ويرى البعض الآخر من العلماء أن هذه الظاهرة مرتبطة بالإشعاعات الكونية والغيوم التي تؤثر على تغيرات المناخ حيث أشار علماء المناخ في معهد ماكس بلانك بهايبلبرغ أن هناك علاقة ما بين الأشعة والتغيرات المناخية فوق الأرض حيث وجد أن هناك كتلة تؤدي إلى ظهور الأشكال النووية والتي تحول إلى غيوم لها دورها الأساسي في عمليات المناخ إذ يقوم جزء منها بعمليات البرودة³⁵.

الفرع الأول : مقتراحات للحد من ظاهرة الاحتباس الحراري :

إن العالم في يومنا هذا يسلط الضوء على ظاهرة الاحتباس الحراري - ارتفاع حرارة الأرض - ويسعى جاهداً للبحث عن الوسائل المختلفة للحد من انبعاثات الغازات الضارة لکبح جماح هذه الظاهرة والتي تعتبر قضية عالمية سيكون لها تأثيرها على كل إنسان على وجه الكره الأرضية ولذلك بدأ العلماء بالبحث عن أفضل الطرق للحد من هذه الظاهرة حيث قدموا العديد من المقترنات والتي كان منها³⁶:

1. بناء ألواح زجاجية ضخمة في مسارات دقيقة من الغلاف الجوي تقوم هذه الألواح بعكس جزء بسيط من أشعة الشمس نحو الفضاء وقد قدم هذا الاقتراح العالم روجر انجل من جامعة اريزونا.
2. وضع مظلة من الكبريت في الغلاف الجوي حيث يتمكن الغلاف الجوي منع نسبة من الأشعة الشمسية اذا وضعت هذه المظلة والتي ستتشكل الغلاف الواقي والقادر على عكس الأشعة الشمسية وصاحب هذه الفكرة العالم الالماني باول كروتزين وهو المكتشف لمسببات الثقب في طبقة الاوزون.

3. زراعة نبات العوالق لإمتصاص ثاني أكسيد الكربون والذي يعتبر من أهم أسباب هذه الظاهرة وصاحب هذه الفكرة هو العالم الاسترالي إيان جونس.
4. قذف السحب بباء البحر من خلال يخوت خاصة تصنع هذه الغاية حيث تساعد هذه الفكرة في حماية الغلاف الجوي من أشعة الشمس والتي تزيد من حرارة الجو وصاحب هذه الفكرة جون لاثام والعالم ستيفن سلاتر.
5. تطوير نباتات صناعية تتمكن من امتصاص ثاني أكسيد الكربون وصاحب هذه الفكرة هو العالم كلاوس لاكتنر. والحل الأمثل يكمن في الغابات الاستوائية التي تعتبر العامل الأكبر في إبطاء هذه الظاهرة، فالأشجار تقوم بإمتصاص الماء من الأرض مما يعمل على تشكيل السحاب التي تحمي الأرض من الأشعة الشمسية. وعليه فإن زراعة الأشجار هي العامل الأبرز في حماية البيئة والحد من تآكل التربة. يقول ع: (إذا قامت الساعة وبيد أحدكم فسيلها فإن استطاع أن يغرسها فليفعل وأجره عند الله عظيم). 37 قوله ع: (ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فیأكل منه طائر أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة) .³⁸

المبحث الثالث : الفقه البيئي والاجتهاد الفقهي لحماية البيئة ومنع التغيرات المناخية (ظاهرة الاحتباس الحراري).

المطلب الأول : الأسس الأساسية للبيئة في الإسلام :

الأساس الأول : الإنسان :

وهو خليفة الله في الأرض، والكون مسخر له قال الله تعالى: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً.....) (البقرة/30) وقد ذكر صاحب الظلال في تفسير هذه الآية إن المشيئة الإلهية أرادت أن تسلم هذا الكائن الجديد أمور الأرض لإبراز مشيئة الخالق في الإبداع والتكون والتراكيب والتحليل لكشف ما في الأرض من إمكانيات وكنوز وخيرات، وتسخير كل هذا للمهمة الكبرى وهي عمارة الأرض وذلك بسبب ما وهب لهذا الكائن من طاقات³⁹ ، وعليه فإن خلافة الإنسان في الأرض تعني أن يكون الإنسان سيداً في هذا الكون وليس سيداً للكون ، وعليه فإن ملكية الإنسان للموارد الطبيعية في هذا الكون هي ملكية منفعة لا ملكية رقبة ، فللملال هو مال الله والبشر جميعاً هم عباد الله⁴⁰ .

يقول الله تعالى: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ) (المائدة/120) ويقول الله تعالى: (وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقْرٌ وَمَتَاعٌ إِلَى حِين) (البقرة/36)، وبالتالي فإن حق الأجيال بالانتفاع بهذه الموارد محفوظ بهذه الآيات الكريمة، وعليه فإنه ليس من حق هذا الإنسان تدمير أصل العين الذي يتتفع به لأن هذا الانتفاع ليس قاصراً عليه دون غيره (إذ أن سلطة التصرف الشرعي في العين ليست من حق صاحب العين) ⁴¹، وبما أن الإنسان هو خليفة الله في الأرض فكل ما على الأرض مسخر لخدمة الإنسان وما يؤكده هذه الحقيقة الآيات القرآنية يقول تعالى: (اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ يَأْمُرُه) (الجاثية/12) وقوله تعالى: (هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لَكُمْ مِنْهُ شَرَابٌ وَمِنْهُ شَجَرٌ فِيهِ تُسِيمُونَ {10} يُنِيتُ لَكُمْ بِهِ الزَّرْعَ وَالرِّزْقَ وَالنَّخِيلَ وَالْأَعْنَابَ وَمِنْ كُلِّ النَّثَرَاتِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَا يَأْتِي لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ {11} وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ وَالنُّجُومُ مُسْخَرَاتٌ يَأْمُرُهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَلِيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ {12} وَمَا دَرَأَ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُخْتَلِفًا أَلْوَانُهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَا يَأْتِي لِقَوْمٍ يَدَكُّرُونَ {13} وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرُجُوا مِنْهُ حِلَيَّةً تَلْبِسُونَهَا وَتَرَى الْفُلُكَ مَوَاحِرَ فِيهِ وَلَتَبَتَّغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ) (النحل/ 10-14) وقوله تعالى: (فَلَيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ {24} أَنَّا صَبَبَنَا الْمَاءَ صَبَّا {25} ثُمَّ شَقَقْنَا الْأَرْضَ شَقَّا {26} فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبَّا {27} وَعَيْنَاباً وَقَضْبَاباً {28} وَزَيْتُوناً وَنَخْلًا {29} وَحَدَائِقَ غُلْبًا) (عبس/ 24-30) وتتوالى الآيات الكريمة في ذكر ما سخره الله للإنسان في هذا الكون ولولا

هذا التسخير الاهلي للأشياء لما استطاع الإنسان الافادة منها ، وهذا التسخير لا يكون إلا بإرادة الله عز وجل: (يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسَ إِنْ أَسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ) (الرحمن/33) قوله تعالى: (أَفَرَأَيْتُمُ الْمَاءَ الَّذِي تَشَبَّهُونَ {68} أَنَّتُمْ أَنْزَلْتُمُوهُ مِنَ الْمُزْنِ أَمْ نَحْنُ الْمُنْتَلُونَ {69} لَوْ نَشَاءُ جَعَلْنَا أَجَاجًا فَلَوْلَا تَشْكُرُونَ) (الواقعة/68-70).

وعليه فإن هذه النعمة التي أنعمها الله على الإنسان ما عليه- الإنسان- إلا العمل على تسخيرها لخدمة مجتمعه وإخوانه من بني البشر لإعمار هذا الكون من خلال البحث العلمي والتجربة الفاعلة.

الأساس الثاني : الماء :

قال الله تعالى: (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا) (الأنبياء/30) ولدور هذا العنصر في كل نواحي الحياة فقد جعله القرآن الكريم أداة من أدوات الخاور العقدية قال الله تعالى: (الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا وَالسَّمَاءَ بَنَاءً وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الشَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَنْدَادًا وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة/22) وقال الله تعالى في معرض تحديه للبشر عند عدم الاعتراف بنعم الله عليهم: (قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ أَصْبَحَ مَاؤُكُمْ غَورًا فَمَنْ يَأْتِيْكُمْ بِمَاءٍ مَعِينٍ) (المملوك/30) وباعتباره معجزة من معجزات الله تعالى للبشر فقد جعله الله تعالى مشاعاً بين الناس قال ع: (النَّاسُ شرَكاءٌ فِي ثَلَاثِ الْمَاءِ وَالْكَلَأِ وَالنَّارِ) ⁴².

وقد أكد الإسلام على ضرورة المحافظة على الشروء المائية وعدم تلوثها ومن ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى (أن يبال في الماء الجاري) ⁴³ وقد مر ع بسعد بن أبي وقاص وهو يتوضأ فقال له: لا تسرف فقال له: لا تسوف في الماء إسراف؟ قال: نعم وإن كنت على نهر جار ⁴⁴، كما أشار القرآن الكريم إلى اعتبار الماء معجزة من المعجزات التي خلقها الله تعالى فقال بعد أن قرن الماء مع دلائل عظيم صنعه (خَلَقَ السَّمَاوَاتِ بِغَيْرِ عَمَدٍ تَرَوْنَهَا وَأَنْقَى فِي الْأَرْضِ رَوَاسِيًّا أَنْ تَمِيدَ بِكُمْ وَبَثَّ فِيهَا مِنْ كُلِّ دَابَّةٍ وَأَنْزَلَنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَنْبَتَنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ {10} هَذَا خَلْقُ اللَّهِ فَلَوْنَيْ مَاذَا خَلَقَ الَّذِينَ مِنْ دُونِهِ) (لقمان/10)، كما أكد القرآن على أن نزول الماء هو بقدر حتى لا يحدث الخلل بالتوازن البيئي فقال تعالى: (فَفَتَحْنَا أَبْوَابَ السَّمَاءِ بِمَاءٍ مِنْهُمْ) (القمر/11)، وقال تعالى: (وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً يُقْدَرُ فَأَسْكَنَاهُ فِي الْأَرْضِ وَإِنَّا عَلَى ذَهَابِهِ لَقَادِرُونَ) (المؤمنون/18)، وقال تعالى: (وَالَّذِي نَزَّلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً يُقْدَرُ فَأَنْشَرْنَا بِهِ بَلَدَةً مَيْتَأً) (ق/8).

الأساس الثالث : الهواء :

لو أمعنا النظر في التركيبة العلمية ⁴⁵ الدقيقة التي يتكون منها الهواء لوجدنا عظمة الله عز وجل في خلق العناصر التي يتكون منها محيط الإنسان أنه صنع الله (صَنَعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقْنَ كُلَّ شَيْءٍ) (النمل/88)، وعليه فإن الهواء من العناصر الأساسية في حياة الكائن الحي إلا أن هذا العنصر قد تعرض للتلوث بفعل الإنسان وتصرفه اللاسلكي حتى إن بعض ملوثات الهواء قد تكون سامة وذلك تبعاً لطبيعة الشوائب قال تعالى: (ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ) (الروم/41) وقد كان للحروب التي شهدتها العالم أثر كبير في استنزاف الموارد الطبيعية حيث تركت آثاراً مدمرة على النظام البيئي وعلى مقومات الحياة في هذا الكوكب كما كان للصناعات المختلفة آثارها البالغة في التأثير على التوازن البيئي وكذلك الحرائق. ومن هنا، نجد أن في قوله تعالى: (وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفًا مَحْفُوظًا) (الأنبياء/32) دليلاً على حفظ الله عز وجل لهذا الكوكب من الآثار المدمرة التي قد يلحقها الإنسان به.

المطلب الثاني : الفقه البيئي والاجتهد الفقهي :

في المجال البيئي لا بد من بلوغه تصور واضح لفقه بيئي اسلامي وفق الكتاب والسنة وذلك من خلال التطبيق العملي لآيات الكتاب والسنة وأحاديث الرسول ^ع، والحديث عن الفقه الاسلامي البيئي يعتمد على مسلمات ثابتة مستعملة من الكتاب والسنة أو ما يبني عليها من مصادر كالإجماع والقياس وعليه فإن لنا مرجعية ثابتة في كتاب الله العزيز (الْمَ {1} ذَلِكَ الْكِتَابُ لَا رَبَّ فِيهِ هُدَىٰ لِلْمُتَّقِينَ) (البقرة/ 1-2) قوله تعالى: (مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ) (الأనعام/ 38).

من هذه المنطقات والتي تكاملت مع قوله تعالى: (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِيْنَكُمْ وَأَتَمَّتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيْنًا) (المائدة/3) فإن عملية بناء (الفقه البيئي) والتأصيل له أمراً أكيد مع التأكيد على مصطلح (الفقه) لإرتباط هذا المصطلح بوعي الإنسان المسلم الذي يقوده إلى ضبط سلوكه في دائرة الحلال والحرام والذي يقود بدوره لضبط تصرفاته إيجاباً أو سلباً.

وقد أولى الفقهاء القدامى البيئة كل الاهتمام ترجمة لنصوص الوحي بشقيه وإننا نذكر هنا على سبيل المثال ما قدمه كل من الإمامين أبي حنيفة ومالك رحمهما الله من أسس تحدثت عن شرعية ممارسة الحق المؤدي إلى الضرر أو ما أشار إليه ابن قدامة من قيود على استخراج المياه الجوفية من خلال حديثه عن عدم أحقيته الجار في التأثير على بئر ⁴⁶ جاره.

كما تحدث الفقهاء عن إحياء الأرض الموات والذي يؤدي بدوره إلى توازن النظام البيئي وحمايته والذي تأكده الآن الدراسات العلمية الحديثة باعتباره من أهم العوامل في حماية البيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري كما تحدثوا عن الزروع والنباتات وما يتصل بهما من أحكام تحميها وتحافظ عليها، كما تحدث الفقهاء بتفصيلات واضحة مما يعرف بالتلتوث الصوتي باعتباره ضرراً يجب أن يدفع عن الإنسان ، ومن هؤلاء ابن الرامي وابن الماجشون والاصبغ كما أكد ابن عبد الرافع على منع بناء الحظائر الخاصة بالحيوانات بالقرب من مباني السكان لما تسببه من ازعاج لهم ⁴⁷، وبالبحث والنظر نجد أن الاجتهد الفقهي في مجال البيئة وحمايتها من التلتوث قد استند إلى القاعدة الأصولية: (إن أحكام الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في الحياة وبعد الممات) وبناءً عليه نجد أن علماء الأصول في علم الشريعة قد أكدوا على أن الشريعة تسعى لخلق البيئة الأمثل للإنسان ليقوم بوظيفته وهي الإعمار وخلافة الأرض وذلك من خلال الحفاظ على الضرورات الخمس (حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل).

وبناءً على ذلك نجد أن صاحب الفطرة المختلفة أداة من أدوات الفساد والهدم لأنه لا يملك كبح جماح شهواته وأنانيته في حب الذات ومن خلال البحث والإجتهادات الفقهية البيئية نجد أن الفقهاء في العصور الإسلامية قد اهتموا بتنظيم علاقة الإنسان مع بيئته ولكن بما يتناسب وبساطة الإنسان آنذاك ولذلك فإن تدوين الفقه البيئي أو الاجتهد الفقهي البيئي كان في إطار حاجياتهم بخلاف ما يعنيه الاجتهد الفقهي اليوم بسبب معاناة البيئة والمشاكل البيئية والتي تظهر في كل يوم وكان آخرها ظاهرة الاحتباس الحراري والتي أصبحت تؤرق العديد من دول العالم في سبيل البحث عن أنجع السبل للوصول إلى حلول ملائمة لها.

ولذلك نجد أن الأحكام الفقهية التي أسست لفقه البيئة قائمة على حديث رسول الله ^ع: (لا ضرر ولا ضرار) ⁴⁸ والذي أصبح فيما بعد قاعدة من أشهر القواعد الفقهية يدور في فلكها مجموعة من القواعد الفقهية الأخرى مثل (الضرر لا يزال بضرره مثله) و(الضرر يزال بقدر الإمكhan) و(درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) ⁴⁹ وعلى هذه القواعد أسست أسمى الأحكام لحماية البيئة ومنع استغلالها والدعوة للمحافظة عليها والتي شكلت فيما بعد أسس الفقه البيئي بالإضافة إلى هذه القواعد الفقهية التي قام عليها الاجتهد الفقهي فقد كان لنظام الحسبة والمحاسبة هذا

النظام الرقابي القائم على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دوراً في حماية المجتمع من مظاهر الفساد المختلفة بالإضافة إلى دوره في توجيه المجتمع التوجه الرأفي حيث كان المحتسب يتدخل في منع مجاري الاوساخ الخارجة من البيوت وأن يهتم الخباز بتنظيف فرنه قبل الإستعمال ومنع الغش ومراقبة صانعي الدقيق ... الخ⁵⁰ كما كان جهود العديد من العلماء والاطباء المسلمين الدور الأكبر في الوقوف على مشاكل البيئة والتلوث البيئي ومن هؤلاء الرازى والكندى والمطران الدمشقى والزهراوى وابن خلدون الذى يعتبر تلوث الهواء من أسباب كثرة الوفيات وابن القيم الذى يعتبر فساد الهواء سببا من أسباب الطاعون⁵¹، وعليه فإنه ينبغي النظر في حاجاتنا الماسة لفقه بيئي يقدم الحلول المناسبة للتعقيديات الناشئة في عالم اليوم خاصة بعد ظهور الكثير من المشكلات البيئية العالمية والتي أصبح العالم عاجزاً عن حلها وفي ضوء الظروف الدولية المختلفة لا بد للإجتهد الفقهي أن يقدم للعالم صورة نموذجية لفقه بيئي يتناسب مع مشاكل البيئة العالمية اليوم وبذلك يرقى هذا الإجتهد إلى مستوى مواكبة التطورات التي يشهدها العالم حتى لا تشكل هذه المشكلة المعاصرة تحدياً صعباً للفقه والفقهاء المسلمين وأن هذا ممكن من خلال⁵²:

- 1 توسيع دائرة التفكير الفقهي والولوج في القضايا المعاصرة ووضع حلول لها من خلال فتح باب الإجتهد وتحديد المنهجية الواضحة للإجتهد المعاصر بما يتناسب وأولويات الواقع.
- 2 ملازمة التطورات العلمية والتكنولوجية للوقوف على الواقع المعاصر للعالم وعدم الجهل به لأن الجهل به من أخطر التحديات التي تواجه المحتهد في العصر الحاضر.
- 3 العمل على نشر الثقافة العلمية والتكنولوجية وجعلها ركناً أساسياً وداعماً لمؤسسات الإجتهد الفقهي ككليات الشريعة وذلك للوقوف على النوازل التي قد يشهدها العالم، بناءً على هذا يمكن للإجتهد الفقهي البيئي أن يأخذ دوره الريادي وأن يؤسس لموسوعة فقهية إسلامية قادرة على أن تقدم الحل الأمثل لقضايا البيئة وأهمها ظاهرة الاحتباس الحراري.

المطلب الثالث : دور الفقه البيئي في حماية البيئة ومنع التغيرات المناخية (ظاهرة الاحتباس الحراري) :
تأتي أهمية وحتمية وجود دور للفقه البيئي في حماية البيئة ومنع التغيرات المناخية لتثبت أن الإسلام دين يؤكّد على احترام البيئة منطلقاً من جملة من الأهداف السامية والتي من أبرزها:

- 1 تنمية الوعي بفقة البيئة لدى الإنسان وذلك من خلال التأكيد على دوره في خلافة الأرض وعماراتها والتي تنبثق من معارف الوحي (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ...) (البقرة/30) وهذه الخلافة يترتب عليها مسؤولية عظيمة فهي امتحان وهي خاصّة للرقابة قال تعالى: (ثُمَّ جَعَلْنَاكُمْ خَلَائِفَ فِي الْأَرْضِ...) (يوسف/14)، قوله ص : (إِنَّ الدُّنْيَا حَلْوةٌ خَصْرَةٌ وَأَنَّ اللَّهَ مُسْتَحْلِفُكُمْ فِيهَا فَنَاظِرُ مَاذَا تَعْمَلُونَ)⁵³ وعليه فإن الرؤية الإسلامية تدل على أن خلافة الإنسان في الأرض تتضمن امتحاناً للإنسان ليعقب هذا الامتحان الحساب؛ هل تعامل مع البيئة وفق التوجيه الرباني أو الإفساد في الأرض؟!.
- 2 إحداث التوازن بين العناصر المختلفة للبيئة بما يحقق السعادة للبشرية جمِيعاً، فالنظام البيئي ما هو إلا عبارة عن (قطاع معين من الطبيعة يشكل بما يحتويه من عناصر وموارد حية نباتية وحيوانية وعنابر غير حية وسطاً تتعايش فيه عناصره وموارده في نظام متكامل تحكمه القدرة الإلهية وحدتها دون أدنى تدخل بشري أو إنساني)⁵⁴.
- 3 تنمية مفهوم الفقه البيئي لدى الإنسان المسلم حتى يتمكن من مواجهة مختلف القضايا المعاصرة ومن أولوياتها قضية منع التغيرات المناخية (ظاهرة الاحتباس الحراري) ووضع الحلول المناسبة لها وذلك من

خلال وضع الاجتهادات الفقهية التي تحرم الكثير من الاعتداءات المستمرة بحق البيئة والتي يعاني منها عالمنا اليوم بسبب البعد عن القيم البيئية الإسلامية والتي تعتبر بمثابة نبراس للإنسان تجاه بيئته وهذه القيم تتمثل في قيم الحافظة وقيم الاستغلال وقيم التكيف والإعتقاد وقيم الجمال، وعليه فان الفقه البيئي يقوم على مجموعة من المقومات الأساسية والتي تشكل في مجملها دور الفقه البيئي في منع التغيرات المناخية والمحافظة على البيئة وأهمها:

أولاً : التوازن البيئي أساس الحياة :

حيث نبهنا الله عز وجل إلى أن كل مخلوق في هذه البيئة له دوره في الحياة لبقاءه وبقاء غيره وكان لنا في قصة سيدنا نوح عليه السلام مثلاً قال تعالى: (حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَمْرُنَا وَفَارَ التَّنَورُ..) (هود/40)، قوله تعالى: (فَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِ أَنِ اصْنَعْ الْفُلْكَ يَأْعِينَنَا) (المؤمنون/27).

وقد عبر الله تعالى في آياته العظيمة عن هذا التوازن الخلاق لتكون الأرض طوعاً للإنسان الذي جعله الله خليفته في الأرض ليقوم بعماراتها ومن ذلك قوله تعالى: (وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدُهُ بِمِقْدَارٍ) (الرعد/8) وقوله تعالى: (وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ فَقَدَرَهُ تَقْدِيرًا) (الفرقان/2)، وقوله تعالى: (وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيًّا...) (الحجر/19). هذا التوازن البيئي جعله الله نعمة عظيمة لخير مخلوقاته ولذلك فإي اعتقداء عليه يؤثر في جماله وبنائه البديع ويعمل على قتل هذا التوازن الخلاق والذي يعتبر أكبر اعتداء على البيئة ليشكل في النهاية منظومة من التغيرات التي تحدث الخلل في النظام البيئي.

ثانياً : التلوث سبباً في التغيرات المناخية :

حيث يعتبر الخلل الذي يتعرض عناصر البيئة المختلفة من ماء وهواء ويبسة وسكينة أسباباً في الإخلال بتوازن البيئة، إذ نبه القرآن إلى قيمة وأهمية الماء قال تعالى: (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٌّ) (الأنبياء/30)، وقال تعالى: (أَفَرَأَيْتُمُ الْمَاءَ الَّذِي تَشَرَّبُونَ {68} } أَنَّتُمْ أَنْزَلْتُمُوهُ مِنَ الْمُزْنِ {69} } لَوْ نَشَاءُ جَعَلْنَاهُ أَجَلًا فَلَوْلَا تَشْكُرُونَ) (الواقعة/67-70) وقال ع (الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار)⁵⁵.

كما نهى ع عن التبول بالماء الجاري (لا يبولن أحدكم في الماء الراكد ثم يغسل فيه)⁵⁶ وقال تعالى: (فَلَرْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِي السَّمَاءَ بِدُخَانٍ مُّبِينٍ {10} } يَعْشَى النَّاسَ هَذَا عَذَابٌ أَلِيمٌ) (الدخان/10-11)، وقوله ص: (جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً)⁵⁷ وقوله ص: (اتقوا الملاعن الثلاث، البراز في الموارد وفي قارعه الطريق وفي الظل).⁵⁸

كما أثبتت الدراسات العلمية أن الضوضاء لها التأثير الأكبر على صحة البشر وتعتبر أكبر الآفات على السكينة العامة⁵⁹ إذ أن الضوضاء التي تصدر في الشارع العام تلحق الأذى في المشاعر وتؤثر على وظائف أعضاء جسم الإنسان⁶⁰ ولفظ السكينة ورد في أكثر من موضع في القرآن الكريم ففي قوله تعالى: (هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ السَّكِينَةَ فِي قُلُوبِ الْمُؤْمِنِينَ لِيَرْدَادُوا.....) (الفتح/4)، وفي قوله: (فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنْزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ...) (الفتح/18).

ثالثاً : إنسانية التعامل مع النظام البيئي :

ويظهر ذلك جلياً واضحاً في الأسس الشرعية التي وضعها الإسلام في التعامل مع كل مكونات البيئة الحية حيث الرجل الذي دخل الجنة بالكلب والمرأة التي دخلت النار في هرة⁶¹ ووصية الصديق رضي الله عنه لجيش أسامة، قوله ع: (إذا ذبح أحدكم ذبيحة فليريح ذبيحته...)⁶².

رابعاً : اعمار الأرض والسلوك العقائدي نحو البيئة :

فقد قال المولى سبحانه: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً) (البقرة/30)، وقال تعالى: (هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا) (هود/61) وعمارة الأرض تتم من خلال منع الاعتداء على خيراتها وما فيها من ثروات قال تعالى: (وَلَا تَعْثُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ) (هود/85).

وقد حث الإسلام على إحياء الأرض الموات وقال ع: (لا يغرسن المسلم غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة)⁶³ وقال ص أيضاً: (إذا قامت القيمة وفي يد أحدكم فسيلة فليغيرها)⁶⁴ لا بل أن الإسلام يعتبر زراعة الأشجار من الصدقات الجلارية بقوله ص: (سبع يجري للعبد أجرهن وهو في قبره بعد موته وذكر منها أو غرس شجرة)⁶⁵ وهذه جميعها قواعد ثابتة مصدرها الوحي الالهي وقد جعل الإسلام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فريضة تصل إلى حد التنفيذ للأوامر واجتناب النواهي .

خامساً : إفساد الحياة في الاعتداء على البيئة :

فقد حرم الإسلام الفساد بكل أشكاله وعليه فإن أي تغيير يلحق بأي عنصر من عناصرها هو إفساد لها وهو أمر حرم حرمه الشريعة الإسلامية وهو جزء من عقيدة المسلم قال تعالى: (فَانظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُفْسِدِينَ) (النمل/14) وقوله تعالى: (وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ) (القصص/77).

وقد أوضح القرآن الكريم أثر الفساد والذي قد يلحق بالبيئة والذي لا يقف أمام مساحة كونية واحدة لا بل أنه يتشر في كل أرجاء الدنيا بحرها وببرها قال تعالى: (ظَاهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ...) (الروم/41) وبين الله عز وجل في هذه الآية الكريمة ظهور الفساد وأسبابه وما يترب عليه من نتائج وأن الفساد في الأرض سيلحق بالإنسان الهالك في الحرث والنسل والحرث ما هو إلا محل نماء الزروع والثمار والنسل هو النتاج الحقيقي للإنسان والحيوان، وعليه فإن فساد الحياة يكون بهلاك الحرث والنسل⁶⁶ قال تعالى: (وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ) (البقرة/205)، لذلك أشار القرآن الكريم إلى أن بقاء الحياة على الأرض مرتبط بوجود طائفة من ينهون عن الفساد في الأرض قال الله تعالى: (فَلَوْلَا كَانَ مِنَ الْقُرُونِ مِنْ قَبْلِكُمْ أُولُوْ بَقِيَّةٍ يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ) (هود/116).

وقد تجلت العقيدة الإيمانية بالحافظة على البيئة عندما ربط الله عز وجل بين دين الفطرة ومنع الفساد في الأرض، وذلك في قوله تعالى: (إِنَّمَا أَخَافُ أَنْ يُبَدِّلَ دِينَكُمْ أَوْ أَنْ يُظْهِرَ فِي الْأَرْضِ الْفَسَادَ) (غافر/26).

وعليه نرى أن التصور الإسلامي لحماية البيئة ومنع التغيرات المناخية جلياً واضحاً في كل نواحي الحياة وقد رعى الفقه البيئي الإسلامي الطبيعة فذكر الزرع والنبات والجنات لأهميتها للإنسان والحيوان ولدورها في حماية البيئة وتحميدها لراحة النفس الإنسانية ومسؤولية الإنسان في الوجود هي الاعمار ليكون خليفة الله في الأرض، وعليه فينبغي أن يكون تعامله مع البيئة التعامل الموزون والمعقول وهذه مؤشرات واضحة في الفقه البيئي الإسلامي فقد أكرم الله سبحانه وتعالى الإنسان في تحقيق المسكن الطيب الآمن والطعام الطاهر والماء العذب وهي ركائز الحياة

البشرية، وتتضح التطبيقات الإسلامية لعمارة الأرض واضحة منذ عهد الرسول -ع- وذلك في إحياء الأرض الموات ومنها أيضاً رسالة سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه إلى الأشتر النخعي لما وله مصر (ول يكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك من استجلاب الخراج لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة ومن طلب الخراج بغير العمارة خرب البلاد وأهلك العباد) ، فقد راعى الفقه البيئي الإسلامي جميع أبعاد المشكلة البيئية حيث اتسم الفقه البيئي الإسلامي بالشموليّة وهذا واضح من خلال التدابير الوقائية في مجال الصحة وسلامة النفس والإهتمام بالطبيعة والإعتدال في الإستهلاك.

وهذا دليل على عظمة هذا الدين وشموليته في مختلف نواحي الحياة وما أجرد أن يكون التشريع نابعاً من عقيدة الأمة التي تعالج المشكلة وقايناً بلسان عربي غير ذي عوج ت يريد الخير للإنسان أينما وجد وتسعى لإسعاد البشرية لتنقذها من الأزمات وطرق الفساد⁶⁷.

وكان الفقه البيئي واضحاً في منهجه في حماية البيئة من خلال:
أولاً : حماية الهواء من التلوث :

وما له من أثر في التغيرات المناخية التي أصابت العالم اليوم والذي كان له الأثر الأكبر في ما يعرف بالإحتباس الحراري، قال تعالى: (إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدْرٍ) (القمر/49) حيث يتضح من هذا النص القرآني أن الله عز وجل قد خلق النظام الكوني بتوازن وقدر دون طغيان لمكوناته على الآخر قال تعالى: (وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْهُ بِمِقْدَارٍ) (الرعد/8)، فقد خلق الله عز وجل مكونات الهواء التي هي جزء من النظام البيئي بنسب معينة لتناسب حياة الإنسان والكائنات الأخرى والحقيقة العلمية تتفق مع القرآن الكريم حيث ثبت أن الهواء عبارة عن مزيج من الغازات بنسبة المعينة وهي النيتروجين والاكسجين وثاني اكسيد الكربون، وبقايا وآثار بسيطة من غازات النيون والزئون والميدروجين والميليوم وبخار الماء، إلا أن الإنسان بعصيائه لأوامر الله تعالى ومن خلال الأنشطة التي يقوم بها والتي تدخل ضمن دائرة افساد البيئة وأخرج النظام البيئي عن طبيعته الملائمة، قال تعالى: (وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ {11} أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَكِنْ لَا يَشْعُرُونَ) (آل بقرة/11-12).

ثانياً: حماية الماء والغذاء من التلوث:

حيث يشكل الماء المصدر الرئيسي لحياة الكائن الحي وهو عنصر الحياة في هذا الوجود لذلك فقد حرص الإسلام على حمايته من التلوث حيث تقوم المصادر المائية بانتاج 70% من الاكسجين اللازم للحياة⁶⁸ قال تعالى: (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا) (الأنباء/3)، وقد دعا الإسلام إلى ضرورة عدم استنزاف هذه الثروة أو إهدارها والمحافظة عليها، قال ع: (لا تسرف في الماء وإن كنت على نهر جار)⁶⁹ ومن خلال هذا التوجيه النبوى الكريم الذي أدرك قيمة قطرات الماء جاءت دعوته ع إلى ضرورة الحفاظة عليها نقية طاهرة (لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ فيه) 70 وقد استعمل الرسول ع الأسلوب الوقائي في حماية الماء من التلوث فقال ع: (اتقوا الملاعن الثلاث البراز في الموارد وفي الطلل وفي طرق الناس)⁷¹ والمقصود بالموارد هنا، أي مصادر المياه حيث اثبتت الدراسات العلمية أن التبرز في الماء من أسباب انتشار طفيل الدودة الكبدية والتي تسبب الكثير من الأمراض ومنها المغص الكبدية والسعال، كما يؤدي التلوث المائي إلى انتشار ميكروببات الكوليرا والتيفوئيد وغيرها ومن الأساليب الوقائية أيضاً قوله ع: (غطوا آنيةكم واذكروا أسم الله)⁷²، وهذا التلوث يلحق الضرر الأكبر في النظام البيئي والإضرار هنا يدخل في دائرة الحرام (وأن ما أدى إلى حرام فهو حرام) ⁷³.

وقد سببت الانحرافات المختلفة بفعل النشاط الإنساني تجاه مصادر الغذاء المختلفة إلى تلوث الغذاء وانتشار الأمراض المختلفة والتي قد تصيب إلى الإصابة بالاختلال العصبي ولذلك فقد دعا الإسلام إلى تقديم هذه المواد الخالية

من أي عيب أو غش قال ٤: (من غشنا فليس منا) ⁷⁴ وعليه فإن التعاليم الإسلامية جاءت شاملة تؤكد على حماية عناصر البيئة - الماء والغذاء - من كل مصادر التلوث قال تعالى: (كُلُوا وَاشْرَبُوا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعْثُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ) (البقرة/59) لأن هذا كله يؤثر في وظيفة الإنسان الأساسية وهي الخلافة وما يتبع ذلك من تأثير على البيئة والذي يؤدي بدوره إلى إحداث التغيرات المناخية أو ما يعرف بظاهرة الاحتباس الحراري.

ثالثا : حماية النفس من خطر التلوث :

فقد دعا الإسلام إلى حفظ النفس وسلامة العقل وذلك من خلال التدابير الوقائية والاحتياطات الالزمة التي تتسم بالشمولية والعمق وهذا جزء من القانون الاهلي قال تعالى: (إِنَّهَا إِنْ تَكُ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِنْ خَرْدَلٍ فَتَكُنْ فِي صَخْرَةٍ أَوْ فِي السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ....) (القمان/15)، وعلم الله الأزلبي يدرك أن الإنسان قد يتعرض لمخاطر مختلفة مع تطورات الحياة قال تعالى: (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَانَمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا) (المائدة/32)، ومصادر التلوث المختلفة ما هي إلا خطر من الأخطار التي تهدى الإنسان في حياته من خلال السموم التي يبتها التلوث وقد تطرق الإسلام من خلال أحکامه إلى وضع تدابير وقائية واضحة لحماية النفس الإنسانية من مصادر هذا الخطر - التلوث - والناتج عن انحراف الإنسان في هذا الكون حيث يسعى الإنسان إلى مقاومة الحشرات التي تغزو البيئة بسبب الإهمال البيئي بإستخدام المبيدات وهذه مواد في طبيعتها سامة تدخل جسم الإنسان عن طريق الرئتين فتسبب الأمراض المختلفة والقاعدة الفقهية تقول (الضرر لا يزال بمنه أو بضرر أكثر منه) ⁷⁵ علمًا أن قواعد التشريع الإسلامي دعت إلى أن يكون الإنسان نظيفاً في مظهره وجسده قال تعالى: (خُذُوا زِيَّتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ) (الأعراف/31) أي عند كل صلاة وهذه الدعوة من الله عز وجل لأن يكون الإنسان نظيفاً على الدوام قال ٤: (إذا توضاً العبد فتمضمض، خرجت الخطايا من فمه فإذا استنشق خرجت الخطايا من نفسه...) ⁷⁶.

وقد أشير إليها في أحاديث أخرى بالشيطان أو النجاست أو الخبث ⁷⁷ يقول ٤: (قلم أظافرك فإن الشيطان يقعد ما طال تحتها) ⁷⁸ وقد أثبت العلم الحديث أن ما تحت الاظافر بيئه مناسبة للميكروبات والطفيليات يقول ٤: (حق على المسلم أن يغسل كل سبعة أيام يوماً يغسل فيها رأسه وجسده) ⁷⁹ ، وأحاديث الرسول ٤ في هذا كثيرة منها قوله ٤: (إذا تووضأت فخلل أصابع يديك ورجليك) ، ⁸⁰ قوله ٤: (السواك مطهرة للفم مرضة للرب) ⁸¹ قوله ٤: (من كان له شعر فليكرمه) ⁸² .

كما حرم الإسلام البصاق على الأرض باعتبارها بيئه الإنسان التي يعيش فيها وهو جانب من جوانب حماية النفس قال ٤: (إن الله طيب يحب الطيب نظيف يحب النظافة وكم يحب الكرم فنظفوا أنفتيكم ودوركم) ⁸³ ، قوله ٤: (البصاق على الأرض في المسجد خطيبة وكفارتها ردمها) ⁸⁴ ، فالبصاق على الأرض عاملاً من عوامل نشر الميكروبات في البيئة لذلك جاء قوله ٤ - بردمها كأسلوب لعلاج المشكلة، قوله ٤: (من آذى المسلمين في طريقهم وجبت عليه لعنتهم) ⁸⁵ .

هذه جملة من الأدلة الشرعية في حضارة الإسلام الراقية التي ترفض كل أسباب التلوث، ومن الجوانب المشرقة للتشريع الإسلامي في حماية النفس دعوته إلى أن يكون المؤمن قويًا في عقله وجسمه قال ٤: (المؤمن القوي خير من المؤمن الضعيف) ⁸⁶ قوله ٤: (لا ضرر ولا ضرار) ⁸⁷ فحارب الإسلام كل ما يلحق الضرر بصحة الإنسان ويؤكد هذا حديث الرسول ٤: (لا تزول قدمًا عبد يوم القيمة حتى يسأل عن أربع، عن عمره فيما أفننه وعن جسده فيما أبلأه وعن ماله من أين اكتسبه، وفيما أنفقه وعن علمه ماذا عمل به) ⁸⁸ ومن جوانب حماية النفس في التشريع الإسلامي حمايتها من التلوث التي تنتقل عن طريق الحيوانات يقول ٤: (ظهور إناء أحدكم إذا ولع فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب) ⁸⁹ ، حيث ثبت علمياً أن التراب مطهر جيد ومعقم للقضاء على الميكروبات

والحراثيم، كما تجلت حماية النفس من التلوث في أبهى صورها في دعوة الاسلام إلى زراعة الأشجار حيث ثبت علمياً أن لها دوراً مهماً في تنقية الأجواء الملوثة، كما تعمل على راحة النفس وطمأنتها وهدوئها وسكنيتها كما تعتبر من أفضل الوسائل الآن لمنع ظاهرة الاحتباس الحراري التي يعاني منها العالم اليوم قال تعالى: (وَفِي الْأَرْضِ قِطْعٌ مُّتَجَوِّرٌ وَجَنَّاتٌ مِّنْ أَعْنَابٍ وَرَزْعٌ وَنَخِيلٌ صِنْوَانٌ وَغَيْرُ صِنْوَانٍ يُسْقَى بِمَاءٍ وَاحِدٍ) (الرعد/4).

ومن تجليات التشريع الإسلامي في حماية النفس من مصادر الازعاج والفوبي التي تسبب التوتر والقلق للإنسان كما قال تعالى: (وَأَغْضُضْ مِنْ صَوْتِكَ) (القمان/18) وقوله تعالى: (وَلَا تَجْهَرْ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتْ بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَيِّلًا) (الإسراء/110) كما ثبت علمياً أن الجنين في رحم أمه يتأثر بشدة البيئة التي تعيش بها الأم. وهذه كلها أسس ثابتة في منع التغيرات المناخية -الاحتباس الحراري- لأن سلامه عقل الإنسان وجسده وصحته سبباً في حماية البيئة.

هذه الأخلاقيات رسالة لعالم اليوم الذي طفت عليه القيم المادية حتى أصبح يسير على غير بصيرة من أمره ليدرك أن الإسلام يتعامل مع البيئة بأسلوب راق وحضارى فيه الرحمة والجمل الحقيقى والمتأمل فى تعاليم الإسلام كمنهج فقهى يدرك مدى شمولية هذا المنهج في غرس المفاهيم عند الإنسان وما قضية التلوث بأبعادها المختلفة والتي تناولها الفقه باهتمام وحرص بالغين إلا دليل على مدى عمق الرؤيا واستشراف المستقبل في هذا المنهج العظيم.

الخاتمة :

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيد المرسلين إذ بلغ البحث نهايته بتوفيق من الله وفضله فإنه من المناسب أن أقدم أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

أولاً: أن ظاهرة الاحتباس الحراري من الظواهر الخطيرة التي أصبحت تؤرق العالم في هذه الأيام (وهي شغل العلماء الشاغل ولا زال العلماء في العصر الحديث يبحثون عن الحلول المناسبة للحد منها) وصحية نتيجة لخالفة الناس أحکام شريعة الله.

ثانياً: هناك توافق كبير بين الشريعة الإسلامية والعلم في هذا العصر للحد من هذه المشكلة.

ثالثاً: هناك توافق كبير بين الشريعة الإسلامية والعلم في العصر الحاضر في توصلها إلى الآثار الناجمة عن ظاهرة الاحتباس الحراري على الإنسان والطبيعة وما يرتبط بهذه الظاهرة من ظواهر.

رابعاً: حدّدت الشريعة الأركان الأساسية للبيئة (الإنسان والماء والهواء).

خامساً: مواكبة التطورات التي يشهدها العالم حتى لا تشكل هذه المشكلة المعاصرة تحدياً صعباً للفقه والفقهاء المسلمين.

سادساً: حتى نحافظ على البيئة يجب علينا تنمية الوعي بفقه البيئة.

التوصيات :

1. توسيع دائرة التفكير الفقهي والولوج في القضايا المعاصرة ووضع حلول لها ومنها ظاهرة الاحتباس الحراري.
2. العمل على نشر الثقافة العلمية والتكنولوجية وجعلها ركناً لمؤسسات الاجتهاد الفقهي وذلك للوقوف على النوازل التي يشهدها العالم.
3. ملازمة التطورات العلمية للوقوف على الواقع المعاصر للعالم وعدم الجهل بالمستجدات الحديثة.
4. تنمية الوعي بفقه البيئة لدى الإنسان وذلك من خلال التأكيد على إعمار الأرض.
5. جعل منهج الفقه البيئي إلزامياً في المدارس والجامعات لزيادة الوعي بهذا الفقه لدى الشباب.

- لسان العرب، الإمام أبي الفضل بن منظور، مجلد 1/39، باب باؤ، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1968.

علم حية، ولد في بوسندا (1834 - 1919).

علم البيئة، أحمد رشيد وهناء الحسن رشيد، ص 5، دار الإفاءة العربي، بيروت، 1976.

البيئة، د محمد الفقي، ص 18، مكتبة ابن سينا، القاهرة، 1993.

الموقع الالكتروني، kenanaonline.com.

جغرافية البيئات، محمود شاكر، ص 9، المكتب الإسلامي، بيروت، 1978.

البيئة ومشكلاتها، رشيد الحمد ومحمد الصباريني، ص 47، ط 1، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت، 1979.

البيئة والإنسان علاقات ومشكلات، د زين الدين عبد المقصود، ص 9، ط 1، دار عطورة للطباعة والنشر، القاهرة، 1981.

مدخل الجغرافية الطبيعية، د. يحيى فرحان وأخرون، ص 137، ط 1، جمعية عمل المطبع الأردني، عمان، 1988.

ومثال ذلك ما حدث في نيجيريا عندما أرادت أن تتوسّع في زراعه الكاكاو في منطقة غرب وسط البلاد ولم تنجح على الرغم من نجاحها غرب البلاد، مدخل الجغرافية الطبيعية، مرجع سابق، ص 139.

المراجع السابقة نفسه، ص 138.

الموقع الالكتروني www.kenanaonline.com.

المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، الجزء الثاني، لوث ص 851، المكتبة العلمية، طهران.

المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، د. جابر إبراهيم، ص 18، مطبعه الإدارة المحلية، بغداد، 1983.

كيمياء التلوث البيئي، عدنان مساعد، ص 47، ط 1، شركة مطبع الشعب، الأردن، 1997.

التلوث البيئي، عدنان مساعد و محمد اللافي، ص 21-22، ط 1، الروزنا للطباعة، اربد، الأردن، 1996.

كيمياء التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 49.

التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 57.

علم المياه العذبة، فريال إبراهيم الحمي، ص 35، جامعة البصرة، 1986.

كيمياء التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 134.

المحرر الوجيز، لأبي محمد الاندلسي 11/464-465، ط 1، الدوحة، 1977.

كيمياء التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 187.

جمعية البيئة الأردنية بالتعاون مع مؤسسة فريديريش ناومان، ص 154، جمعية عمل المطبع التعاونية، عمان، 1993.

الموقع الالكتروني www.knayma.com.

الموقع الالكتروني www.majdah.maktoob.com.

ظاهرة الصوبة - جون جريبيين - ترجمة أحمد مستجير، ص 147، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1992 و كيمياء التلوث، مرجع سابق، ص 28-27.

مسند أحمد، حديث رقم (12512)، 59/26.

مسند أبي داود؛ حديث رقم (4561)، 480/13.

-
مجلة الفقه والقانون العدد الخامس مارس 2013
 29. موظاً مالك حديث رقم (858) ، 322/2⁽¹⁾
 30. الموقع الالكتروني www.amjad67.jeeran.com www.alhandasa.net www.ypcye.com⁽¹⁾
 31. الموقع، www.ypcye.com⁽¹⁾
 32. الموقع الالكتروني www.furatnuss.com www.amjad68.jeeran.com www.ypcye.com⁽¹⁾
-
 33. الموقع الالكتروني www.amjad67.jeeran.com ويكيبيديا الموسوعة الحرة.⁽¹⁾
 34. كيمياء التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 27.⁽¹⁾
 35. الموقع الالكتروني www.amjad67.jeeran.com.⁽¹⁾
-
 36. بحث عنوان حلول البيئة لعلبة الاحتباس الحراري، فرحان الشهرياني - طالب دكتوراه - جامعة أكسفورد البريطانية، ص 128.⁽¹⁾
 37. سبق تخرجه في صفحة 10⁽¹⁾
 38. صحيح البخاري ، حديث رقم (2151) ، 118/8⁽¹⁾
 39. في ظلال القرآن، سيد قطب، 50/1، دار العلم للطباعة والنشر، الطبعة 12، جلة 12، 1986.⁽¹⁾
 40. الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت، ص 257.⁽¹⁾
-
 41. حماية البيئة في الفقه الإسلامي، أحمد سالم، ص 295، مجلة الأحمدية، عدد شهر مايو، 1998، دبي.⁽¹⁾
 42. رواه أبو داود، جزء 2، ص 53.⁽¹⁾
 43. صحيح مسلم ، حديث رقم (423) ، 152/2⁽¹⁾
 44. سنن ابن ماجة ، حديث رقم (419) ، 16/2⁽¹⁾
-
 45. يتكون الغلاف الجوي الخيط بالكرة الأرضية من غاز النيتروجين الذي يشكل نسبة 78% والاكسجين 21% وثاني أكسيد الكربون 0.033%⁽¹⁾
 46. والارغون 0.9% ، عدنان مساعد، مرجع سابق، ص 47.⁽¹⁾
 47. نحو نظرية إسلامية عن البيئة، ضياء الدين سيدار، ص 78، 1994.⁽¹⁾
-
 48. البيئة ومشكلاتها وقضاياها وحمايتها من التلوث، رؤية إسلامية، محمد عبد القادر الفقي، ص 86، مكتبة ابن سينا، القاهرة .⁽¹⁾
 49. سنن ابن ماجة ، حديث رقم (2331) ، 143/7⁽¹⁾
-
 50. درر الحكم شرح مجلة الاحكام، علي حيدر، 37/1، تعریب فهمی الحسینی، دار الكتب العلمية، بيروت.⁽¹⁾
 51. نهاية الرتبة في طلب الحسبة، الشیرازی، تحقيق السيد العربی، ص 185، دار الثقافة، بيروت، ط 2، 1981.⁽¹⁾
-
 52. الطب النبوی، ابن القیم، تحقیق عبد المعطی قلعجی، ص 141، دار الوعی، حلب، ط 4.⁽¹⁾
 53. صحيح مسلم ، حديث رقم (4925) ، 286/13⁽¹⁾
-
 54. قانون حماية البيئة الإسلامي، د.أحمد عبد الكريم سالم، ص 30، القاهرة، 1996.⁽¹⁾
 55. بغية الحارث ، 145/1⁽¹⁾
-
 56. صحيح البخاري ، حديث رقم (232) ، 398/1⁽¹⁾
 57. صحيح البخاري ، حديث رقم (419) ، 217/2⁽¹⁾
-
 58. سنن ابن ماجة ، حديث رقم (323) ، 393/1⁽¹⁾

-**مجلة الفقه والقانون العدد الخامس مارس 2013**.....
- (1) 59. النظرية العامة للضبط الإداري، محمود سعد الدين الشريف، مجلة مجلس الدولة، ص 106، 1956.
- (1) 60. الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، د.حسن درويش، العدد 7، ص 65، أكتوبر 1985.
- (1) 61. مسند الإمام أحمد، حديث رقم (7854) ، 396/16 .
- (1) 62. سنن ابن ماجة ، حديث رقم (3163) ، 344/9 .
- (1) 63. سبق تخرّيجه في صفحة 10
- (1) 64. سبق تخرّيجه في صفحة 10
- (1) 65. جامع الأحاديث ، حديث رقم (13016) ، 238/13 .
- (1) 66. مؤتمر التجديد في الفكر الإسلامي، د. إبراهيم علي حسن النحاس، ص 4، المؤتمر الثالث عشر، مصر، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.
- (1) 67. التلوث البيئي، عدنان مساعد و محمد اللافي، ص 77، الروزانا للطباعة، الأردن، 1996.
- (1) 68. المرجع السابق نفسه، ص 81.
- (1) 69. سبق تخرّيجه في صفحة 15
- (1) 70. سبق تخرّيجه في صفحة 19
- (1) 71. سبق تخرّيجه في صفحة 19
- (1) 72. صحيح البخاري ، حديث رقم (3059) ، 83/11 .
- (1) 73. درر الحكماء، مرجع سابق، 1/39.
- (1) 74. صحيح مسلم ، حديث رقم (146) ، 265/1 .
- (1) 75. درر الحكماء، مرجع سابق، 1/35.
- (1) 76. شعب الإيمان ، حديث رقم (2618) ، 259/6 .
- (1) 77. التلوث البيئي، عدنان مساعد و زميله، ص 86.
- (1) 78. سبل السلام ، 6/325 .
- (1) 79. صحيح البخاري ، حديث رقم (847) ، 3/418 .
- (1) 80. المستدرك على الصحاحين ، حديث رقم (610) ، 2/151 .
- (1) 81. صحيح البخاري ، حديث رقم (1798) ، 7/18 .
- (1) 82. سنن أبي داود ، حديث رقم (3632) ، 11/215 .
- (1) 83. جامع الأحاديث ، حديث رقم (6880) ، 8/72 .
- (1) 84. صحيح البخاري ، حديث رقم (398) ، 2/179 .
- (1) 85. المعجم الكبير للطبراني ، حديث رقم (2978) ، 2/296 .
- (1) 86. صحيح مسلم ، حديث رقم (4816) ، 13/4816 .
- (1) 87. سبق تخرّيجه في صفحة 17
- (1) 88. سنن الترمذى ، حديث رقم (2341) ، 8/443 .
- (1) 89. صحيح مسلم ، حديث رقم (420) ، 2/121 .

الحماية القانونية لحق تعليم الأمازيغية وذوي الاحتياجات الخاصة في الجزائر



سليماني لخميسي طالب باحث

ماجيستير في القانون الدستوري

جامعة الحاج لخضر باتنة - الجزائر

مقدمة :

يعد الحق في التعليم واحدا من أهم الحقوق التي حرصت الميثاق الدولي والدستور و حتى التشريعات الداخلية على ضمان توفيره و تنظيمه ، والنصوص الواردة في الميثاق الدولي حرصت على أن تعطي لهذا الحق أبعاداً تنموية تتجسد في ضمان أن يكون إلزاميا في مراحله الأولى و مجانيها يتسم باسم العموم متغيراً جراء ذلك جعله دعامة أساسية من دعائم التنمية، وحجر الزاوية فيها ولا يمكن تصور الرقي أو النهضة ما لم يسبق ذلك نشر التعليم وإلزاميته للتأسيس بمجتمع متحضر يأخذ زمام المبادرة في الرقي والنهوض، وبعد التعليم واحداً من أهم مركبات التنمية الشاملة المستدامة، ولذلك فالدول بختلف توجهاتها السياسية و انتماها الأيديولوجية تعمل على منحه شرعية دستورية و حماية قانونية.

المطلب الأول : الحق في تعليم الأمازيغة في الجزائر :

كل طرف يقرأ تاريخ البلاد وفقاً لموافقه الأيديولوجية وأهوائه السياسية، وهكذا يقصي كل طرف جزءاً من التاريخ .. إنها دكتاتورية الهوية. فجنوح النخب الجزائرية إلى الاكتفاء بالبعد العربي الإسلامي متجاهلة مراحل ما قبل الإسلام أدى إلى تشدد مطالب الهوية التي جاءت هي الأخرى إقصائية لأنها تنتهي فترات التاريخ.

والحقيقة أن تاريخ الجزائر كل لا يتجزأ، ومراحله المتداخلة هي التي صقلت الهوية الوطنية بقوماتها المتعددة إسلام، عربية، أمازيغية.

الفرع الأول : السياق التاريخي للمسألة الأمازيغية :

سياسيًا تعود المسألة البربرية إلى الأربعينيات من القرن 20، إلى ما عرف بـ "الأزمة البربرية"، بعدما نشب صراع عام 1949 بين أعضاء من منطقة القبائل في حزب الشعب الجزائري وزعيمه مصالي الحاج. هذا الأخير اعتبر أن الأمة الجزائرية عربية وإسلامية، فرأى هؤلاء - و منهم حسين آيت أحمد - في هذا استفزازاً وتجاهلاً للتاريخ الجزائري ما قبل الإسلام ولللهوية الأمازيغية، ونادوا بضرورة إدراج الببرري في تنظيم الدولة المستقلة المقبلة.

وقد خفت الثورة الجزائرية من تلك الخلافات، لكن المسألة بقيت عالقة. وبعد الاستقلال دأبت السلطة على فرض روایتها الرسمية للتاريخ ومعاييرها في تحديد الهوية الوطنية وإقصاء اللغة والثقافة الأمازيغيتين من قاموسها السياسي.

ومع بداية أولى مراحل التعرّيب في الجزائر (إدخال العربية لغة وطنية عندما كان الاستعمار الفرنسي قد أعلنها لغة أجنبية في الجزائر عام 1936)، بدأت أولى المواجهات بين دعاة الأمازيغية والسلطة حول المسألة اللغوية.

في عام 1980 أخذ المطلب الأمازيغي بعدها ميزةً وعلنياً في شكل حركة احتجاجية في القبائل. وكان السبب المباشر في اندلاع أحداث القبائل (مظاهرات طلابية في جامعة تizi وزو) في مارس/آذار 1980 هو منع السلطات الكاتب مولود معمرى إلقاء محاضرة في جامعة تizi وزو حول "الشعر القبائلي القديم".

الفرع الثاني : الحق في تعليم الأمازيغية في الجزائر قبل و بعد التعديل الدستوري لسنة 2002 :

إن اللغة الأمازيغية نقطة مهمة لشخصيتنا وهويتنا الوطنية، ولا يمكن للدولة أن تترك ثابتة من ثوابتنا الوطنية تحت رحمة الميول الفردية للأشخاص، إذ أنه يجب إقرار الطابع الإلزامي لتدریس اللغة الأمازيغية، الاختيار الوحيد الذي سيوفر لها السنن العلمي والاقتصادي المتين والدائمين.

منذ الشروع في إدراج تعليم الأمازيغية في المدرسة، وقرار خلق المحافظة السامية للأمازيغية منتصف التسعينات، سجل التكفل المؤسساتي بهذا الواجب الوطني مكاسب أكيدة أبرزها منحها مقام اللغة الوطنية عبر حكم دستوري ، وهذا بمبادرة من رئيس الجمهورية، بعدأخذ رأي المجلس الدستوري، وبعد مصادقة البرلمان بغرفته، دون عرضه على الاستفتاء الشعبي طبقاً للمادة 176 من الدستور¹، وهذا بموجب المادة 3 مكرر من تعديل دستور 1996 في 2002(القانون 03/02) المؤرخ في 14 ابريل 2002.²

"تمازيغت هي كذلك لغة وطنية تعمل الدولة على ترقيتها وتطویرها بكل تنويعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني".

لكن رغم السند التشريعى لتوارد اللغة الأمازيغية ضمن المنظومة التربوية منذ 2002 بعد تعديل الدستور، و2008 عبر القانون التوجيهي لل التربية الوطنية، إلا أنه في السنوات الأخيرة تقلصت المساحة الإقليمية التي توفر فيها المدارس تدريس الأمازيغية، زيادة على نقص المناصب المالية لتوظيف الأساتذة في هذه المادة، وكذا غياب الليونة في عملية توظيف حاملي الشهادات الجامعية في الأمازيغية³.

أول بدايات تعليم الامازيغية منذ 1989 في إطار الانفتاح السياسي والثقافي بعد أحداث أكتوبر 1988 كانت البداية الفعلية بفتح قسم بجامعة مولود معمرى بتizi وزو سنة 1990، ثم عام بعد ذلك في بجاية، لكن في سنة 1995 مع إنشاء الحافظة السامية للأمازيغية بتصدير المرسوم الرئاسي 95-147 المؤرخ في 27 ماي 1995 مكلف برد الاعتبار للأمازيغية ، والعمل على إدماجها في النظام التعليمي، وترقية اللغة الأمازيغية⁴ ، لإعطاء دفع لتواجد اللغة الأمازيغية ضمن المنظومة التربوية بعد إقرارها في المادة 3 مكرر من الدستور كلغة وطنية، والتي كلفت الدولة تجسيد كل الوسائل التنظيمية والبيداغوجية الضرورية، للاستجابة لطلب هذا التدريس عبر كامل التراب الوطني.

إذا كنا نريد أن توصل اللغة رسالتها، ونعطي لها بعدها الاجتماعي يجب أن تُرسى دعائمها داخل المدارس؛ لأن اللغة تضعف، وتقوت إذا لم تستعمل، وحسب آخر تقرير لمنظمة اليونسكو فإن هناك مئات اللغات مثل الأمازيغية تزول لأنها لا تستعمل.

إن الأمازيغية في المدارس تعاني من عدة صعوبات، منها أن تدريسها لا يزال تجريبيا، ويفترض في التجربة أن لها مدة معينة يتم بعدها التوقف للتشخيص والتقييم، لكن إلى حد الآن لم تجر لها مراجعة أو تقييم. والمشكل الثاني الذي تعاني منه الأمازيغية في المدارس أنها تدرس اختياريا ، ونعرف أيضا أن أي مادة كانت عندما تطرح بطريقة اختيارية لا أحد سيهتم بها ، وعدم تعميم الأمازيغية يجعل منها لغة جهوية، وليس لها مادة وطنية كما يكرسها الدستور، وعليه فالسياسة التي تم تطبيقها في تعميم استعمال، وتدرис العربية يجب أن تكرر اليوم بالنسبة للأمازيغية⁵.

في هذا السياق جاء القانون رقم 04-08 المؤرخ في 23 جانفي 2008 المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية ونصت المادة 34 على تطبيق المادة 3 مكرر من دستور 1996 المعدل في 2002، التي تقر بأن تدريس اللغة الأمازيغية عبر كل أطوار المنظومة التربوية من أجل الاستجابة للطلب المعتبر عنه عبر التراب الوطني، على الدولة أن تجسّد التطبيق التدريجي لهذا القرار من خلال برنامج مبسط حول آجال محددة، ومنظم حول تحضير، وتجسيد الوسائل البشرية، المالية والمادية الضرورية.

ونصت المادة 34 على «يدرج تعليم اللغة الأمازيغية في المنظومة التربوية ، من أجل الاستجابة للطلب المعتبر عنه عبر التراب الوطني .

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم».

في نفس السياق، يضاف أن المادة 4 فقرة 8 من القانون 04-08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية تؤكد أنه في مجال التعليم ، تكلف المدرسة بمهمة ترقية اللغة الأمازيغية، وتوسيع تدريسها، لكنه ورغم كل ذلك يلاحظ أن مهمة توسيع رقعة تعليم الأمازيغية تعاني من الركود والتقهقر.

في عام 2005، لاحظت لجنة حقوق الطفل باهتمام أن القوانين، والسياسات الوطنية السارية لا تحترم بالشكل الكافي حقوق الأطفال الأمازيغ، ومنها حق الأطفال في استخدام لغتهم، وأوصت الدولة بتعزيز جهود حماية حق الطفل في الموية، وحقوق الأطفال الأمازيغ في التعليم⁶.

من أجل تنفيذ التزامات حقوق الإنسان الدولية في مجال المساواة، وعدم التمييز قامت الجزائر بإدراج حق تعلم الأمازيغية في القانون التوجيهي للتربية 04/08 من خلال نصوص المواد 4 و34 المذكورتين سابقا.

المطلب الثاني : حق التعليم في بعض القوانين الخاصة ولذوي الاحتياجات الخاصة :

لم تتطرق العديد من النصوص الخاصة في القوانين الجزائرية لموضوع حق التعليم على غرار بعض الحقوق والحريات التي تجدها حماية خاصة في بعض القوانين التي لها صلة بالدستور على غرار قانون العقوبات الذي يجرم الاعتداء على بعض الحقوق والحريات.

الفرع الأول : حق التعليم في بعض القوانين الخاصة :

قانون الأسرة الجزائري نص في بعض مواده على حماية حق الطفل في التعليم، ويبين فيه حقوق الأبناء على الآباء في التعليم، وكذلك حقوق الأولاد المخصوصين في التعليم في حالة الطلاق بين الوالدين.

وكانوننا البلدية والولاية اللذان ذكرا التعليم من خلال إنجاز مؤسسات التعليم، وضمان النقل المدرسي، وتشجيع التعليم قبل المدرسي.

أولا: في قانون الأسرة⁷

تناولت المشرع الجزائري موضوع الحق في التعليم في قانون الأسرة وبذا ذلك في نص الفقرة الثالثة من المادة 36 من قانون الأسرة في الفصل الرابع حقوق وواجبات الزوجين انه «من واجبات الزوجين: التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد، وحسن تربيتهم».

فمن خلال نص الفقرة يتضح حماية المشرع لحق الأبناء على الوالدين في تعليمهم وتربيتهم تربية حسنة.

أما المادة 62 في فصل الحضانة نصت على: «الحضانة هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهير على حمايته، وحفظه صحة وخلقها.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

فنص هذه المادة يبين مدى حماية المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لحق التعليم للولد المخصوص، واشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

ثانيا: في قانوني البلدية والولاية :

تناولت نصوص قانون البلدية والولاية موضوع التربية والتعليم على نحو من العناية بالعمل على إنجاز المؤسسات، و توفير التجهيزات المدرسية، وظروف التمدرس الحسن؛ من أجل تحقيق أفضل لمبدأ تكافؤ الفرص، والمساهمة في مجانية وإجبارية التعليم .

سواء في القانونين القديمين (09/90-08/90) أو الجديدين (10/11-12/07)

حيث جاء في الفصل الثالث من قانون البلدية 08/90 المؤرخ في 07 افريل 1990⁸ تحت عنوان التعليم الأساسي وما قبل المدرسي في نص المادة 97

«تحتخص البلدية بإنجاز مؤسسات التعليم الأساسي طبقاً للمقاييس الوطنية والخريطة المدرسية، وتقوم علاوة على ذلك بصيانة هذه المؤسسات».

ونصت المادة 98 «تتخذ البلدية كل إجراء من شأنه تشجيع النقل المدرسي».

ولتشجيع التعليم ما قبل المدرسي أو التحضيري نصت المادة 99 من قانون البلدية على:

«تبادر البلدية بالتخاذل كل إجراء من شأنه أن يشجع التعليم ما قبل المدرسي ويعمل على ترقيته».

أما في قانون الولاية 09/90 وفي الفصل الخامس المعنون بالتجهيزات التربوية وتجهيزات التكوين المهني نصت المادة 74 على «تتولى الولاية في إطار المعايير الوطنية وتطبيقاً للخريطة المدرسية والتكتوين إنجاز مؤسسات التعليم الثانوي والتكنولوجي والتكتوين المهني».

أما قانون البلدية الجديد رقم 11/10⁹ المؤرخ في 22 جوان 2011 فنص المادة 122 من الفصل الثالث الذي جاء تحت عنوان : نشاطات البلدية في مجال التربية والحماية الاجتماعية والرياضة والشباب والثقافة والتسلية والسياحة على:

« تتخذ البلدية طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بها كافة الإجراءات قصد:

- إنجاز مؤسسات التعليم الابتدائي طبقاً للخريطة المدرسية الوطنية، وضمان صيانتها.

- إنجاز وتسهيل المطاعم المدرسية، والسهر على ضمان توفير وسائل نقل التلاميذ والتأكد من ذلك».

كذلك نص المشرع في قانون الولاية الجديد 12-07¹⁰ المؤرخ في 21/02/2012 في المادة 92 على «تتولى الولاية، في إطار المعايير الوطنية وتطبيقاً للخريطة المدرسية والتكتوينية، إنجاز مؤسسات التعليم المتوسط والثانوي والمهني وتنكفل بصيانتها والمحافظة عليها وكذا تجديد تجهيزاتها المدرسية على حساب الميزانية غير المركزية للدولة المسجلة في حسابها».

ويبدو مما تقدم أن معظم هذه النصوص سواء في قانوني البلدية والولاية السابقين أو الجديدين تصب في إطار حماية وترقية الحق في التعليم، وضمان تمتع كل أفراد المجتمع الجزائري من هذا الحق دون تمييز وهذا من خلال توفير الهياكل وتقديم المساعدات، كما تقوم السلطات البلدية في بداية كل سنة بتبيين مديريات التربية بكشف بعد الأولاد البالغين للسن الإجبارية وهذا ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم رقم 66/76 المتضمن للطابع الإجباري للتعليم الأساسي بأن: «تبلغ السلطات البلدية في بداية كل سنة مدنية إلى المدير المكلف بال التربية في الولاية كشفاً بعد الأولاد الذين يبلغون السن الإجبارية للقبول في المدرسة في السنة الدراسية القادمة».

على نفس منوال ما جاء في المرسوم السابق نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 02/10 المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي على: «تقوم مصالح البلدية المختصة كل سنة عند الدخول المدرسي بإعداد قائمة الأطفال البالغين سن التمدرس الإجباري والمولودين وأو المقيمين على تراب البلدية».

تدون على القائمة المذكورة في الفقرة أعلاه المعلومات الآتية :

- إسم ولقب و تاريخ و مكان ميلاد الطفل.

- إسم ولقب وعنوان ومهنة الأشخاص الطبيعيين أو المعنيين المسؤولين عن الطفل.

تحين مصالح البلدية المختصة قائمة الأطفال المعينين بالتمدرس دوريًا.

الفرع الثاني : حق التعليم لذوي الاحتياجات الخاصة :

اهتم التشريع الجزائري برعاية هذه الفئة من المجتمع في هذا الجانب من خلال العديد من المواد التي تضمن مجانية التعليم، وتكافؤ الفرص، وإجبارية التعليم الأساسي، وهذا ما جاء في قانون حماية الأشخاص المعاقين، وترقيتهم المؤرخ في 14 مايو 2002¹¹، حيث ورد فيه أن من أهداف حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم ضمان تعليم إجباري، وتكوين مهني للأطفال والراهقين المعوقين، وجاء الفصل الثالث منه بعنوان: "ال التربية والتقويم المهني، وإعادة التدريب الوظيفي وإعادة التكيف" وحثت المادة 14 من هذا الأخير على ضرورة التكفل المبكر بالأطفال المعوقين، أما المادة 15 منه فقد ذكرت أن الأطفال المعوقين لابد أن يخضعوا إلى التمدرس الإجباري في مؤسسات التعليم والتقويم المهني، التي تهألاً عند الحاجة كما حدّدت أشكال، وطرق تقديم الخدمات التعليمية من خلال المركز المتخصصة التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم رقم 59 - 80 المؤرخ في مارس 1980 ، وقد تم فتح أقسام خاصة بالأطفال ضعيفي السمع والمكفوفين في المؤسسات التعليمية التابعة لقطاع التربية الوطنية، وذلك بقرار وزاري مشترك بين وزارة التربية الوطنية ووزارة العمل والحماية الاجتماعية والتقويم المهني¹² لسنة 1998، وقد جاء في المادة 07 منه إمكانية الدمج الكلي، أو الجزئي للتلاميذ الأقسام الخاصة في الأقسام العادية. أما فيما يخص الخدمات التعليمية للتلاميذ الماكثين في المستشفيات، ومراكيز العلاج وضعت لهم أقسام خاصة بموجب القرار الوزاري المشترك بين وزارة التربية، ووزارة الصحة المؤرخ في 27 أكتوبر 1998. أما فيما يخص عملية تقييم، وتنظيم الامتحانات، فقد صدر قرار وزاري مشترك بين وزارة التشغيل والتضامن والتربية الوطنية¹³.

من أجل تمكين ذوي الاحتياجات الخاصة من التمتع بحقهم في التعليم نصت المادة 14 من القانون التوجيهي للتربية رقم 04/08 على: «تسهر الدولة على تمكين الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة من التمتع بحقهم في التعليم.

يسهر قطاع التربية الوطنية بالتنسيق مع المؤسسات الاستشفائية وغيرها من الهياكل المعنية ، على التكفل البيداغوجي الأنسب وعلى الإدماج المدرسي للتلاميذ المعوقين وذوي الأمراض المزمنة».

خاتمة :

إن التحديات التي يفرضها الواقع في الداخل والخارج يفرض رسم إستراتيجية قادرة على تحقيق أهداف المجتمع من التعليم بالشكل الذي يضمن حصانة هويته، وتأمين مكانة له بين المجتمعات الأخرى، وتلك الإستراتيجية تتطلب عملا سياسيا يتعلق بسياسة الدولة في مجال التربية والتعليم من خلال التشريعات التي تحمي وتحسن التعليم لجميع أبناءها إن السياسة التعليمية في الجزائر في هذه المرحلة المفصلية مطالبة بـ :

- دعم تعليم اللغة الأمازيغية، ذلك أن هذه اللغة التي فصل فيها الدستور كلغة وطنية وأصبحت لغة يجري تعليمها بعض المدارس .
- تجديد تعليم اللغة الأمازيغية وتقويته مع جعله إلزاميا لكل الأطفال في كل المؤسسات التربوية .
- دعم التعليم الموجه لذوى الاحتياجات الخاصة بوضع إستراتيجية التعليم المكيف للتلמיד المعاقين تكفل لهم الحق في مواصلة تعليمهم الابتدائي، وتساعدهم في تدارك التأخر المسجل لمتابعة دراستهم في الأقسام العادية للمؤسسات التربوية، و توفير فترة من الرعاية التربوية المركزة.

الهوامش :

- (1) دمولود ديدان،مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية،دار بلقيس للنشر،الجزائر،2010،ص99.
- (2)الجريدة الرسمية ج ج دش رقم 25 لسنة 2002.
- (3) يومية "الوطن" الناطقة بالفرنسية،العدد1156،16 أفريل 2010
- (4)الجريدة الرسمية ج ج دش رقم 29 ، لسنة 1995.
- (5) جيل حداوي، «تدريس الأمازيغية بين المقاربتين: الثقافية واللسانية»، www.jamilhamdaoui.net.
- (6) الجلسة الأولى للاستعراض الدوري الشامل لحقوق الإنسان،مارس 2008.
- (7) قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة المعديل والتمم بقانون رقم 09/05،الجريدة الرسمية ج ج دش رقم 15 لسنة 2005.
- (8)الجريدة الرسمية ج ج دش رقم 15 لسنة 1990.
- (9)الجريدة الرسمية ج ج دش رقم 37 لسنة 2011.
- (10) الجريدة الرسمية ج ج دش رقم 12 لسنة 2012.
- (11)قانون رقم 09/02: الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 2002
- (12)الجريدة الرسمية ج ج دش، رقم 13 لسنة 1998.
- (13)القرار المؤرخ في 17 ماي 2003.

النُّصُوصُ الْمُوَرِّيَّاتِ الْمُتَعَلِّمَةُ مِنْهَا لِلْإِنْفَاقِيَّاتِ الدُّولِيَّةِ^١



الدكتور : محمد المختار ولد مليل

أستاذ محاضر في جامعة نواكشوط

تقدیم:

شكلت ظاهرة الهجرة تحدياً كبيراً للمجتمع الدولي لما تحمله من انعكاسات سياسية وأمنية فضلاً عن الانعكاسات الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية، ولأن الدولة الحديثة ما فتئت ترى خطرها في كل وارد من وراء حدودها مستندة لمفاهيم الجنسية والمواطنة ما جعلها مستعدة دائماً لتكوين في تنازع مع المبادئ السامية للقانون الدولي بحجة الدفاع عن السيادة والمصلحة العليا للدولة حتى في ظل الانتشار الواسع لمفاهيم حقوق الإنسان والالتزام الدولي بحمياتها.

ويعتبر التعامل مع المهاجرة في هذا السياق أحد الموضوعات الكاشفة لدى الريبة والازدواجية في التعاطي مع الالتزامات الدولية التي تفرضها المبادئ والقواعد المكرسة لحقوق الإنسان أيا كان، وذلك على حد سواء بالنسبة للدول الديقراطية وغيرها ، حيث تذوب الفوارق إلى درجة ملحوظة في كثير من الحالات، ويتسع الفارق بين ما هو نظري ومبني والممارسة في الواقع.

صحيح أنه اليوم لا يمكن المجادلة في وجود من الناحية النظرية مواثيق وعهود واتفاقيات دولية تشكل منظومة متكاملة على المستوى الدولي لحماية حقوقاً أصيلة للإنسان مهما كان مكان تواجده واعتراف معظم دول العالم بهذه الحقوق بشكل أو بآخر على مستوى التصريحات والإعلانات الرسمية وبدرجة أقل التشريعات.

وموريتانيا ليست استثناء من ذلك فقد وافقت على أغلب المواثيق والاتفاقيات الدولية المشكّلة للإطار القانوني العام المكرس للقواعد الدوليّة لحماية الحقوق الأساسية للمهاجرين، إلا إن تشرعيّاتها الداخليّة لم تصل إلى مرامي ما وافقت عليه من مواثيق واتفاقيات دولية.

وهذا ما تسعى الورقة للكشف عن جوانب أساسية منه من خلال محورين: الأول يتناول الأساس القانوني للحماية الدولية لحقوق المهاجرين والثاني وضع المهاجرين في القانون الموريتاني.

قدمت هذا الورقة للندوة العلمية المنظمة من طرف المركز المغاربي للدراسات الإستراتيجية تحت عنوان : (الهجرة في موريتانيا: الواقع والتحديات) يومي 17 - 18 ديسمبر 2012 . نواكشوط .

١. الأساس الدولي لحماية المهاجرين :

المجرا ظاهرة عالمية معقدة يشير التعامل معها إشكالات متعددة على مستوى كل دول العالم وفي التنظيمات الدولية المتنوعة وبصفة أكثر وضوحاً مما كان عبر مختلف الحقب التاريخية المتعاقبة خاصة في الجوانب الحقوقية والقانونية في ظل الإدراك المتزايد لأهمية وحجم هذه

الظاهرة والتي باتت تشمل ملايين الناس وتقسّ عدداً كبيراً من الدول في العصر الراهن. إن الأثر المترتب على تدفق موجات المهاجرين على الدول والشعوب المعنية يحتم في نظر الكثيرين ضرورة ارساء قواعد يمكن ان تساهم في التوفيق بين مواقف الدول عن طريق قبول مبادئ اساسية تتعلق بالجوانب المتعددة والمعقدة لهذه القضية، في مقدمتها الأبعاد الإنسانية مما يعرضهم لأنواع شتى من الانتهاكات خاصة أن هذه الظاهرة باتت تشمل أصنافاً متباعدة من الناحية القانونية من المهاجرين فمنهم:

- الأشخاص الذين يدخلون بطريقة غير قانونية دول الاستقبال ولا يسرون وضعهم القانوني.
- الأشخاص الذين يدخلون دول الاستقبال بطريقة قانونية ويكتشون هناك بعد انقضاء الإقامة القانونية.
- الأشخاص الذين يستغلون بطريقة غير قانونية خلال إقامة مسموح بها.

ولتوضيح ما توصل إليه المجتمع الدولي في هذا المجال سنتوقف وبالختصار عند نقطتين أساسيتين:

أ- مصدر الحماية.

إذا نظرنا إلى الواقع الدولي الراهن للهجرة وإطارها القانوني سنلاحظ أن المجتمع الدولي قبل إقرار الاتفاقية الدولية لحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990 ظل يعالج هذه الظاهرة من خلال إبرام عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات العامة والظرفية لحماية المهاجرين، إلا أن هذه الحماية الدولية لحقوق المهاجرين قد تطورت مع تزايد وعي المجتمع الدولي بمشاكل الهجرة، وما تثيره من مسائل إنسانية وذلك في ضوء المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المواثيق العالمية للأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان¹ باعتبار هذه الأخيرة مرجعاً رئيساً للحماية الدولية لحقوق المهاجرين نظراً للعلاقة الوثيقة التي تجمع بين الهجرة كظاهرة اجتماعية ذات بعد إنساني واحترام حقوق الإنسان بصفة عامة.

وبالتالي تمت معالجة حقوق المهاجرين لعقود عديدة من خلال المواثيق الدولية الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة المتعلقة بحقوق الإنسان. ومن أهم هذه المواثيق والاتفاقيات التي يتم الركون إليها في هذا المجال ما يلي:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.²

2- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.³

3- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951.⁴

¹ - لمزيد من التفاصيل في هذا المجال يمكن الرجوع إلى: أحمد أبو الوفا ، الحماية الدولية لحقوق الإنسان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط. 2 ، 2005

² - وخاصة المادتين 13 و 15.

³ - انظر المادة 5 من الاتفاقية

⁴ - خاصية المادة 34

4- العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966¹.

5- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبات القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة لعام 1984².

6- الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولي والتي تجعل من أهدافها حماية حقوق العمل المهاجرين ومنها:

- الاتفاقية الدولية رقم 97 لسنة 1949 بشأن الهجرة للعمل

- الاتفاقية الدولية رقم 143 سنة 1975 بشأن العمل المهاجرين.

- الاتفاقية الدولية رقم 111 لسنة 1958 بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة.

7- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمل المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990.

وفي نظر معظم المختصين فإن هذه المواثيق والاتفاقيات الدولية شكلت مرجعاً قانونياً لحماية فئة واسعة من الحقوق للمهاجرين في وجه الانتهاكات الجسيمة التي يتعرضون لها.

ب- هدف الحماية.

استناداً إلى هذه الاتفاقيات يمكن القول إن المهاجرين لهم حق التمتع بكافة الحقوق الواردة في المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تعطي في جملتها الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

وفي ضوء ذلك يمكن استعراض نماذج من أهم هذه الحقوق خاصة ما تم تكريسه منها في الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمل المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990 وذلك لأهمية هذه الاتفاقية الدولية ولأنها من جهة ثانية آخر ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال حماية حقوق العمل المهاجرين بصفة خاصة وتكريسها مبدأ مسؤولية الدول المهاجر إليها عن احترام حقوق المهاجرين وضمان حمايتهم في ضوء وضع مجموعة من المعايير الدولية الملزمة لمعاملة المهاجرين على اختلاف وضعيتهم القانونية، كل ذلك في إطار الهدف الأساسي للمنظمة الدولية لحقوق الإنسان المتمثل في مكافحة استغلال وانتهاك حقوق الإنسان التي يتعرض لها المهاجرون بصفة واسعة.

ومن أمثلة هذه الحقوق التي كانت هدفاً للحماية ما يلي:

1- حق العمل.

ضمان حق العمل من الحقوق الأساسية المكرسة في العديد من المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في مقدمتها الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية، وهو ما تؤكده أيضاً الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمل المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990 حيث نصت المادة 25 على أن يتمتع العمل المهاجرون بنفس المعاملة التي تنطبق على رعايا الدولة من حيث الأجر وشروط العمل والاستخدام الآخر، وهذه الصيانة تمت لتشمل حقوق العمل المهاجرين حتى وإن خالف العامل المهاجر شروط الإقامة أو الاستخدام.

ويدخل ضمن ذلك أيضاً:

¹ - خاصية المادتين 12 و 13

² - انظر المادة 3

- الحق في الضمان والتأمين الاجتماعي حيث نصت المادة 27 من الاتفاقية المذكورة على تمنع العمل المهاجرين وأفراد أسرهم في هذا الشأن بنفس العاملة لرعايا الدولة.
- الحق في التنظيم والمقصود بذلك الحق في الانضمام إلى أية نقابة عمالية وإلى أي جمعية منشأة وفق القانون بهدف الحماية الكاملة للمصالح الاقتصادية والاجتماعية والنقابية وغيرها.¹

2- حق الإقامة ولم شمل الأسرة.

وهو ما يعني اتخاذ جميع التدابير المناسبة لضمان وحدة أسر العمل المهاجرين²

3- الحق في التعليم.

كرست الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990 حق أطفال العامل المهاجر في الحصول على التعليم بغض النظر عن مدى مشروعية إقامته كما نصت على واجب الدولة بإدماج أبناء العمال المهاجرين في النظام المدرسي المحلي وسعيها في تيسير تعليم اللغة والثقافة الأصليتين لأبناء العمال المهاجرين³

4- الحقوق الثقافية.

لقد نصت المادة 31 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990 على ضرورة ضمان احترام الهوية الثقافية للعامل المهاجرين وأفراد أسرهم وعدم منعهم من الاحتفاظ بعقائدهم الثقافية.

إن كافية هذه الحقوق المشروعة للإنسان بغض النظر عن أصله ومكان إقامته تصبح مصانة لكل الأفراد على السواء بما في ذلك المهاجرين بموجب هذه الاتفاقية وغيرها من الواثيق والعهود الدولية.

بيد أن ذلك لا يمنع من الإشارة إلى أن هناك قناعة كبيرة لدى المختصين والمهتمين بقضايا المهاجرين بأن حقوق هذه الفئة التي هدف هذه الحماية لم يعترف بها بالقدر الكافي في كل مكان ولذلك فهي تتطلب المزيد من الحماية الدولية المناسبة التي تضع في عين الاعتبار المشاكل الإنسانية التي تنطوي عليها الهجرة – والتي تكون جسيمة في حالة الهجرة غير النظامية – وضرورة وضع الإجراءات الملائمة لحماية الحقوق الأساسية للمهاجرين على مستوى التشريعات الوطنية دون أن يتناقض ذلك مع ضرورة مراعاة التحديات التي تطرحها الدول المعنية التي عليها واجب احترام المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان عند وضع تشريعاتها الخاصة.

1- انظر بهذا الخصوص المادتين 26 – 40 من نفس الاتفاقية.

2- نص المادة 44 من نفس الاتفاقية.

3- انظر بخصوص المادتين 30 – 45 من الاتفاقية.

II. وضع المهاجرين في التشريع الموريتاني.

بغض النظر عن اختلاف دواعي وأسباب الهجرة إلى موريتانيا وتصنيفها بين دول مستقبلة للمهاجرين وأخرى مصدرة لهم وثالثة تعتبر دول عبور فإن نظرة معظم هذه الدول من خلال تشريعاتها بصفة عامة تختلف في التعامل مع هذه الظاهرة حسب طبيعة نظام كل دولة والتحديات التي تواجهها.

وهذا ما يتضح في تعاطي الأنظمة الموريتانية مع ظاهرة الهجرة بصفة مجملة خلال العقود اللاحقة للاستقلال، فالتشريع الأساسي الخاص بوضع نظام للهجرة يعود إلى السنوات الأولى لاستقلال البلاد (الستينيات من القرن العشرين) وهو ما يطرح بحد ذاته إشكاليات تتعلق بحقيقة تجاهل المشرع الموريتاني لعقود عدالة التطورات الحقوقية والقانونية على المستوى الدولي والمقارن في ما يتعلق بتقنين قضايا وحقوق المهاجرين وهو ما انعكس بلا شك سلباً على طبيعة النصوص الموجدة، وهو ما سنوضحه فيما يلي :

A- الإطار التشريعي :

إن النظرة الفاحصة للمنظومة القانونية الموريتانية في مجال الهجرة توضح لنا ضعف الأهمية التي حظيت بها قضية الهجرة بصفة عامة بالنسبة للمشرع الوطني رغم الاهتمام غير المفهوم من السلطات العليا في البلد بالتصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان بما فيها تلك التي يمكن اعتبارها متعلقة بصفة خاصة بحماية حقوق المهاجرين.

فظام الهجرة يعود إلى المرسوم رقم 169-64 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1964 والذي تضمن الإحکام المتعلقة بشروط دخول وإقامة الأجانب، والقانون رقم 046-65 الصادر بتاريخ 23 فبراير 1965 والذي لا يتضمن في حقيقة الأمر سوى أحکام جنائية متعلقة بنظام الهجرة. وما تجنب ملاحظته هنا أن المرسوم 169-64 لم يتم إجراء عليه إلا تعديلاً واحداً في المرسوم الصادر 18 يناير 2012 ويدخل هذا التعديل الجزئي في إطار تطبيق ما عرف بالمدونة الجديدة للحالة المدنية بغية التجاوب مع متطلبات عصرنة النظام الوطني لبطاقة التعريف، والسماح بإدخال هذا الجانب فيما يخص البطاقة الخاصة بإقامة الأجانب على التراب الوطني.

ثم جاء القانون رقم 021-2010 الصادر 15 فبراير 2010 الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين غير الشرعيين فقط وقد تمثل موضوع هذا القانون في:

- منع تهريب المهاجرين.
- محاربة تهريب المهاجرين.
- حماية حقوق الضحايا.

وهو ما اعتبر استجابة للسياق الدولي القاضي بتشديد العقوبات المتعلقة بتهريب المهاجرين دون الاهتمام بالشكل الكافي بحماية حقوقهم أكثر من الاستجابة للحاجة إلى تطوير النظام المتقدم للهجرة في البلاد.

وبالتالي يمكن القول إن المشرع الموريتاني اهتم حتى الآن بوضع القواعد التي تنظم دخول وإقامة المهاجرين ونظام العقوبات المترتب على مخالفته هذه القواعد ومكافحة الهجرة غير الشرعية مع تجاهل واضح لوضع نظام

شامل لحماية الحقوق، وهو ما يتضح من عدم تناوله للحقوق المعترف بها في المواثيق والاتفاقيات الدولية حتى التي وافقت عليها البلاد للمهاجرين¹ باستثناء بعض الحقوق المتعلقة بالإقامة والعمل.

ب- عدم مواكبة نظام الهجرة لمتطلبات الحماية الدولية.

يتضح من النصوص التشريعية الوطنية مدى القصور في تحقيق الحماية المطلوبة للمهاجرين بما في ذلك حقوق العمال المهاجرين فيما يتعلق بأوضاعهم الاجتماعية والمهنية وحقوقهم المدنية والسياسية مثل جمع شمل الأسرة والحق في التدريب والحق في تكوين النقابات، ثم تقيد ما تم النص عليه من حقوق كحق الإقامة والتنقل وحق العمل. مما يعكس ضعف الاستجابة لضيوف ما نصت عليه الاتفاقيات والمواثيق الدولية كما توضح الأمثلة التالية:

1- حق الإقامة والتنقل.

رغم أهمية النص من حيث المبدأ على حق الإقامة وحرية التنقل فإن ذلك تم ضمن شروط عديدة تقيد هذا الحق للمهاجرين إلى حدوده الدنيا.

إذا كانت حرية التجول مكفولة في جميع التراب الوطني للأجانب شريطة تمعنهم بما يسمى (بطاقةتعريف أجنبي) فقد ترك للوزير المكلف بالداخلية الحق في تقيد هذه الحركة أو الإقامة في بعض المناطق فضلاً عن إجراءات الإبعاد في أي وقت التي يمكن اتخاذها ضد كل أجنبي إذا كان وجوده أو نشاطه يشكل خطراً على النظام العام² مع غياب أي ذكر لضيوف تمنع التعسف في استعمال هذه السلطة.

2- حق العمل.

من الملاحظ في هذا الإطار أن المشرع الوطني يميز بين نوعين من المهاجرين:

- النوع الأول : مواطنو الدول التي وقعت معها موريتانيا اتفاقيات أو معاهدات تتعلق بالأشخاص، وهم يتمتعون بالحقوق التي تخولها لهم هذه الاتفاقيات والمعاهدات³
- النوع الثاني : ما يمكن تسميته بالمهاجرين العاديين الذين يسمح لهم بالعمل في الحدود التي توضحها الشروط الموضوعة لذلك.

¹ - صادقت موريتانيا على العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية في هذا المجال ذكر منها:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية لعام 1966. صادقت عليها 2004.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 ، صادقت عليه 2004.

- الاتفاقية المتعلقة بالوضعية القانونية للأجنيسين لعام 1951 ، صادقت عليه 1987.

- الاتفاقية رقم 105 الخاصة بالقضاء الأعمالي الشافة لعام 1957 ، صادقت عليها 1997.

- اتفاقية مكافحة التعذيب وغيرها من العقوبات والمعاملات والشنيعة والمخالفة بالكرامة لعام 1984 ، صادقت عليها 2004.

- الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري لعام 1965 ، صادقت عليها 1988.

- الاتفاقية رقم 158 حول المساواة في المعاملة والضمان الاجتماعي لعام 1962 ، صادقت عليها 1968.

- الاتفاقية الدولية لحقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990 ، صادقت عليها 2008.

² - يمكن الرجوع بهذا الخصوص إلى ما جاء في المواد 13-19 من المرسوم رقم 196-64 المتضمن الأحكام المتعلقة بشروط دخول وإقامة الأجانب.

³ - في هذا المجال وقعت موريتانيا اتفاقيات ثنائية مع كل من: مالي، تونس، غامبيا، السنغال، المغرب، إسبانيا.

وهذه الشروط متضمنة في المرسوم الصادر بتاريخ 16 ابريل 2008 والذي يلغى المرسوم رقم 74-092 الصادر بتاريخ 19 ابريل 1974، والذي يضع قيوداً كثيرة منها:¹

- عقد العمل المؤشر من الوزير المكلف بالشغل أو رخصة عمل
- عدم ممارسة النشاط التجاري والصناعي أو أي مهنة حرة قبل انقضاء سنتين على الإقامة.

وإذا كانت هذه هي الملامح العامة للنصوص التشريعية الخاصة بنظام الهجرة على المستوى الوطني فإنه يجب التنبيه إلى أن دستور 20 يوليو 1990 أكد في ديباجته على احترام المبادئ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال حقوق الإنسان التي وافقت عليها موريتانيا، ثم جاء التأكيد في نص المادة 80 من الدستور على أن هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لها سلطة أعلى من سلطة القوانين الداخلية.

وهذا ما يعني أن جميع الحقوق المنصوص عليها في المواثيق والمعاهدات الدولية التي وافقت عليها موريتانيا - والتي استعرضنا أهمها في النقطة السابقة - كمصدر للحماية الدولية للمهاجرين، خاصة ما جاء في الاتفاقية الدولية لحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، تكون لازمة الاحترام بموجب الدستور الموريتاني بغض النظر عن ما تضمنته التشريعات الوطنية الأخرى السابقة على إصدار دستور 20 يوليو 1990 وينبغي للمشرع أخذها في عين الاعتبار عند إصدار تشريعات جديدة في هذا المجال.

وهو ما يفرض من جهة ثانية على المشرع الوطني مواءمة نظرته القانونية لفلسفة الحقوق الخاصة بالمهاجرين على المستوى الدولي وذلك على الأقل من زاويتين:

- الأولى؛ مراجعة ما هو قائم من تشريعات ليتلاءم مع المواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي وافقت عليها البلاد.
- الثانية؛ استكمال المنظومة التشريعية على ضوء التطورات الجديدة للحماية الدولية للمهاجرين وفق المقاربة الشاملة لحقوق الإنسان وما تطرحه من تحديات.

ج- التطور على المستوى المؤسسي.

يتمثل التطور الرئيسي في هذا الإطار في إنشاء هيئة وطنية لتسير الهجرة برئاسة الوزير الأول، فموجب المرسوم الصادر بتاريخ 10/09/2012 تم إنشاء هذه الهيئة التي تهدف ضمن أمور أخرى إلى:

- توجيه ودفع إستراتيجية تسير الهجرة على المستوى الوطني.
- تنسيق وتسهيل عمل الهيئات المعنية بتنظيم حركة الهجرة.
- متابعة وتقييم أثر الهجرة على البلد.

وهذا التطور يشكل محاولة لتجاوز التعدد على المستوى المؤسسي الذي كان يطبع الإطار التنظيمي المكلف بالتعامل مع قضايا الهجرة، وربما يفتح المجال أمام وضع سياسات جديدة في مجال الهجرة تؤدي إلى سن تشريعات جديدة تتلاءم مع الضمانات الحقوقية الدولية للمهاجرين.

¹ - يمكن الرجوع إلى المرسوم الصادر 16 ابريل 2008 وكذلك المادتين 25-27 من المرسوم 64-196 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1964.

لقد ظل المهد الأسمى للمجتمع الدولي احتواء المشاكل الناجمة عن الهجرة بغض النظر عن أنواعها وأسبابها المختلفة، وتشجيع الدول على احترام المبادئ الراسخة في مجال القانون الدولي لضمان حقوق المهاجرين، وفي هذا السياق توصل المجتمع الدولي في اتفاقية 1990 إلى صياغة بعض الضمانات القانونية لقضية المهاجرين معتبرا حقوقهم مسألة إنسانية بالدرجة الأولى.

ورغم المضمون الإيجابي لهذه الاتفاقية والمتمثل في توسيع الحماية القانونية الدولية لصالح المهاجرين فإنها لم تجد ترحيبا من معظم الدول المستقبلة للهجرة كما يعكس ذلك عدد وطبيعة الدول المصدقة عليها.

ورغم أن موريتانيا صادقت على هذه الاتفاقية كالعديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية في مجال حقوق الإنسان بصفة عامة فإن النصوص التشريعية المتعلقة بنظام الهجرة لم يتم تعديلها حتى الآن لتتلاءم مع المضمون الإيجابي للاتفاقيات والمواثيق الدولية المذكورة فهذه التشريعات ما زال يطبعها صفة القدم وتشوبها ثغرات عديدة تجعلها بعيدة عن مضمون ما صادقت عليه من معاهدات واتفاقيات دولية تكرس فئة واسعة من الحقوق المدنية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية المختلفة للمهاجرين وهو ما يدفع إلى المطالبة بمراجعة النصوص الوطنية في هذا المجال وتحديثها.

الإجراءات القانونية التي تبعها الهيئة التحكيمية بغية إصدار الحكم التحكيمي "دراسة مقارنة"



عبد العزيز خنفوسى أستاذ مساعد قسم -أ- الحقوق والعلوم
السياسية بجامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة، الجزائر

المؤلف :

التحكيم هو ذلك النظام القانوني الذي يتم بواسطته الفصل بموجب ملزمه في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص، أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع. ومع تزايد أهمية التحكيم التجاري الدولي في العصر الحالي تسارت خطاه في مختلف أنحاء العالم، وقوبل بالاهتمام البالغ على المستويين الداخلي والدولي، فتصدى له المشرع الجزائري - كما في التشريعات المقارنة الأخرى - بتنظيمه ووضع القواعد التي تضبطه، وتيسير تنفيذ أحكامه.

يتميز نظام التحكيم بعده مزايا منها حرية إرادة الأطراف والتحرر من القيود التشريعية، السهولة وبساطة الإجراءات وكذلك سرعة الفصل في المنازعات، مما جعله يتناسب مع روح المبادرات التجارية، ويشكل ضمانة للمستثمر خاصة في العلاقات ذات الطابع التجاري الدولي.

هذه العوامل - وغيرها - ساعدت على ازدهار التحكيم وفضيل الأطراف الاتجاه إليه لحل منازعاتهم بدلاً من القضاء، ومن أجل حل النزاعات القائمة بين الأطراف التي فضلت اللجوء إلى التحكيم يتوجب على الهيئة التحكيمية أن تتبع مجموعة من الإجراءات والأطر التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بغية إصدار الحكم التحكيمي الفاصل في الخصومة، لهذا جاءت دراستنا لهذه النقطة بسبب ما تثيره من جدل فقهى وقانونى قضائى في الجزائر، وفي النظم القانونية الأخرى - منها فرنسا ومصر محل دراستنا المقارنة -، وكذا الاتفاقيات الدولية.

الكلمات المفتاحية : التحكيم التجاري الدولي، الهيئة التحكيمية، أطراف النزاع، الحكم التحكيمي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التشريع المصري والفرنسي، الاتفاقيات الدولية.

Résumé :

L'arbitrage est un système juridique qui est la vertu du chapitre contraignante sur un litige juridique entre deux ou plusieurs parties par une personne, ou des personnes d'autres tirent leur mission de l'accord des parties au conflit. Avec l'importance croissante de l'arbitrage commercial international dans l'ère actuelle a accéléré dans le monde entier, et a attiré l'attention à la fois nationale et internationale, Vtsdy son législateur algérien - comme dans la législation comparée autre - organisé et fixer des règles que vous avez définies, et de faciliter la mise en œuvre de ses dispositions.

Système d'arbitrage caractérisé présente plusieurs avantages, y compris la liberté de la volonté des parties et l'absence de restrictions législatives, la facilité et la simplicité des procédures, ainsi que le règlement rapide des différends, ce qui en fait en rapport avec l'esprit du commerce, et la garantie d'un investisseur privé dans les relations de nature commerciale internationale.

Ces facteurs - et d'autres - ont contribué à la prospérité de l'arbitrage et les parties de recourir de préférence à résoudre les différends plutôt que la justice. Afin de résoudre tendances entre les parties qui ont favorisé le recours à l'arbitrage si le tribunal arbitral à suivre un ensemble de procédures et de cadres prévus par le Code de procédure civile et la nouvelle direction afin de passer intervalle montant du jugement dans le litige, ce fut notre étude sur ce point car il soulève la jurisprudence controversée et juridiques Le tribunal en Algérie et dans d'autres systèmes juridiques - dont la France, l'Egypte remplacer notre étude comparative - ainsi que les conventions internationales.

Mots clés: l'arbitrage commercial international, le tribunal arbitral, les parties au différend, la décision d'arbitrage, le Code de procédure civile et de l'administration, la législation égyptienne et française, les conventions internationales.

مقدمة :

إن فعالية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، والتجارة الدولية عموماً تكمن في مدى شرعية الحقوق والحفاظ على مصالح من صدر الحكم التحكيمي لصالحه ويكون ذلك بتنفيذها، وقبل ذلك الاعتراف به في الدولة التي يصدر فيها وينفذ فيها، أو ينفذ فيها إذا كان صادراً في بلد غير بلد التنفيذ، وإنما الفائدة من اللجوء إليه وجعله بدليلاً لقضاء الدولة؟ لهذا فنحن أمام مرحلة حاسمة، وبعد استكمال إجراءات التحكيم يصدر الحكم، إلا أن هذا الإجراء يكون بإتباع مراحل معينة ومحددة حسب ما إذا كان في إطار التحكيم الخاص أو المنظم، وعليه ينبغي احترام الإجراءات المتفق عليها، أو المنصوص عليها في الهيئات المتخصصة، وإنما الحكم قابلاً للطعن فيه طبقاً

للقانون. ونظرا لأهمية هذه المرحلة التي ستنعكس لاحقا على مدى مصداقية التحكيم، فإننا سنحاول أن نتطرق إلى الجوانب الأساسية للحكم التحكيمي، وهذا بالإجابة على بعض الإشكاليات التي يطرحها، والتي منها الخطوات التي تتبعها الهيئة التحكيمية لكي تصدر الحكم، إذ هناك إجراءات قانونية تقوم بها من أجل إصدار الحكم التحكيمي، وهذا حتى يرتب هذا الحكم آثاره القانونية، وبالتالي تكون مرحلة كيفية صدور الحكم شرطا لتحقيق الحكم لآثاره.

وعليه سنتناول هذه الورقة البحثية في محورين اثنين، بحيث نخصص المحور الأول لدراسة الكيفية التي يصدر فيها الحكم التحكيمي، وهذا على ضوء المرسوم التشريعي 09/93، وكذا القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ثم نتطرق في المحور الثاني إلى الآثار التي تترتب على إصدار الحكم التحكيمي مع عقد مقارنة مع بعض القوانين المقارنة والاتفاقيات كلما دعت الضرورة لذلك.

المحور الأول : الكيفية التي يصدر فيها الحكم التحكيمي.

إن صدور الحكم التحكيمي يؤدي إلى إنهاء النزاع حسب النظام التحكيمي المتفق عليه من الأطراف(1)، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: كيف يصدر الحكم التحكيمي؟

إن الحكم التحكيمي يمر أولا بمرحلة التحضير، وهي مرحلة تتكون من عدة خطوات أساسية، ثم بعد تحضيره ينبغي إفراغه في شكلية معينة تجعله يتميز كحكم تحكيمي عن غيره من الأوراق، أو الوثائق الرسمية، وهذا ما سنوضحه في النقاط المaulية:

أولا: كيفية تحضير الحكم التحكيمي.

تقوم الهيئة التحكيمية بتحرير الحكم التحكيمي سواء كانت مشكلة من محكم واحد أو ثلاث محكمين، وقد أخضع المشرع الجزائري مسألة إصداره أي تحريره عن طريق التداول لإرادة الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بقولها: "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وكذلك المادة 1050 من نفس القانون بقولها: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة المداولة بشكل صريح من خلال هاتين المادتين، لكن إذ اعتبر التحكيم في هذه المرحلة عملا قضائيا، فإنه بطبيعة الحال يخضع لعملية التداول شأنه شأن أي حكم قضائي.

ويعني التداول مشاركة المحكمين في عملية تحريره والنطق به، وتقبله بالتشاور فيما بينهم، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه إجراء إلزامي بل ومن النظام العام الدولي، وهذا لكونه يدخل في إطار احترام بعض حقوق الدفاع، وقد يجد إجراء التداول أو المداولة مكانته في هذه المرحلة إذا تعلق الأمر بهيئة تحكيمية مشكلة من محكمين فأكثر حسب ما جاء في نص المادة 1025 من ق.إ.م وإ.د الجديد: "تكون مداولات المحكمين سرية"، فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد أشار بصورة واضحة وجليلة إلى أن تحرير الحكم التحكيمي يقتضي التداول السري من أجل إصداره. لكن يبقى الإشكال قائما بصدره كيفية المداولة في حالة الحكم الفرد؟ مما يجعلنا نقول بأن مرحلة المداولة لا ترقى لدرجة اعتبارها من النظام العام الدولي مثل ما ذهبت إليه بعض القوانين الدولية(2).

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن المادة 1495 من ق.إ.م.ف تحيل إلى الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي عندما يتعلق الأمر بحالة غياب اتفاق بين الأطراف، أما المادة 1469 من ق.إ.م.ف نجدها تنص على ما يلي:

« Les délibérations des Arbitres sont secrètes ».

فالشرع الفرنسي من خلال هذه المادة أكد فقط على سرية المداولة فقط، أما المشرع المصري فقد حسم مسألة المداولة في حالة تشكيل الهيئة التحكيمية من أكثر من محكم واحد بموجب المادة 40 من القانون المصري الجديد التي قالت: "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد المداولة التي تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، مالم يتفق طرف التحكيم على غير ذلك" (3).

وبالعودة إلى التشريع الجزائري نجد أن الحكم التحكيمي لا يصدر إلا من الهيئة التي نظرت في النزاع حسب ما ورد في نص المادة 1026: "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات". يقصد من فحوى هذه المادة إلزامية صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية عندما تكون الهيئة التحكيمية متعددة، أما عندما يكون هناك محكم واحد فالحكم ينبغي أن يصدر عنه، ويجب أن تظهر الأغلبية من خلال التوقيع على الحكم التحكيمي، وبالتالي سوف تعطى لهذا الحكم تشكيلة أوضح، وعادة ما يقع على عاتق رئيس الهيئة التحكيمية دور كبير في إصدار الحكم وفقا لقاعدة الإجماع، وهي قاعدة معروفة في النظام القانوني لقوانين التحكيم المقارنة (4).

هذا ونجد كذلك أن المادة 1029 من ق.إ.م. وإن الجديد اشترطت لتحقيق قاعدة الإجماع في إصدار الحكم التحكيمي أن توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين بقولها: "توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين" .

وفي الأخير يمكن القول بأن القوانين المقارنة قد أكدت على مبدأ الأغلبية في صدور الحكم التحكيمي، وهي قاعدة معمول بها لدى الاتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية المتخصصة (5).

ثانيا : الشكل الظاهري للحكم التحكيمي.

هناك شروط شكلية أخرى تخص الحكم التحكيمي كوثيقة، وبعد التداول والإجماع (أو الأغلبية) يفرغ في شكلية معينة تحتوي على البيانات المنصوص عليها قانونا، والتي نصت عليها مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد في إطار أحكام التحكيم على النحو التالي:

المادة 1027: " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم. يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة" .

المادة 1028: " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية: 1/اسم ولقب المحكم أو المحكمين. 2/تاريخ صدور الحكم. 3/مكان إصداره. 4/أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي. 5/أسماء وألقاب المحامين أو مثل أو من ساعد الأطراف عند الاقتضاء" .

المادة 1029: " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين" .

من خلال هذه المواد يكن أن نستخلص البيانات الواجب توافرها في الحكم التحكيمي كما يلي :

1/ شرط الكتابة : يجب أن يصدر الحكم التحكيمي مكتوبا، وهو شرط بدائي لتنفيذ الحكم مادام التنفيذ يحتاج إلى علة إجراءات، فلا يتصور اتخاذ هذه الإجراءات في حكم غير مكتوب، وبالتالي غير موجود(6).

وقد يطرح السؤال بصدق اللغة التي يصدر بها الحكم التحكيمي عندما يكون أحد الأطراف جزائري؟ إذا كانت مسألة اللغة في الأحكام القضائية من النظام العام، فإن المرسوم التشريعي(09/93) لم يتطرق إلى هذه المسألة بصدق الأحكام التحكيمية مع العلم أن بعض القوانين المقارنة والاتفاقيات تطرقت إلى مسألة اللغة، حيث نجد أن من الاتفاقيات من أعطت الحرية للأطراف

لتحديد اللغة المستعملة في التحكيم مثل المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وفي نظام التحكيم

في المادة 17 منه. « CNUDCI

فتحيل المهمة للهيئة التحكيمية لتحديد اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم، « CCI » أما المادة 15/3 من نظام التحكيم

مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف ولغة العقد المبرم بين الأطراف، وقد عرض نزاع على هذه الغرفة بين طرف إسباني وآخر دنماركي حول اللغة المستعملة، وأدى بالهيئة في الأخير إلى تطبيق المادة 15/3 من النظام(7).

أما المشرع المصري فقد نص على شرط الكتابة في المادة 43 من القانون الجديد، ومن البيانات الأساسية التي يجب أن ترد في الحكم نذكر ما يلي: اسم الأطراف وعنوانها، وظائفها، صفاتها، أسماء الحكمين، عنوانينهم، جنسيتهم، وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم، ملخص لطلبات الخصوم، أقوالهم ومستنداتهم، منطق الحكم ، تاريخ ومكان إصداره وأسبابه حسب الحالة(8).

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري قد انتهي منهج المشرع المصري فيما يتعلق بالبيانات الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حسب نص المادة 1028 المذكورة أعلاه، وهذا بخلاف قانون الإجراءات المدنية القديم الذي لم يشر إليها على الإطلاق من خلال المادة 458 مكرر 13.

2/ التسبب : اشترط المرسوم التشريعي 09/93 على غرار التشريعات المقارنة أن يكون الحكم التحكيمي مسببا، وهذا في المادة 1027 ف 02 من ق.إ.م وإ.د.ج الجديد، كما ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التسبب هو ضمانة حقوق الأطراف، ومادام المشرع قد اشترط التسبب في الأحكام التحكيمية فهذا يعني أنه بيان جوهري، وغيابه قد يؤدي إلى بطalan الحكم التحكيمي. وعليه يمكن أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري والقاضي الجزائري الذي يتلقى حكما تحكيميا لغرض تنفيذه، وقد صدر بدون تسبب طبقا لاختيار الأطراف لقانون إجرائي لا يشترط التسبب كالنظام الانجليزي مثلا؟ هل سيقضي بالأمر بالتنفيذ أم يرفض التنفيذ؟

بالرجوع إلى المادة 1056 ف 05 من ق.إ.م وإ.د.ج الجديد نجد أنها تنص على أنه: " لايجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراض أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب ".

يفهم من هذه الفقرة بأن التسبب إجراء إلزامي في الحكم التحكيمي مادام انعدامه أو نقصه أو التضارب في أسبابه يفتح المجال للطعن فيه بالاستئناف.

"، واتفقا على CNUDCI لكن لو افترضنا أن اختار الطرفان نظام التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"

تطبيق القانون الإجرائي لذلك النظام، فإننا نجد أن المادة 03/32 تنص على تسبب الأحكام مالم يتتفق الطرفان على ذلك، فإذا حصل وان اتفقا على عدم تسبب الحكم التحكيمي وكان تطبيقه في الجزائر، فهنا تكون أمام مشكلة مدى التفضيل بين إرادة الأطراف طبقاً للمادة 1050 التي تقضي بأن المحكمة التحكيمية تفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف أي طبقاً لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون المناسب، وبين المادة 1056 فـ 05 التي تفتح المجال للطرف ذي المصلحة للطعن بالاستئناف لعدم التسبب أو نقصه أو تضاربه.

وفي تقديرنا ينبغي إعطاء الأولوية للأطراف طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وطبقاً للمادة 1050 من ق.إ.م و.إ.د.ج الجديد، وهذا لأن مبدأ سلطان الإرادة مكرس في تشريعات التحكيم التجاري الدولي المقارنة سواء في الأنظمة القانونية أو الاتفاقية(9).

هذا وقد أكد المشرع الفرنسي على التسبب في المادة 1471 فـ 02 من ق.إ.م.ف، وهذا حذوه المشرع المصري الذي أخذ في المادة 3/32 التي ترى أن الأصل هو تسبب الأحكام إلا إذا اتفق الأطراف على «CNUDCI» بموقف نظام التحكيم

ذلك. أما المادة 2/43 فنصت على أنه: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفاً التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يتشرط ذكر أسباب الحكم".

نلاحظ هنا أن المشرع المصري جاء بقاعدة أساسية تمثل في إجازة الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبب الحكم، وكذلك إعفائها من ذكر الأسباب إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يتشرط ذكرها(10).

أما القضاء الفرنسي(11) فلا يرى في عدم التسبب مخالفة للنظام العام الدولي، وبالتالي في حالة عدم التسبب لا يمكن استئناف الحكم وفقاً للمادة 1502 من ق.إ.م.ف، بل يمكن اعتبار عدم التسبب مطلقاً بدون الأخذ بإرادة الهيئة بعهامتها وفقاً للفقرة الثالثة من نفس المادة، وعليه فلا يقضي الحكم بعدم التسبب من تلقاء نفسه بل من له مصلحة أن يتمسك به(12).

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي نجد منها ما يعطي الأولوية للأطراف للإشارة في العقود إلى مدى الأخذ بشرط التسبب من عدم الإشارة إليه، إذ منها ما تشرط التسبب مطلقاً بدون الأخذ بإرادة الأطراف في ذلك، فالقانون النموذجي نص في المادة 2/31 على وجوب تسبب هيئة التحكيم قرارها ما لم يتفق الطرفان على عدم تسببه أو صدور في المادة «CNUDCI» الحكم التحكيمي بإثبات الصلح الذي أبرمه الخصوم أثناء نظر الدعوى، وكذلك بالنسبة لنظام

"فقد أكدت على وجوب تسبب الحكم التحكيمي دون إعطاء الحرية للأطراف في اشتراطه من عدمه، إذاً CIRDI" أما اتفاقية

تنص المادة 3/48 على أنه: "يجب أن يتناول الحكم كل مسألة عرضت على المحكمة، وأن يقرر المبررات التي على أساسها صدر الحكم".

وقد جعلت الاتفاقية عدم التسبب سبباً من أسباب بطلان الحكم التحكيمي طبقاً للمادة 52/ هـ من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

3/ شرط التوقيع على الحكم التحكيمي : يجب أن يصدر الحكم التحكيمي بتوقيع أعضاء الهيئة التحكيمية أو المحكم الوحيد حسب الحالة، فالتوقيع من شأنه إعطاء الحكم مصداقية وجدية، فلا يتصور صدور حكم تحكيم غير موقع عليه، وإذا لم يتم توقيع الحكم من جميع الأعضاء فيجب التوقيع بالأغلبية، أما المحكم الذي يعارض موقف الهيئة فيتمكن أن لا يوقع ويشار في الحكم إلى ذلك أو يدرج رأيه الخاص بصدق النزاع(13).

وقد أخذت جل القوانين المختلفة بنفس الاتجاه، فالمشرع الجزائري مثلاً أشار في المادة 1029 ف 01 إلى شرط التوقيع بقوله: "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين...." ، كما نجد كذلك أن المشرع الفرنسي قد أكد على شرط التوقيع في المادة 1473 من ق.إ.م.ف، وتلاه المشرع المصري من خلال المادة 1/43 من القانون المصري.

وفقاً (CNUDCI) لهذا وقد أكدت الاتفاقيات الدولية على شرط التوقيع مثل القانون النموذجي في المادة 1/31، ونظام

(CIRDI).للمادة 4/32، وكذلك المادة 2/48 من نظام

4/ بيانات أخرى : نص المشرع الجزائري على أن يصدر الحكم التحكيمي مؤرخاً ومعين المكان، وتظهر أهمية التاريخ في النظر إلى مدى صدور الحكم التحكيمي في الميعاد المحدد وفقاً لاتفاق الأطراف، أو حسب نظام التحكيم المتفق عليه مثل نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 الذي حدد حداً أقصى لميعاد إصدار الحكم التحكيمي، وهو ستة أشهر من تاريخ إمضاء وثيقة بيان المحكمين (المادة 1/17).

كما يجب أن يبين الحكم التحكيمي مكان إصدار الحكم ، أي مكان التحكيم المختار من طرف الخصوم وفقاً لاتفاق التحكيم، وقد تحدد بعض العقود أو الاتفاقيات على وجه الإلزام مكان التحكيم، وهذا مثلما فعلت المادة 2/10 من الاتفاق الجزائري - الفرنسي سنة 1983، وبعض العقود التي أبرمتها الجزائر في مجال المروقات مثل العقد المبرم بين سونطراك وشركة:

«Japan Gasoline Company LTD et C.Itoh and COLTD»

وهذا لإنجاز مجمع صناعي سنة 1969، حيث حدد العقد طبقاً للمادة 12 الجزائر كمكان للتحكيم(14).

أما أهمية تعيين مكان التحكيم، فتكتمن في تحديد الجهة القضائية التابعة لمكان التحكيم كجهة مختصة في النظر في بطلان الحكم التحكيمي، أو عندما يتعلق الأمر بالطعن في الأحكام التحكيمية.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حصر البيانات الشكلية التي يجب أن تكون عليها الأحكام التحكيمية من خلال قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم، فإنه قد قام بإدراج بيانات جديدة تضمنتها المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

المحور الثاني : الآثار المترتبة عن صدور الحكم التحكيمي.

بعد إصدار الحكم التحكيمي والنطق به تنتج آثار هامة أهمها: إنهاء مهمة الهيئة التحكيمية واكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المضي فيه.

أولاً: إنهاء مهام الهيئة التحكيمية.

نصت المادة 1030 ف1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على ما يلي: "يتخلص الحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه...", وعليه تنتهي مهام الهيئة التحكيمية بعد صدور الحكم التحكيمي، ولا يمكن النظر في النزاع من جديد بعد الفصل فيه نهائيا، إلا أن مبدأ إنهاء مهام الهيئة التحكيمية بصدر الحكم التحكيمي يطرح إشكالين على الأقل هما: الأول يتعلق بمدى إمكانية الهيئة التي أصدرت الحكم التحكيمي تفسيره أو تصحيحه؟ أما الثاني فيتعلق بمدى إمكانية الهيئة إعادة النظر في الحكم التحكيمي الذي يتعرض إلى البطلان من طرف هيئات القضائية المختصة؟

1/ قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: إن موقف المشرع الجزائري أمام هاتين الإشكاليتين غير صريح، حيث نلاحظ الفراغ في المرسوم التشريعي 09/93 مما يجعلنا نفترس مبدأ إنهاء مهام الهيئة تفسيرا ضيقا، والقول بعدم إمكانية الهيئة تفسير أو تصحيح أو النظر في الحكم الذي تعرض للبطلان، إلا إذا ثبت الأطراف غير ذلك من خلال نظام التحكيم الذي وافقوا على تطبيقه(15).

2/ بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: بعد صدور القانون الجديد نجد أن المشرع الجزائري قد استدرك الأمر ، ونص في المادة 1030 ف20 على إمكانية تدخل الهيئة التحكيمية من أجل التدخل لتفسيير الحكم ، أو تصحيح الأخطاء المادية والاغفالات التي تسببه، وهذا طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.

وفي هذا السياق نجد كذلك أن بعض التشريعات قد استدركت هذا الإشكال، فالمشرع الفرنسي أكد من خلال المادة 1475 على مبدأ إنهاء مهام الهيئة كأثر لصدر الحكم التحكيمي هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أشار في الفقرة الثانية إلى إمكانية تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية المغفلة.

وكذلك المشرع المصري هو الآخر أكد على نفس المبدأ في المادة 48، وأضاف 04 حالات لإنهاء النزاع ، كما أجاز في المادة 49 للهيئة تفسير الحكم في حالة غموضه بطلب من أحد الأطراف، وهذا خلال مهلة ثلاثة ثلثين يوما تبدأ من يوم تسلم الطرف المعني بالتفسير الحكم، لكن اعتبار ما يصدر من الهيئة متماما للحكم سواء الذي فسرته، أو الذي قامت بتصحيح أخطائه المادية الكتابية أو الحسابية، وهذا كله خلال مدة ثلاثة ثلثين يوما من صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح شريطة أن لا تتجاوز الهيئة سلطتها في التصحيح وهذا تحت طائلة البطلان(16).

ثانياً : حيازة الحكم التحكيمي حجية الشيء المضي فيه.

أهم أثر يرتديه الحكم التحكيمي كذلك اكتسابه حجية الشيء المضي فيه، وقد نصت المادة 1031 من ق.إ.م وإ.د.ج الجديد على: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصل فيه".

، ولو أنه قابل "Définitif" يعني أنه نهائي "L'autorité de la chose Jugée" فحجية الحكم التحكيمي يعني للطعن فيه بإحلى طرق الطعن المقررة كالاستئناف. فالحجية تعني كذلك عدم صيرورة الحكم باتا(17) فهي حجية مؤقتة تزول إذا ألغى الحكم وثبتت إذا ما صار بات، فهذا المبدأ حسب الفقهاء من شأنه وضع حد للخصوصة، وكذلك تجنب صدور أحكام تحكيمية متناقضة في خصومة واحدة، كما أنه قرينة للحكم على صحته وحقيقة وفقا لما هو معروف في القضاء" الحكم عنوان الحقيقة".

وفي القانون الفرنسي اعتبر الحكم التحكيمي ذا حجية بمجرد صدوره سواء صدر في فرنسا أو في خارج فرنسا، مما جعل الفقه الفرنسي يقول بالليبرالية المطلقة للقانون الفرنسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لا تعتبر الحجية في القانون الفرنسي من النظام العام، وهذا حسبما نصت عليه المادة 1476 من ق.إ.م.ف بقولها:

« La sentence arbitrale a dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

رغم ورود النص بقصد التحكيم الداخلي، إلا أن هذه المادة تحيلنا إلى المادة 1800 والمواد الأخرى المتعلقة بالحجية والتنفيذ. وعليه نجد أن النتائج المترتبة على هذا المبدأ تفتح المجال لطرق الطعن في الحكم التحكيمي المائز على حجية الشيء المضي فيه، وهذا دون انتظار الأمر بالتنفيذ، وبالتالي نجد أن أثر الحجية يمتد أصلاً إلى الأطراف وليس إلى غيرها، لذلك سوف يحاول من له مصلحة إعطاء الحكم التحكيمي قوة الشيء المضي فيه(18). وعن حجية الحكم التحكيمي نجد أن المادة 55 من القانون المصري قد نصت على أنه: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المضي، وتكون واجبة النفاذ ببراءة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

يذهب بعض خبراء الفقه المصري إلى القول بأن للمحكمة الحق في أن تصبّح حكم المحكمين بالحجية من تلقاء نفسها كما هو الشأن في أحكام القضاء، ويعتبر الحكم التحكيمي ورقة رسمية بمجرد صدوره، وهذا حتى قبل إيداعها لدى قلم كتاب المحكمة،

كما لا يرى الفقه المصري أن الحجية بالنسبة للأحكام التحكيمية من النظام العام عكس الأحكام القضائية(19).

وعن موقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم من قاعدة الحجية، فإن اتفاقية نيويورك لسنة 1958، والتي أصبحت جزء من النظام القانوني الجزائري منذ سنة 1988 تؤكد على قاعدة حجية الحكم التحكيمي للشيء المضي فيه، حيث نصت في هذا الصدد المادة 1/3 على ذلك بقولها: "تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار ، ووفقاً للشروط المقررة في المواد الآتية"(20).

ونفس الموقف أخذت به اتفاقية واشنطن لسنة 1965 عندما نصت المادة 1/53 على أنه: "يكون الحكم ملزماً بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون ملزاً لأي طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية، ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه، إلا إذا كان تنفيذه موقوفاً بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتفاقية".

وتنص المادة 1/54 على أنه: "يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعرف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً، وتتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم".

الخاتمة :

ما سبق عرضه يتضح لنا أن التحكيم التجاري الدولي أصبح ضرورة في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي تشهده الجزائر، واعتماده في القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية يعد بمثابة ضمان للمستثمرين الأجانب، حيث تفضل الشركات الأجنبية أو الوطنية اللجوء إلى تحكيم حيادي لحل المنازعات وضمانات لتنفيذ هذا النوع من القرارات.

فبموجب القانون 09/08 المقتبس عن التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن، أصبح بمقدور الجزائر ضمان التحكيم التجاري للأجانب من خلال تحديد الضوابط والمعايير المطلوبة لضمان تحكيم عادل وسريع في الفصل والتنفيذ، وضبط إجراءات التحكيم الداخلي بين الشركات الوطنية أو التحكيم الدولي بين الشركات الأجنبية، إضافة إلى كيفية تحديد تشكيل محكمة التحكيم، وكيفية إصدار الأحكام التي يتطلب فيها احترام مجموعة من العناصر المتمثلة في كيفية تحضير الحكم التحكيمي، وكذا الشكل الظاهري للحكم التحكيمي.

كما لا ننسى في هذا السياق أنه بعد إصدار الحكم التحكيمي والنطق به تنتج آثار هامة، أهمها إنهاء مهمة الهيئة التحكيمية واكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المضي فيه.

ومن خلال تناولنا لهذا الموضوع نستطيع أن نشيد ببعض التوصيات والاقتراحات نوجزها فيما يلي :

1/ندعو إلى تهيئة المناخ المناسب من أجل إنجاح المشاريع الدولية المشتركة، وذلك بتدريب كوادر قانونية قادرة على صياغات متوازنة لاتفاقيات تلك المشروعات، وتأكد على أهمية التحكيم التجاري الدولي كوسيلة سلمية لتسوية المنازعات الدولية، ذلك أن التحكيم الدولي يرتكز على ركيزتين أساسيتين هما : مبدأ سلطان الإرادة في كافة المراحل الإجرائية المتعلقة بأشكال الاتفاق، تشكيل هيئة التحكيم. وتحديد اختصاصاتها.

2/نطالب بتطبيق التحكيم الدولي باعتباره لا يتناقض مع سيادة الدولة، حيث تحكمه إرادة الدول ووحدتها، حتى وإن طلب ذلك النزول عن جزء من السيادة بمفهومها التقليدي.

3/نوصي بتفعيل دور القضاء صاحب الاختصاص الأصيل والولاية العامة في كافة المنازعات، ولا نرى في اللجوء إلى التحكيم الدولي مروقاً عن التداعي لسلطات المحاكم القضائية، أو لعدم قدرة تلك المحاكم على الفصل، أو بطيء إجراءاتها، ولكن طبيعة المنازعة والأطراف هي التي تفرض تسوية النزاع عن طريق التحكيم الدولي.

4/نناشد بإنشاء مراكز التحكيم في الدولة الجزائرية تسهل على الأطراف المتنازعة اللجوء إليها لما تكلفه تلك المراكز من قواعد وأسس وإجراءات وضمانات سريعة وحاسمة لتلك المنازعات.

(1)- علماً أن لا القوانين الداخلية المقارنة ولا الاتفاقيات الدولية، ولا حتى أنظمة التحكيم المتخصصة وضعت تعريفاً للحكم التحكيمي ماعدا المادة 01/2 من اتفاقية نيويورك التي حاولت وضع تعريف لكن أكدت فقط بأن مصطلح الحكم التحكيمي يعني الحكم الذي يصدره المحكمون المعينون لحالة خاصة أو الذي يصدر في إطار هيئات التحكيم الدائمة، كما حاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف للحكم التحكيمي على أساس أنواعه، إذ أن هناك حكم تحكيمي نهائي وجزئي ومؤقت. ولمزيد من التفصيل أنظر:

-ALAIN REDFERN, MARTIN HUNTER, Traduit de L'anglais par Eric Robine, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international.2éme édition. Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1994, p-p : 291-992.

(2)-voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, pp : 90,91et115, 116.

(3) - أنظر كل من: *أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شهاب الجامعة، القاهرة، مصر، 1999، ص: 65.

*عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، مصر، د.ت، ص، ص: 146، 147.

*عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة مدبولي، القاهرة، 1995، ص - 210-214.

(4) - أنظر: أمال أحمد الفزازي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي، الإيطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص - 91-93.

في (5) - قد تأكّدت قاعدة الأغلبية في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 29، ونظام في المادة 19، أما القوانين الداخلية المقارنة CCI في المادة 1/48، ونظام التحكيم (CIRDI) المادة 1/31، ونظام فقد نص القانون الفرنسي في المادة 1470 من ق.ا.م.ف، والمادة 40 من القانون المصري الجديد على هذه القاعدة.

(6)-voir : BENABDERAHMANE DAHMANE : La réforme du droit algérien de l'arbitrage, Gazette du palais N spécial N101à103, paris, 1999, p : 32.

(7) - وقد أدى بالهيئة إلى القول بإمكانية استعمال اللغتين الإنجليزية والاسبانية، وهذا بعد تفحص ظروف ومستندات النزاع، وفي قضية أخرى بين طرف فرنسي وآخر إنجليزي حول اللغة المستعملة أدت بالهيئة إلى تطبيق المادة 3/15 حيث استندت الهيئة إلى التعبير التالي:

« En tenant compte des circonstances et notamment de la langue du contrat ».

وفي هذا الصدد توصلت الهيئة إلى استعمال اللغة الفرنسية، وإصدار الحكم التحكيمي بنفس هذه اللغة لكن مع إمكانية استعمال لغة أخرى عن طريق الترجمة إذا كانت الضرورة تستدعي ذلك.

(8) - أنظر: *عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلية ودولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص: 66.

*طالب حسن موسى، الموجز في التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص - 170-174.

(9)-voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, op-Cit, p : 121.

(10) - وقد كان القضاء المصري يرى في التسبب من أعظم الضمانات التي فرضها القانون، لكن بعد التعديل الأخير أخذ CNUDCI بقاعدة مرنة تعطي الحرية للأطراف في الأخذ بالتسبب من عدم الأخذ به، وهذا مسيرة للاحتجاجات الدولية مثل

في المادة 3/32، وكذلك المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وبموقف المشرع المصري والقضاء كذلك يكون عدم التسبب غير مخالف للنظام العام الدولي، وإن كان في القانون الداخلي من النظام العام سواء في الجزائر أو في فرنسا أو في مصر.

(11) - أما المشرع الانجليزي فلا يشترط التسبب، وقد تأكد هذا في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1960/06/14

حيث لم يعتبر عدم تسبب الحكم التحكيمي في القضية مخالفًا للنظام العام الدولي، ولا النظام العام الفرنسي، كما تدعم نفس الموقف في قرارات محكمة النقض لاحقًا، وفي البرتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري- الفرنسي لسنة 1965، إذ نصت المادة 176 على وجوب تسبب الحكم التحكيمي، وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن العقود هي استثناء عن بقية العقود الدولية.

(12)-voir : JEAN ROBERT : L'arbitrage- droit interne- droit international, 2e édition PARIS, 1993, p : 279.

(13)- voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, op-Cit, p-p : 117-122.

وكذلك أنظر: منير عبد الجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص، 258، 259.

(14)- voir : TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, op-Cit, p-p : 122-125.

لكن الكثير من هذه العقود كانت تحدد سويسرا كمكان لإجراء التحكيم، ويندب بعض الفقهاء إلى القول بأنه نادراً ما تحدد العقود الدولية مدة معينة لإصدار الحكم التحكيمي، وإن حددت فكثيراً ما تشير إلى إمكانية تجديدها. وأما المشرع المصري فقد ترك للخصوم تحديد الميعاد المناسب لإصدار الحكم التحكيمي، وفي حالة غياب مثل هذا الاتفاق أكّدت المادة 45 من القانون المصري الجديد على أن لا تتجاوز المدة 12 شهراً.

(15)- voir : *CHRISTIAN GALVADA-CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC : L'arbitrage, édition Dalloz paris, 1993, p, p : 77, 78.

* ALAIN REDFERN, MARTIN HUNTER, Traduit de L'anglais par Eric Robine, op-Cit, p : 312 et s.

(16)- voir : CHRISTIAN GALVADA-CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, op-Cit, p, p : 83,84.

وقد أكّدت على مبدأ إنتهاء دور الهيئة بصدور الحكم وإمكانية إعادة النظر في النزاع بتفسيره أو تصحيحه كل من اتفاقية

في المادة 50، أو النظر في ما تم إغفاله وفقاً للمادة 51، وكذلك القانون النموذجي وفقاً للمادة 32 و33 في (CIRDI)

طبقاً للمادة 35 بالنسبة لتفسير الحكم، والمادة 36 بالنسبة لتصحيح الأخطاء، أو في حالة (CNUDCI) نظام التحكيم

على موقف (CIRDI) ظهور حقائق جديدة أو أغفلت بعض النقاط أثناء التحكيم، وهذا وفقاً للمادة 37، كما أكّدت اتفاقية

آخر بقصد إعادة النظر في حكم تحكيمي تعرض للبطلان من طرف الجهة القضائية المختصة، حيث تنص المادة 6/52 على أنه: "إذا ألغى الحكم يعرض النزاع بناءً على طلب أي من الطرفين أمام محكمة جديدة تشكل طبقاً للقسم الثاني من هذا الباب"

(17)- أنظر: عادل محمد خير، المرجع السابق، ص، ص: 41، 42. وكذلك أنظر:

- TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, op-Cit, p : 125.

- منير عبد الجيد، المرجع السابق، ص-ص: 260-263.

(18)- voir : CHRISTIAN GALVADA-CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, op-Cit, p, p : 84,85.

وأنظر كذلك: عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص، ص: 78,79.

(19)- أنظر: *عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص - ص: 180-182.

*منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص - ص: 112-115.

*عبد المنعم دسوقي، المرجع السابق، ص - ص: 263-266.

(20) - إن هذه الفقرة المعتمدة من طرف المشرع الجزائري غير موفقة من جانب الصياغة والمصطلحات المختارة مقارنة بالنص الفرنسي من جهة، والصياغة العربية لنفس الفقرة في قوانين بعض الدول العربية إذ نلاحظ الصياغة المصرية للفقرة أكثر وضوحاً وتوفيقاً، حيث تنص على أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بمحبطة حكم التحكيم وتأمر بتنفيذ طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ".

إن هذا النص أكثر مطابقة للنص الفرنسي الذي جاء كما يلي:

« Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence et accordera l'exécution suivie dans le territoire où la sentence est invoquée ».

السيادة الرقمية : أو نهديانة الأنترنت لمبدأ سيادة الدولة في القانون الدولي العام



الدكتور محمد سعادي أستاذ القانون الدولي العام
بمعهد الحقوق بالمركز الجامعي لفليزان / الجزائر

مقدمة :

بدخول الانترنت ساحة العمل و تربعه ضمن حركيات الدولة ، في مؤسساتها و شعبها فوق إقليمها السيادي ، في عالم افتراضي لا يعترف بالحدود التقليدية للدولة ، بدأت تبرز الى الساحة القانونية الدولية فكرة " السيادة الرقمية " للدولة على إقليمها .

قبل حدوث هذا ، بفضل مستجدات التكنولوجيا و بالخصوص ابتداع وسيلة الانترنت ، كانت الدولة قادرة على التحكم في إقليمها من خلال تسلطها لمجموعة من التشريعات تضبط بها تحركات الجميع ، من مؤسسات و أفراد ، و قادرة على تحمل مسؤولتها الدولية عما يصدر من أفعال نابعة من إقليمها سواء أتاحتها الأفراد أو المؤسسات .

غير أنها اليوم و بدخولها عصر الرقمية ، و الانترنت على الخصوص ، فقدت هذه السيطرة على فضائها السيادي . فلم تعد قادرة ، من خلال تشريعاتها الوطنية أو حتى التشريع الدولي المنظم لمسألة السيادة " التقليدية " ، على ضبط تحركات هؤلاء .

فلم يعد مفهوم سيادة الدول كما استقر عليه قبل المستحدثات التكنولوجية الجديدة لاسيما الانترنت الأداة التي لا تعترف بحدود دولية و التي تخطت جميع التوقعات المرصودة لها . فباتت الدول تخشى منها على سيادتها التي أصبحت " مختربة " بشكل صريح خاصة و المجتمع الدولي يدخل عصر الرقمنيات و الاتصالات الحديثة .

لأن العالم الرقمي محدث للأخطار التي تصيب المواطنين و الشركات و الدولة نفسها.¹

و قد طالبت الدول بالإعتراف لها بمفهوم جديد للسيادة سمي بالسيادة الرقمية ، و هو المفهوم الجديد للسيادة ، أو قل أنه التكملة الضرورية لحيز السيادة في ظل التحولات التكنولوجية الجديدة.²

يمكنا التحدث عن السيادة بوجه عام ثم السيادة الرقمية بوجه خاص و هو موضوعنا :
أولا : مفهوم السيادة " الكلاسيكية " أو " السيادة المادية " :

¹ Voir : Souveraineté numérique : Actes du colloque du 17 Juin 2009 : Assemblée nationale (France) : Dossier : Fondation Prometheus : Juin 2009 : P . 01 .

² Voir : Souveraineté numérique : Actes du colloque du 17 Juin 2009 : Ibid : p . 01.

قبل التعرض لمسألة السيادة الرقمية و معرفة أبعادها الإقليمية و القانونية ، نبين مبدأ السيادة في القانون الدولي العام على عمومه :

1 - مبدأ السيادة في القانون الدولي العام :

إن السيادة هي الأهلية القانونية للدولة التي لا تعتبر حقا بقدر ما هي صفة تتميز بها الدولة عن غيرها من أشخاص القانون الدولي العام¹ والتي تبقى الصفة الأساسية للدولة.² هذا ما يجعلنا نعرف السيادة أولا بعلاقتها مع فكرة الحدود الوطنية التي تعتبر الأكثر واقعية التي تمارس الدولة ضمنها سلطتها التي لا تنافسها فيها أي سلطة أخرى تريد فرض أوامر على مواطني الدولة يكن أن تتضارب مع الأوامر التي يليها الحاكم صاحب السيادة.³ وبهذا المفهوم اعتبر البعض بأن مبدأ السيادة مبدأ أقدم من وجود الدولة نفسها.⁴

يقول د . محمد طه بدوي : " إن السيادة مفهوم قانوني يتمثل به فقهاء القانون منذ أن ابتدعه جون بودان الفرنسي ... واقعا سياسيا معينا هو القدرة على الإنفراد بإصدار القرار السياسي في داخل الدولة و على وجه النهاية في خارجها ، و من ثم القدرة الفعلية على الإحتكار الشرعي لأدوات القمع في الداخل ، و على رفض الإمثثال لأية سلطة تأتيها من الخارج ".⁵

و هو نفس ما ذهب إليه شيبانوف A. F. Chebanov حين قال بأن السيادة هي قدرة الدولة على اتخاذ القرارات في شؤونها الداخلية و الخارجية باستقلالية عن أي سلطة أخرى في داخل و خارج حدودها.⁶ لذا قال البعض بأن السيادة هي " سلطة عليا و غير محدودة ".⁷

وهو تبني فكرة جون بودان Jean Bodin حين رد بصيغة أخرى بأن " السيادة هي السلطة العليا على المواطنين و التي لا تخضع للقوانين " .⁸

¹ د . محمد طلتút الغنيمي : الغنيمي الوسيط في قانون السلام : منشأة المعارف . الأسكندرية . 1993 : ص . 317 .

² Nguyen Quoc Dinh Et Autres : Droit international public : 6^e édition / Editions LGDJ / Paris (France) : 1999 : p . 421 .

³ Karim Benyekhlef : L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés : Revue LexElectronica : Volume 8 n°1 / Automne 2002 : p . 04

⁴ Nguyen Quoc Dinh Et Autres : Ibid : p . 420 .

⁵ د . محمد طلتút الغنيمي : نفس المرجع : ص . 318 .

، الذي كان ينعت به Carré de Malberg في الحقيقة أن فكرة السيادة فكرة فرنسية في الأصل التي ظهرت في العصور الوسطى حسب ما ذهب إليه كاري دو مالبرغ بداية طابع السلطة الأعلى على غيرها ليخصص بها في القرن 16 دورا مطلقا لا يستعمل سوى لتعط طابع سلطة لا تقيل بسلطة فرقها .
أنظر :

Karim Benyekhlef : Ibid : p . 02 .

و هي الفكرة التي ظهرت مع ظهور مبدأ السيادة في القرن 16 حينما سعى بعض المفكرين السياسيين إلى التمييز بين الدولة من جهة و غيرها من الكيانات الإقطاعية القائمة وقها حتى تستطيع الدولة من التمتع ككيان سياسي بكامل الإختصاصات .
أنظر :

د . خازى حسن صبارى : الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام : دار الثقافة للنشر و التوزيع / عمان (الأردن) : 2007 : ص . 109 .
أنظر أيضا :

د . محمد يوسف علوان : القانون الدولي العام : المقدمة و المصادر : دار وائل للنشر و التوزيع / عمان / الأردن : الطبعة الثالثة : 2003 : ص . 49 .

⁶ Zhekeyeva Aiman : La souveraineté et la réalisation de la responsabilité internationale des états en droit international public : Thèse de doctorat en droit : Université de Paris 12 Val de Marne et l' Université Nationale d'Eurasie (Kazakhstan) : Février 2009 : p32

⁷ Nguyen Quoc Dinh Et Autres : Ibid : p . 420 .

8

أنظر : د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : الجزء الأول : ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر : 1994 : ص . 106 .

أنظر أيضا : د . عبد الكريم علوان : القانون الدولي العام : الجزء الأول : منشأة الأسكندرية للنشر و التوزيع : الأسكندرية (مصر) : 2007 : ص . 129 .

والحق أن السيادة، كمفهوم قانوني، لا تعود أن تكون مجرد وصف قانوني للقدرة الفعلية للدولة ومن ثم لقوتها، يضيف د. محمد طه بدوي.¹

فليست السيادة معطى أحادي الجانب و متسام و لكنه مجرد مفهوم وسيط للسلطة و القوة . بل تمثل السيادة الترجمة القانونية ، و المؤدية ، فقط لممارسة القوة.²

و هو المفهوم الذي ساد في القرن 19 حين ربط كل من هيغل Hegel و جيلينيك Jellinek السيادة بقوة الدولة . فعرفها الفقيه جيلينيك بأنها " اختصاص الإختصاص " بمعنى أنها تشكل السلطة الأصلية و الغير محدودة و الغير مشروطة للدولة لكي تحدد اختصاصها الخاص³ . لأن السيادة تتطلب قليلاً من القواعد الملزمة و المكرهة.⁴

لذا قال هينسلி Hinsley أن السيادة تتشكل حسب شروط ممارسة السلطة و علاقات القوة التي يمكن أن ترتبط في وقت ما بالتاريخ.⁵

فالسيادة ، أولاً ، هي صفة الدولة و سلطتها أو هي هاتين الصفتين مع بعضهما البعض ، و ثانياً ، السيادة هي خصالية و صفة الدولة و سلطتها.⁶

لذا ، فالسيادة " تعتبر الماهية الداخلية لذات الدولة " كما يقول كوزوف.KosovA.⁷ و اعتبارها من قبل جون بودان Jean Bodin جوهر الدولة.⁸

إذا فحصنا السيادة كصفة للدولة بالمعنى العام ، يقول شلاند L. Challand ، فإن الدولة بهذا المعنى تقدم نفسها كبلد مزود بثلاث صفات أساسية : الشعب و الإقليم و السلطة . و غياب أحد هذه الصفات سيفقد إحدى رموز و صفات الدولة.⁹

بالإضافة إلى العنصر الخامس المتمثل في الاستقلال لأن الثلاث عناصر غير كافية لتكوين دولة ذات سيادة.¹⁰ من هنا ، تصبح الدولة شخصاً من أشخاص القانون الدولي بفضل السيادة . فالسيادة تقدم نفسها في هذه الحالة كشهادة ميلاد للدولة تستخدم كقاعدة لاكتساب المركز الدولي بشرط ظهور حقوق و واجبات الدولة في العلاقات الدولية.¹¹

1

د. بدوي في : د. محمد طلعت العبيدي : نفس المرجع : ص . 318 .

لقد تطور مفهوم السيادة ، بحيث أطلقت كلمة " سيادة " على سلطة الأمير على رعاياه ، و لما ذاتت شخصية الأمير في الدولة أصبحت السيادة تعني جميع صلاحيات الدولة التي تمارسها فوق إقليمها . لذا كانت السيادة في مفهومها الأول : سيادة داخلية فقط ، ثم اتسع التعبير بتوسيع المجتمع الدولي و تزايد الدول و تعددتها و أصبح المجتمع الدولي بحاجة إلى علاقات دولية، فأصبح للسيادة مظاهر خارجي أيضا ، وهو ما يبيّنه بودان في كتابه 1583 " الكتب الستة للجمهورية " . من هنا أصبح لمفهوم السيادة في مدلول القانون الدولي ثلاثة حقوق :

1 – حق المساواة .

2 – حق الاستقلال ، و هو حق يكافل مع حق المساواة لأن المساواة بين الدول تفرض أن تكون كل منها مستقلة عن الأخرى .

3 – حق تقرير المصير .

² Karim Benyekhlef : Ibid : p . 02 / 03 .

³ Nguyen Quoc Dinh Et Autres : Ibid : p . 420 .

⁴ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 03 .

⁵ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 04 .

⁶ Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 30

⁷ Ibid : p . 30 .

⁸ أنظر : د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 48 .

⁹ Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 32 .

¹⁰ د . عبد الكريم علوان : نفس المرجع : ص . 127 / 128 .

¹¹ أنظر أيضاً : د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 48 .

و هو الأمر الذي جعل الفقيه غوجنهايم يرى بأن تعبيري السيادة والإستقلال صنوان متعادلان.¹

لذا، فالسيادة هي الأهلية، والإستقلال هو آثر من آثار تلك الأهلية² حتى تكتسب القدرة على تنظيم شؤونها شؤونها الداخلية والخارجية دون تدخل من أي كان في شؤونها هذه.³

و قد أكد أعضاء منظمة الدول الأمريكية في مؤتمر بيونس آيرس سنة 1936 من أجل الحفاظ على السلم، و المؤتمر الثامن للدول الأمريكية بليما سنة 1938 على السيادة المطلقة لكل دولة.⁴

الأمر الذي لم يغفله واضعو ميثاق الأمم المتحدة بالنص عليها في المادة الثانية في فقرتها الأولى بقولها: " تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها ". هذه السيادة التي تحجب التدخل في اختيار الدولة لنظامها السياسي بنص المادة الأولى الفقرة الثانية التي تحدث على " إباء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب و بأن يكون لكل منها تقرير مصيرها ".

من هنا ، عرفت السيادة " بأنها صفات attributs ضرورية للدولة تمكناها من التأثير مباشرة على السياسات الإجتماعية و الإقتصادية و الثقافية لمجموعة معرفة تتمثل في المواطنين "⁵

فوق إقليم مادي معين ، لأن الإقليمية هي القاعدة الجسدية للسيادة التي تلخص التحول الذي يمكن أن تعرفه فكرة السيادة . حيث تشكل كل من الإقليمية و الفضاء المادي المحور الذي يدور حوله مفهوم السيادة الوطنية.⁶ حيث لا يستقر مفهوم السيادة " التقليدي " إلا بوجود إقليم مادي تمارس فوقه الدولة سلطاتها التشريعية و تنفيذية و القضائية لتسخير و ضبط حقوق و واجبات الأشخاص الطبيعيين و المعنويين في مواجهة المسائل الداخلية و الخارجية .

و هو ، في واقع الأمر ، ليس سوى " مفهوم تقليدي للسيادة " يتميز بالخصائص التالية :

2 - خصائص سيادة الدولة :

لن تكون هناك سيادة للدولة إلا إذا تمت بالخصوص التالية :

1

د . محمد طلعت الغيمي : نفس المرجع : ص . 322 .

أنظر أيضاً : براغنلي : في : د . محمد بوسلطان : نفس المرجع : ص . 107 .

و د . عبد الكريم علوان : نفس المرجع : ص . 128 .

2

د . محمد طلعت الغيمي : نفس المرجع : ص . 322 .

بعد تطور الدولة تغير مفهوم السيادة من فكرة سلبية ، كحق للملك استعمله كوسيلة سياسية دفاعية سلبية ، و فكره قانونية ، كحقوق كسبها الملك بعد تحولها إلى وسيلة سياسية هجومية و مطلقة ، إلى فكرة إيجابية تتمثل في حق الأمر و النهي في الداخل عندما يضع القواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد و لو بالقوة ، و تمثيل الدولة في الخارج و التعامل مع غيرها من الدول على أساس مبدأ المساواة وقد تبلور مفهوم السيادة إلى أن أصبح لها معنى عضوياً ، بحيث أصبحت لصيقة بشخص الملك ، فاعتبرها متأصلة فيه لا يستمددها من الغير و هو غير مسؤول أمام الدولة أو الشعب و لا يحاسبه إلا الرب ارتكازاً على نظرية الحق الإلهي التي جاءت بها الصراعات القديمة بين الإمبراطور و بابا الكنيسة . الأمر الذي دفع بملك فرنسا لويس الخامس عشر إلى استصدار مرسوم ملكي في ديسمبر 1770 يقول فيه : " نحن لا نملك عرشنا إلا من رب "

بؤده في ذلك و يؤكّد عليه الفقيه لوازو (Loyseau) بقوله : " إن الملك لا يملك مباشرة السيادة فحسب ، بل هو الملك لها أيضاً " .

أنظر : د . السعيد بوشعير : القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة . الجزء الأول . المؤسسة الوطنية للكتاب . الجزائر : 1989 . ص . 84 .

³ د . عبد الكريم علوان : نفس المرجع : ص . 128 .

⁴ Maurice Lemoine : « du destin manifeste des Etats – Unis » : Le Monde diplomatique du Mai 2003 . (Dans le chaos de l'après – guerre) : p . 20 .

⁵ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 03 .

⁶ Ibid : p . 04 . Ibid : p . 04 .

الخاصية الأولى : أسبقية prééminence الدولة على إقليمها :

إن أول خاصية تميز الدولة هي أسبقيتها على حدودها الإقليمية التي تسمى السيادة الداخلية¹. حيث تتجسد السيادة كمظهر داخلي لسلطة الدولة حين تتصف هذه الأخيرة بأنها المنظمة الوحيدة السياسية والإقليمية المحددة لأي نظام يسير العلاقات الاجتماعية في البلد بواسطة القرارات الأمريكية الواجب قبولها من طرف الكل ضمن حدودها الإقليمية دون خضوعها لأي كيان سياسي أو أشخاص قانونية أخرى.²

لذا ، توصل الأسبقية ، حسب مارتنز Ph. Martens ، إلى تعبير الدولة عن استقلالها في التسيير الداخلي و الخارجي³ الذي يخضع له جميع الأشخاص والتنظيمات في حدود إقليم الدولة .⁴ التي توصل إلى الخاصية الثانية للسيادةتمثلة في استقلال الدولة :

الخاصية الثانية : استقلال الدولة :

و هي الخاصية الأساسية الثانية التي تميز سيادة الدولة ، حيث تكمن في استقلال الدولة على الساحة الدولية التي تتمتع بالحرية في القيام بأعمالها بعيدة عن أي تدخل خارجي .⁵

الأمر الذي جعل القاضي الدولي ماكس هوبير Max Huber وصف في قضية جزر البالماس Illes Palmes في 4 أفريل 1928 بأن " السيادة في العلاقات الدولية بين الدول تعني الاستقلال " .⁶ وقال بها من قبل جون بودان .⁷

الخاصية الثالثة : وحدة و عدم تحجزة السيادة :

فلا يمكن للسيادة ان تكون مجزأة أو متعددة حتى ولو كانت الدولة فيدرالية أو مركبة⁸ و التي قال بها جون بودان من قبل .⁹

طبعا ، لم يبق مبدأ السيادة على حاله منذ جاء به جون بودان الفرنسي في كتابه " الكتب الستة للجمهورية " سنة 1583¹⁰ ، حيث مر بفاهيم مختلفة من سيادة مطلقة في العصور الوسطى الى سيادة مقيدة الى " لا سيادة " ، لاسيما في العصر الرقمي الذي نعيشه اليوم . لأن نظرية السيادة تغيرت مع تغير فكرة الدولة و سلطة الدولة 11.

¹ Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 39 .

² Ibid : p . 39

³ Cité par : Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 39 .

⁴ Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 40 .

⁵ Ibid : p . 40 .

أنظر أيضا :

د . غاري حسن صباريني : نفس المرجع : ص . 110 .

⁶ Nguyen Quoc Dinh Et Autres : Ibid : p . 421 .

يتبنى فكرة ارتباط سيادة الدولة بخاصية تمنعها باستقلالية في تصرفاتها الداخلية و الخارجية كل من :

Zlatoposkii / Kasmin / Voronina / Chevtcov / Oppenheim / Tchernyak

Cité par : Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 40 .

⁷ . د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 48

⁸ Plus de détails Voir : Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 41 / 43 .

⁹ . د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 48

¹⁰ Plus de détails Voir :

Jean Bodin : Les six livres de la République : Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583 : Édition et présentation de Gérard Maret. Paris : Librairie générale française : 1993 : Le livre de poche : LP17 / n° 4619 .

¹¹ Zhekeyeva Aiman : Ibid : p . 12 .

من هنا تبدو السيادة اليوم تسير في تحول كامل¹. مما أفسح المجال إلى ظهور مفهوم جديد للسيادة سمي : السيادة السيادة الرقمية .

ثانياً : مفهوم " السيادة الرقمية " :

1 - المقصود بالسيادة الرقمية :

إذا تجسدت رابطة الهوية ، في العالم المادي الفيزيائي ، بواسطة وثيقة الهوية أو جواز السفر لإثبات هوية المواطن و ارتباطه بدولة ما على هذا الأساس ، التي ليست سوى ورقة papier أو بلاستيك Plastique بشرعيتها للشخص الضامن لها ألا و هو الدولة . فإن هوية الفاعلين ، في العالم الرقمي أو الإفتراضي ، غير مضمونة حاليا بسبب الضعف المتواتر في الأنترنت . هذا ما جعل الرسام بيتر ستاینر Peter Steiner في رسم كاريكاتوري مشهور وضعه سنة 1993 في جريدة " النيويوركر " New Yorker عنونه : " على الأنترنت لا أحد يعرف بأنك كلب " .²

و لم تظهر السيادة الرقمية إلا بسبب تخطي الأنترنت لسيادة الدول التقليدية التي تسخر فيها الشبكات الألكترونية للإتصالات بالحدود الوطنية³ . و هو ما حدى بالبعض إلى التفكير في أن الحفاظ على السيادة الرقمية و الدفاع عنها لن يتحقق إلا بجهود جماعي في المستقبل سواء على المستوى الصناعي أو السياسي .⁴ لذا ، نقول أن " كل منشأة يقال عنها أنها ذات سيادة رقمية حين تتمكن من إنشاء توافقية interopérabilité بين المنشآت الفرعية التي تشكلها و تجنب التوافقية الغير مرغوب فيها مع المنشآت التي تتبعها إليها " .⁵

من هنا ، نعرف السيادة الرقمية على أنها بسط الدولة لسيطرتها و ولايتها القضائية على الفضاء الرقمي المتمثل في الأنترنت .

و كما قلنا ، لم تكن السيادة الرقمية لتوجد لولا وجود الأنترنت و تخطيه لحدود السيادة " التقليدية " المتجلسة في الفضاء الفيزيائي المادي للدولة ضمن حدودها الإقليمية .

2 - تدخل الأنترنت في سيادة الدول و ضعف المقاومة :

في العالم المادي ، الفيزيائي ، كما أسلفنا ، و قبل دخول المجتمعات البشرية عصر الرقمية إثر اختراع أول حاسوب ENIAC سنة 1946 كانت الدول قادرة على ضمان سيادتها . فكانت تضمن معظم الأعمال بين الدول بواسطة الاتفاقيات الدولية كما كانت تراقب حركات الأفراد بواسطة بوتوكولات الهجرة . و لكن ، و بعد نشر قاعدة " RFC 793 " الموحدة لبروتوكول اتصال الأنترنت TCP ، ثم ابتكار تكنولوجيات النصوص المفرطة web و الويب hyper textes على مستوى " المركز الأوروبي للبحث النووي " CERN بجينيف ، أربك مفهوم السيادة " التقليدي " و شكك في فكرة الحدود الوطنية و أدى ، وبالتالي ، إلى إضعاف سيادة العديد من الدول الخاضعة لدiktatorische تكنولوجيا الأمم الأكثر تقدماً بل و خضوعها حتى إلى شركات خاصة .⁶

¹ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 03

² Voir : Vers l'établissement d'une souveraineté nationale numérique : Revue Wisekey du 10 Juin 2005 : p . 02

³ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 05 .

⁴ Nathalie Kosciusko : Allocution au actes du colloque du 17 Juin 2009 : Intitulé : Souveraineté numérique : Assemblée nationale (France) : Dossier : Fondation Prometheus : Juin 2009 : p . 10 .

⁵ Pierre de la Coste : La gouvernance internationale de l'internet : Revue Politique étrangère : 2006 / 3 Automne : p . 510 .

⁶ Voir : Vers l'établissement d'une souveraineté nationale numérique : Ibid : p . 01 .

و عليه ، فإن الطرق الجديدة الألكترونية للإتصالات لا تشكل سوى عامل ضمن عوامل أخرى أثرت في السيادة و ضغطت عليها . مما أدى إلى ظهور مفهوم جديد للسيادة كما قلنا . و بدأت تظهر منذ سنوات السبعينيات فكرة السيادة المعلوماتية souveraineté informationnelle إثر ظهور شبكة الأنترنت التي غيرت جذرياً من الحالة¹ ، التي لم تكن كلها مفيدة للبشرية كما أريد لها في بداياتها . بل استعملت للإذاء والتخييب أحياناً كثيرة . لأن كل شيء يشترى عليه و يباع . بل ، إذا اعتبرت شبكة الأنترنت أداة أسطورية للإتصال فهي تشكل أيضاً وسيلة سلطة و سلاح حرب . مما يجعل نظام المعلوماتية ضعيفاً و غير قادر على المقاومة .²

تبين ميشال أليو ماري بأن الأنترنت يعتبر مكاناً لجميع الحرفيات و هو أيضاً للأسف مكان للإنحراف و الجريمة في طريق النمو³ . حيث رصد في سنة 2010 حوالي 60 مليون برنامج معلوماتي logiciels أو شفرة code مؤذ متداول في مقابل 92 ألف برنامج معلوماتي و شفرة مؤذ سنة 2005⁴ . كما نشر مركز الإستعلام و البحث و معالجة التوابع (Centre d'Enseignement, de Recherche et de Traitement des Addictions) CERTA في السادس الأول من سنة 2011 إعلان إعوار vulnérabilité من ضمنها 4 إنذارات خطيرة alertes⁵ .

هذا ما جعل البعض يرى بأن المراقبة تبدو وهمية في نظر شبكة الشبكات⁶ بسبب كثرة أدوات الهجمات المعلوماتية و البيانات الشخصية و الهويات و متقمصي الهويات⁷ و ميوعة fluidité و عدم المساس intangibilité و عدم توطين délocalisation المعلومات و تقنيات الحجب و المجهولة anonymisation و لاسيما العدد المتضاعف لمستعملي طرق المعلومات inforoutes المتعارضة مع أي محاولة للتوصية على الأنترنت على المستوى العملي .⁸

من هنا ، نقول ، إذا كانت سيادة الدولة تمارس على إقليم ما فإن الأنترنت يجهل الحدود الدولية . و إذا كانت سيادة الدولة تطبق على شعب معين ، فإن الأنترنت ينشيء مجموعة أشخاص افتراضية ضمن شبكات اجتماعية ما وراء أي انتماء وطني .⁹

إن الأنترنت يغير من هذه الظاهرة بسبب العالم الإفتراضي الذي يمتد إليه و المعترض عالياً منفرداً و متيزاً عن العالم الحقيقي الذي تفلت فيه أعمال المستعملين في العديد من الحالات من الرقابة الوطنية أو الدولية .¹⁰ هذا ما دفع بالدول ، و حماية لسيادتها الرقمية ، التي كانت ترضى بالقبول " بالأولوية المعلوماتية " suprématie informationnelle كأحد أشكال السيادة ، بسبب التحكم في التكنولوجيا المعترض أحد الميادين المفضلة لممارسة القوة الاقتصادية و العسكرية و السياسية ، فإنها لم تقبل بالتحكم في المنشآت القاعدية الأساسية للأنترنت في عالم يوجد فيه الأنترنت على مفترق الطرق للنشاطات الإنسانية الذي تتشابه معماريته مع معمارية مدننا الحماله لرسائل سياسية تكون فيها القرارات الموجهة لمستقبل الأنترنت و بالخصوص القرارات التي تؤثر على مستعملي الشبكة خاضعة من اليوم فصاعداً لمراقبة ديمقراطية . هذا ما جاءت به قمتى مجتمع الإعلام العالميتين ، الأولى بجينيف سنة

¹ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 05 .

² Solange Ghernaoui-Hélène : Comment lutter contre la cybercriminalité ? : Revue Pour la Science n°391 / Mai 2010 : p .24 .

³ Michèle Alliot-Marie : Allocution au actes du colloque du 17 Juin 2009 : Intitulé : Souveraineté numérique : Assemblée nationale (France) : Dossier : Fondation Prometheus : Juin 2009 : p . 05 .

⁴ Philippe Wolf / Luc Vallée : Cyber-conflits , quelques clés de compréhension : INHES / ONDRP – Rapport 2011 : p . 787 .

⁵ Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 787 .

⁶ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 06

⁷ Solange Ghernaoui-Hélène : Ibid : p . 24 .

⁸ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 06 .

⁹ Michèle Alliot-Marie : Ibid : P . 05 .

¹⁰ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 11 .

2003 و الثانية بتونس سنة 2005 التي طالبت بضرورة التحكم في إدارة الأنترنت بصورة ديمقراطية و متعددة الأطراف و شفافة¹ (55) حتى تفعل دفاعها عن سيادتها الرقمية بفعالية و قوة .

و هو ما دفع الدول بالطالبة بحقها في التحكم في إدارة الأنترنت سواء بصورة تجمعية ، مثل مطالبة فرنسا بتحكم مستقبلي أوربي لإدارة الأنترنت² في مواجهة كيانات لا تعرف بالحدود المادية مثلما هو الحال في الأسواق المالية العابرة للحدود التي تعمل في شبه استقلالية و تنشيء ما يمكن تسميته الأسواق offshore بمعنى أمكنته تفلت من الولاية القضائية للدولة . و هو نوع من الملكة المأواة إقليمية في طريق التشكيل التي ليس لها سوى التجارة و التبادلات كسيد واحد . فالسيادة ، في هذه الحالة ، تتحول الى سيادة الحركة و ليس سيادة المكان المادي حسب روحي Ruggie . مما يجعلنا نوجد إذن في حضرة نواحي enclaves مستقلة أو مأواة إقليمية غير خاضعة لأي قانون مفروض من طرف الحاكم السيد لسبب بسيط و هو أن هذا الأخير لا يملك القدرة الكافية لكي يكره بفرده الفاعلين الماليين و إخضاعهم لقانونه .³

من هنا ، جاءت المأواة إقليمية هذه لتهدم الترتيب الحالي للسلطة الممارسة من طرف الدولة .⁴

لذا ، تذكرت الحكومات ، في سياقها الغير منتظم للدخول في عصر الرقمية ، بأن تمديد سيادتها على الفضاء الرقمي sphère digitale⁵ يعني مسؤولية رئيسية و تحد كبير في نفس الوقت . لأن أحد العناصر الأساسية لسيادة لسيادة أي دولة تتمتد إلى ما وراء إقليمها و شعبها و مواطنيها . فلا ننسى بأن أحد الروابط القوية بين الدول السيدة و المواطنون ضمنون بفكرة الهوية ، فالدولة تضمن للفرد هويته بينما يعترف هذا الأخير بانت茂ائه لها .⁶

غير أن عدم قدرة الدولة على إعطاء هوية رقمية لمواطنيها تسبب بصورة كبيرة في حدوث أغلبية مشاكل الأمن المعلوماتي cybersécurité⁷ الحالي في عالم يمكن لأي أحد التداري و الإختفاء وراء شكل مجھول يوصله إلى إلى اقتراف جميع أشكال الإنحرافات الممكنة مثمناً هو الحال بالنسبة للرسائل الإلكترونية الغير مرغوب فيها المعروفة تحت مسمى " SPAM " . و هو أمر ليس جديدا ، حيث وجدت الرسالة الجھولة منذ أوائل الخدمات البريدية التي كان يصطدم وقتها إرسال الرسائل المادية بحدود مادية لاسيمما المرتبطة بشمن إرسالها . غير أن هذه الحاجز الطبيعية

¹ Nathalie Kosciusko : Ibid : P . 10 .

² Ibid : p . 11 .

³ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 06 .

⁴ Ibid : p . 07 .

⁵ إن العالم الرقمي ليس موحدا ، فهو يتربع على العديد من الفضاءات sphères التكنولوجية :

1 – فضاء الأنترنت : المنظم بقلة و هش نوعا ما ، لأنه يرتكز على هيكل عظمي موبياني . لذا ، يعتبر الحقل المفضل للجهومات المعلوماتية الكثيرة التي تعبر توجيهات vecteurs souterrain جيداً مربحاً شيئاً فشيئا .

2 – فضاء التكنولوجيات المتحركة : و هو الفضاء الأكثر مراقبة من طرف العالمين ، الوطني و الدولي ، و الأكثر ضعفاً مع حدود مادية و معركة ملبدة حول التسيير المستقبلي للتردّدات التي ستبقى مورداً نادراً و استراتيجياً .

3 – فضاء التوطين الجغرافي géolocalisation : و هو الموجود تحت رقابة بعض الدول القادر على نشره .

4 – فضاء أنترنت الأشياء الجديد : التي تكون فيها رهانات الرقابة جد مهمة . و الذي سيكون حفلاً مستقبلاً للهجومات حقيقية حيث أصبح ممكناً بسيط تأمين ضعيف مبرر بخلاف تكلفته .

أنظر :

Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 791 / 792 .

⁶ Voir : Vers l'établissement d'une souveraineté nationale numérique : Ibid : p . 01 .

⁷ الأمن المعلوماتي cybersécurité هو الحال المبحوث عنها من أجل نظام معلوماتي يسمح له بمقاومة أحداث مصدرها الفضاء المعلوماتي التي بإمكانها عرقلة جهوية و وحدة أو سرقة البيانات المخزنة و المعالجة أو المنقولة و الخدمات الموصولة التي توفرها هذه الأنظمة أو التي تجعلها سهل الوصول إليها .

و يتحقق الأمن المعلوماتي بتوفيق ثلاثة شروط :

1 – يجب توفير تقنيات حماية أنظمة المعلومات المعروفة منذ عشرين سنة في شكل أمن .

2 – يجب محاربة الجريمة المعلوماتية .

3 – يجب تفعيل la mise en place الدفاع المعلوماتي .

أنظر :

3Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 79

اندثرت في عالم ألكتروني لم تعد فيه الرسالة الإلكترونية أو ملايين الرسائل الإلكترونية تكلف شيئاً و غياب في نفس الوقت وسيلة إثبات فعالة للمرسلين الذين يستغلون أنظمة و موزعي تسخير serveurs de gestion الرسائل الإلكترونية التي وضعت بالصورة التي تقبل فيها جميع الرسائل حتى ولو كان أصحابها مجهولين و غير ممكن التحقق من هويتهم.¹

أيضاً تكمن تأثير خصوصية الفضاء المعلوماتي² في كونه لا يعرف الحدود . مما جعل البعض يستقرأ المسألة بصورة تعسفية و يرى بأنه يمكن أن يصبح الفضاء الإفتراضي أو يجب أن يصبح منطقة لا قانون³. بل و يعتبر مكاناً للقاء الأفراد المشكلين بمجتمع عالي مكون و منتدي في نفس الوقت إلى العديد من المجتمعات السياسية⁴ . مما يضطر الدولة لتبّعهم مما " يكسر " fractalisation من السيادة الوطنية التي يفهم منها في الحقيقة أن توسيع حدوداً جغرافية حول الأنترنت تحتوي على مخاطر معتبرة المتمثلة في الرقابة و الحراسة و تنازع الإختصاصات دون التحدث عن التجزئية fragmentation المكنته للأنترنت⁵ . لأنه في هذه الحالة ، إذا كانت السيادة هي ممارسة السلطة الشرعية على إقليم مادي ، فإن هذا يساوي " تكسيرية " للسيادة حيث يطبق الإختصاص و الإطار القانوني للبلد كأمر واقع على إقليم بلد آخر حين تمد سلطة البلد الأول و تقلص سيادة البلد الثاني بسبب تواجد مستعملين الأنترنت⁶ . من هنا ، يجب القبول بفكرة أن ظهور التكنولوجيات الحديثة مست بعض الصالحيات الوطنية . حيث يطلب اليوم من الإقليم المادي الجسد للسيادة أن يستسلم لفكرة مجاوزته من طرف الإقليم الإفتراضي فتتدخل من خلاله جدلية مستمرة بين ما ينتمي إلى السيادة و ما يفلت منها.⁷

هذه الجدلية المستمرة هي ما تطبع الفضاء المعلوماتي الذي يتواصل ضمنه الجميع مع الجميع في أي وقت و في أي مكان يشاءون و يختلف في كل من أطفال و أشخاص يحتكون افتراضياً بغيرهم من المستعملين لهذا الفضاء المعلوماتي ذوي نية إذائية تحتوي على أشكال متنوعة من الإذية كالجنس مع الأطفال و الإرهاب و الإجرام و الإنحراف

¹ Voir : Vers l'établissement d'une souveraineté nationale numérique : Ibid : p. 02 .

(1984) حيث Neuromancer بكتابه cyberspace المعروف بإطلاقه موجة William Gibson ابتكر مفهوم الفضاء المعلوماتي كاتب علم الخيال ويليم جيبسون² و الجمل ، cybermots و بالتالي فهو أب الإصطلاحات الخاصة " كلمات الفضاء " cyberspace بالإنجليزية : يعتبر أب لعبارة " الفضاء المعلوماتي " cyberespace التي من بينها عبارة الجريمة المعلوماتية cybercriminalité .

أنظر : Stéphane Leman-Langlois : Questions au sujet de la cybercriminalité , le crime comme moyen de contrôle du syberespace commercial : Revue Criminologie : Volume 39 n° 1 / 2006 : p. 65 .

أو جغرافي localisation physique بالمعنى الذي يتحرر فيه من أي توطين مادي "espace conventionnel" إن الفضاء المعلوماتي يتعارض مع الفضاء التعاهدي ... لأنه ليس مكاناً و لكنه نقطة تأثيرات معلوماتية محملة من قبل شبكات معلوماتية متراقبة interconnectés ."

من هنا لم تكن الأفعال و الأشياء و الأشخاص في الفضاء المعلوماتي سوى معلومات ينتج عنها عواقب عديدة و عميقية على النشاطات التي يمكن أن تحدث

أنظر : Stéphane Leman-Langlois : Ibid : p. 65 / 66 .

المعالجة الآلية équipements العالمي لتجهيزات interconnexion عليه ، يمكن تعريف الفضاء المعلوماتي على أنه " فضاء الاتصال المكون من الترابط الخاصة بالبيانات الرقمية ... و هو مختلف تماماً عن العالم المادي الطبيعي ، لأنه يخضع لقوانين من طبيعة أخرى " .

و يمتاز الفضاء المعلوماتي بالخصائص التالية :

1fragile: — الفضاء المعلوماتي ضعيف

لم يتحقق من تأمينها بسبب تعقيد التطور التكنولوجي الجديد و دورات توضيب الحواسيب الغير مواكبة لهذا التطور logiciels وكونه يطرح في السوق منتوجات برنامجية بسرعة و بصورة منتظمة .

2 — الفضاء المعلوماتي ليس متوعاً :

فهناك النموذج الأمريكي و النموذج الصيني و النموذج الأوروبي . بل هناك 20 ألف شبكة ليست متجانسة بل " مبلقة " و مشرذمة و متفرقة كونها تتضارع بين العديد من النماذج من المجتمعات التي يحتوي كل واحد منها قيمه المجموعة في نموذجه لحماية أنظمة المعلومات .

أنظر :

Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p. 791 / 792 .

³ Jean-Jacques Lavenue : Cyberespace et droit international : pour un nouveau Jus communicationis : www.droit.univ-lille2.fr : p. 15 / 16 .

⁴ Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p. 25 .

⁵ Bertrand de La Chapelle : l'internet est-il vraiment sans frontières ? : Les Cahiers de L'ARCEP : JUIN 2012 : p.13 .

⁶ Ibid : p. 13 .

⁷ Karim Benyekhlef : Ibid : p. 07 .

و الإحتيال المهني و سرقة الحواسيب أو البيانات¹ و احتجاز الموارد المعلوماتية و المساومة و التحويل و تبييض الأموال . بل إن لامادية dématérialisation خدمات التنقلات المالية و أدوات ربط العلاقات و الإتصال و قدرة التحرك عن بعد و تحت هويات مزيفة أو هويات مغتصبة و المرور من خلال عدد كبير من الوسائل التقنية كالموزعين و موردي الدخول للشبكات و لبلدان مختلفة أوصل إلى ابتكار العديد من أشكال التنظيمات و التبادلات و النشاطات الإجرامية الأكثر ربحا . فالأنترنت بهذه الصفة يعتبر فضاء يعيش فيه الخطر المعلوماتي الإجرامي بحضور دائم و مستمر .²

إن شبكة الأنترنت تسهل الجرائم التقليدية لاسيما تلك التي تخص الجريمة الإقتصادية و توصل إلى أشكال جديدة للجرائم كالغش المعلوماتي و قرصنة البرامج .³

إن السيادة التقليدية بصفتها بناء نظريا توجد اليوم في حرج . حيث يجب عليها مواجهة سيدات أخرى منافسة لها تدعى عدم الخضوع لسلطتها في بعض الميادين .⁴

هذا الحرج الذي يجعل من السؤال التالي مشروع :

" هل يمكن أن نستخلص بأن سيادة الدول تتوقف عند بداية الفضاء الرقمي ؟ "⁵

و هل يمكننا القول مع البعض بأن الدول لم تعد قادرة على الإستجابة لحماية سيادتها في عالم غير مادي dematerialize⁶ بسبب أن الإطار الشرعي الوطني لم يتأقلم بصورة جيدة مع البيئة الرقمية الجديدة حيث تفرض تفرض الدولة بصعوبة قواعد و قرارات قضائية على الفاعلين خارج حدودها في نفس الوقت الذي تخشى فيه من أثر تشريعات بلدان أخرى على مواطنها و شركاتها ؟⁷

في الواقع لم تعد الدولة قادرة على الدفاع على جميع القيم في الفضاء المعلوماتي و التي كانت تقدر على الدفاع عنها في العالم المادي مثل حماية الفرد من بعض المحتويات التي تهجم بها عليه بعض المجموعات عبر الأنترنت ، لأن في الفضاء المعلوماتي ليس لتلك المحظورات الأمريكية التي تحويها التشريعات الوطنية أو المعاهدات الدولية أي مكان في هذا الفضاء .⁸ و لمواجهة ذلك ، اكتفت أغلب الدول بتطوير تشريعاتها ، بينما أطلقت الدول الأكثر تقدما مشاريع عن الحكومة الإلكترونية eGouvernement و هي مشاريع ليست سوى نقل نحو صحافة إلكترونية بمسارات إدارية موجودة . فهذه الخطوات مهمة و واعدة فهي لا تعدو أن تكون مرحلة بصورة رئيسية حول الإدارات و ليس حول المواطن .⁹

¹ البيانات هي المادة الخام التي تستنق من المعلومات

أنظر :

د . محمد السعيد خشبة : نظم المعلومات : المفاهيم و التكنولوجيا : جامعة الأزهر : القاهرة : ص . 45 .

فهي ، كما عرفتها هيئة الإيزو بأنه التي يتضمن عبارة " التي تنهي إلى معالجة " ، و التي تعنى أن توضع البيانات données informatiques أما البيانات المعلوماتية على شكل يسمح لنظام المعلومات بمعالجتها بصفة مباشرة .

و هي كما عرفتها المعاهدة حول الجريمة المعلوماتية لسنة 2001 كل تقديم لواقع أو معلومات أو مفاهيم في شكل محضر لمعالجة المعلوماتية و تعني أيضا ببرنامج يدفع بطيئته نظاما معلوماتيا إلى تنفيذ وظيفة " .

أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 1 / 2

² Solange Ghernaouti-Hélie : Ibid : p . 24 .

³ Ibid : p . 24 .

⁴ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 09 .

⁵ Michèle Alliot-Marie : Ibid : p . 05 .

⁶ Voir : Vers l'établissement d'une souveraineté nationale numérique : Ibid : p . 01 .

⁷ Bertrand de La Chapelle : Ibid : p . 13 .

⁸ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 11 .

⁹ Voir : Vers l'établissement d'une souveraineté nationale numérique : Ibid : p . 01 .

لذا ، حسم البعض الموقف حين قالوا بأن الفضاء الرقمي لم يكرس لكي يبقى منطقة لا قانون . لأنه في القرن 21 يتعذر ضمان أمن المواطن على الانترنت رهانا أساسيا للدولة .¹

إن ضمان السيادة الرقمية معناه تدید ميدان الدولة القانوني الى الفضاء الرقمي . بل هو محاربة الجريمة المعلوماتية بحماية مستعملی الانترنت أمام التهديدات التي تمس الأکثر ضعفا منهم . و هو جعل من الانترنت فضاء حقيقة للحیات و المسؤولیات.²

فكيف ، إذا ، تتعرض الدولة للمساس بسيادتها الرقمية ؟

ثالثاً: كيفية الاعتداء على السادة الـ قمة:

يتمثل الإعتداء على السيادة الرقمية للدولة في القيام ببعض الأفعال المرتبطة باستغلال الأدوات الإتصالية لاسيما الأنترنت و التي أصبحت اليوم تعتبر جرائم جديدة تتوفر على جميع أركان الجريمة تسمى " الجريمة المعلوماتية " ⁴، منها:

¹ Michèle Alliot-Marie : Ibid : p . 05 .

² Ibid : p . 05 .

³ في الحقيقة أن أشكال الاعتداء على سيادة الدولة الرقمية متعددة و كثيرة ، ولكنها في هذا المقام نختصر كلامنا على ما جاءت به معاهدة بودابست لسنة 2001 حول الجريمة المعلوماتية . حيث تعتمد بالدرجة الأولى في تصنيف الجرائم الماسة بالسيادة الرقمية للدول عليها ، والتي يعتمد دوليا بسبب نضجها و تطورها في هذا الميدان من خلال تصنيفها من طرف الإتحاد الدولي للإتصالات ضمن المجهودات التشريعية الدولية و ليست الإقليمية بالرغم من أنها صدرت إقليميا على مستوى الإتحاد الأوروبي و لكنها حين التوقيع و التصديق عليها توسيع نطاقها ليشمل دولا ليست عضوا في الإتحاد الأوروبي مثل الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان و أفريقيا الجنوبية ، ليصل عدد الدول المنضمة إليها إلى 46 دولة في أبريل 2009 و القائمة متوجهة .

Comprendre la cybercriminalité : Guide pour les pays en développement : Division applications TIC et cybersécurité / Département des politiques et stratégies / Secteur du développement des télécommunications de l'UIT / Union Internationale des Télécommunications : Projet de document Avril 2009 : p. 106 et 111

⁴ هي الأفعال التي تستعمل فيها شبكات معلوماتية و الأنترنت بصورة رئيسية cybercrime . حتى نعرف الجريمة المعلوماتية فمن النافع الأخذ بعين الإعتبار دور الشبكات المعلوماتية في أشكالها المختلفة للجريمة . فهي في بعض الحالات تعتبر فقط توابع nonarrestable فعل مجرم ، بينما في حالات أخرى نجدها في قلب النشاطات المستهدفة التي لن تتحقق مستقبلاً بل مستحيل إعطاؤها مفهوماً في عالم غير متصل branché.

من أفعال مخالفة للمعاهدات الدولية أو للقوانين الوطنية و التي ترتكب باستعمال شبكات و أنظمة المعلومات و " تكون الجريمة المعلوماتية cybercriminalité " باعتبر اها هدفا " délit crime أو جريمة وسائل لتحقيق مخالفة

Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p. 794 .
و تتخذ الجريمة المعلوماتية عددا من الأشكال :
1 - الجرائم و الجنح التقليدية المسهلة باستعمال التكنولوجيات الجديدة : كتببس الأموال و الخلاعة مع الأطفال و اللصوصية الكبرى و الإرهاب .
أو taggaggio - الجرائم و الجنح الجديدة المرتبطة مباشرة باستعمال تكنولوجيات المعلومات و الإتصال : كتزوير البطاقات المصرفية و اعتراض الهوية و الترميز أو إرسال رسالة خادعة phishing و سرقة موارد معلوماتية أو التصيد en déni de service لموقع رسمية و هجوم على موقعdéfacement (بيع غير مشروع لأرقام بطاقات مصرافية) carding و التميشط botnets و تشغيل شبكات الحواسيب الخاملة hameçonnage الوصول إليها 3GPS - تحويل سريع للتقنيات الجديدة لأغراض إجرامية و ارهابية : كاستعمال هواتف نقالة للتغيير قنابل تقليدية و نظام تحديد المواقع العالمي تجارية و أنترنت الأشياء drones .
أنظر :

كما تعطي الجريمة المعلوماتية " جميع النشاطات الغير مشروعة أو الشاذة المقترفة من خلال الفضاء المعلوماتي " . و بالتوسيع في التعريف يمكن إدراج ضمن الجريمة المعلوماتية جميع أشكال نية الإذاء الإلكتروني المرتكبة بوسيلة المعلوماتية والإتصالات كالهاتف وبطاقة الشريحة . بينما تتمو الجريمة المعلوماتية في ظرفية عالمية لحرب اقتصادية دائمة و لبحث عن ربح فوري و أزمة مالية دولية و لادلة اجتماعية و مخاطر بيئية دون رؤية طويلة الأمد و لا أحيانا للحكم .
أنظر :

أيضاً نجد تحت مسمى الجريمة المعلوماتية جرائم جديدة لم توجد من قبل في الإجرام التقليدي كتجريم فعل إفشال تكنولوجيا النسخة المضادة (الأمريكية الذي هو في طريق التبني من طرف العديد من الدول .) DMCA (Digital Millenium copyright Act) التي أدرجها قانوناً :
Annoter :

Stéphane Leman-Langlois : Ibid : p .65 .

1 - الجرائم ضد السرية وسلامة و توافر ونظم المعلومات :

infraction contre la confidentialité , l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques

أ - الدخول الغير مشروع :

و هو " الجريمة الأساسية التي تؤدي الى التهديد أو الإعتداء على أمن (بمعنى السرية و السلامه و توافر) النظم و البيانات المعلوماتية " .³

حيث يتخذ الدخول الغير مصرح به شكل القرصنة و الإنهاك و الدخول بطريقه غير مشروعة على نظم المعلومات فيتضمن التسلل الى السلامه أو الى أي جزء من نظام المعلومات كالجهاز و المكونات و البيانات المخزنة على النظم الموجودة و الجداول و البيانات الخاصة بخط السير أو المضمون ، كما يتضمن التسلل الى نظام معلومات آخر متصل بشبكات الإتصال العامة أو نظام معلومات متصل بنفس الشبكة مثل الشبكة الخلية أو الأنترنت . فيمكن أن يتسبب هذا في إحداث عقبات بالنسبة للمستخدمين الشرعيين للنظم و البيانات المعلوماتية ، و يؤدي وبالتالي الى تغيرات أو هدم أو تكاليف كبيرة لإعادة بناء ما أحدثه فيه هذا الفعل الجرم . بل ، و يمكن أن تؤدي هذه التعديلات الى الدخول على بيانات سرية مثل كلمة السر و معلومات عن النظام بدون مقابل و أسرار لاستخدام النظام دون مقابل

ب - الإعتراض الغير مشروع :

و هو انتهاك حق احترام الإتصالات⁵ كالتصنت و التسجيل التقليدي للمحادثات الهاتفية بين الأشخاص ، و الذي تستعمل فيه وسائل تقنية كالأجهزة التقنية التي يتم ربطها بخطوط الإرسال و أجهزة تجميع و تسجيل الإتصالات اللاسلكية و البرامج و كلمات السر و الشفرة ، بالتصنت و المراقبة أو الرقابة لمضمون الإتصالات و الحصول على ما يتضمنه سواء بصفة مباشرة ، عن طريق الدخول على نظام المعلومات و استخدامه ، أو بصفة غير مباشرة ، عن طريق استخدام أجهزة التنصت .

ج - المساس بسلامة البيانات :

و هو القيام بالأفعال التالية :

- الإضرار و الإتلاف المتمثلين في الإفساد السلبي لسلامة أو مضمون المعلومات الخاصة بالبيانات و البرامج .

- مسح البيانات .⁷

¹ (82) إن نظام المعلومات système informatique هو كل عدة منفردة أو مجموعة عدد نترابطة أو قريبة من بعضها البعض التي يضمن عنصر أو عدد من العناصر منها أو هي نفسها عملية تنفيذ برنامج أو معالجة باستعمال آلة للبيانات .
أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) Article 1 / 1 :
و يعرف نظام المعلومات أيضا بأنه ذلك " النظام الذي يجمع و يحول و يرسل المعلومات في المنشأة ، و يمكن أن يستخدم أنواعا عديدة من نظم معالجة المعلومات لمساعدته في توفير المعلومات حسب احتياجات المستفيدين " .
أنظر :

د . محمد السعيد خشبة : نفس المرجع : ص . 45 .

² Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 2 .

³ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 1 / 2 .

⁴ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 3 .

⁵ يقصد بالإتصالات " إرسال البيانات المعلوماتية " .

⁶ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 4 .

⁷ الذي يوازي تدمير الأشياء المادية .

- تدمير البيانات وجعلها غير معروفة كإلغاء البيانات المعلوماتية المتمثل في كل عمل يراد منه عدم وصول هذه البيانات بصورة نسبية أو مطلقة إلى شخص له حق الدخول على الحاسوب أو الدعامة التي تم تخزين البيانات عليها .

- الإفساد المتجسد في تعديل البيانات الموجدة .

- إدخال الشفرات بسوء نية مثل الفيروسات أو حصان طروادة .¹

d - المساس بسلامة النظام :² atteinte à l'intégralité du système :

و هو القيام بالأفعال التالية :

- تخريب المعلومات .

- العرقلة³ العمدية للاستخدام الشرعي لنظم المعلومات بما فيه نظم الإتصالات باستخدام أو التأثير على البيانات المعلوماتية الخاصة بحماية مصلحة صاحب الإستغلال و مستخدمي نظام المعلومات أو نظام الإتصال بحيث يستطيع هؤلاء العمل بطريقة صحيحة .

ه - إساءة استخدام الأجهزة :⁴ abus de dispositifs:

و هو القيام بالأفعال التالية :

- إساءة استخدام الأجهزة أو معدات الإتصالات بغرض ارتكاب الجرائم المذكورة ضد السرية و السلامة و التوازن للنظم أو بيانات المعلوماتية التي تتطلب حيازة وسائل للدخول (معدات سرقة) أو معدات أخرى و اقتناها لغرض إجرامي .

- إنتاج و بيع و الحصول بغرض الإستخدام و الجلب و النشر⁵ أو أشكال أخرى لتوفير⁶ الأجهزة بما يشتمل على برنامج معلوماتي⁷ تم إعداده بصفة عامة ليسمح بارتكاب إحدى الجرائم الواردة في المواد من 2 إلى 5 من المعاهدة المذكورة .

- الإنتاج و البيع و الحصول بغرض الإستخدام و الجلب و النشر أو أشكال أخرى لوضع تحت التصرف كلمة السر أو شفرة الدخول أو بيانات معلوماتية ماثلة تسمح بالدخول على كافة أو جزء من نظم المعلومات .

2 - الجرائم المعلوماتية :⁸ infractions informatiques

و هي الجرائم العادية التي ترتكب غالباً بواسطة نظام المعلومات التي سبقت أن جرمتها الدول ، و المتمثلة في الأفعال التالية :

أ - تزوير المعلوماتية :⁸ falsification informatique:

¹ يعتبر حصان طروادة فيروس خطير .

² Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 5

إن العرقلة هي العمل الذي يمس حسن سير نظام المعلومات . و التي تتحقق من خلال الدخول و النقل و الإضرار و المسح و تزيف أو إلغاء بيانات معلوماتية مثل البرامج التي تمس النظم على شكل منع الخدمة و التشفير بسوء نية و الفيروسات التي تمنع أو تبطئ ملحوظ سير عمل النظام أو البرامج التي ترسل حجم كبير من الرسائل الإلكترونية إلى جهة ما لتعطيل سير عمل اتصال النظام بها .

⁴ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 6 .

⁵ وهو العمل الذي بناء عليه ترسل البيانات إلى الآخرين .

⁶ وهو عمل توضع بناء عليه الأجهزة على خط ليستخدمة آخرون و يتضمن من جهة أخرى إنشاء أو تجميع الخطوط بهدف تسهيل دخول هذه الأجهزة .

⁷ وهي البرامج التي تم ابتكارها بغرض الإتلاف و هدم البيانات أو الدخول في سير عمل النظم مثل برامج الفيروس أو البرامج المبتكرة أو التي تم تعديلها للدخول على نظم المعلومات .

⁸ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 7 .

- إن فعل تزوير و تزييف المعلومات عبارة عن نوعين معينين لاستعمال النظم أو بيانات معلوماتية و هو بمثابة تزوير الوثائق على الورق و الذي يتجسد في فعل التلاع卜 بالبيانات المسجلة التي لها قوة حاسمة و نتائج خطيرة عن الأعمال التقليدية للتزوير في الحالة التي تتسبب في وقوع الغير في خطأ ، و التي تتخذ الأفعال التالية :
- تزوير المعلومات بإنشاء أو تعديل بدون إذن بيانات مسجلة تمتلك قيمة مختلفة إلى حد كبير .
 - سير الصفقات القانونية القائم على صحة المعلومات المتوفرة انطلاقا من هذه البيانات و التي يمكن أن تكون موضوع خدعة ، و التي تعتبر المصالح القانونية المطلوب حمايتها بمثابة أمن و إمكانية استخدام البيانات الإلكترونية التي يمكن أن تكون لها آثار في العلاقات القانونية .
 - الدخول بدون إذن على البيانات الصحيحة أو الغير صحيحة الذي يعتبر بمثابة صناعة وثيقة مزورة .
 - الإتلاف عن طريق القيام بتعديلات و تغييرات جزئية .
 - المسح بالعمل على إخراج بيانات توجد على دعامة .
 - الإلغاء بالعمل على حفظ أو إخفاء البيانات .

ب- الغش المعلوماتي :¹ *fraude informatique*

لقد ضاعفت الثورة التكنولوجية من إمكانيات ارتكاب الجرائم الاقتصادية مثل التزوير و النصب بواسطة بطاقات الإئتمان (مال متداول ألكترونيا و وداع) التي أصبحت هدفا للتلاءب بنفس طريقة الأشكال التقليدية للأموال . و التي تتخذ شكل الأفعال التالية :

- الدخول على النظام و هذا بإدخال بيانات غير صحيحة على الحاسوب و التلاءب في البرامج أو في تدخلات أخرى في معالجة البيانات .
- القيام بعمل عام كالمساس بسير عمل نظام المعلومات الجسد للعناصر التي تكون الدخول و الإتلاف و المسح والإلغاء .
- القيام بأعمال التلاءب على الأجهزة و الأعمال التي تمنع الطبع على الطابعة و الأعمال التي تضر بعملية التسجيل و المد بالبيانات أو النظام الذي تم من أجله تنفيذ البرنامج .
- إحداث ضرر اقتصادي أو مادي و هذا حين تصرف الفاعل من خلاله بنية الحصول على ميزة اقتصادية لنفسه أو لغيره .

3 - الجرائم المتعلقة بالمضمون: *infractions se rapportant au contenu*

التي تتخذ شكلين من الجرائم :

infractions se rapportant à la ² *pornographie enfantine*

و هو القيام بالأفعال التالية :

- الإستغلال الجنسي باستخدام نظم المعلومات لإرتكاب الجرائم الجنسية ضد الأطفال .
- القيام بجميع أوجه إنتاج و حيازة و نشر الأعمال الإباحية للأطفال .³
- و التي يستخدم فيها الأنترنت بقوة كوسيلة رئيسية لتبادل هذه المواد .

¹ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 8 .

² Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 9 .

³ في الحقيقة هذا الفعل مجرم من طرف جميع الدول في العالم .

infractions liées aux atteintes بـجرائم المرتبطة بالمساس بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة : à la propriété intellectuelle et aux droits connexes

في الحقيقة ليس من السهل التصدي مثل هذه الأفعال الإجرامية الجديدة بسبب تطور التكنولوجيا المستحدثة لكي تتمكن الدولة من الدفاع عن سيادتها الرقمية التي أصبحت عرضة لها :

رابعاً : أسباب صعوبة التصدي للأفعال الماسة بالسيادة الرقمية :

تمثل أسباب صعوبة التصدي للأفعال الإجرامية المعلوماتية في :

1 - غموض التقني و صعوبة الرد عليه :

الذي يكمن في :

أ - غموض مصدر الهجوم :

لا تقدر الدولة ضحية الأفعال الإجرامية المعلوماتية تحديد المصدر الذي انطلق منه الهجوم حتى تتمكن التصدي له و محاربته بفعالية و قوة و هذا بسبب تنوع مصدر الهجوم و اختلافه و توزعه عبر العالم كله ، مثلما هو الحال بالنسبة للهجوم المستتر لخدمة موزعة ضد إدارة التي يقوم الفاعل بهجومه من خلال شبكة الحواسيب الخاملة botnet³ الموزعة عبر القارات الخمس و التي يستعمل فيها بروتوكولات أنترنتية مزيفة العناوين حيث يمكن لخالص تابع لشبكة الحواسيب الخاملة إرسال نحو موزع⁴ ضحية آلاف الرسائل الطفيلية بعناوين مختلفة فلا يمكن لعملية تحليل الرسائل المستقبلة من طرف الهدف من الهجوم أن تسمح بفك و التعرف على الحواسيب مصدر الطفiliات .⁵

و أيضاً بالنسبة للإحتيال filoutage⁶ على مستعملي الإدارة ، حيث تكون الإدارة الإلكترونية هي الهدف الجديد للمحتالين . فقد بحث العديد من الحملات المتواترة للإحتيال في وسائل تغليط مستعملي التصريحات عن بعد télédéclaration للضرائب بحيث يدفع المحتالون المستعمل الساذج إلى طلب استرجاع الضريبة على الموقع المزيف . هذا ما يجعل التحكم في مثل هذه العمليات مسألة صعبة بسبب أن الحواسيب كلها تقريرياً محولة من أصحابها الحقيقيين و موزعة عبر العالم كله مما يجعل أي محاولة لضبط قائمة سوداء بأسماء هؤلاء أمراً صعباً .⁷

ب - غموض الضرر و حجمه :

¹ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 10 .

و لأكثر تفاصيل حول حماية حقوق المؤلف و حق الملكية الفكرية يمكن الرجوع إلى د . محمد سلاح سالم : العصر الرقمي و ثورة المعلومات : دراسة في نظم المعلومات و تحديث المجتمع : منشورات عين للدراسات و البحوث الإنسانية و الاجتماعية : القاهرة (مصر) : 2002 : ص . 195 إلى 213 .

² Pour plus de détails Voir : Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 795 / 798 .

المعرفة على أنها "شبكة حواسيب معرضة للخطر في خدمة zombies réseaux de machines zombies (شبكات آلات خاملة) botnet و هي شبكات الحواسيب الخاملة و تحريكها (botnet) . و هي ، الشبكة ، مهيئة بصورة تسمح لصاحبها بنقل أوامر إلى جميع أو جزء من حواسيب شبكات الحواسيب الخاملة maîtreفرد مؤذ (السيد على هواه " . أنظر :

Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 789 .

⁴ Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 789 .

⁵ Ibid : p . 789 .

و " هو تقنية تجعل من طرفأشخاص مؤذين بغرض الحصول على معلومات سرية حول ضحاياهم لاستعمالها فيما بعد و هذا phishing و filoutage بالإتصال بهؤلاء تحت العديد من الأسباب باغتصاب هوية طرف آخر يثبت فيه الضحية (مصرف ، موقع تجاري ...) . " . أنظر :

Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 789 .

⁷ Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 789 .

⁸ Pour plus de détails Voir : Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 798 / 800 .

فالضرر الذي يصيب سيادة الدولة الرقمية لا يمكن بأي حال من الأحوال تقدير حجمه و طبيعته و هذا بسبب عدم إمكانية الوصول الى تقدير حجم الخسارة التي أصابت الدولة في سيادتها الرقمية و التي يمكن أن تتضاعف و تنمو و تكون لها عواقب غير معلومة و هذا لأن الكثير من هذه الجرائم لا يبلغ عنها بسبب الإعتقد بعدم جدوى الخطوة و الخشية من الإشهار السلبي . ففي التقارير العديدة المرفوعة من طرف بعض المؤسسات : Centre des plaintes contre les crimes sur Internet Crime Complaint Center Internet Computer Crime Research Center (2004) ، وهي منظمة غير حكومية ، فحسب هذه المنظمة في سنة 2009 لم يصل عدد الشكاوى المقدمة على المستوى الدولي سوى الى 1% فقط .¹

من هنا ، استحال تقدير ظاهرة الجريمة المعلوماتية بالضبط و هو الحاجز الحقيقي لوضع وسائل المخاربة المالية و التنظيمية و البشرية للتصدي للإعتداء على السيادة الرقمية في هذه الأحوال .²

ج - غموض الوسائل المستعملة في الهجوم :

حتى الوسائل التي يستعملها مرتكبو الجرائم المعلوماتية التي تمس سيادة الدولة الرقمية في الهجوم عليها من مختلف المناطق في العالم ب مختلف الأدوات المعلوماتية و الإتصالاتية ليس لها أصل و منع واحد موحد مما يصعب من مهمة الدولة للتصدي لها حتى تحمي سيادتها الرقمية . كما هو الحال عند الهجوم على الشركات ، حيث تستعمل العديد من الطرق المختلفة للهجوم على الهدف المرصودة ، فلا يمكن تحديد الوسائل التي استعملت فيها بسبب عدم الكشف عن هوية مستعمليها كونها مستوى عليها و محولة عن أهدافها الأصلية و هذا من خلال القيام بما يلي :

- الإستيلاء على أحد أو العديد من موقع الأنترنت العمومية بغية استعمالها كعامل إصابة مراكز معلوماتية للشركة المستهدفة . فيستولи المهاجمون على موقع الأنترنت العمومية هذه المتقدة من ضمن الواقع التي يستعملها عمال الشركة المعنية و هذا باستغلال ضعف البرامج المعلوماتية المستعملة من أجل تسخير محتواها . و للقيام بهذه العملية يغير المهاجمون صفحات الواقع بغية دفع اتجاهها نحو خطط script مؤذ حتى يتمكنوا من استغلالها .

- الإستيلاء على مراكز معلوماتية مملوكة لأشخاص استشاروا موقعها أو موقع أنترنت عمومية مفخخة أثناء المرحلة الأولى و هذا بسرقة كلمة السر المرورية mot de passe بفضل شفرة مؤذية خصصة لهذا الغرض .

- الدخول الى شبكة أنترنت تابعة لشركة من خلال مراكز معلوماتية مستوى عليها .

- التصفية القبلية exfiltration لمعطيات منسوبة copiées من خلال الشبكات الداخلية الموصول إليها . حيث يقام هذا الهجوم بواسطة التسرب الى العديد من حواسيب الضحية و أحيانا باستغلال أعمالهم على المراكز المعلوماتية المفخخة و على موزعي الويب serveurs web المؤسسات أخرى فيتتبع عن كل حصول على معطيات ضررا للضحية و يمكن مضاعفتها بتوصيف جنائي مثل الجمع الغير شريف للبيانات و المساس بالسر الثراثي secret patrimonial . كما يمكن أن يكون الموظفون ضحايا غير مباشرين إذا ما نسخت بياناتهم الشخصية الموجودة على مراكزهم المعلوماتية . و أيضا يمكن أن يمس الأمر شركاء الشركة الضحية كالموردين و المستشارين و المفاوضين .⁴

¹ Solange Ghernaouti-Hélène : Ibid : p . 25 .

² Ibid : p . 25 .

³ Pour plus de détails Voir : Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 800 / 801 .

⁴ Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p . 790 .

د - غموض الغاية من الهجوم :¹

أحياناً كثيرة لا تستطيع الدولة ضحية هجوم على سيادتها الرقمية من معرفة الهدف الذي هوجمت من أجله . بل في بعض الأحيان يصرح البعض من هؤلاء المهاجمين و مرتكبي مثل هذه الأفعال الإجرامية المعلوماتية بعدم وضوح الرؤية حول أفعالهم هذه .

من هنا ، توصل البعض الى فكرة أن محاربة الجريمة المعلوماتية يجب أن تتخذ تشكيلاً ضرورية من سياسة الدفاع و سياسة أمن أنظمة المعلومات . بل ، ولن ينتصر فيها الأمن المعلوماتي *sybersécurité* إلا بواسطة نظرة شاملة مع تحديات أربعة : قانونية ، جغرافية ، تقنية و ثقافية . لذا ، فالتصدي لهذه التحديات الأربع لن يكون فقط بالأدوات حتى ولو كانت متطرفة جداً و ليس بواسطة التحقيقات الكبرى و لكن بتعاون واضح لجميع المعنيين من خلال يقظة مستمرة حتى ولو استعمل فيها القمع حين اللزوم .²

2 - طورية التكنولوجيات المستعملة و ضعف مقاومة الوسيط المراقي :

مثل :

أ - استعمال الأنترنت في التوصيل :

إذا اعتبر الأنترنت شبكة الشبكات حين يقول بتوصيل ملايين المستعملين في جميع أنحاء العالم مع بعضهم البعض ، فإن الطابع الالامركزي لشبكة الشبكات هذه يشكل ملخصاً آخر لصعوبات مراقبة المعلومات المتنقلة . حيث تجعل تقنية الحزم في التتحقق أمراً مستحيلاً افتراضياً من ضمن ملايين bits المتنقلة على الشبكات التي تتضمن ما يمكن أن يشكل خالفة للتشريع الوطني .³

ب - استعمال تقنية الحجب :

توفر التقنيات الحديثة إمكانية اللجوء إلى حجب *cryptographie* لكل مستعمل التي توفر للجميع نقل معلومات محمولة تراوغ التشريعات التي تكرس للمصالح المنافسة لحرية التعبير (الخلاعة و الأسرار التجارية) على افتراض أن رسالة محمولة يمكن أن تتعرض لها السلطات و لكن دون إمكانية معرفة محتواها . فهذه التقنية ستسهل دون شك من تنقل المحتويات الغير مشروعة .⁵

ج - استعمال عملية التجهيل :

يمقدور المستعمل أيضاً استعمال عملية التجهيل *anonymiser* بخصوص رسائله . بمعنى اللجوء إلى تقنية *anonymous remailer* التي تمحى من الرسالة أي مرجعية تسمح بمعرفة صاحبها .⁶

¹ Pour plus de détails Voir : Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p. 801 / 802 .

² Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p. 802 .

³ Karim Benyekhlef : Ibid : p. 02 .

⁴ الحجب *cryptologie* أو الحجب الكتافي *la discipline* هو "الإخصاص المحتوى على مباديء وسائل وطرق تغيير المعلومات بهدف إخفاء محتواها و الحرص على أن يمر تغييرها دون ملاحظته و / أو منع استعمالها الغير مسرح به ... بل إنها التقنية الوحيدة الفعالة المتاحة لحماية المعلومات الرقمية بالسرية و نزاهة intégrité فهي تحقق تخفيض التدهور للمعلومات القرر حمايتها بفضل مفاتيح مختلفة التي يتصل الأمر بتغييرها مثل الأسرار الوحيدة التي تسمح بحبس نظام المعلومات ... لذا فالحجب الكتافي يروي irrigue مجموعة المعماريات و العتاد القادر على ضمان الأمان المعلوماتي . فالتحكم في الحجب الكتافي يبقى دائماً في قلب مشاكل التحكم في إدارة الأنترنت " .

أنظر :

Philippe Wolf / Luc Vallée : Ibid : p. 793 .

⁵ Karim Benyekhlef : Ibid : p. 02 .

⁶ Ibid : p. 02 .

فبفضل التقنيتين الثانيةين يمكن للمستعمل نقل دون عقاب محتويات كانت قد ي تعرض صاحبها الى متابعة قضائية أكيدة.¹

من هنا ، نصل الى المعاينة التالية :

إن هذه المقدمات التكنولوجية حددت بصورة جدية من قدرات تدخل الدولة ، وفي نفس الوقت جلعت من التشريعات الوطنية وهمما و غير ممكن تطبيقها مما يعرض السيادة الوطنية الى الإساءة و بالتالي تقلص قدرة الدولة على مراقبة حدودها و ضمان قوانينها فوق إقليمها بسبب ظهور طرق ألكترونية جديدة للإتصالات .² و هو اليوم التحدي الكبير للدول في عصر الرقمية حتى تتمكن من الدفاع عن سيادتها الرقمية . الأمر الذي دفع بالدول مجتمعة و فرادى للفتکير في وضع آليات تشريعية و مؤسساتية لمواجهة هذا التحدي الرقمي لسيادتها التي تعددت :

خامسا : الجهد القانونية للدفاع عن السيادة الرقمية :

بدلت و تبدل الدول كما قلنا جماعات و فرادى مجهودات عديدة و مختلفة لكي تتصدى للإعتذاء القائمة على سياداتها الرقمية :

1 - الجهد الدولي للدفاع عن السيادة الرقمية :

يعترف الجميع بأن مسألة الحفاظ على السيادة الوطنية و استرجاعها في مواجهة النشاطات الغير مشروعة التي تستعمل فيها الأنترنت كوسيلة لتحقيقها هي مسألة تفوق الحدود الوطنية و تتحداها و تتخطاها و لا يمكن التصدي لها فرديا بل يجب أن يكون هناك تعاون دولي للوصول الى ذلك .

من هنا ، ارتأت الدول من خلال تنظيماتها الدولية ، سواء على مستوى عالى أو على مستوى إقليمي بالإضافة الى المستوى الوطنى ، إيجاد آليات تشريعية و مؤسساتية حتى تتمكن من تحقيق المواجهة الفعالة لمثل هذه النشاطات الغير مشروعة .

أ - المجهودات العالمية للدفاع عن السيادة الرقمية :³

التي جسدتها كل من :

واحد : مجهودات منظمة الأمم المتحدة للدفاع عن السيادة الرقمية :

بدأ الإهتمام بمسألة التصدي للنشاطات المختصة للسيادة الرقمية للدول ، المتمثلة في الجريمة المعلوماتية التي لا تعرف بالحدود الوطنية و لا يمكن أن تواجهها الدول بالوسائل القانونية القمعية التقليدية ، على مستوى الأمم المتحدة أثناء المؤتمر الثامن للأمم المتحدة من أجل الوقاية من الجريمة و معالجة المنحرفين المنعقد بهافانا (كوبا) من 27 أوت الى 7 سبتمبر 1990 الذي تبنت فيه الجمعية العامة قرارا يتعلق بالتشريع في مسألة الجريمة المعلوماتية .

تلتها العديد من الأعمال في المسألة بداية من :

سنة 1994 ، و انطلاقا من القرار المذكور ، نشرت الأمم المتحدة كتبها توجيهيا manuel حول الوقاية و مراقبة الجريمة المعلوماتية .

¹ Ibid : p . 02 .

² Ibid : p . 02 .

³ Tous ces efforts ont été cité dans :

Comprendre la cybercriminalité : Guide pour les pays en développement : Ibid : p . 106 / 124 .

و في سنة 2000 تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارا حول محاربة استغلال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.¹

و في سنة 2002 تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارا حول محاربة استغلال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.

و في سنة 2004 أنشأت الأمم المتحدة مجموعة عمل حول التلوث البريدي pollupostage و الجريمة المعلوماتية وغيرها من المسائل المتعلقة بالأنترنت .

و أثناء المؤتمر الحادي عشر للأمم المتحدة حول الوقاية من الجريمة و العدالة الجنائية المنعقد في بانكوك (تايلاند) سنة 2005 تبنت إعلانا حول ضرورة تجانس و توحيد تشريعات محاربة الجريمة المعلوماتية .

كما تبنت الأجهزة التابعة للأمم المتحدة العديد من القرارات في هذا الصدد :

- لجنة الوقاية من الجريمة و العدالة الجنائية التابعة لمكتب الأمم المتحدة لمحاربة المخدرات و الجريمة : UNODC

الأخذت تدابير فعالة لمحاربة الإستغلال الجنسي للأطفال (2007) .

- المجلس الاقتصادي والإجتماعي للأمم المتحدة :

تبني قرارا حول التعاون الدولي في مسألة الوقاية و التحقيقات و المتابعات و العقوبات المتعلقة بالغش و التعسف و التزوير في الهوية لأغراض إجرامية و المخالفات الملحقة بها (2004) .

كما تبنت المجلس قرارا حول التعاون الدولي في مسألة الوقاية و التحقيقات و المتابعات و العقوبات المتعلقة بالغش الاقتصادي والإجرام المرتبط بالهوية (2007) .²

أيضا تبنت المجلس سنة 2004 قرارا حول بيع عن طريق الأنترنت المخدرات الغير منوعة التي تعالج بصورة صريحة لظاهرة مرتبطة بالجريمة المعلوماتية .

إثنان : مجهودات الاتحاد الدولي للاتصالات للدفاع عن السيادة الرقمية :

لعب و يلعب الاتحاد الدولي للاتصالات دورا ضروريا في تعزيز normalisation و تنمية الاتصالات و مسائل الأمن المعلوماتي cybersécurité . حيث كان المبادر للقمتين العالميتين حول مجتمع المعلومات المنعقدتين في جنيف سنة 2003 و في تونس سنة 2005 اللتين ناقشت فيهما الدول و غيرها من الفاعلين في المجتمع الدولي المواجهة الواجب اتباعها للمشاكل الجديدة المرتبطة بتطور المجتمع العالمي للمعلومات و كذا تطوير قواعد و قوانين ملائمة لها . جاء هذا معبرا عنه في الوسائل القانونية التالية :

- إعلان مباديء جنيف .

- خطط العمل لجنيف .

- التزام تونس .

- أجندلة تونس حول مجتمع الإعلام .

بين خطط العمل لجنيف أهمية التدابير المتعلقة بمحاربة الجريمة المعلوماتية .

كما كانت قمة تونس العالمية حول مجتمع المعلومات فرصة لفحص مشكل الجريمة المعلوماتية ، حيث أظهرت أجندلة تونس لسنة 2005 حول مجتمع المعلومات ضرورة التعاون الدولي في محاربة الجريمة المعلوماتية .

¹ الذي يشبه في الكثير خطط العمل المكون من عشر نقاط المتبنى من طرف مجموعة الشاندية G8 سنة 1997 .

² هذان القراران لا يعالجان بصورة صريحة المخالفات المرتبطة بالأنترنت و لكنهما يطبقان فقط على هذا النوع من المخالفة .

ليعين الإتحاد الدولي للإتصالات سنة 2007 المنصوص على الوحدة للتوجيه الكبيرة C5 " استرجاع الثقة و الأمان في استعمال تكنولوجيا المعلومات و الإتصال " ، التي أظهر فيها الأمين العام للإتحاد الدولي للإتصالات أهمية التعاون الدولي في محاربة الجريمة المعلوماتية . ثم أطلق " البرنامج العالمي للأمن المعلوماتي للإتحاد الدولي للإتصالات " الذي تضمن سبعة (07) أهداف ¹ ، و المركز على خمس (05) محاور استراتيجية كبيرة المتعلقة بتنمية الإستراتيجيات حول وضع تشريع نموذجي في مسألة الجريمة المعلوماتية .

ليساهم في إنشاء International Multilateral Partnership Against Cyber Threats المختصر IMPACT بمركز سنة 2009 لمحاربة التهديد المعلوماتي الموجود في ماليزيا .²

كما أنشأ مجموعة عمل حول تحديد الإستراتيجيات المتعلقة بالبرنامج العالمي للأمن المعلوماتي .

ثلاث : مجهودات مجلس أوروبا للدفاع عن السيادة الرقمية :

في سنة 1976 بين مجلس أوروبا الطابع الدولي للمخالفات المعلوماتية cyberdélits التي عالجها في مؤتمر حول مختلف مظاهر الإجرام الاقتصادي الذي أصبح منذ تلك الفترة الإنشغال الكبير للمنظمة .

تلتها خطوات أخرى تمتلت في تعينه سنة 1985 للجنة خبراء مكلفة بفحص المظاهر القانونية للجريمة المعلوماتية .

وفي سنة 1989 تبنت اللجنة الأوروبية حول المسائل الإجرامية " التقرير حول الجريمة المرتبطة بالحاسوب " الذي حللت فيه الأحكام القانونية للموضوع في القانون الجنائي الذي رأى ضرورة وضعه بغية محاربة الأشكال الجديدة للمخالفات الإلكترونية و الغش و التزوير المعلوماتي .

وفي نفس السنة ، 1989 ، تبنت لجنة الوزراء بمجلس أوروبا توصية كيفت الجريمة المعلوماتية على أنها جريمة دولية .

وفي سنة 1995 تبنت لجنة الوزراء بمجلس أوروبا توصية تعالج فيها عواقب الجريمة المعلوماتية العابرة للحدود و التي أحققت بها ملخصا للمباديء الموجهة المتعلقة بإعداد عدة تشريعية متآقلمة معها .

وفي سنة 1996 قررت اللجنة الأوروبية حول المسائل الإجرامية CDPC إنشاء لجنة خبراء مكلفة بالجريمة المعلوماتية .

و بين سنوات 1997 و 2000 اجتمعت اللجنة المذكورة في عشرة (10) دورات دولية و خمسة عشرة (15) دورة حول المسألة .

وفي أبريل 2001 تبنت الجمعية العامة مشروع معايدة أثناء الفترة الثانية لدورتها المنعقدة وقتها و التي فتحت للإمضاء من طرف الدول ببودابست في 23 نوفمبر 2001 التي أمضت عليها حوالي ثلاثين (30) دولة

¹ تمثل الأهداف السبعة في :

1 – إعداد استراتيجيات بغية سن تشريع نموذجي في مسألة الجريمة المعلوماتية القابل للتطبيق على المستوى العالمي و مطابق مع الأحكام التنظيمية المعهود بها على المستويات الوطنية و الإقليمية .

2 – إعداد استراتيجيات بغية إنشاء منشآت تنظيمية و سياسات ملائمة و مكيفة على المستويات الوطنية و الإقليمية في ميدان الجريمة المعلوماتية

3 – تصوّر استراتيجية بغية وضع معايير أمن و آليات أقل اعتمادا و مقبولة عالميا حول التطبيقات و الأنظمة البرنامجية logiciels .

4 – إعداد استراتيجيات بغية إنشاء إطار عالمي للمراقبة و التثبيه و التدخل في حالة حادث يضمن التعاون المأمور حدودي للمبادرات الموجودة و المبادرات الجديدة .

5 – تصوّر استراتيجيات بغية إنشاء و التصديق على نظام عنواني système générique و عالمي للهوية الرقمية و كذا المنشآت التنظيمية الضرورية حتى يتعرف على التبريرات الرقمية justificatifs numériques بالنسبة للأشخاص ما وراء الحدود الجغرافية .

6 – وضع استراتيجية عالمية ترمي إلى تسهيل دعم القدرات البشرية و المؤسساتية لتحسين المعارف و القدرة على العمل على جميع المستويات و في جميع الميادين المذكورة .

7 – تقديم المقترنات المتعلقة بالإطار حول الإستراتيجية العالمية في جميع الميادين المذكورة .

من بينها أربع دول ليست عضوا في اتحاد أوروبا مثل كندا و الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان و أفريقيا الجنوبية لتصل في أبريل 2009 إلى ستة و أربعون (46) دولة أمضت على معايدة حول الجريمة المعلوماتية و صادقت عليها خمسة و عشرون (25) دولة.¹

و قد وضبت بعض البلدان تشريعاتها الوطنية حسب قواعد المعايدة المذكورة مثل الأرجنتين و باكستان و الفلبين و مصر و بوتيسوانا و نيجيريا ،

بالرغم من أن هذه البلدان لم تمض على المعايدة ، إلا أنها ساندت مسار تجанс و تطابق و تعقيد التشريعات الوطنية التي أرادها محروي المعايدة². و قد ألحقت المعايدة ببروتوكول إضافي .³

و في أكتوبر 2008 أمضت عشرون (20) دولة على البروتوكول الإضافي و صادقت عليه ثلاث عشر (13) دولة.

وفي سنة 2007 ، و في إطار خطوة ترمي إلى ترقية حماية القصر ضد الإستغلال الجنسي ، أدخل مجلس أوروبا معايدة جديدة : معايدة حماية الأطفال من الإستغلال الجنسي و التعسف الجنسي . التي كان من بين أهدافها المفتاحية مسألة تجansk و وحدة الأحكام الجزائية التي ترمي إلى حماية الأطفال من الإستغلال الجنسي .

¹ أعطت معايدة الجريمة المعلوماتية لسنة 2001 لكل دولة في حدود ولاليتها القضائية من جهة و بالتعاون مع غيرها من الدول من جهة أخرى بالتحرك بتفصيل تشريعاتها القانونية الوطنية لاسيما الإجراءاتية حتى تتمكن من حماية سيادتها الرقمية جنائيا .

الإجراءات :

1 – الحفظ السريع للبيانات المعلوماتية المخزنة .

أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 16 .
2 – الحفاظ و البحوث السريعين بالبيانات الخاصة بخط السير .

أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 17 .
3 – الأمر بالإنتاج . injonction de produire
أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 18 .
4 – تفتيش و مصدر البيانات المعلوماتية المخزنة .
أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 19 .
5 – جمع البيانات المعلوماتية في الوقت الفعلي .
أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 20 .
6 – اعتراف و تتبع البيانات المتعلقة بالمضمون .
أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 21 .
كما منحت المعايدة الإختصاص الكامل للدول حتى تحمي سيادتها الرقمية :

1 – على إقليمها .

2 – على متن سفينتها .

3 – على متن طائرتها .

4 – من طرف رعايتها .

في حالة ما إذا كانت الجريمة المعلوماتية معاقب عليها جنائيا في المكان الذي ارتكبت فيه أو الجريمة ارتكبت في منطقة لا تتبع أي اختصاص إقليمي لأي دولة كانت .
أنظر :

22Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 22
لقد اعترف اليوم بالمعاهدة كوسيلة دولية مهمة في محاربة الجريمة المعلوماتية من طرف الدول ، بالإضافة إلى مساندتها من طرف العديد من المنظمات الدولية (الأنتربول مثلا)
أنظر :

Comprendre la cybercriminalité : Guide pour les pays en développement : Ibid : p .112 .

³ Voir : Comprendre la cybercriminalité : Guide pour les pays en développement : Ibid : p . 112

بـ- المجهودات الإقليمية للدفاع عن السيادة الرقمية :

التي تجسدت في :

واحد : مجهودات الإتحاد الأوروبي للدفاع عن السيادة الرقمية :

تبني الإتحاد الأوروبي في سنة 1999 بلاغ communication اللجنة الأوروبية المعنون : " أوربا الألكترونية 2005 - مجتمع معلومات للجميع " ، فكان المبادر بإطلاق فكرة " أوربا الألكترونية " eEurope . ليعود و يتبنى في سنة 2000 " مخطط العمل أوربا الألكترونية " الشامل معبرا عن رغبته في تفعيله قبل نهاية 2002 .

و في سنة 2002 نشرت اللجنة الأوروبية بлага تحت عنوان " إنشاء مجتمع معلومات أكثر ضماناً بدعم أمن منشآت المعلومات القاعدية و محاربة الجريمة المعلوماتية " الذي حللت و عملت من خلاله على حل مشكل الجريمة المعلوماتية و توضيح ضرورة القيام بعمل فعال لمحاربة التهديدات التي تشكل وحلاة و جاهزية و أمن عمل أنظمة المعلومات و الشبكات .

و في سنة 2001 نشرت اللجنة بлага حول " أمن الشبكات و المعلومات " الذي حللت فيه مشاكل الأمن عبر الشبكات مقتربة خطوطاً عريضة استراتيجية من أجل العمل في هذا الميدان .

لقد أظهر هذان البلاغان ضرورة تقارب محتوى التشريعات الجنائية على مستوى الإتحاد الأوروبي لاسيما ما يتعلق منها بالمجومات على أنظمة المعلومات حيث قالت ، في ميدان محاربة الجريمة المعلوماتية ، يتجانس و توحيد هذه التشريعات لأنها تعتبر عنصراً مفتاحياً لجميع المشاريع المقامة على مستوى الإتحاد .

و في سنة 2002 قدمت اللجنة اقتراحاً حول " قرار - إطار متعلق بالمجومات على أنظمة المعلومات " الذي ركزت فيه على تجانس و توحيد أحکام محتوى القانون الجنائي التي ترمي إلى حماية عناصر المنشآت القاعدية .

و في سنة 2005 أعدت اللجنة اقتراحاً حول التوجيهة ، التي يمكن العنصر المفتاح فيها في إلزام موردي خدمات الأنترنت بتخزين البيانات المنقولة الضرورية للتحقق من المنحرفين في الفضاء المعلوماتي ، الصادرة عن الإتحاد الأوروبي المتعلقة بالحفظ على البيانات ليتبين المجلس المقترح بعد ثلاثة أشهر من ذلك .

و في سنة 2007 نشرت اللجنة بлагаً عنوان " نحو سياسة عامة في مسألة محاربة الجريمة المعلوماتية " التي وضعت من خلالها النقاط حول وضعية و أهمية معايدة مجلس أوربا حول الجريمة المعلوماتية بصفتها وسيلة رئيسية دولية لمحاربة الجريمة المعلوماتية . أيضاً تطرق البلاغ إلى المسائل التي تختل مكاناً مركزياً في النشاطات المستقبلية للجنة منها :

- دعم التعاون الدولي حول محاربة الجريمة المعلوماتية .
- التنسيق الحسن حول المساندة المالية لنشاطات التكوين .
- تنظيم اجتماع للخبراء في مسألة القمع .
- دعم الحوار مع الصناعة .

- مراقبة تطور التهديدات المعلوماتية cybermanaces بغية تقييم الحاجيات من التشريعات التكميلية .

و في سنة 2008 قام الإتحاد الأوروبي بمناقشات حول مشروع تعديل القرار - الإطار حول محاربة الإرهاب

الذى لاحظ فى مقدمته بوجود إطار تشريعى لعاقبة المساعدة أو الإشتراك أو التحرىض جنائياً و لكن ليس نشر المعرفة savoir-faire diffusion الإرهابية بواسطة الأنترنت ، و هو ما أراد تكملته الإتحاد بفضل هذا المشروع و تقرير التشريعات الوطنية من معاهدة مجلس أوروبا حول الوقاية من الإرهاب .

إثنان : مجهودات منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية OCDE للدفاع عن السيادة الرقمية :
وضعت منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية في سنة 1983 دراسة حول إمكانية التجانس الدولى للقانون الجنائى من أجل مواجهة مشكل الجريمة المعلوماتية .

و في سنة 1985 نشرت تقريراً متعلقاً بتحليل التشريع المعمول به وقتها و أيضاً مقترنات محاربة الجريمة المنظمة .

و في سنة 1990 أنشأت لجنة سياسة الإعلام و المعلوماتية و الإتصالات PIIC مجموعة خبراء مكلفة بإعداد حزمة من التوجيهات تسير أمن المعلومات التي سيتبناها مجلس منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية سنة 1992 .
و في سنة 1997 أعيد مراجعة الخطوط التوجيهية ثم تنفيتها من طرف مجموعة الخبراء الثانية التي أنشأتها لجنة سياسة الإعلام و المعلوماتية و الإتصالات PIIC .

و في سنة 2002 تبنت المنظمة طبعة جديدة معنونة " الخطوط التوجيهية لمنظمة التعاون و التنمية الإقتصادية المسيرة لأمن أنظمة و شبكات المعلومات : نحو ثقافة الأمن " بصفتها توصية من طرف مجلس منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية .

و قد جاءت التوصية بتسعة مبادئ مكملة .¹
و في سنة 2005 نشرت المنظمة تقريراً تخلل فيه آثار التلوث البريدى في البلدان النامية و البلدان الغربية بسبب أن الموارد محدودة فيها و أكثر تكلفة .

و في سنة 2007 نشرت المنظمة تقريراً حول المعالجة التشريعية للإرهاب المعلوماتي cyberterrorism في التشريع الداخلى للدول تلبية لطلب مجموعة التخطيط الإستراتيجي التباعية للمكتب التنفيذي للأمين العام للأمم المتحدة المتعلقة بإعداد عرض مقارن للحلول التشريعية الداخلية حول مسألة استعمال الأنترنت لأغراض إرهابية .

ثلاث : مجهودات منظمة التعاون الإقتصادي لآسيا و المحيط الهادىء APEC للدفاع عن السيادة الرقمية :

¹ تمثل في :
1 – التحسيس :

يجب تحسيس الأطراف حتى يضمن أمن أنظمة و شبكات المعلومات و الأعمال التي تقدر على القيام بها من أجل دعم الأمن .

2 – المسؤولية :

فالأطراف مسؤولة عن أمن أنظمة و شبكات المعلومات .

3 – رد الفعل :

يجب على الأطراف أن تتحرك بسرعة و بروح تعاونية من أجل الوقاية و التحقق و الإجابة على حوادث الأمن .

4 – العدل :

يجب على الأطراف أن تحترم المصالح المشروعة للأطراف الأخرى .

5 – الديمقرطية :

يجب أن يتطبق أمن أنظمة و شبكات المعلومات مع القيم الأساسية للمجتمع الديمقراطي .

6 – تقييم المخاطر :

يجب على الأطراف أن تقوم بتقييم المخاطر و تقديرها .

7 – تسخير الأمن :

يجب على الأطراف أن تتبني نظرة شاملة حول تسخير الأمن .

نشرت المنظمة في سنة 2003 " إعلانا حول محاربة الإرهاب و ترقية النمو " بغرض تبني تشريعات شاملة في مسألة الجريمة المعلوماتية و دعم القدرات الوطنية للتحقيق حول الجنح المعلوماتية .

و في سنة 2005 نظمت المنظمة مؤتمرا حول تشرع مسألة الجريمة المعلوماتية الذي تمثلت أهدافه في :

- ترقية و إعداد إطارا قانونية كاملة من أجل محاربة الجريمة المعلوماتية و ترقية الأمن المعلوماتي
- مساعدة مصالح القمع لمواجهة المشاكل المطروحة من قبل التكنولوجيات المتطرفة و التطور التكنولوجي .
- ترقية التعاون بين مصالح التحقيق حول الجنح المعلوماتية في مجموع المنطقة .

كما ساهمت مجموعة العمل الخاصة بالإتصالات و الإعلام التابعة لمنظمة التعاون الاقتصادي لآسيا و المحيط الهادئ APEC-TEL التي أنشئت سنة 1990 في نشاط أعمال المنظمة التي ترمي إلى مضاعفة الأمن المعلوماتي ، التي تبنت في سنة 2002 استراتيجية الأمن المعلوماتي للمنظمة .

أيضا تبنت الجموعة ما توصلت إليه الأمم المتحدة و مجلس أوروبا من تشريعات دولية حول محاربة الجريمة المعلوماتية .

ليصدر وزراء مجموعة العمل الخاصة بالإتصالات و الإعلام التابعة لمنظمة التعاون الاقتصادي لآسيا و المحيط الهادئ APEC-TEL سنة 2008 إعلانا في بونكوك (تايلاند) مبينين فيه أهمية متابعة و بلورة تعاون بغرض محاربة الجريمة المعلوماتية .

أربع : مجهودات منظمة الكومونيكت للدفاع عن السيادة الرقمية :

قرر وزراء العدل بمنظمة الكومونيكت إنشاء مجموعة خبراء ترتكز في عملها على معاهدة مجلس أوروبا حول الجريمة المعلوماتية من أجل إعداد إطار قانوني لمحاربة هذا المرض لتقديم في مارس 2002 تقريرا و توصيات في هذا الصدد .

في نفس السنة ، 2002 ، قدمت الجموعة مشروع قانون نموذج حول الجريمة المعلوماتية المرتبطة باستعمال الحاسوب الذي جاء متطابقا مع القواعد المحددة من طرف المعاهدة حول الجريمة المعلوماتية لأنها تحتوي على تعليمات دقيقة و ترتكز على الإعتراف بالمعاهدة من قبل مجموعة الخبراء بصفتها قاعدة دولية .

خمس : مجهودات جامعة الدول العربية للدفاع عن السيادة الرقمية :

اختذت العديد من الدول العربية إجراءات وطنية و تبنت استراتيجيات محاربة الجريمة المعلوماتية قائمة اليوم على إعداد تشريع في المسألة كما هو الحال في مصر و الإمارات العربية المتحدة .

ست : مجهودات مجلس التعاون الخليجي للدفاع عن السيادة الرقمية :

طالبت الدول الأعضاء أثناء مؤتمر مجلس التعاون الخليجي سنة 2007 بتبني خطوة مماثلة تأخذ بعين الإعتبار القواعد الدولية .

سبع : مجهودات منظمة الدول الأمريكية للدفاع عن السيادة الرقمية :

منذ سنة 1999 تعمل منظمة الدول الأمريكية بنشاط من أجل حل مسألة الجريمة المعلوماتية في المنطقة . حيث قامت المنظمة بالعديد من الاجتماعات في إطار عهدة وزراء العدل أو النواب العامين للدول الأمريكية REMJA ، ليطالبوا في نفس السنة ، 1999 ، بإنشاء مجموعة خبراء حكوميين حول الجريمة المعلوماتية التي كلفت بالمهام التالية :

- حصر النشاطات الإجرامية التي تمس الحواسيب و المعطيات المعلوماتية أو التي ترمي الى استعمال الحواسيب من أجل ارتكاب مخالفة و بيانها .

- القيام بتعهد المؤسسات الوطنية و الدولية المتخصصة في المسألة .

- القيام بتعهد آليات التعاون الأمريكية في محاربة الجريمة المعلوماتية .

ليفحص وزراء العدل أو الوزراء أو النواب العاملون الأمريكيون في سنة 2000 مسألة الجريمة المعلوماتية و يتبنوا العديد من التوصيات التي أقرت مرة ثانية في اجتماع سنة 2003 .

ثم يطالبون في اجتماعهم الرابع من الدول في إطار نشاطات مجموعة العمل التابعة لمنظمة الدول الأمريكية متابعة لتوصيات وزراء العدل أو النواب العاملين للدول الأمريكية REMJA بإنشاء مجموعة خبراء حكوميين جديدين حول الجريمة المعلوماتية من أجل القيام بما يلي :

- ضمان متابعة تفعيل التوصيات المعلنة من طرف هذه الجماعة و المتبناة من طرف وزراء العدل أو النواب العاملين للدول الأمريكية REMJA .

- دراسة تحضير التشريعات النموذجية و الوسائل القانونية الأمريكية حتى يدعم التعاون بين الدول الأمريكية في محاربة الجريمة المعلوماتية و تصور إعداد قواعد في مسألة الحياة الخاصة و حماية المعلومات و الإجراءات و الوقاية من الجريمة .

2 - المجهودات الوطنية للدفاع عن السيادة الرقمية :

تجسدت المجهودات الوطنية للدفاع عن السيادة الرقمية للدول و التصدي للأعمال التي تمسها و تضر بها في العديد من الخطوات العملية و الإقتراحاتية التي بادرت بها بعض الدول على مستواها و التي نذكر منها بعض النماذج :

أ - مقترحات الدول الأوربية :

ففي معرض حديثها عن السيادة الرقمية اقترحت دولة فرنسا من خلال وزارة الداخلية مجموعة من المقتراحات تراها فعالة لحماية السيادة الرقمية و الدفاع عنها :

اقترحت فرنسا كيفية التدخل في الشبكة ، فرأى بأنه يجب أن تستفيد قوات الدولة الأمنية بتكون متأقلم مع شبكات الإتصالات réseaux de télécommunications و بطاقات الشرائح carte à puces و علم الحجب cryptologie أو الهواتف النقالة téléphones mobiles .¹

طبعا ، يقول المقترن الفرنسي على لسان وزيرة داخليتها : " أن فرنسا لا تصبو الى المراقبة العامة على الفضاء الرقمي . و لكنها تريد أن تتزود بوسائل تجعل منه فضاء رقميا مضمينا . فيین شبكة بدون قواعد و لا مراقبة و شبكة تكون فيها المحتويات مجازة من طرف الدولة هناك مساحة لتوزن فقط تمثل في دولة القانون . و هو ما يميز أنظمتنا الديمقراطيّة عن الأنظمة الشمولية ... لذا يجب إيجاد وسائل مستحدثة و هادفة لمحاربة الجريمة المعلوماتية " .²

من هنا ، عدّت مجموعة من الوسائل منها :

ـ الوسائل القانونية :

يجب تكوين محقق المعلوماتية cyberenquêteurs التابعين للشرطة و الدرك و إنشاء شهادة الحق عن الجريمة المعلوماتية و وضع محقق المعلوماتية على مستوى مكتب مكافحة الجريمة المرتبطة بتكنولوجيات الإتصالات .

ـ الوسائل الجديدة :

¹ Michèle Alliot-Marie : Ibid : p . 06 .

² Ibid : p . 05 .

المتمثلة في وسائل جديدة للإشارة *signalement* و الحركة *action* . حيث تنشأ وسائل الإشارة على أرضية وطنية للإشارة حول موقع و محتويات غير مشروعة على الأنترنت . مثل الموقع : www.internet-signalement.gouv.fr

إن الإشارة الآلية لم تكن ممكنة إلا لواقع الإباحية الطفولية . لذا تمنح هذه الأرضية لمستعملين الأنترنت وسائل الإشارة آليا نحو أي شكل خبيث معين على الأنترنت و تعطي أيضا نصائح أمنية للمستخدمين .

- الوسائل الجديدة للتحرك :

و هي الوسائل المقدمة للعمل ضد الإحتيال *escroqueries* لاسيما على الأنترنت و محاربتها بوسائل الوقاية كإنشاء مركز نداءات هاتافية ، و القمع كوضع مجموعة متخصصة ضد الإحتيال على الأنترنت على مستوى المكتب المركزي لخاربة الجريمة المرتبطة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال للشرطة القضائية ، التي تسمح بمركزة التحقيقات حول الإحتيال على الأنترنت و المعرفة بقوة للشعب *filières* .

- ابتكار عقوبات جديدة :

مثل تجميد *bloquer* المحتويات ذات الطابع الخلاجي الطفولي من طرف موردي الدخول الى الأنترنت باعتبارها نشاطات إجرامية و التسجيل في مشروع قانون التوجيه و البرمجة من أجل تحسين أداء الأمن الداخلي¹ مبدأ تجميد هذه الواقع و محتوياتها . وقد قامت جميع الديمقراطيات في العالم بهذه الخطوة حيث جمدت موقع بأوروبا و الولايات المتحدة الأمريكية مما أدى الى توقيف المد المالي للمجموعات الإجرامية المستغلة للأطفال .

و معاقبة اغتصاب الهوية *usurpation d'identité* حيث تسببت كثرة منتديات النقاشات أو شبكات التواصل الاجتماعي *facebook* في مضاعفة المخاطر المرتبطة باغتصاب الهوية . فمشروع LOPPSI يتمكن من إدانة فعل اغتصاب هوية الغير على الأنترنت حتى و لو لم يكن هناك ضرر مالي

- وضع وسائل تحقيق جديدة :

حتى تعزز السيادة الرقمية ضد الجريمة المنظمة توصلت الدولةاليوم الى تكين التقاط صور أو أصوات عن بعد بمجرد استصدار قرار من قاضي التحقيق لأن الكاميرات و الميكروفونات لم تعد تكفي . من هنا يستوجب استخدام التطورات التكنولوجية التي تمكن من معرفة ما يحضر من طرف الجرميين من خلال حواسيبهم الخاصة . فإمكانية التقاط معطيات رقمية عن بعد تسمح للمحققين بالقبض على المعطيات في الوقت الذي تنشر فيها على الشاشة أو حينما ترقن *taper* على لوحة الحروف *clavier* لأي شخص يريد ارتكاب جريمة affichent ما .

من هنا ، تقترح الدولة الفرنسية بأنه حتى تحمي السيادة الرقمية يجب :

- تدعيم و مضاعفة الوسائل البشرية و المادية و القانونية حتى يجعل من الأنترنت فضاء للحربيات و المسؤوليات و هذا بوجوب تفضيل تقارب *approche* شامل و عالي و تقارب مؤسس على التعاون الدولي ضد أخطار تجاهل الحدود و تتجاهلها مما يستوجب التحرك مع بعض و ليس دولة بمفردها .
- حماية السيادة الرقمية التي تعني أيضا الحفاظ على الشركات ضد التدخل و الجوسسة الصناعية لاسيما و العالم يشهد أزمة مالية و اقتصادية .

¹ و هو قانون رقم 267 المؤرخ في 14 مارس 2011 المتعلق بالتوجيه و البرمجة من أجل تحسين اداء الأمن الداخلي الصادر بفرنسا خاص بالشرطة و الدرك للفترة ما بين 2009 و 2013 .

- إنشاء مجلس اقتصادي للأمن على مستوى وزارة الداخلية حتى تتمكن الدولة من تعين الأخطار.¹ كما فعل " المكتب المركزي لمكافحة الجريمة المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات و الإتصال Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication OCLCTIC " التابع للمديرية المركزية للشرطة القضائية الذي يعمل مع المديرية المركزية للإستخبارات الداخلية و المديرية العامة للأمن الخارجي و مديرية حماية و أمن الدفاع و الأنتربول و الأوروبيول . و هو أيضا نقطة اتصال وطني للبلدان المصادقة على معاهدة مكافحة الجريمة المعلوماتية .²

لتنشيء في جويلية 2009 " الوكالة الوطنية للأمن أنظمة المعلومات " Agence nationale de sécurité des systèmes d'information ANSSI) التي لها صلاحيات وطنية و تابعة للأمين العام للدفاع .³

بينما طالبت دول أوربية تفعيل حقوق جديدة كحق التجميد droit à la désactivation و حق صمت الشرائح droit au silence des puces الذي يسجل ضمن تمديد مبدأ الموافقة القبلي المعول به في أوربا في ميدان التجارة الإلكترونية . حيث يسمح للمواطنين بإعادة تنشيط بصورة إرادية و حالة الشرائح و الملتقطين الموجودين présents capteurs في محيطها .⁴

ب - مقتراحات الولايات المتحدة الأمريكية :

قال الرئيس الأمريكي أوباما : يجب أن تصنف المنشآت القاعدية للشبكة كمنشآت قاعدية في صنف الأمن الأعلى . لأن الأدوات instruments الأساسية للسيادة سوف لن تتميز في المستقبل القريب عن أدوات القوة التكنولوجية . كما أن التكنولوجيا ستجعل المعلومة سهل الوصول إليها . لذا ، يجب أن يرافقها مشروع ديمقراطي لأنها المسألة الوحيدة التي لها قيمة في نظر رهانات السيادة الرقمية و الأعمال التي يجب القيام بها لاسترجاع سيادنا الرقمية .⁵

3 - الجهود العلمية للدفاع عن السيادة الرقمية للدول :

التي جاءت عبارة عن مقتراحات فردية أو مؤسساتية :

أ - المقتراحات الفردية للدفاع عن السيادة الرقمية للدول :

واحد : التفاصيم على وضع " عقد اجتماعي عالي جديد " لحماية السيادة الرقمية :

اقتراح ريتشارد فالك Richard Falk بأن الحل يمكن في الإعتقد بإمكانية إيجاد نظام مختلف و قادر على حماية الأفراد و الجماعات و الأقاليم الموجودة في حرج من طرف قوات الفضاء المعلوماتي . هذا ما يفترض إيجاد " عقد اجتماعي عالي جديد " يلعب في القرن 21 دورا بالنسبة للرأسمالية و الإشتراكية و الدولة الحامية Etat-providence التي كانت تلعبها في القرن 19 و أثناء جزء كبير من القرن 20⁶ ، لأن محتوى المعلومات الرقمية و المنقوله لا تهتم بالحدود الوطنية الذي لن تكون عاقبته سوى الإصطدام بأوامر تشريعية موجودة في دائرة اختصاص وطنية .⁷

¹ Michèle Alliot-Marie :Ibid : p . 06 / 08 .

² Ibid : p . 27 .

³ Ibid : p . 27 .

⁴ Nathalie Kosciusko : Ibid : p . 12 .

⁵ Ibid : p . 13 / 14 .

⁶ Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p . 22 .

⁷ Karim Benyekhlef : Ibid : p . 01

إثنان : وضع تشريع دولي جديد لتنظيم الفضاء المعلوماتي بصفته إرثا مشتركا للإنسانية حتى تتمكن الدول من الدفاع عن سيادتها الرقمية :

من هنا ، حاول البعض وضع نموذج شريعي دولي لتنظيم الفضاء المعلوماتي حتى تتمكن الدول من التحكم في سيادتها الرقمية و الدفاع عنها بشكل قانوني ، معتبرين الفضاء المعلوماتي كوقف أو إرث مشترك للإنسانية ، مرددين بأنه إذا كان من الصعب علينا التحدث عن إرث بالنسبة لفضاء افتراضي فمن الألائق والأصوب التحدث عن " استعمال للفضاء المعلوماتي في صالح الجميع " و الذي يجب اعتباره مثل وقف للإنسانية جماء يجب حمايته بصفته هذه .¹

يدخل هذا في تطور القانون الدولي العام و فهو حيث توجد حقوق جديدة للدول على بعض الفضاءات التي سيحاول القانون التكفل ضمن فكرة الفضاء الإفتراضي بالنشاطات الإنسانية التي لن تقف نتائجها من اليوم فصاعدا عند حدود الدول التي سيحدد صلاحياتها مع الأخذ بعين الإعتبار لمستويات التضامن المختلفة كما يبينه لويس كافاري Louis Cavaré حين يقول بأن القانون الدولي سيتأقلم مع الحاجيات الإجتماعية و ينظمها .²

ليصلوا في النهاية إلى وضع مشروع تشريع دولي يتكون من مجموعة من النصوص ذكر منها :

المادة 1 : " أ - يجب أن يستعمل الفضاء المعلوماتي من أجل خير و مصلحة جميع الدول مهما كانت درجة نوحا الإقتصادي أو العلمي ، فهو وقف على الإنسانية جماء " .

المادة 1 : " ب - يمكن استعمال الفضاء المعلوماتي بحرية من طرف جميع الدول دون أي تمييز و في ظروف متساوية و طبقا للقانون الدولي بغية تفضيل التعاون و التفاهم الدوليين " .

المادة 2 : " لا يسمح بممارسة أي نشاط في الفضاء المعلوماتي سوى للنشاطات السلمية " .

المادة 3 : " لا يمكن أن يكون الفضاء المعلوماتي موضوع تملك وطني و هذا بإعلان السيادة عليه أو بطريق الإستعمال أو بأي وسيلة كانت " .

اقترحوا أن تكون المواد الثلاثة موادا أولى لمعاهدة دولية مستقبلية حول " المبادئ المسيرة للنشاطات في الفضاء المعلوماتي " . حيث تقدم هذه المواد إجابة تأخذ بعين الإعتبار خصائص الفضاء المعلوماتي . و هي تأخذ بعين الإعتبار أيضا التساؤل المطروح في العديد من المناسبات حول خطر الإحتكار الإقتصادي لشخص واحد في عالم افتراضي يفلت من السيادة الإقليمية للدول من طرف ما يمكن تسميته " إمبراطورية المعلومات " impérium data . فهي تعبر بالخصوص عن فكرة أنه : بسبب أن الفضاء المعلوماتي يفلت من السيادة الإقليمية للدولة يجب أن يعتبر كإرث مشترك أو وقف على الإنسانية جماء و تنظيم النشاطات الممارسة فيه يجب أن تترجم مستوى معينا من التضامن يتجاوز إطار الدول .

مثل هذا التنظيم القانوني الذي ينظم نظام النشاطات في الفضاء المعلوماتي يسجل ضمن تطور يلاحظ منذ سنوات عديدة في إعداد للقانون الدولي يجعل على المستوى الأول للإنشغالات فكرة " قانون الشعوب " بالمعنى الذي أعطاه له جورج سيل فيبينت بأن الفرد والإنسانية مثل الدولة يجب أن يعامل بالقانون الدولي .³

و هو ما جعلهم يقولون بأن يخضع نظام النشاطات في الفضاء المعلوماتي إلى فكرة التضامن الدولي :

المادة 4 : " تنشأ سلطة دولية للفضاء المعلوماتي تنظم و تراقب الدول من خلالها النشاطات في الفضاء الإفتراضي لأغراض هذه المعاهدة " .

¹ Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p . 19 .

² Ibid : p . 25 .

³ Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p . 18 .

المادة 5 : " تتحمل الدول الأطراف في المعاهدة المسؤولية الدولية عن النشاطات الوطنية في الفضاء المعلوماتي سواء قامت بها أجهزة حكومية أو مؤسسات غير حكومية وأن تسهر على أن تمارس النشاطات الوطنية وفقا للأحكام المنصوص عليها في المعاهدة الحالية . و يجب أن تكون نشاطات المؤسسات الغير حكومية في الفضاء المعلوماتي موضوع رقابة مستمرة من طرف الدولة المعنية الطرف في المعاهدة . وفي حالة نشاط تقوم بها منظمة دولية في الفضاء المعلوماتي فإن المسؤلية المنصوص عليها في المعاهدة الحالية تطبق على هذه المنظمة الدولية و على الدول الأطراف في المعاهدة الأعضاء في هذه المنظمة " .

المادة 6 : " يجب على الدول الأطراف في المعاهدة ، فيما يخص استعمال الفضاء المعلوماتي ، الإرتكاز على مبادئ التعاون و المساعدة المتبادلة و أن تقوم بجميع نشاطاتها في الفضاء المعلوماتي بالأخذ بعين الإعتبار مصالح جميع الدول الأخرى الأطراف في المعاهدة " .¹

و عليه ، تتحتم ضرورة التنظيم القانوني الدولي² حتى تحمى سيادة الدول الرقمية .

ثلاث : إمكانيات وضع احتمالات لتنظيم السيادة الرقمية للدول :

حيث اقترح البعض وضع مجموعة من الفرضيات في ذلك :

الفرضية الأولى : في حالة وجود الموزع أو مقدم خدمة³ الدخول للأنترنت فوق الإقليم الوطني للدولة: التي تعتبر نفسها صحيحة ، فإن التشريع المحلي هو المطبق على الفعل في كل تحركاته التي ستكون فيها الإمكانيات مضاعفة . و لكن تكمن صعوبات تحقيق ذلك في عدم تطابق التشريعات المحلية و تجانسها . هذا ما يدفعها الى استعمال ليس فقط الوسائل التي ذكرناها و لكن أيضا تنظيمات خاصة ذات قاعدة تقنية ، مثلما فعلت السلطات السنغافورية حين أنشأت سلطة البث السنغافورية Singapore Broadesting Authority و هو مجلس أعلى للنشر diffusion على الأنترنت المكلف بمراقبة و منح ترسيرات لمقدمي خدمات الدخول الى الأنترنت . أيضا طالبت كل من البحرين و السعودية و الإمارات العربية من شركة " سيروروتسوفوир " SurfwatchSofware برنامج إعلام آلي logiciel يسمح لها بتوقيف الرسائل المشينة على الدين الإسلامي.⁴

الفرضية الثانية : في حالة وجود الموزع أو مقدم خدمة الدخول للأنترنت خارج الإقليم الوطني للدولة :

¹ Ibid : p. 21 .

² Ibid : p. 21 .

³ أو مزود الخدمة fournisseur de service الذي يشمل العديد من فئات الأشخاص الذين يلعبون دورا خاصا في الإتصالات أو معالجة البيانات على النظم المعلوماتية . فهو مصطلح يشير بصفة خاصة الى البيانات العامة أو الخاصة التي تقدم الى المستخدمين إمكانية الإتصال فيما بينهم .

و يطبق مصطلح " مزود الخدمة " على البيانات التي تخزن البيانات أو تعالجها أو تعاورها بطريقة أخرى لحساب الأشخاص (العديد من فئات الأشخاص الذين يلعبون دورا خاصا في الإتصالات أو معالجة البيانات على النظم المعلوماتية) ، بمعنى الأشخاص التي تقدم خدمة الإستضافة أو تخزين على الذاكرة بطريقة مستترة أو الإتصال بشبكة .

فهو إذا " كل هيئة عامة أو خاصة توفر للمستعملين خدماتها إمكانية التواصل بوسيلة نظيم معلوماتي " .

أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 1 / 3 / i .

و هو أيضا " كل هيئة أخرى معالجة أو مخزنة لبيانات معلوماتية لمصلحة الإتصال هذه أو مستعملتها " .

أنظر :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 1 / 3 / ii .

⁴ Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p. 22 .

كما نعلم أيضا أن نظام التصفية système de filtrage ليس صالحًا مائة بالمائة كوننا سنصل من خلاله الى نتائج عبئية مثلا حدث سنة 1995 حينما جربت مصلحة أمريكا أون لاين America Online التعرض للرسائل المحظوظة على بعض الكلمات الجنسية مثل كلمة " الثدي " فتحصلت على نتيجة توقيف منتدى موجه لنصح النساء ضحايا سلطان الثدي .

و يمكن أيضًا تزويد الموزع المحلي للمورد فلا يسمح بالدخول الى بعض المنتديات ، مثلا يشرحه إيف أود Yves Eudes : يوجد العديد من الموزعين يسمى " الدخول العمومي " accès public ، أي أنه مفتوح للجميع و مسيرة من طرف جامعات و إدارات أمريكية و هو أيضا موجود في أستراليا و أوروبا و إسرائيل و كوريا و هونغ كونغ . نجد في العنوان : http://www.phoenix.net/pdn/datanet/news.htm قائمة من عشرات الموزعين العموميين يمكن الدخول إليهم بكيفيات عديدة .

أنظر :

Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p. 23 .

ستكون المسألة صعبة بسبب أن الموزع و مقدم خدمة الدخول الى الأنترنت موجودين في الخارج فوق إقليم دولة أخرى بل و في مناطق لا تتبع أي ولاية قضائية لأي دولة ، مثلما هو الحال في أعلى البحار و الفضاء الخارجي . فالدولة الضحية بسبب عدم التعاون القانوني الفعال مع دولة الإرسال و النشر لا يمكنها ضبط المسألة . و هو ما يوصلنا الى مفتاح التنظيم القانوني الممكن . فبتفضيل دور و مسؤولية دولة الإرسال للرسالة يمكن تنظيم النشاطات في الفضاء المعلوماتي .¹

حاليا ، إذا كان القانون الدولي يمكنه توفير إمكانية الرجوع الى بعض القواعد و المبادئ لضبط ذلك ، فإن تفعيلها و إعمالها الجسد واقعيا مرتبط بإرادة الدول الحسنة و فعاليتها في الوعي الجمعي للمجتمع الدولي . لذا ، فمن الضروري وضع معاهمدة عامة حول نظام النشاطات في الفضاء المعلوماتي بفضل الأمن القانوني الذي يمكن أن يقدمه في هذا المجال . حيث الإعتماد على القواعد العامة للقانون الدولي النابعة من الإلتزامات المتولدة عن السيادة الإقليمية للدول الممثلة في إلزامية اليقظة و إلزامية حماية حقوق الدول الأخرى في الوحدة و عدم الإختراق التي يمكنها أن توفر إمكانيات العمل ضد هذه المؤسسات (إشهار و تسرب في الأنظمة) المرتكبة من طرف دولة أجنبية ، من خلال الفضاء المعلوماتي ، ضد دولة تضررت بفعل مرتبط باختراق للقانون الدولي .²

قال روبرت كويينين باكستر Robert Q. Quentin-Baxter سنة 1981 : في حالة الإضرار بدولة بسبب آثار عمل مرتكب فوق إقليم دولة أخرى أو ضمن ولايتها القضائية يحملها ذلك واجب التعجيل برفعه ، بل و يصل إلى حد إلزامها بإصلاح الضرر حتى و إن كان نتيجة فعل مشروع ، لأنه من حق أي التصدي للأفعال المرتكبة فوق إقليمها و التي من شأنها الإضرار بغيرها من الدول . بل ، يجب على كل دولة أن تشعر بأنها لن تكون تحت رحمة نشاطات قائمة ما وراء حدودها . هنا تفعل المسؤولة الموضوعية ، حيث يجب أن ينظم الفضاء المعلوماتي ضمن هذا المسار و على هذا الأساس .³

أربع : إيجاد منطقة تشريعية وسطى بين التشريعات الوطنية و الدولية :

يرى البعض أنه إذا تعذر أن تكون بعض المناطق موضوع إقليم غير مملوك لدولة ما ، فإنها في هذه الحالة يمكن أن تكون موضوع تنظيم قانوني على المستوى الدولي . و في هذا الصدد تسجل المسائل المطروحة من قبل الأنترنت ضمن تطور قانون دولي معروف نظم من قبل بعض المراكز القانونية لفضاءات و مناطق تخرج عن المستوى الوطني لتعدي الحدود الوطنية.⁴

و لما غيرت وسائل التواصل الإجتماعية من الأنترنت ليصبح فضاء شاملا اجتماعيا و سياسيا بالكامل تزايدت على إثرها الإنشغالات عن الأمان و و تنوعت النظريات حول مسألة حرية التعبير و حقوق المؤلف و حماية البيانات الشخصية مما دفع عدد من الحكومات الى محاولة إعادة التأكيد على حدودها و سيادتها القضائية .⁵ و لكن هذه الدول تهمل عملا مهما يتمثل في أنه من السهل الوصول الى أراضيات وسائل التواصل الإجتماعي في العالم أجمع مما يمكن من جعلها سهلا لخوضه لجميع القوانين الوطنية .⁶

¹ Jean-Jacques Lavenue : Ibid : p . 23 .

² Ibid : p . 23 .

³ Ibid : p . 23 / 24 .

⁴ Ibid : p . 16 .

⁵ Bertrand de La Chapelle : Ibid : p . 13

⁶ Ibid : p . 13 .

من هنا ، استخلص هؤلاء بأنه ، ما دام يوجد اليوم أكثر من مليار مستعمل للأنترنت الممثلين لتنوع ثقافي و ديني و سياسي معتبر ، يمكن تطوير قواعد مشتركة لهذا الفضاء العالمي المقسم بين هؤلاء المستعملين و التي تعتبر ضرورية .¹

بل ذهبوا الى القول بأنه يجب ابتكار أدوات جديدة ، لأن الوسائل القانونية الموجودة غير كافية و غير مأقلمة لتطوير أنظمة قانونية فعالة حيث يكون فيها الإعتماد على المسارات المتعددة الأطراف التقليدية لوضع نظام عالمي للأنترنت بواسطة اتفاق أو معاهدة سيكون وهمًا . كما أن الزيادة في إصدار موزاييك من التشريعات الوطنية الغير متطابقة لن تكون سوى وصفة أكيدة لتحطيم مزايا منشأة قاعدة إنسانية مهمة جديا .²

لذا ، كان على المجتمع الدولي ابتكار العديد من الأدوات مثل القمتيين العالميين حول مجتمع المعلومات سنتي 2003 و 2005 بمشاركة كل من الدول و القطاع الخاص و المجتمع المدني كل من موقعه ساهم في إعداد مباديء و قواعد و إجراءات لاتخاذ القرار و برامج خاصة لتطوير استعمال الأنترنت (مبدأ التحكم في إدارة الأنترنت) و تفعيل المساواة بين الفاعلين .³

خمس : الدفع بإنشاء ولايات قضائية رقمية خاصة :

يرى البعض بأنه ما دام الفضاء المعلوماتي منظم ، انطلاقا من DNS ، على شكل ميادين حددت قواعدها من طرف مصمم الموقع opérateur du site ، حيث يساوي فيها متابعة رابط خاص بغوغل google.com نحو بaidu.cn العبور من " حدود رقمية " frontières numériques و تعديل قواعد السلوك المقبولة و أيضا الولاية القضائية المعنية . فهذا التفكير يرمي الى بروز جغرافية فضاء معلوماتي جديد يحتوي أيضا على " أقاليم رقمية " territoires numériques لما ولية قضائية خاصة بها ، مثلما ذكر الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان سنة 2004 في مسألة التحكم في إدارة الأنترنت قائلا بأنه : " يجب علينا أن نكون مبتدعين مثلما هم مبتكرها هذه الشبكة " .

و عليه ، فإذا كانت النسبية و الميكانيكا الكمية في عالم الفيزياء ضرورتين لمعالجة ظاهر سريعة جدا أو مستوى صغير ، فإن الميكانيكا التقليدية تبقى صالحة في الحياة الحرارية . فهل لا يحق لنا أن نتسائل :

- أليس من الضروري اليوم اكتشاف أنواع جديدة من الولاية القضائية تتناسب مع المجموعات الإنسانية الإفتراضية حينما تكون هذه الأخيرة ، هيكلية ، عابرة للحدود؟⁴

ست : التحكم في إدارة و رقابة الأنترنت للدفاع عن السيادة الرقمية :

في الحقيقة لا يمكن للدولة محاصرة جميع موردي الخدمات الأنترنتية و معرفة مرتكبي الجرائم المعلوماتية و انتشارها . حيث تطرح مجموعة من الأسئلة :

- من يراقب الأنترنت ؟

- من يراقب الأمن المعلوماتي ، هل هم من يحتاجون إليه أو من يبيعون الحلول ؟

- من هم مجرمو المعلوماتية ؟

- كيف نعد الجوسسة الألكترونية ؟

- كيف نعرف ما إذا اختربت البيانات و قد نسخت دون تحريكها من موقعها ؟

¹ Ibid : p . 13 .

² Ibid : p . 13 .

³ Ibid : p . 13 .

⁴ Ibid : p . 13 .

- كيف يمكن معرفة إن كان هناك تحريش أو حملة تضليل إعلامي أو تحكم في رأي أو تقييم أثره ؟
- كيف يمكن تقدير متوج تبييض الأموال عن طريق الأنترنت ؟
- كيف يمكن تقدير الآثار المراكمة على ذلك و التأثيرات المباشرة و غير المباشرة المتتالية على انقطاع خدمة معلوماتية¹ ؟

كل هذه الأسئلة تؤدي في نظر البعض الى سؤال آخر :

ـ ما هي الأسلحة لحربة الجريمة المعلوماتية ؟

تمثل أسلحة حربة الجريمة المعلوماتية في الآتي :

- تنمية و تطوير ثقافة معلوماتية و ليس فقط ثقافة أمنية المرتكزة أحيانا كثيرة على الخوف . إذ لا يكفي تحسين الشعب بمخاطر شبكة الأنترنت و الإحتياطات المبدئية التي يجب اتخاذها ، بل يجب على المواطنين فهم أيضاً أسس و تنظيم النظام الذي يستعملونه .

- دعم مقدرة *robustesse* المنشآت القاعدية للمعلوماتية و الإتصالات بالقيام بتدابير أمن تقنية و إجراءاتية و إداراتية *managériales* منسجمة و وضع نظام قانوني و شرطي فعال بعين المكان

- تفعيل وسائل قانونية و تنظيمية و إجراءاتية و تقنية و بشرية مع إشراك القطاع العام و الخاص في المسألة .

- القيام بتعاون دولي المعابر ضروريا في هذا الصدد ، لأن البلدان التي لم تزود بقوانين لحربة الجريمة المعلوماتية تعتبر جنات رقمية *paradis numériques* أي أن يكن للمجرمين الهجوم عليها معلوماتيا أو تأوي فيها محتويات غير مشروعة دون عقاب . لذا ، يجب أن تتطابق مختلف التشريعات الوطنية المقترنة ، التي تشكل فرملة لحربة الجريمة المعلوماتية العابرة للحدود الوطنية بطبيعتها ، مع التشريعات الدولية كما نصت عليه معاهدة حربة الجريمة المعلوماتية المبرمة من طرف جلس أوربا في بودapest سنة 2001 .

بل ، يجب على الدول ، بالإضافة إلى تجانس تشريعاتها الوطنية ، ترجمة إرادتها السياسية بتعاون دولي فعال تقوم بها مصالحها العدلية و الشرطية حيث يفترض هذا وجود منشآت تنظيمية و إجراءات و أشخاص متخصصين لتسهيل هذا التعاون الدولي الحقيقي مثلما هو الحال بالنسبة للأعمال التي يقوم بها الأنتربول *Interpol* و الأوروبي *Europol* لحربة الجريمة² .

و هو أيضاً ما نصت عليه معاهدة حربة الجريمة المعلوماتية حين حث الدول على ضرورة اتخاذ سياسة جماعية مشتركة توصل إلى حماية المجتمع من الإجرام في الفضاء المعلوماتي³ ، إضافة إلى التعاون الدولي شرعي و فعال بين القطاع العام و الخاص و القطاع الخاص كضرورة تعاونية بين الدول و الصناعة الخاصة في حربة الجريمة المعلوماتية و حاجة حماية المصالح المشروعة المرتبطة بتنمية تكنولوجيا المعلومات⁴ لتفتح المعاهدة المذكورة المجال لتحريك التعاون الدولي لحماية سيادة الدولة الرقمية⁵ بالإرتقاء على مجموعة من المباديء مثل :

ـ التسليم .⁶

¹ Solange Ghernaouti-Hélène : Ibid : p . 25

² Solange Ghernaouti-Hélène : Ibid : p . 26 .

³ أنظر : ديباجة معاهدة حول الجريمة المعلوماتية :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185)

⁴ أنظر : ديباجة معاهدة حول الجريمة المعلوماتية :

Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185)

⁵ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 23

⁶ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 24 .

- تقديم المساعدات.¹

- منظومة 24 / 7.²

و هو ما دفع بالدول ، كما سبق معنا ، الى تفعيل مجموعة من القمم العالمية و مناقشات سياسية عالمية لخارة الجريمة المعلوماتية ، مثلما حدث مع قمتي جنيف سنة 2003 و تونس سنة 2005 التي ساهمت في التعريف الضروري بالتحكم في إدارة الأنترنت دوليا و الوصول إليه من طرف الجميع في العالم .³

ج - المجهودات العلمية للدفاع عن السيادة الرقمية :

وضع مشروع معاهدة دولية باستانفورد (CISAC) كخطوة علمية و مساهمة ترمي الى إعداد إطار قانوني يرمي الى محاربة الجريمة المعلوماتية على مستوى عالي .

أعدت هذه المعاهدة من أجل تتبع ما توصل إليه مؤتمر نظم المعلومات في جامعة استانفورد Université de Stanford بالولايات المتحدة سنة 1999 التي قدمت ما يشبه معاهدة مجلس أوروبا حول الجريمة المعلوماتية التي حررت في نفس الفترة .⁴

خاتمة :

و عليه ، تبقى مسألة سيادة الدولة الرقمية حقيقة لا يمكن للدول أو المجتمع الدولي ، و لا ما سمي بمجتمع المعلومات ، التغاضي عنها و عدم الإلتزاماتها إليها بصفتها واقعا آخر لفهم جديد لسيادة الدولة التي يجب أن تدافع عنها سواء بمفردها أو بصورة جماعية مع غيرها من الدول كون أن الأنترنت لم يعد محتكرا على دول دون أخرى .

يعتبر هذا دخولا حقيقيا لعصر الرقمية الذي نتج عن الثورة المعرفية الكبيرة التي كان أساسها و وقودها المعلوماتية التي أصبحت سلاحا كبيرا يوفر السيطرة على العالم لمن يمتلكه .⁵

من هنا ، اتخذت السيادة مفهوما آخر غير المفهوم التقليدي ، السيادة الرقمية ، مما يحتم على الدول البحث عن وسائل قانونية جديدة للتصدي لمن ينتهك هذه السيادة الجديدة بالطرق الإعتدائية المبتكرة .

¹ Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 34/25 .

² Convention sur la cybercriminalité (Budapest 23 Novembre 2001) : Conseil de l'Europe (STE n° 185) : Article 35 . حيث تعين كل دولة نقطة اتصال بها ليلا نهار و كل أيام الأسبوع بغية ضمان تزويد معايدة فورية للتحقيقات الخاصة بالجرائم المرتبطة بأنظمة و بيانات معلوماتية أو جمع أدلة على شكل الكترونية لجريمة .

³ Solange Ghernaouti-Hélie . Ibid : p . 26 .

⁴ Voir : Comprendre la cybercriminalité : Guide pour les pays en développement : Ibid : p . 124 / 125 . فالمعاهدان تغطي عناصر متعلقة بالقانون الجنائي المادي و بقانون الإجراءات و التعاون الدولي . و لكن الإختلاف الوحيد و المهم بينهما فهو ما يتعلق بالمخالفات و وسائل الإجراءات المنصوص عليها في مشروع معاهدة استانفورد التي تطبق بالخصوص على الهجمات التي تصيب المنشآت الفاعدية للمعلومات و الهجمات الإرهابية . بينما تطبق الوسائل المتعلقة بقانون الإجراءات و التعاون الدولي المنصوص عليها في المعاهدة حول الجريمة المعلوماتية أيضا على المخالفات التقليدية . أنظر :

Comprendre la cybercriminalité : Guide pour les pays en développement : Ibid : p . 125 .

⁵ د . محمد سلاح سالم : نفس المرجع : ص . 06 .

القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية



محمد المجنى رئيس قسم الموارد البشرية والشؤون القانونية

برئاسة جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال

باحث في صف الدكتوراه الوطنية وحدة القانون الإداري والعلوم الإدارية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق - الدار البيضاء

مقدمة :

المبحث الأول : القضاء الاستعجالي في نطاق المادة 19 من قانون 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية.

المطلب الأول : شروط الاختصاص.

المطلب الثاني : الإجراءات المسطرية

المبحث الثاني : لمسات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية الإدارية.

المطلب الأول : سند الاختصاص في الدعوى الاستعجالية الإدارية.

المطلب الثاني : محدودية نطاق تطبيق القضاء الاستعجالي الإداري.

خاتمة.

لم يكن القضاء الاستعجالي ولid العصر الحاضر، عصر السرعة والعجلة في كل شيء، وإنما كانت جذوره متعددة في أعمق الماضي البعيد، وإن دل هذا على شيء فإنما يدل على أن لهذا النوع من القضاء دوراً في حسن سير العدالة .
l'urgence est l'âme des procès

فقد عرفه الرومان وطبقوه في كثير من الحالات التي يتتصف القضاء فيها عندهم بالبطء، كما عرف هذا القضاء عند المسلمين منذ ظهور الإسلام، بل إن القضاء في الإسلام كان يبني أساساً على الاستعجال في جميع أنواعه ومراحله.

ولم يقتصر تطور القضاء الاستعجالي على هذه الوجهة التاريخية بل عرف تطوراً آخر يمكن تسميته بالتطور التشريعي ، حيث عرف تغييراً وتجديداً وإضافات زادت من أهميته. ففي فرنسا ظهر هذا النوع من القضاء على صفاف نهر باريس، ويمكن القول أن القضاء المستعجل في فرنسا بمفهومه الحديث نشأ بناءً على هذا الأمر الذي كان ينظم قواعد المرافعات المدنية أمام محكمة chatelet في باريس، فيكون هذا الأمر بمثابة أول تقنين رسمي للقضاء الاستعجالي.

غير أن الأمر الملكي لسنة 1685 لم يضع قاعدة عامة لتطبيق المسطرة الاستعجالية وإنما عدد على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها تطبيق تلك المسطرة، وكانت أول المسائل المستعجلة التي يضطلع بها القضاء الاستعجالي في بداية ظهوره تلك المتعلقة بالمشاكل الناجمة عن التنفيذ حيث شغل جميع أنحاء فرنسا ، وبصدور قانون المسطرة المدنية لسنة 1806 أصبح مجال القضاء الاستعجالي يتسع بدون توقف.

وقد كان قانون المسطرة المدنية الفرنسي الصادر في 1806 نقطة تحول في نظام القضاء المستعجل، أما بالنسبة للمغرب فلم يعرف مسطرة استعجالية مدونة بشكلها القانوني الحديث إلا ابتداءً من صدور ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالمسطرة المدنية وبقي هذا الظهير مع التعديلات الواردة عليه مطبقاً إلى أن صدر ظهير 24 شتنبر 1974 الذي بدأ العمل به في فاتح أكتوبر 1974.

عموماً يتضح أن القضاء المستعجل لم يحصل فيه تطور كبير بين تاريخ 12 غشت 1913 والتاريخ الذي أعيد فيه تنظيمه وهو 28 شتنبر 1974، لا من حيث الكم ولا من حيث الكيف، ماعدا بعض الاختلافات التي وإن كانت لها أهميتها إلا أنها لا تشمل سوى جانباً محدوداً من جوانب القضاء.

ولما كان القضاء الاستعجالي يعد نوعاً مستقلاً بذاته من أنواع القضاء، حيث يأخذ مكانه إلى جانب كل من القضاء العادي والقضاء الولائي، فكان لابد من استقلاله بطبيعة خاصة وبخصائص معينة، وفعلاً فلهذا القضاء طبيعة خاصة تتمثل في أنه يضفي الحماية الوقتية على الحقوق ولكنه في نفس الوقت يبقى متحفظاً بطابعه القضائي.

كما أن له خصائص معينة، منها أنه يعد فرعاً من فروع القضاء المدني وأنه يتميز ويستقل عن كل من القضاء العادي والتنفيذ القضائي، وكذلك كونه مختصراً واستثنائياً وسريعاً.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن أهم ما يميز تطور القضاء الاستعجالي في التشريع المغربي هو إحداث قضاء إداري مستعجل بمناسبة إحداثمحاكم إدارية، إضافة إلى إحداث قضاء تجاري مستعجل.

¹Dugrip (olivre), l'urgence contentieuse, presses universitaires de France. 1991

غير أننا سنقتصر فقط على محاولة دراسة القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية.

والجدير بالذكر أن المشرع المغربي لم ينظم القضاء الاستعجالي الإداري، بل اكتفى بالإحالة على النصوص المنظمة له في قانون المسطرة المدنية، وقد خصص له البابان الأول والثاني من القسم الرابع، يتناول الباب الأول الأوامر المبنية على الطلب والمعاينات، وخصص الباب الثاني للمستعجلات.

يتميز القضاء الاستعجالي بالبرونة والبساطة وقلة النفقات، إضافة إلى الاقتصاد في الوقت والاختصار في الإجراءات ولا تتأثر به الأمور المرتبطة بالدعوى الأصلية، فالقضاء الاستعجالي الإداري هو قضاء استثنائي يساعد على الوصول بسرعة إلى حل بمقتضاه يصان الحق ولو بصفة مؤقتة.

هذا ويعتبر القضاء الاستعجالي الإداري شكلاً من أشكال الحماية القضائية للحرفيات والنظام القانوني الذي يأبى الفراغ، وهو صورة من صور المحافظة على الحقوق المرجع وجودها والمهددة بخطر ما وكذا تنبيه الأطراف إلى مراكزهم القانونية بواسطة إجراءات سريعة وقifica لا نهائية أو حاسمة.

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك فإن موضوعنا سيكون عبارة عن محاولة لدراسة القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، وعليه سوف تكون خطتنا على الشكل التالي: القضاء الاستعجالي في نطاق المادة 19 من قانون 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية (في مبحث أول) ولمسات القاضي الإداري في القضاء الاستعجالي (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول : القضاء الاستعجالي في نطاق المادة 19 من قانون 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية.

المطلب الأول : شروط الاختصاص.

يتميز القضاء الاستعجالي عن القضاء العادي بإجراءاته البسيطة وحلوله السريعة للقضايا المطروحة ونستدل على ذلك بمقدمة *Renéchapus* "juger bien c'est avant tout juger vite"¹. لذلك ينبغي أن يمارس ضمن حدود معينة وداخل إطار ضيق عندما تتحقق بعض الشروط المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية الحال عليها بمقتضى المادة 7 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، فالالفصل 149 ينص على أن رئيس المحكمة الابتدائية يختص وحده بالبت بصفته قاضياً للمستعجلات كما توفر عنصر الاستعجال، وجاء في الفصل 152 من ق.م (لا تثبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا يمكن أن يقضي بها في الجوهر) نستخلص أن القاضي الاستعجالي الإداري يتطلب شرطين.

شرط الاستعجال.

2 - شرط عدم المساس بالجوهر.

شرط الاستعجال: وهو شرط أساسي لينعقد الاختصاص للقضاء الاستعجالي، والاستعجال هو أمر نسبي مختلف حسب الزمان والمكان ويلعب القاضي دوراً طلائعاً لاستنتاجه من ظروف الدعوى المعروضة على أنظار المحكمة، فالاستعجال هو الخطر الذي يمكن أن ينتج بسبب طول المدة التي تستغرقها إجراءات الدعوى قبل صدور حكم بات فيها والمراد بالاستعجال هو تفادي ضرر مؤكد يصعب تداركه إذا حدث فهو يتحدد بظروف كل دعوى وملابساتها

¹Chapus (René). Droit du contentieux administratif 5eme édition, Montchrestien. EIA paris 1995.

وظروف الحق المراد حمايته، وفي حالة الاستعجال القصوى يقدم الطلب في أي وقت ويمكن أن يبيت فيه قاضي الأمور المستعجلة في أيام العطل وأيام الأحد، كما ينص الفصل 150 من ق.م. على إمكانية استعانة القاضي بتقرير الخبراء وإجراء معainات قصد التأكيد من توفر عنصر الاستعجال من عدمه.

شرط عدم المساس بالجواهر: يجب على القاضي الاستعجالي أن يمارس اختصاصه دون المساس بأصل الحق، فليس له أن يغير أو يعدل من المركز القانوني لأحد الطرفين أو يتغول في اختصاصه وعلى العكس إذا تبين له أن المنازعة غير جدية فإنه يقضي بالإجراء المطلوب، والمراد بجواهر النزاع السبب القانوني الذي يبين الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين ويتعين على القاضي الاستعجالي ألا يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي يترتب عنه المساس بجوهر النزاع القائم بينهما ويعتبر هذا الشرط من النظام العام يمكن إثارته تلقائيا، إلى جانب هذه الشروط ثمة إجراءات مسطرية لابد من اتباعها في القضايا الاستعجالية.

المطلب الثاني : الإجراءات المسطرية :

تنقسم التدابير الصادرة عن القضايا الاستعجالية إلى نوعين:

التدابير التحفظية: وهي التدابير التي تكون الغاية منها الحفاظ على الحق إلى حين إثباته لصاحبها بواسطة حكم بات ويمكن أن تصدر في أي وقت ، سواءً بمناسبة دعوى قائمة أو قبل إقامة هذه الدعوى ومن أمثلتها إثبات حالة أو الاستماع إلى شهود أو إجراء معاناة.

التدابير الوقافية: وهي تدابير مستعجلة تؤدي إلى إشباع مصلحة المدعي جزئياً يمنحه الحق بصفة مؤقتة على حين البث في الدعوى، ومن أمثلتها التعويض المسبق المخول لصاحب العقار في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

وقد نصت المادة 19 من القانون الأحدث للمحاكم الإدارية على أنه يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه، بصفته قاضياً للمستعجلات والأوامر القضائية، بالنظر في الطلبات الوقافية والتحفظية.

وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يختص قاضي المستعجلات في بعض القضايا الذي ينبغي أن يبيت فيها على وجه السرعة أو في بعض الطلبات الوقافية، إذ خص المشرع بعض القضايا بنصوص تقضي بوجود الفصل فيها على وجه السرعة فإن ذلك لا يعني أنها أصبحت من اختصاص قاضي المستعجلات فهي تبقى دعاوى موضوعية داخلية في الولاية الشاملة للمحكمة، مثلاً ما نص عليه الفصل 46 من ق.م الذي ينص على وجوب البث في القضية فوراً فلا مجال لتدخل القاضي الاستعجالي في هذا الشأن بالرغم من الطابع المعجل للقضية.

كما أن بعض الطلبات الوقافية لا تدخل في اختصاص القاضي الاستعجالي، فمثلاً طلب منح تعويض مسبق للمتضرر من نشاط إداري، هو طلب وقتي والحكم التمهيدي الذي يصدر قاضي الموضوع في هذا الشأن هو استجابة لطلب وقتى ولكنه لا يدخل ضمن التدابير الوقافية التي تصدر عن قاضي المستعجلات، والقاعدة المطبقة في هذا الشأن هي أن جميع الطلبات المستعجلة تدخل في اختصاص القاضي الاستعجالي ويمكن أن يتخذ بشأنها تدابير وقافية ولا يختص القاضي الاستعجالي إلا ببعض الطلبات الوقافية ويبقى البعض الآخر من اختصاص محكمة الموضوع.

هذا ومتاز مسطرة القضاء الاستعجالي بالسرعة ، فهو قضاء تابع لأن المجال الذي تختص به المحاكم الإدارية يختص فيه القضاء الاستعجالي بالإجراء الوقتي أو التحفظي، فكلما انعقد الاختصاص الولائي لهذه المحاكم انعقد الاختصاص للقضاء الاستعجالي أيضا ونستنتج من ذلك انه:

إذا رفعت دعوى أمام القضاء الاستعجالي ثم رفعت دعوى أمام المحاكم الإدارية نفسها، فإن ذلك لا يؤثر على اختصاص القضاء الاستعجالي.

كما أنه ليس هناك ما يمنع من إيداع الطلبين الاستعجالي والإداري في آن واحد.

إذا كانت المحكمة الإدارية غير مختصة للفصل في النزاع كان القضاء الاستعجالي غير مختص ولا إيا هو الآخر في الطلبات الوقتية أو التحفظية.

لا يكون القضاء الاستعجالي دائما مصحوبا بدعوى أصلية، حيث يمكن أن يكون قاضي المستعجلات مختصا ولو لم يكن هناك نزاع في الجوهر.

مثلا: المقاول الذي يطلب إجراء معاينة على مخزون مواد البناء التي وفرها في انتظار توصله بالأمر المصلحي لانطلاق الأشغال فضلا عن هذا تحتاج الدعوى لقبوتها توافر مجموعة من الشروط ومرورها بإجراءات خاصة:

لا بد أن يتتوفر في رافعها نفس الشروط الواجب توافرها في رافع الدعوى القضائية بشكل عام: الصفة –الأهلية– المصلحة.

أما عن مسطرة التقاضي أمام القضاء الاستعجالي، فهي تشبه في بعض جوانبها المسطرة المطبقة في الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية فقبل رفع الدعوى الاستعجالية لابد أن يتأكد رافعها من الأمور التالية:

إن الاختصاص الوعي منعقد فعلا للمحكمة الإدارية.

إن عنصر الاستعجال متوفّر في الطلب الوقتي أو التحفظي.

إن الطلب لا يس جوهر النزاع.

إن الطلب يستهدف استصدار أمر قضائي ويدخل في الاختصاص الوظيفي للقاضي الاستعجالي الإداري، وذلك احتراما لمبدأ فصل السلطة الذي يقتضاه يتعين على القاضي ألا يصدر أوامر للإدارة.

إن الطلب يجب أن تتتوفر فيه كل الشكليات والبيانات المنصوص عليها في ق.م.م والقانون المحدث للمحاكم الإدارية فينبغي أن يتضمن عرضا موجزا للواقع وأن يبين بدقة الموضوع المطلوب إجراؤه ويكون موقعا عليه من لدن حام مسجل بإحدى هيئات المحامين، ويسلم كاتب الضبط بالمحكمة الإدارية وصلا بـإيداع المقال.

أما فيما يتعلق بالأحكام وطرق الطعن فيها بالنسبة للقضاء الاستعجالي فالأحكام الصادرة عن هذا النوع من القضاء تسمى الأوامر، إلا أن هناك من يسميها بالقرارات أو الأحكام بحسب التسمية التي يفضلها.

أما الأحكام التي يصدرها قاضي المستعجلات خارج المحكمة فلا يتقيد فيها قاضي المستعجلات بالقواعد والإجراءات المطبقة في الأحكام العادية، وينطبق نفس الشيء على الحكم الذي يصدره القاضي بواسطة مسودة في مكتبه والتي تتضمن عادة أسباب الحكم ومنطق.

وتجدر الإشارة إلى أن الطابع الوقتي للحكم الاستعجالي لا يجعله يجوز قوة الشيء المضي به ولا يجوز العدول عنه إذا تغيرت الظروف التي صدر فيها، فتكون حجيته نسبية أو وقتية تهم أطراف النزاع في وقت معين وبما أن الأحكام الاستعجالية هي أحكام قضائية فإنها تخضع لطرق الطعن المنصوص عليها قانونا وفي المجال الإداري تبقى طريقة الطعن المطبقة هي الاستئناف.

المبحث الثاني : لمسات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية الإدارية.

إذا كانت المسطورة المدنية، ابتداء من الفصل 148 إلى الفصل 154 ، قد نظمت المسطورة الاستعجالية وحددت اختصاص قاضي الأمور المستعجلة فإن القانون المحدث للمحاكم الإدارية 41-90 أحدث بدوره قضاء إداريا استعجاليا، وحدد وبالتالي اختصاصات القاضي الإداري الاستعجالي وذلك بمقتضى الفصل 19 (الفقرة 1) إلا أن الملاحظ، ومن الناحية العملية، محدودية نطاق ممارسة القضاة الاستعجالية في المنازعات الإدارية إذا ما قورن بنظيره في النزاعات المدنية والتجارية 1.

المطلب الأول : سند الاختصاص في الدعوى الاستعجالية الإدارية :

ينص الفصل 19 من قانون 41-90 على أنه "يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه عنه بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية" ، وبالتالي اختصاص قاضي المستعجلات يمارسه رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه للقيام بهذه المهمة، وحسب نفس الفصل يختص بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية.

ويكون اختصاصه إما عاما تحكمه قواعد المسطورة المدنية وإما محددا بقانون كما هو الأمر في طلبات الإذن بالحيازة في مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

وبالتالي يحيط القاضي الإداري بشكل منفرد بدون أن يحيط الملف على المفوض الملكي لوضع مستنتاجاته وذلك لتلافي ضياع الوقت، وبالتالي حتى لا يفرغ عنصر الاستعجال من فحوه، لكن هذا لم يمنع بعض رؤساء المحاكم الإدارية من الاستناد إلى تقرير المفوض الملكي لمزيد من العناية والتدقيق.

وفيما يخص الأمر الصادر عن قاضي المستعجلات فهو شبيه بالحكم، ومن خلاله يعرض القاضي وبشكل مختصر ملخص المقال ووسائل دفعوات الطرفين، وللإشارة ففي حالة موافقته على الطلب لا يكون ملزما بإعطاء التعليل لكن في حالة الرفض يكون ملزما بتبيان الأسباب المعتمدة من طرفه حتى يتمكن صاحب المصلحة من ممارسة حقه في الاستئنافإن شاء ذلك.

كما أنه يمكن أن يصدر أمره في غياب الأطراف، هذا الأمر الذي ينبغي أن يكون موقعا من لدنه وحاملا للتاريخ وقابل للتنفيذ فور صدوره ولو لم ينص على ذلك، لأن الأوامر الاستعجالية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

المطلب الثاني : محدودية نطاق تطبيق القضاء الاستعجالي الإداري :

يعتبر ميدان تطبيق القضاء الاستعجالي الإداري أضيق بكثير مما هو عليه الأمر في المحاكم العادلة، فبقدر ما يتسع نطاق ممارسة هذا القضاء في النزاعات المدنية والتجارية بقدر ما تضيق ممارسة النزاعات الإدارية، وذلك من منطلق أن أحد طرفى النزاع هو سلطة عامة لا يمكن مقارنتها بالشخص العادى ، وبالتالي لا يمكن تطبيق المساطر العادلة بشأنه وعلى سبيل المثال يصعب إصدار أمر بالحراسة القضائية لأن الأموال العمومية لا يمكن أن تكون محلاً لهذا الإجراء¹.

وعليه تبقى أهم تطبيقات القضاء الاستعجالي الإداري تمثل فيما يلى².

الأمر بإثبات حال وتوجيه إنذار

لقد نصت المادة 148 ق.م على أن القاضي الاستعجالي يبت في الطلبات الرامية إلى إثبات حال أو توجيه إنذار أو أي إجراء مستعجل.

الحال المراد إثباته يجب أن يكون شيئاً واقعياً يخشى أن تضيع معالله بفوات الوقت ومن ذلك مثلاً:

إذا كان الأمر يخص السماح لشاهد إثبات أو نفي موضوع لم يعرض بعد أمام المحكمة الإدارية وعندما تكون الواقعة المراد الاستشهاد عليها من الأمور التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود لا يمكن أن تفوت عليه فرصة الاستشهاد بالشاهد.

عندما يتعلق الأمر بإجراء معاينة عن الفيضانات التي ألحقت أضراراً بممتلكات أحد الأفراد وكان السبب فيها عدم قيام الإدارة بالأشغال الالزمة لضمان سيلان المياه.

إذا رفضت الإدارة تسلم المنشأة بعد انتهاء الأشغال يمكن للمقاول اللجوء إلى قاضي المستعجلات والمطالبة بإجراء معاينة على أنه تم إنجاز ما عهد إليه من أشغال في الوقت المحدد في العقد حتى لا تلجأ الإدارة إلى تطبيق الغرامة التأخيرية عليه.

حالة البضائع المنقوله عبر القطار إذا وقع فيها ضياع أو إتلاف جاز لقاضي المستعجلات انتداب خبير لإثبات حالتها وبيان الأضرار اللاحقة بها قبل تسليمها ل أصحابها.

فيما يخص توجيه الإنذار يقوم به القاضي الاستعجالي بناء على طلب حيث يقوم القاضي بكتابه الأمر بتوجيه الإنذار على نفس صفة الطلب الذي توصل به في هذا الشأن، أما المسائل الاستعجالية الواردة في الفصل 148 ق.م فهي غير محددة وترك للقاضي الاستعجالي صلاحية تقديرها.

الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم إداري

في هذا الشأن تكون اختصاصات القاضي الإداري الاستعجالي بالنظر في الطلبات ضيقة جداً ومرد ذلك أن الأحكام التي تصدر ضد الإدارة، صعبة التنفيذ نوعاً بسبب التملص الذي تلجأ إليه الإدارة حتى لا تتمثل للأحكام الصادرة ضدها.

¹ زعيم إبراهيم، مرجع سابق

² حداد عبد الله: تطبيقات الدعوى الإدارية في قانون المغربي، منشورات عكاظ، 1999، 324 ص.

ومن التطبيقات القليلة طلبات إجراء حجز لدى الغير (الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط في الملف رقم 96/230 بتاريخ 04/02/1996). أوما ذهب إليه رئيس المحكمة الإدارية بمكناس الذي استند على مقتضيات الفصل 448 من ق.م وحكم بغرامة تهديدية يؤديها المسؤول الإداري من ماله الخاص، لأن هذا الموقف يصعب مساريته للأسباب الآتية:

المنفذ عليه حسب مقتضيات الفصل 448 يكون في هذه الحالة شخصا معنويا عاما وليس مسؤولا إداريا أو مثلا قانونيا.

ليس من اختصاص المحاكم الإدارية والقضاء الاستعجالي الإداري الحكم على الخواص بالغرامة التهديدية فهو من اختصاص القضاء العادي.

إذا كان من السهل التعرف على المسؤول الإداري في حالة المجالس الجماعية أو المؤسسات العمومية فالأمر صعب بالنسبة لباقي مرافق الدولة.

وعلى أيفاقاضي المستعجلات يطبق في هذا الشأن مقتضيات الفصل 436 ق.م. مع مراعاة مقتضيات الفصل 26 ق.م. والذي ينبع الاختصاص في هذا الصدد لمحكمة الموضوع، ويلعب العون المكلف بالتنفيذ دورا أساسيا في هذا الإطار خصوصا فيما يتعلق بالحجز والبيع المنصف على الأموال العمومية والأموال الخاصة.

المسائل المستعجلة استنادا لنصوص خاصة

وتشمل :

طلب الإذن بحيازة العقار في دعاوى نزع الملكية، وتحبب الإشارة في هذا الصدد أن طلب الحيازة يرفع إلى رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات. كما أن الأوامر الصادرة في هذا الشأن لا تقبل الاستئناف.

الطلبات الرامية إلى إيقاف تنفيذ إجراءات حجز وبيع المنقولات المhogزة من طرف إدارة الضرائب، وقد صدرت عدة أوامر تقضي بإيقاف إجراءات التحصيل بما فيها بيع المنقولات إلى حين البت في دعوى الموضوع المتعلقة بمقدار الدين (الأمر عدد 54 بتاريخ 19/06/1996 في الملف الاستعجالي رقم 112/96). ويشرط قاضي المستعجلات في هذه الحالة تقديم الضمانة المنصوص عليها في الفصل 15 من الظهير 21/08/1935 المتعلقة بتنظيم المتابعت لاستخلاص ديون الدولة والديون التي في حكمها، وفي الأخير نشير إلى أنه ورغم محدودية نطاق تطبيق القضاء الاستعجالي الإداري فإن اتجهادات المحاكم الإدارية غزيرة في المادة الاستعجالية وفي هذا الإطار نورد بعض القواعد المقررة في هذا المجال.¹

أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 30 ملف رقم 95/12 بتاريخ 04/04/1995، وجاء فيه مايلي "الأوامر الاستعجالية لا تبت إلا في الإجراءات الوقتية بما لا يمكن أن يقضي به الجوهر وحيث أن الإذن بإصلاح عيوب لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تحفظي يحول دون تفاقم الضرر وأن مثل الإذن لا يعتبر مساسا بالجوهر ولا يطال موضوع النزاع ولا يمس بحقوق أي من الطرفين وليس من شأنه تحديد مسؤولية أي كان.

أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بأكادير عدد 96/17 ملف رقم 96/04 بتاريخ 1996/08/06 قيام الدولة بأشغال بناء في ملك الخواص دون سلوك المسطرة القانونية لنزاع الملكية يبرر تدخل قاضي المستعجلات في إطار المادة 19 لوقف الأشغال.

أمر صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة في قضية الراشيدي عبد الله عدد 95/05 يكن انتداب رئيس كتابة ضبط المحكمة الإدارية أو من يقوم مقامه بالتوجيه إلى عين المكان قصد معainة مدى وجود عربة وغن وجدت استفسر صاحبها عن اسمه ولقبه وعن تاريخ بداية نشاطه والجهة التي رخصت له بذلك وتحرير حضر".

قرار رئيس المحكمة الإدارية بالرباط عدد 937 بتاريخ 1999/11/10 والذي رأى فيه بأنه سيعرض في أصل الحق فتركه سليماً لتفصل فيه المحكمة الإدارية.

ملف استعجالي عن المحكمة الإدارية بمكناس تحت رقم 2.94.3 س بتاريخ 1994/10/25 "من اختصاص القاضي الاستعجالي أن يأمر بإجراء خبرة يقوم بها طبيب بيطري من أجل فحص الماشية الموجودة بالمستودع البلدي وتحديد الأضرار والهزال وتقويمها.

قرار المحكمة الإدارية بفاس عدد 97/299 بتاريخ 1997/09/23 "لما كان من آثار الحكم بالإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار الملغى وكان تنفيذ هذا الحكم غير متوقف على التدخل المباشر لجهة الإدارة أمكن لقاضي المستعجلات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وبالتالي أمره بفتح الملف الذي في استمرار إغلاقه ضرر لا يمكن تداركه".

خاتمة :

رغم الأهمية التي يحظى بها القضاء الاستعجالي في كونه يمتاز بالبساطة وبساطة سريعة، ورغم كونه يعتبر ضمانة أساسية لحماية حقوق المتراضين فإن غياب مؤسسة قاضي التنفيذ يبقى حجرة عثرة أمام استكمال صرح دولة القانون والمؤسسات.

المراجع المعتمدة :

- حداد (عبد الله)، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، منشورات عكاظ 199 ص 324.
- هداية الله (عبد اللطيف)، القضاء المستعجل في القانون المغربي.
- الغضروفي (عبد العالى)، دليل عملى في اجتهاد القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، سلسلة اجتهاد مؤسسة القضاء الاستعجالي في المغرب.
- البداية والمسار، دار القلم، الرباط، 2001.
- حداد (عبد الله)، القضاء الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية، منشورات عكاظ، الرباط، 1994، ص 267.
- البوعيسي (الحسن)، سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، 2002 مطبعة النجاح، ص 330.

.....مجلة الفقه والقانون العدد الخامس مارس 2013
-زعيم (إبراهيم)، مسطرة التنفيذ ومسطرة الاستعجال في المادة الإدارية أي ترابط بينهما؟ المجلة المغربية للإدارة
الخالية والتنمية، العدد 12، 1995.

القانون رقم 41/90 المتعلق بالمحاكم الإدارية، المجلة المغربية للإدارة الخالية والتنمية، العدد 14.

-Chapus (René), droit du contentieux administratif, 5ème édition Montchrestien – E.J.A. paris 1995.

-Dugrip (Oliver), l'urgence contentieuse devant les juridictions administratives, presses universitaires de France, 1991. P : 411.

الأسس القانونية لمجلس الأمن الدولي في نطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني



إسماعيل الخواوة : باحث في القانون الدولي العام
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

خلفت الحربين العالميتين أعمال عنف وأزمات إنسانية، غير مبرر لها دولياً، جعلت مسألة احترام قواعد القانون الدولي الإنساني، لا تدخل ضمن القضايا المخورية المرتبطة بالسلم والأمن الدوليين، حيث كان التركيز، في بداية تدوين نظام الأمن الجماعي بميثاق منظمة الأمم المتحدة، على مبدأ شرعية استخدام القوة في القانون الدولي وليس على طريقة استخدامها في النزاعات المسلحة، لسبعين رئيسين، أوهما قانوني، باعتبار أن نشأة القانون الدولي الإنساني وتطوره، بترسيخه لمجموعة من المبادئ قانونية كمبدأ الحماية الإنسانية والضرورة العسكرية ومبدأ التناوب والتمييز، من الممارسة العرفية وتدونها في اتفاقيات دولية، يحمي فئات محددة قانوناً ويضع حدوداً للطرق المسموح بها أثناء النزاعسلح، جاء نتيجة مؤشرات دولية لهيئات غير حكومية، وأنه قانون متكملاً، يتتوفر على آليات مستقلة، مرتبطة بإرادة الدول، تسهر على تفويضه هيئات دولية ووطنية لا تنتمي إلى منظمة الأمم المتحدة، ثانيهما سياسي، مرتبط بالتحولات العالمية، بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، انقسم على إثره النظام الدولي إلى ثنائية قطبية، تمثلت في المعسكرين الشرقي والغربي، يقوم على استقطاب دول جديدة إلى مناطق نفوذهما، بدل نظام الأمن الجماعي المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة، عرفت، خلاله، العلاقات الدولية اندلاع صراعات إقليمية ودولية، ارتفعت خطورتها بامتلاكهما السلاح النووي وأسلحة الدمار الشامل، الأمر الذي أدى إلى عرقلة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني وتحميد آلياته، في مناطق النزاعات المسلحة، بسبب القيود التي تفرضها قواعد القانون الدولي الإنساني على حرية الدول في الحد من استخدام قوتها العسكرية وفي معاملة الأفراد المتواجدين تحت سلطتها، بمحظوظ ارتكاب أفعال تمس الحقوق الأساسية للإنسان وكرامته بفرض حماية قانونية لفئات من الأفراد أثناء النزاعات المسلحة، ليتحول القانون الدولي الإنساني بقواعديه الآمرة والملزمة، إلى مجرد مبادئ فلسفية ومثالية، أمام مصالح الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن.

ما دفع الدول حديثة الاستقلال بالجمعية العامة، والتي تزايدت عضويتها بنظمة الأمم المتحدة، عرفت في ما

بعد بحث عدم الانحياز ، إلى إصدار مجموعة من التوصيات و القرارات في القضايا التي تعرف انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان و قواعد القانون الدولي الإنساني في فترة النزاعات المسلحة ، من أهمها القرار الصادر عن الجمعية العامة يحمل رقم 2444 عقب انتهاء المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران بتاريخ 13 ماي 1968، و الذي ينص في فقرته العاشرة ، على ضرورة مواجهة انتهاكات حقوق الإنسان ، المترتبة عن أعمال العدوان ، وعن أي نزاع مسلح ، ويحث الدول المشاركة في النزاعات المسلحة على احترام الحقوق الأساسية للإنسان وعلى تأمين حماية للمدنيين و المقاتلين وفق قواعد القانون الدولي الإنساني . فأصبح مجلس الأمن الدولي ، خلال فترة الحرب الباردة ، يولي اهتماما متزايدا لانتهاكات القانون الدولي الإنساني ، بصفتها سببا من الأسباب، و ليس كسبب رئيسي يهدد السلام و الأمن الدوليين يستدعى تدخله ، كحالة إعلان استقلال روديسيا الجنوبية ، سنة 1965 و المعروفة حاليا بدولة الزيمبابوي ، و مسألة التمييز العنصري بجنوب إفريقيا سنة 1977 ، و يعود أول اعتراف قانوني من مجلس الأمن لانتهاكات القانون الدولي الإنساني ، على أنها تشكل تهديدا مباشرا للسلم و الأمن الدوليين ، و نص عليه صراحة ، من خلال الحرب العراقية الإيرانية ، على إثر إصداره للقرارين 540 بتاريخ 31/10/1983 و 598 بتاريخ 20/07/1987 حث من خالهما طرف النزاع على وقف إطلاق النار ، و سحب قواتهما و تحرير الأسرى .

بانهيار النظام الاشتراكي ، تفكك الاتحاد السوفيتي إلى مجموعة من الدول المطالبة باستقلالها ، اندلعت بها نزاعات مسلحة ، أكثر تعقيدا و أشد خطورة ، دفع المتنظم الدولي ، الذي أصبحت تحكم به أحاديث قطبية ترتكز على مبادئ الليبرالية المتعلقة بالديمقراطية و حقوق الإنسان ، بتطوير منهجة تدخلاته في إدارة النزاعات المسلحة ، يستند على أساس قانونية و سياسية ، تضع احترام قواعد القانون الدولي الإنساني في مركز أولوياتها¹.

جسد مجلس الأمن الدولي هذا الواقع الجديد ، حيث قامت الأمم المتحدة بموجب اجتماع الأول للقمة لمجلس الأمن بتاريخ 31/01/1992² ، بالتأكيد ، و بشكل صريح ، على التزامه في صون السلم و الأمن الدوليين عبر تطبيق مقتضيات القانون الدولي الإنساني³ ، و هذا ما تم عمليا ، بتدخله فيما يناهز 13 عملية لحفظ السلام أثناء مرحلة الحرب الباردة ، مقابل 48 عملية في الفترة الممتدة ما بين 1991 و 2011 وبإصدار أكثر من 300 قرار في الفترة الممتدة ما بين 1990 و 1995 ، يدعو من خالها الدول و الأطراف المتنازعة إلى احترام قواعد القانون الدولي الإنساني ، في زمن الحرب ، كما في زمن السلم ، حفاظا على استقرار و طمأنينة المتنظم الدولي.

و قد سعى مجلس الأمن الدولي ، إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني ، أثناء فترة النزاعات المسلحة و التي تتكامل في غایاتها مع قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، خاصة عندما تكون قواعد القانون الدولي الإنساني ، تكفل حقوق لا تشملها معايير حقوق الإنسان ، بشكل مباشر ، أو لدى التقاضي القانوني في حماية حق معين ، أو في ملائمة القانون الدولي الإنساني لホوية مرتكب الانتهاك ، أكثر من قانون حقوق الإنسان و أخيرا عند اندماج

1. راجع :- القرار رقم 1265 المتعلق بحماية المدنيين أثناء الصراع المسلح الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 17 شتنبر 1999.

- القرار رقم 1296 المتعلق بحماية المدنيين و احترام القانون الدولي الإنساني أثناء الصراع المسلح الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 19 أبريل 2000.

2. راجع نص الوثيقة على الموقع الإلكتروني لمنظمة الأمم المتحدة عبر هذا الرابط : http://www.un.org/Depts/dhl/dhlara/landmark_sc/administrative.htm

3. عمران عبد السلام احمد الحاج احمد: "مجلس الأمن وحق التدخل لفرض احترام حقوق الانسان" أطروحة دكتوراه ، جامعة محمد الخامس / كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، 2001/2000.

معايير القانون الدولي الإنساني ، مع قانون الدولي لحقوق إنسان في نزاع مسلح¹ ، فقد عمل مجلس الأمن الدولي على تعزيز دور قوات حفظ السلام في كل من الصومال ويوغوسلافيا ، لتأمين وصول المساعدات الإنسانية بسبب الأوضاع المتردية نتيجة الصراعات ، ونزوح اللاجئين ، والتي اعتبرها مجلس الأمن أوضاعا تهدد السلام والأمن الدوليين؛ ولم يقتصر على تطوير المهام ذات الطابع الإنساني ؛ بل كرس واجب التدخل العسكري الإنساني لتقديم المساعدات الإنسانية ، وإنشاء محاكم دولية لحاكم المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني في كل من يوغوسلافيا سنة 1991 ورواندا سنة 1993 والبوسنة 1993 .

ما طرحت ، في ممارسات مجلس الأمن الدولي ، صلاحيات تطبيق المسؤولية الجنائية الدولية على أشخاص القانون الدولي العام في مناطق النزاعات المسلحة ، لأنها قاعدة قانونية تفرض حماية جنائية ، بمعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية بفرض التعويض أو العقاب كجزاء ، للحد من انتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، بصفتها أعمال منوعة في القانون الجنائي الدولي ، مثل جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية المنهضة وواسعة النطاق، تأثر بشكل سلبي على استabilities السلم والأمن الدوليين . فالقانون الدولي الإنساني يستند في مجموعه على قواعد قانونية مكتوبة ، تتكون بشكل أساسى من اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 وبروتوكولاتها الإضافية و اتفاقيات لاهي المتعلقة بتنظيم طرق القتال في النزاعات المسلحة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية المرتبطة بحماية حقوق الإنسان أثناء هذه النزاعات المسلحة، ويشمل، كذلك، قواعد قانونية عرفية ، يتضمنها العرف ، كممارسة دولية عامة مقبولة قانونا² ، ومبادئ الإنسانية و العمل الدولي . حيث ساهمت، كل هذه المصادر الدولية، بتدعين مبدأ الشرعية الجنائية للانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، الخاضعة لأحكام القانون الدولي، ترتكز على مبدأ لا جريمة ولا عقاب إلا بنص قانوني، ويتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قائمة بجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية التي تخضع لاختصاص المحكمة.

يقوم مجلس الأمن الدولي في ممارسة صلاحياته ، على مصادر القانون الدولي ، للمحافظة على السلم والأمن الدوليين ، حيث تمت الإشارة في الفقرة الأولى ، من المادة الأولى ، من ميثاق الأمم المتحدة ، إلى مصادر خارجة عن مقتضيات الميثاق، لها علاقة بمبادئ العدل و القانون الدولي ، والتي تجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية ، و العرف الدولي ، و المبادئ العامة للقانون الدولي العام ، منها قواعد القانون الدولي الإنساني ، الذي يعد فرع قديم و رئيسي للقانون الدولي، يعمل على تنظيم جانب مهم من جوانب استخدام القوة في العلاقات الدولية، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية على اعتبار أن اختصاص مجلس الأمن ، هو اختصاص عام ، لا يحتاج إلى أن يستند إلى أحكام الميثاق ، بل يمكنه الاعتماد على باقي مصادر القانون الدولي³ ، حتى أصبحت قراراته تعتبر مصادر تشريعية للعمل الدولي ، فأول عبارة استهل بها ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ، كانت " أن ننقد الأجيال المقبلة من ويلات الحروب " و المقصود هنا بعبارة ويلات الحروب ، هو العنف والماسي التي يتعرض لها الفرد ، حين تنتهك حقوقه الأساسية ، المرتبطة بإنسانيته أثناء فترة النزاع؛ حيث خلفت الحرب العالمية الثانية دمارا شاملا بالدول المنهزمة و المتصرفة على حد سواء ، إذ ارتكبت فيها أبشع الجرائم في حق الإنسانية ، مما جعل الاهتمام المخوري لميثاق الأمم

¹ . د محمد يونس يحيى صالح و م نعمت إبراهيم السعدي : "الصراعات المسلحة و أثرها على حقوق الإنسان" ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، المجلد 14 العدد 7 لشهر غشت 2007.

² . انظر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

³ .راجع قرار محكمة العدل الدولية في القضية النامية الصادر بتاريخ 16/05/2010

المتحدة ، ينصب حول عدم تكرار نفس المأسى و الدمار¹ ، وهذا ما جاءت به قواعد القانون الدولي الإنساني ، الذي يشمل مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية ، هدفها تنظيم العلاقة بين المتراربين بغض النظر عن أسباب نشوب الحرب أو مشروعيتها، فقد جاء القانون الدولي الإنساني بصلاحيات جديدة ، قلصت من امتيازات الدول في ممارسة سيادتها و ذلك بفرضها شروطا على استخدام قوتها العسكرية ومعاملة الأفراد بشكل يحترم الكرامة الإنسانية و حماية الأعيان المدنية ؟ فأي تدخل مجلس الأمن الدولي للحد من الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني ، يعتبر وسيلة وقائية لحفظ السلم والأمن الدوليين، فقد ذهب مجلس الأمن الدولي بعيدا في توصيف المهام التي ينبغي أن يؤديها، من خلال التحولات العالمية بعد نهاية الحرب الباردة ، التي اتسمت بعدم التوازن و بحادية قطبية مهيمنة على النظام الأمني، مما زاد من فعاليته كجهاز سياسي متعدد الأطراف، يضطلع بوظائف سياسية ذات طابع قانوني ؛ باعتبار أن تدخلات مجلس الأمن تعبر عن مدى تفسيره لمفهوم السلم و الأمان الدوليين ، استنادا على سلطته التقديرية الواسعة والتي تعبر عن مشروعية قراراته في تكيف خطورة التزاع و عن مدى التزام مجلس الأمن بسيادة القانون².

إن الأطراف المتنازعة ملزمة بتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، و يتمثل هذا الإلزام في ما تعاقدت عليه بوجب الاتفاقيات الدولية ، التي يجعل الدولة ملزمة بالتخاذل التدابير القانونية إزاء الدول التي تخرق قواعد القانون الدولي الإنساني، وقد نصت المادة الأولى المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع على مسؤولية الدول أن تحترام هذه الاتفاقيات في جميع الأحوال ، و انتقلت بصياغة أشد صرامة في فقرتها الأولى من المادة الأولى من البرتوكول الإضافي الأول ، و التي نصت على إلزام الدول بفرض احترام المقتضيات القانونية واجبة التطبيق في حالة انتهاكها من قبل دول أخرى ؛ بمعنى آخر ، يجب على الدول المتعاهدة أن تتحرك كلما كان هناك انتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني ، بإعادة تكرار نص المادة الأولى المشتركة و كذلك بتدوينها بصياغة أشد وقعا في البرتوكول الإضافي الأول ، يعد تأكيدا على ضرورة احترام القانون الدولي الإنساني ، بصفته قاعدة قانونية آمرة ، إلا أنه يعب على المواد القانونية المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف ، عدم قيامها بتوفير آلية خاصة لتنفيذها ، لتبقى غير مكتملة من الناحية العملية للوفاء بهذا الالتزام³ ، ليجد هذا الفراغ القانوني ضالته في الفقرة الثانية من ديباجة البرتوكول الإضافي الأول ، و التي جاء فيها أن أي تفسير لاتفاقات جنيف الأربع و بروتوكولها الإضافي الأول ، يسمح

1. "تجاوز عدد ضحايا الحرب العالمية الثانية في العالم من العسكريين والمدنيين 62 مليون نسمة أي ما يعادل 2% من ساكنة العالم وكان نصفهم من المدنيين. يضاف إلى هذا العدد عشرات الملايين من الجرحى والمشوهين وقد شهدت هذه الفترة تعذيبات خطيرة على حقوق الإنسان فمات الملايين من الأبرياء نتيجة للغارات الجوية وفي معسكرات الإبادة والتعذيب زيادة على اعتقال الأطفال والنساء وارتکبت المجازر في حق العديد من الشعوب واستعملت ضدها الأسلحة الكيماوية والذرية. وقد كان كل من الاتحاد السوفييتي وبولندا وألمانيا من أكثر البلدان الأوروبية تضررا من ويلات تلك الحرب" مصدر منقول على موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة .

2. عمران عبد السلام احمد الحاج محمد: "مجلس الأمن وحق التدخل لفرض احترام حقوق الانسان" أطروحة دكتوراه ، جامعة محمد الخامس / كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، 2001/2000.ص : 92

3. د. محمد رضوان: "المبادئ العامة للقانون الدولي الإنساني والعدالة الدولية" إفريقيا الشرق، 2010. ص 196

باستخدام القوة ، يجب ألا يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة¹ ، علماً أن نص الديبلوماسية التي تتتصدر نصوص قانونية لها قواعد قانونية ملزمة تساوي متن النصوص التي تعبّر عن روح الجماعة الدولية وضميرها الإنساني ، حيث تعمل على توضيح الهدف من القانون ، والأغراض والدواعي التي دعت إليه؛ أي في حالة وجود تدخل دولي يرتكز على استخدام القوة تقوم به الدول المتعاقدة وفق تفسيرها الواسع لفرض احترام القانون الدولي الإنساني نظراً لخرقه من قبل دولة ، معتبرة يجب أن يتلاءم مع ميثاق الأمم المتحدة و بذلك يتم إحالتها ضمنياً إلى مجلس الأمن الدولي بصفته الهيئة الدولية الوحيدة المخولة باستخدام القوة بموجب ميثاق الأمم المتحدة في إطار إحدى التدابير المنشورة و كان الأمر مثلاً متعلق بالدفاع الشرعي عن النفس . هذا ما اعتمدته المادة 89 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 ، التي تنص على أنه في حالة الضرر الجسيم لقواعد القانون الدولي الإنساني ، يجب على الدول المصادقة على هذه الاتفاقيات أن تتحرك بشكل جماعي أو انفرادي بتعاون مع هيئة الأمم المتحدة من أجل جبر الضرر و تعويض الضحايا.

إن تدخل هيئة الأمم المتحدة بتعاون أو بتنسيق مع دول متحالفة، يمكن أن يتخذ صبغة سلمية أو ردعية حسب حيئات النزاع القائم. من هنا نتأكد و بالللموس أن تطبيق مقتضيات القانون الدولي الإنساني تعتبر قاعدة من قواعد النظام العام الدولي، لأنّه يحمي المصلحة العليا المشتركة للإنسانية و مبادئها الجوهرية التي تعبّر عن الحد الأدنى من المستوى الإنساني الذي لا يمكن الاختلاف حولها أو انتهاكها ، وهذا ما نستشفه من مقتضيات المادة 60 ، الفقرة الخامسة ، من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969 و التي تنص على عدم التنصل من الأحكام المتعلقة بالإنسان و المنصوص عليها في المعاهدات الدولية ذات الطابع الإنساني.

هذا بالإضافة إلى مقتضيات المادة 59 من اتفاقية جنيف الرابعة ، و المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب ، التي أجازت لمنظمة إنسانية غير متحيزة التدخل من أجل حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة² و التي يمكن أن تكون تابعة لمنظمة الأمم المتحدة بصفتها أكبر منظمة إنسانية دولية غير متحيزة و مستقلة عن إرادة الدول و أطراف النزاع تهتم بالقضايا الإنسانية الكبرى التي تهدّد السلم و الأمن الدوليين. يمنح لجهاز مجلس الأمن الدولي صلاحيات واسعة في التدخل وفق مقتضيات الميثاق بإيصال إمدادات إنسانية إلى الأفراد المتضررين في مناطق النزاع، و الذين يعانون أوضاعاً مزرية و حاطة بالكرامة الإنسانية لعدم توفر الشروط الضرورية للحياة والأمن والصحة، و المتواجدين في عزلة تامة عن المرافق الأساسية من مستشفيات و منابع المياه الصالحة للشرب سببها الحصار العسكري المفروض من قبل أطراف النزاع .

و يؤكّد هذا الطرح كذلك، نص المادة 61 من اتفاقية جنيف الرابعة ، المتعلقة بمراقبة توزيع المساعدات الإنسانية على الأشخاص المتضررين أو المحاصرين أو المعزولين عن الوسائل الضرورية للبقاء على قيد الحياة، حيث خولت حق التدخل لدولة محايده أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أي هيئة إنسانية غير متحيزة لتوزيع

¹. نصت ديباجة الملحق (بروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة ب " وإذا تعرّب عن اقتناعها بأنه لا يجوز أن يفسر أي نص ورد في هذا الملحق " البروتوكول " أو في اتفاقيات جنيف لعام 1949 على أنه يجوز أو يضفي الشرعية على أي عمل من أعمال العدوان أو أي استخدام آخر للقوة يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة...".

². نصت مقتضيات المادة 59 من اتفاقية جنيف الرابعة على: "... . وتكون هذه العمليات التي يمكن أن تقوم بها دول أو هيئة إنسانية غير متحيزة كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، على الأخص من رسائلات الأغذية والإمدادات الطبية والملابس.....".

مساعدات إنسانية مما يحيى لأي جهاز تابع للأمم المتحدة خصوصا مجلس الأمن الدولي الذي يتتوفر على صلاحيات التدخل لضمان وصول تلك الإمدادات بجميع الوسائل الملائمة بظروف النزاع المسلح .

يستفاد مما سبق، أن الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني أصبحت تأخذ حيزا كبيرا من ممارسات مجلس الأمن الدولي باعتبارها مظهرا من مظاهر الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وبناء على مقتضيات الميثاق، يتتوفر مجلس الأمن على سلطة تقديرية واسعة النطاق تتكون من مستويين في تفسير النزاع الذي تنتهك فيه قواعد القانون الدولي الإنساني، المستوى الأول هو تقدير درجة خطورة النزاع بالنظر إلى مسبباته وآثاره على السلم والأمن الدوليين ، و المستوى الثاني يتمثل في تقدير التدبير المناسب بناء على ما تم استخلاصه من المستوى الأول، فإذا كان الأمر يتعلق بخطر قريب فإنه سيشير السلطات المنوحة لمجلس الأمن في الفصل السابع من الميثاق وإذا كان يتعلق بتهديد بعيد فإنه يستدعي تدخل مجلس الأمن الدولي في إطار الفصل السادس من الميثاق للحد من خطورته أو استباقا لمنع حدوث كوارث إنسانية محتملة، حيث يتم تحليل درجة الخطورة و علاقتها بالتهديد المخلق بالسلم والأمن الدوليين مع فعالية التدابير المتخنة للحد منه و الحيلولة دون تطوره و وقوعه مرة أخرى .

و قد أظهر مجلس الأمن الدولي فعالية تدخلاته في فرض احترام القانون الدولي الإنساني حيث عمل على تأكيد فكرة الجزاء الدولي و مبدأ عدم الإفلات من العقاب بجرائم الحرب و مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، فكرس مبدأ المسؤولية الجنائية للفرد بإنشاء محاكم جنائية دولية و مبدأ تعويض المتضررين عن أعمال العدوان و استعمال القوة بشكل يتنافى و الشرعية الدولية، مما يدفع الأطراف المتضررة من النزاعات المسلحة إلى طلب تدخلات مجلس الأمن لأنه أصبح يمثل الجهاز الدولي الوحيد الذي يتتوفر على الشرعية الدولية في حماية منظومة حقوق الإنسان بفهمها الشامل، و خاصة قواعد القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة كحالة ليبية¹.

يعتبر مجلس الأمن الدولي ، أقوى جهاز في منظمة الأمم المتحدة، المسؤول الأول عن الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، حيث يملك سلطة تقديرية في تفسير الحالات التي تهددهما، فقد زوده الميثاق بصلاحيات واسعة في اتخاذ تدابير ملزمة أكد بواسطتها الارتباط الضمني و الصريح بالقانون الدولي الإنساني و إدارة النزاعات الدولية لغرض احتواها ، بتطویر مبدأ مسؤولية الحماية مقابل مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول ؛ أي حين تفشل الدول و الحكومات في تحقيق السلم والأمن لمواطنيها، ليتقلص بذلك مبدأ سيادتها، لتناط مسؤوليته حماية الأفراد بالمجتمع الدولي مثلا في هيئة الأمم المتحدة، مما يستدعي من مجلس الأمن الدولي تحمل مسؤوليته الدولية وتسخير جميع إمكانياته القانونية لردع الدول المعادية و المسئولة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، لحماية الفئات المتضررة من الانتهاكات و تقديم مرتكبيها أمام القضاء الدولي، لكن وكما أشرنا سلفا أن النظام الدولي الحالي يبقى حبيس السلطة التقديرية لمجلس الأمن وكذلك مصالح القوى الكبرى في العالم . يتعامل بانتقائية مع القضايا الإنسانية الدولية و غير الدولية ، حيث يصف وضعا إنسانيا معينا بأنه تهديد للسلم و الأمن الدوليين ، في حين لا يتخذ نفس الموقف في حالة أخرى ماثلة . و خير دليل على ذلك حالة ليبية و سوريا .

في هذا الإطار، وتأسيسا على كل ما سبق ذكره، تطرح تدخلات مجلس الأمن الدولي في مجال القانون الدولي الإنساني إشكالا محوريا يدل على الجدل القانوني المطروح حول محددات مجلس الأمن الدولي في اختيار تدخلاته

1. راجع : - القرار رقم 1970 المتعلق بحالة ليبيا الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 26 فبراير 2011.

- القرار رقم 1973 المتعلق بحالة ليبيا الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 17 مارس 2011.

الإنسانية في مناطق النزاع المسلح، فقد أدرك المتنظم الدولي خطورة النزاعات المسلحة، و رغم الجهد المبذولة، فلا زالت مجموعة من الإشكالات القانونية تقف أمام مجلس الأمن الدولي لإعمال قواعد القانون الدولي الإنساني و التي تحاول أطراف النزاعات المسلحة استخدامها في مواجهته، كمبدأ السيادة و مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية، وإشكالية تعدد المفاهيم و الشروط القانونية التي تميز بين النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية، فعدم احترام قواعد القانون الدولي الإنساني من قبل أشخاص القانون الدولي العام لم تكن مرتبطة بقلة القواعد القانونية الملزمة أو عدم وضووها بل ترجع إلى الأساس إلى عدم رغبتها في احترام القواعد و بعدم توفر آليات قانونية فعالة و ملزمة ، مما يحيلنا إلى إشكال آخر مرتبط بالقانون واجب التطبيق و الم هيئات المتخصصة التي لها شرعية التدخل.

صفوة القول ، إن تطور المبادئ العامة لقواعد القانون الدولي الإنساني في ممارسات مجلس الأمن الدولي عرفت مبدأ التدرج ، جاءت نتيجة التحولات البنوية للمركز القانوني للفرد في القانون الدولي ، بتحرر المفاهيم التقليدية ، و بسبب التغيرات العالمية التي عرفها النظام الدولي في مجال حقوق الإنسان، الذي تطور ليصبح منظومة عالية ، يدخل ضمن محددات النظام العام الدولي ، القائم على الأمان الإنساني بدل الأمان الجماعي ، للمحافظة على السلم و الأمان الدوليين أثناء النزاعات المسلحة.

من الخطأ المفترض إلى الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض)



الأستاذ : مرزوق محمد أستاد جامعي

جامعة سعيدة - كلية الحقوق marzoug20@yahoo.fr

الأستاذة : عيساني رفيقة أستاذة جامعية

جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم بالجزائر rafika44@yahoo.fr

مقدمة :

إن الشروط التقليدية للمسؤولية الطبية، تضع دائماً المدعي المريض المضرور في موقف بالغ الصعوبة، والتناقض. فإذا ثبت اخراجه المرفق الصحي العمومي عن السلوك المفروض عليه بموجب النصوص القانونية، وإنخلاله بواجباته تجاه المرضى الذين يستقبلهم، يقع على عاتق المريض المدعي. وبالإضافة إلى ذلك، فإن أعضاء المهنة الطبية، هم الذين يحتكرون مسألة تعين ما يعد، وما لا يعد من قبيل الخطأ، أو من قبيل الإخلال بالالتزامات الطبية. فهم وحدهم الذين يحددون معايير السلوك الطبي وفقاً لرؤيتهم، وإن لم يكن ذلك وفقاً لمصلحهم. بل أكثر من ذلك، فإنهم يهيمنون على تقدير الواقع من خلال تقديم الخبرة للقاضي، فيما يتعلق بالعمل الطبي محل المسائلة، وعلاقته السببية مع الضرر الحاصل.

بل وقد ضاعف الطلب الحديث هذه الصعوبة، بما ولدته من مخاطر متزايدة للمرضى، ووسائل معقدة للعلاج. هذا ما أدى بالقاضي الإداري إلى إرساء دعائم جديدة تحكم المسؤولية على الأعمال الطبية، وتعفي المريض من عبء إثبات الخطأ في حدود مقبولة تستجيب لمعطيات العدالة، وما تقتضيه من توزيع للمخاطر بين الطرفين. لذلك فإن المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري تجد أساسها هنا إما في فكرة الخطأ المفترض . أو في فكرة المخاطر .

أما في مقام هذه الدراسة سنحاول التطرق بالضبط وبشكل تحليلي إلى فكرة الخطأ المفترض فقط كأساس للمسؤولية الطبية ، على اعتبار أن هذه الفكرة حتى وان عرفت المسؤولية الطبية عدة تطورات – ونذكر هنا على الخصوص القانون الفرنسي الجديد في مجال الصحة، تحت عنوان "قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي" ، وذلك بتاريخ 4/3/2002¹ المعروف باسم قانون (Kouchner) نسبة إلى الوزير الذي تبني هذا القانون، و دافع عن توجهاته الأساسية إلى حين صدوره. حيث ان هذا القانون يمثل مرحلة هامة من مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، بما تضمنه من أحكام في هذا المجال. وقد صدر هذا القانون متضمناً أربعة أبواب: الأول يتعلق بالتضامن تجاه الأشخاص المعاقين(La Solidarité envers les personnes handicapées) ، والباب الثاني خاص بالديمقراطية الصحية(La démocratie sanitaire)، والباب الثالث يتعلق بجودة النظام الصحي (Qualité du système de santé) . أما الباب الرابع من هذا القانون، وهو الأهم فيتعلق بتعويض نتائج المخاطر الصحية (Réparation des conséquences des risques sanitaires) .

إلا انه بالنسبة للخطأ المفترض لا يزال معهولاً به وفق اجتهادات قضائية

الخطأ المفترض.

إن نظرية الخطأ المفترض، تبدو في الحقيقة امتداداً للشروط التقليدية في انعقاد المسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري. فالامر يتعلق دائماً بقيام خطأ مهما كانت طبيعته، أي سواء أكان موجوداً فعلاً، بحيث يكن التعرف عليه، أو الاكتفاء بمجرد افتراضه كونه مجهولاً، ولكن في نفس الوقت، تتميز نظرية الخطأ المفترض عن الخطأ بالمفهوم التقليدي بجموعة من الخصائص والشروط (الفرع الأول). كما قام القاضي الإداري، وعلى الخصوص القاضي الفرنسي، برسم حدود واضحة ل مجال تطبيق هذه النظرية في حالات معينة دون سواها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم الخطأ المفترض و شروط الأخذ به.

كما سبق ذكره، فإن القضاء بصفة عامة، سواء العادي أو الإداري، يتوجه نحو تسهيل شروط انعقاد المسؤولية الطبية، سواء تعلق الأمر بالأطباء الخواص، أو أولئك الذين يمارسون مهامهم في إطار المؤسسات الصحية العمومية. وقد ابتكر عدة مفاهيم، وأنظمة جديدة²، كالالتزام بالسلامة، المعروف خصوصاً في القضاء العادي، وكذا فكرة الخطأ المفترض، أو ما يسمى بالخطأ المضمر، أو المقدر أو الاحتمالي.

فلقد حاول القضاء الفرنسي خصوصاً، التقليل من الصعوبات التي يواجهها المريض، من أجل إقامة الدليل على خطأ الطبيب، أو المرفق الصحي العمومي، وذلك عن طريق استنتاجه لهذا الخطأ من الضرر الحاصل³. أي أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع هذا الخطأ، رغم أنه لم يثبت على وجه قاطع، إهمال الطبيب، أو المرفق الصحي العمومي في بذل العناية الواجبة، أو التقصير في الالتزام بالحالة.

¹ - Loi n°2002-303 , 4 Mars 2002 , relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, J.O. du 5/3/2002,p.4418,Dalloz,2002 , p.1022.

² - MEMETEAU Gerard , Traité de la responsabilité médicale, les éditions hospitalières, 1996. ,p.160.

³ - LAMBERT-FAIVRE , Droit du dommage corporel , 3ème éd , Précis Dalloz, 1996 , p.670.

وتجد هذه الفكرة تبريرها¹، فيما تكشف عنه الممارسات الطبية الحديثة من حالات متعددة، يصاب فيها المريض من دون أن يتمكن من تحديد الخطأ، ليبقى سبب الضرر مجهولاً، وتعجز الخبرة عن كشف هذه الحقيقة. ومادام أن هذه الخبرة مسلنة إلى أطباء، فإنها قد تكون في حد ذاتها منحازة، وغير نزيهة. وهذا من شأنه أن يصعب على المريض، إثبات الخطأ الذي تستند إليه مسؤولية المرفق الصحي العمومي، أو مسؤولية الطبيب في القطاع الخاص.

إن فكرة الخطأ المفترض بالميزات سابقة الذكر، تتضح من خلال استنتاج القضاء للتقصير من مجرد وقوع الضرر، وهذا خلافاً للقواعد العامة التي تتطلب من المدعى، إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه².

وعليه فإن فكرة الخطأ المفترض، ما هي إلا استعمال للقرائن القضائية³. ويظهر ذلك في استعمال القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ الطبي من كافة القرائن، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أهمية الافتراض المتعلق بالخطأ، لا تتجلى فقط في مجرد الاعتراف به، و القول بوجود خطأ، رغم أنه مجاهول من الناحية الواقعية، وإنما الأهمية تظهر حينما يأخذ القضاء بهذه القرينة، و يجعلها بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف المرفق الصحي العمومي⁴. أي أنه يلقي عبء إثبات الخطأ الطبي، على عاتق هذا المرفق. وهو عبء صعب للغاية، نظراً لتعلقه بواقعة سلبية. فلكي يمكن المدعى عليه من التخلص من هذه المسؤولية، عليه إثبات أنه اتخذ جميع الاحتياطيات الالزمة لمنع وقوع الأضرار، وليس هذا فقط، وإنما عليه كذلك، إثبات أن الضرر الواقع، يرجع إلى سبب أجنبي⁵.

لذلك يرى بعض الفقه⁶، أن فكرة الخطأ المفترض، سوف تنتهي عملياً باختفاء المسؤولية القائمة على أساس الخطأ. وبالتالي تصل إلى تكريس نوع من المسؤولية دون خطأ⁷.

¹ - وليد غمرة ، مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، مانتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي:1804-2004، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2005. ، ص.263.

² - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.95.

³ - طاهري حسين ، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة،دار هومه،الجزائر، 2002. ، ص.20.

⁴ -MM. HANNOUZ AR.HAKEM , Précis de Droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du Droit, O.P.U., 2000.., p.141.

⁵ - مصطفى الجمال ، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2004. ، ص.111.

⁶ - LAMBERT-FAIVRE , Droit du dommage corporel, précis Dalloz, 3^{ème} éd, 1996.. , p.672.

⁷ - « La responsabilité sans faute et sa cousine la présomption de faute sont de pure notions de droit administratif permettant un biais d'indemnisation de l'utilisateur du service public..... », Pierre VAYRE , Du risque au dommage : les frontières aléa/faute en responsabilité médicale,B.A.N.M., n°1, 2000, séance du 25janvier 2000, p.128.

في هذا الصدد يقول الأستاذين MM.J-P JOUGUELET et F.LOLOUM بشأن الخطأ المفترض و قوة ارتباطه بنظرية المخاطر:

« Même , Si le régime de responsabilité est toujours celui de la faute , l'établissement public est en fait placée dans la même situation que si la responsabilité était engagée sur la terrain du risque en cas de préjudice exceptionnel . » , Cité par Marcel SOUSSE , مع العلم أن كلا النوعين من المسؤوليتين . La notion de réparation de dommages en Droit administratif Français, L.G.D.J., Paris, 1994 . . , p.434. في الحقيقة مختلفتين على اعتبار أن قرينة الخطأ المفترض، هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها ، بينما نظرية المخاطر لا تتضمن هذه القرينة البسيطة .

هذا و تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري الفرنسي، قد اعترف بوجود نظرية الخطأ المفترض في سنوات الخمسينيات¹. و مع ذلك فإنه لم يأخذ بهذه النظرية بنفس مصطلحاتها مثل القاضي العادي (*Res ipsa loquitur*)، وإنما كان ينسب الضرر الحاصل للمريض إلى التنظيم، والتسيير المعيب للمرفق الصحي العمومي². على أنه لتمكين المريض من الاستفادة من التعويض، لابد من توافر شرطان أساسيان وهما :

- استحالة إثبات الخطأ الذي ترتب عليه الضرر.
- عدم توقع الأضرار. إن الأضرار الحاصلة هنا توصف بأنها غير متوقعة، بحيث لا يمكن تطبيق المفاهيم، والأصول الطبية المكتسبة عليها. بل أكثر من ذلك، فإن هذه الأضرار توصف بأنها "غير عادية جدا" بالنظر إلى ما هو متوقع حصوله، من خلال إقامة المريض في المؤسسة الصحية العمومية، أو من خلال نتائج العلاج الذي قدمته هذه المؤسسة³، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بأعمال علاجية ذات طابع بسيط و سهل (*Bénin*)⁴.

إذا توافت هذه الشروط، يقضي القاضي الإداري بقيام مسؤولية المرفق الصحي العمومي، على أساس خطأ بسيط مفترض. ولقد كان القاضي يستعمل في البداية مصطلح: الضرر الذي يرجع إلى سوء تنظيم المرفق العمومي، و الذي من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة.

« Le dommage révèle un fonctionnement défectueux du service public, de nature à engager la responsabilité de l'administration. »

ثم أصبح يستعمل عبارات أخرى، يظهر من خلالها إشارة واضحة لعنصر الخطأ و هي: الضرر الذي يكشف عن خطأ في تنظيم أو في سير المرفق. وهي العبارة التي تظهر في العديد من القرارات القضائية الإدارية الفرنسية⁵.

« Le dommage révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service. »

وهكذا، عندما يقيم القاضي الإداري قرينة على وجود الخطأ الذي يؤدي إلى قيام مسؤولية المرفق الصحي العمومي، فإن هذا يعد بثابة دليل واضح على أن هذه العملية تتطلب دراسة معمقة لكل المعطيات الواردة أمامه، على أساس أنه لا يوجد أي تشابه بين مختلف الحالات المعروضة أمامه، و المتعلقة بالمسؤولية الطبية خصوصا.

¹ - C.E. , 7 Aout 1958 , Dejous ,Rec., p.158 ; 2 Novembre1958 , Russot ; 9 Janvier 1959 , Hospices civile de BLOIS , Rec., p.801.

² - MEMETEAU Gerard , op.cit. , p.160.

³ - Jean PENNEAU , La responsabilité du médecin, 2^{ème} éd, Dalloz, 1996. , p.61.

⁴ - هذا و تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ Jean PENNEAU قد رفض هذا الشرط الثاني و المتمثل في شرط الأعمال العلاجية. وفي مقابل ذلك يضيف بعض الفقه أمثال Fabienne QUILLERE-MAJZOUB شرطا ثالثا و المتمثل في أن يكون هناك عدم وضوح علمي لأسباب نشوء الصفة الخطيرة للضرر. مأخوذ عن . , p.574. المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي، الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

⁵ - « Le dommage subit par un usager d'un établissement hospitalier public révèle, par le seul fait qu'il se soit produit , l'existence d'une faute commise à l'occasion des soins qu'ils lui sont prodigues dans le seul cas ou , bien que la preuve n'ait pu être apportée , il a été nécessairement provoqué par une mauvaise organisation, ou un fonctionnement défectueux du service , compte tenue de l'état des connaissances scientifiques et des règles médicales ... », C.E. , 23 Février 1962, cité par MEMETEAU Gérard , op.cit. , p.160.

و بالإضافة إلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي حسب بعض الفقه¹، حاول قدر المستطاع خلال فترة معينة، الإبتعاد عن نظرية المسؤولية بدون خطأ، ليتبني في مكانها المسؤولية على أساس الخطأ المفترض. و يقدم هذا الفقه مثلاً عن ذلك بشأن قضية تعرضت فيها امرأة حامل لشلل في أطرافها السفلية، على إثر جرعتين مضاد حيوى. وقد ذهب تقرير الخبرة إلى صحة التشخيصات الطبية وسلامة عمليات الحقن، واتباعها للأصول الطبية. وعلى هذا الاعتبار قررت المحكمة الإدارية² لمدينة باريس بشأن هذه القضية: " بأن الأضرار التي تعاني منها المريضة، وبسبب الواقع التي كانت الأصل في هذه المشاكل وفي جسامتها، فإن مسؤولية الإدارة العامة للمساعدة الطبية لمدينة باريس، تعد قائمة رغم غياب أي فعل من شأنه أن يكشف عن خطأ في سير وتنظيم المرفق العمومي ". وهكذا نلاحظ بأن قاضي الدرجة الأولى، أشار بوضوح إلى وجود مسؤولية بدون خطأ. ولكن عند تتبع بقية مراحل القضية، نجد بأن مجلس الدولة، قام رغم ذلك بإلغاء هذا القرار ، ليس على أساس أنه لا توجد أية مسؤولية، وإنما على أساس أن نظرية المخاطر، لا محل لها في هذه القضية. ولقد جاء في حيشه³: "...إن مسؤولية المرفق الصحي العمومي، تعد قائمة على أساس الخطأ المفترض، وذلك بالنظر إلى علاقة السببية المؤكدة بين عملية حقن المضاد الحيوى و الشلل الذي تعرضت له المريضة. وعلى أساس أن تلك العملية تشكل نوعاً من أعمال العلاج العادي و البسيطة .." وهو ما يمكن معه استخلاص الأضرار الواقعية، قد كان أساسها خطأ في تنظيم وعمل جهة المرفق الصحي العمومي .

إن افتراض الخطأ بالشكل السابق ذكره، يتطلب إثبات العلاقة السببية⁴ بين إقامة المريض المضرور في المؤسسة الصحية العمومية، و الضرر الذي يطالب هذا الأخير بتعويضه⁵. أي أنه لا مجال لقبول افتراض العلاقة السببية بين تواجد المريض في المرفق الصحي العمومي، والضرر الحاصل له. فلقد حدد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 25/1/1974⁶ بشكل واضح هذه المسألة. ولقد كان ذلك بشأن واقعة أدخل على إثرها طفل تعرض لجرحه، لجرحه، إلى قسم من المستشفى العام، كان يقيم فيه شخص آخر، مصاب بشلل الأطفال. و أثناء تواجده في هذه المؤسسة الصحية، أصيب ذلك الطفل هو الآخر بنفس المرض. وقد ثبت أمام القضاء الإداري، أن كافة الاحتياطيات الخاصة بالعزل قد اتخذت من طرف الهيئة الطبية، من دون أي تقصير، أو إهمال. وفي نفس الوقت، لا يوجد ما يؤكّد بأن الطفل قد أصيب بهذا المرض، أو الضرر قبل أو بعد دخوله المستشفى العام.

هذا ما جعل مفهوم الحكومة، بشأن هذه القضية يطالب بتثبيت الحق في التعويض للطفل المضرور، على أساس أن المرض الذي أصيب به هذا الطفل، يرجع لعدوى انتقلت إليه مجرد تواجد هذا الأخير، إلى جانب الشخص الآخر الذي كان مصاباً بمرض شلل الأطفال، و مقيماً معه في نفس الغرفة. هذا ما يؤدي إلى القول بافتراض العلاقة السببية بين الإقامة في المستشفى العام، و ظهور المرض الذي أصبح يعاني منه الطفل. إلا أن مجلس الدولة رفض اتباع

¹ - Jean PENNEAU , op.cit. , p.62.

² - Arrêt sans références cité par Jean PENNEAU , op.cit. , p.62.

³ - Ibid.

⁴ - Jean PENNEAU , op.cit , p.63.

⁵ - يجب التأكيد هنا أن إثبات علاقة السببية المقصودة ، هي تلك المتعلقة بالعلاقة التي تربط بين الإقامة في المرفق، والضرر الحاصل، وليس بين العمل الطبي أو العلاج الذي ينلاقاه هذا المريض، و الضرر الحاصل . لأنه في هذه الحالة الأخيرة فإن افتراض العلاقة السببية بين العمل والضرر ممكن. بل أكثر من ذلك، يعد نتيجة منطقية لنظرية الخطأ المفترض، و هو ما يعرف كذلك بنظرية العلاقة السببية المفترضة مأخذ عن. Jaque MOREAU-Didier TRUCHET , Droit de la santé publique , 6^{ème} éd, Dalloz, 2004. , p.230.

⁶ - C.E. , 25 Janvier 1974, Sainte Marthe d'Avignon , Rec., p.958.

هذا الرأي، و بالتالي رفض طلب التعويض، مؤكدا على عدم مد قضائه الذي يفترض الخطأ، ليشمل افتراض العلاقة السببية أيضاً. كما رفض في نفس الوقت تقرير مسؤولية المراقب الصحية العمومية دون إثبات الخطأ. لكن هذا الرفض، لم يدم طويلا، حيث انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى قبول المسؤولية غير الخطئية استجابة لمقتضيات حماية المرضى المضطربين، كما ستتم دراسته لاحقا.

وعلى العموم فإنه بوجوب نظرية الخطأ المفترض، يقوم القاضي الإداري خصوصا، بافتراض خطأ في تنظيم وسير المرفق الصحي العمومي، لما يلاحظ وجود ضرر غير عاد وخطير نتج عن عمل علاجي بسيط². وباستنتاجه لهذه العلاقة السببية، يكون قد ألقى الالتزام بالتعويض (*ipso facto*) على عاتق إدارة المرفق الصحي العمومي³. وأنه في الحقيقة يعد تعويضا آليا بمجرد وقوع الضرر. هذا ما يؤدي إلى القول بأن نظرية الخطأ قد وصلت إلى أدنى درجاتها، فمن خطأ جسيم، إلى خطأ بسيط، ثم إلى خطأ مفترض.

إن هذه الفكرة تكشف عن إدراك القضاء لقصور القواعد التقليدية في توفير الحماية للمريض، في مواجهة ما ترتب على العمل الطبي من تطورات. ولكن تجدر الإشارة في نفس الوقت- مadam أننا بصدق التكلم عن اتجاه يؤيد فكرة الخطأ المفترض - إلى أنه يوجد في المقابل اتجاه آخر انتقد هذه الفكرة⁴، متمنيا اختفاءها من المجال الطبي، وذلك لقيامها على تفسير بمفهوم المخالفة، وتجاوزها لمعيار الخطأ الطبي.

ولكن على الرغم من ذلك، فإن الاتجاه الراجح في الفقه⁵، يعتبر بأن فكرة الخطأ المفترض، سواء في القانون الخاص أو القانون الإداري، لا حدود لأهميتها، ودورها في إرساء حق المضطربين المرضى من التعويضات. خصوصا لما يتعلق الأمر بالمرافق الصحية العمومية، أين نجد علاقة خصومة غير متوازنة لصالح المدعى عليه أي المرفق العمومي. كما أن هذه الفكرة، تبدو متماشية أكثر مع مفاهيم القانون الإداري، مadam أن طبيعة مهام القاضي الإداري في حد ذاته، هي استقصائية، على خلاف القاضي المدني. مما يسمح له بتكليف إدارة المرفق الصحي العمومي بإثبات الإثبات على التزامه بأداء مهامه، وواجباته تجاه المرضى المقيمين على مستوى⁶.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية الخطأ المفترض.

سنحاول هنا تحديد نطاق نظرية الخطأ المفترض، من خلال الوقوف على حالات معينة للأضرار الواقعية في المؤسسات الصحية العمومية، والتي أقر القاضي الإداري بقيام المسؤولية بشأنها. على أن ما يلاحظ على هذه الدراسة، هو أنها ستتشتمل في الغالب أمثلة قضائية فرنسية، وذلك على اعتبار أن القضاء الإداري الجزائري، لا يأخذ

¹ - Cité par Jean PENNEAU , op.cit. , p.64.

² - Anne Marie-DUGUET, La faute médicale à l'hôpital, 2^{ème} éd, Berger Levraud, 2000.., p.177.

³ - C.E. , 13 Juillet 1966 , ETIENNE , R.D.P., n°6, 1966,p.1188.

⁴ - حيث يذكر الفقيه أحمد شرف الدين في هذا السياق : " بأنه ليس بها من صنف الخطأ ومضمونه إلا الإسم، وأن الأمر لا يعدو أن يكون استعمالا لوسيلة خلاة لمصلحة المضطرب على حساب القواعد القانونية "، أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص.82. ولا بأس من الإشارة كذلك في هذا المجال، إلى توجه حديث محكمة النقض الفرنسية في 1998/5/7، حيث أدانت الجوء إلى هذه الفكرة، و أعادت التذكير بوجوب وجود خطأ ثابت وفق ما تقصي به القواعد العامة في المسؤولية. واعتبرت بأن فكرة الخطأ المفترض، هي فكرة مغلوطة (*erroné*). مأخوذ عن وليد غمرة ، المرجع السابق ، ص.266.

⁵ - وليد غمرة ، المرجع السابق ، ص.264.

⁶ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.95.

بنظرية الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية الطبية¹، وما يؤكد قولنا عبء إثبات الخطأ الذي يلقى القاضي في كل مرة على عاتق المدعي، أي المريض المضرور. و بالتالي إذا كنا أمام حالة إصابة المريض بأضرار وقت إقامته على مستوى المؤسسة الصحية العمومية، دون أن يتمكن من تحديد الخطأ نظراً لكونه مجهول، فإن هذا المريض يفقد حقه في التعويض. وهذا ما نلتمسه في الكثير من القرارات القضائية.

فلقد جاء في حيثيات قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2002/4/2² مaily: "...حيث يتبيّن من الوثائق المرفقة بالملف، بأن المستأنف عليها، كانت تعالج من ورم خبيث منذ مدة معتبرة...من أطباء مقيمين بداخل وخارج الوطن. وحيث أن الخبرة المنجزة، بناء على القرار الصادر قبل الفصل في الموضوع بتاريخ 1998/5/12، وكذلك الخبرة التكميلية، تبيّن بأن المستأنف عليها، قد تلقت علاجاً بالأشعة بكمية أكثر من الكمية المعتادة، إلا إنها لم تبيّن النسبة المعمول بها طيباً. كما أن الملف حال من أية شهادة تبيّن إقامة المستأنف عليها بالمستشفى المستأنف أو حتى اسم الممرضة أو الطبيب المعالج. وحيث أنه كان على قضاة أول درجة أن يتحروا أكثر قبل الفصل في الموضوع نظراً لأنعدام أي دليل يثبت ادعاء المستأنف عليها في تحويل مسؤولية الضرر الذي لحقها، مما يستوجب إلغاء القرار المستأنف لأنعدام هذا الدليل الذي يبيّن مسؤولية المستشفى...".

إن ما يمكن ملاحظته على هذا القرار، هو أنه يتضمن جانباً من الصواب وفقاً للمفاهيم التي سبق ذكرها، وتمثلة أساساً في أن علاقة السببية بين إقامة المريض بالمرفق الصحي العمومي، والضرر هي علاقة واجبة الإثبات، حتى وإن كان القاضي الإداري يأخذ بالخطأ المفترض. وهذا حتى يتسمى لنا القول، بأن الضرر الذي أصيب به المريض، تعلق بعده لحنته، أو علاج خضع له، يكون قد حصل خلال إقامته بالمؤسسة الصحية المعنية، وليس قبل دخوله إليها. وهذا ما ركز عليه القاضي في حيثيات هذا القرار.

ولكن ما يعبّر على هذا القرار من جانب آخر، أنه لا يكتفي فيه القاضي الإداري بالمطالبة بإثبات هذه العلاقة، وإنما يلغى القرار المستأنف فيه لأنعدام الإثبات الذي يبيّن مسؤولية المستشفى، المتمثل أساساً في الإتيان بالدليل بأن العمل الطبي قد قام به طبيب معروف، أو مرضية معروفة. وكذلك بتوكيل المريض بتحديد ماهي نسبة الأشعة المعمول بها. وهكذا فإذا كانت نظرية الخطأ المفترض تفترض أن يكون هناك خطأ، رغم أنه مجهول من الناحية الواقعية، فكيف يمكن تحديده و معرفته بالضبط؟. وأكثر من ذلك، كيف يمكن معرفة الطبيب الذي ارتكبه؟ هذا كله يبيّن أن القاضي الإداري الجزائري، لا يأخذ بهذه النظرية، وإنما يلقي عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور³.

¹ إن هذه الوضعية نلمسها من خلال دراسة القرارات القضائية. كما أن الدراسة الميدانية التي قمنا بإجرائها يوم 19/10/2006 عند تنقلنا إلى المستشفى الجامعي بمدينة (و) بيّنت لنا بعد طرح مجموعة من الأسئلة في هذا المجال – خصوصاً الاستفسارات التي تم توجيهها إلى أشخاص قانونيين يعملون بإدارة المستشفى – بأن إدارة هذا المرفق العمومي حينما تكون في نزاع معين مع المرضى المضرورين من الأعمال الطبية، فإنها تدفع دائماً بوجوب إقامة الدليل على وجود الخطأ الطبي من طرف المضرور، وأن القاضي الإداري يسايرها دائمًا في ذلك.

²- مجلس الدولة الجزائري ، الغرفة الثالثة ، ملف رقم 6641 ، قرار صادر بتاريخ 2003/2/4 ، قضية المركز الاستشفائي الجامعي (م) ضد (س.ت.)، القرار غير منشور .

³- إن عدم قيام المريض المضرور في هذه القضية بإثبات العلاقة السببية بين إقامته في هذا المستشفى و الضرر الذي قد حصل له كاف القول بعدم قيام مسؤولية إدارة هذا المرفق. وذلك دون حاجة للبحث عن الدليل الذي يثبت مسؤولية المستشفى. كما أنه يمكن استخلاص بعض التناقضات في حيثيات هذا القرار. فهو من جهة يستند إلى الخبرة التي لم تبيّن نسبة الأشعة المعمول بها طيباً، مع العلم أن هذه الخبرة، تتصبّ على إعطاء رأي حول العلاج الذي قدمه هذا المستشفى العام. ومؤدى ذلك أن القاضي الإداري مقتنع بأن المريض خضع للأشعة في المستشفى، أي أنه كان مقيناً فعلاً على مستوى هذه المؤسسة الصحية العمومية. ومن جهة أخرى هناك إشارة من القاضي في نفس القرار إلى انعدام شهادة الإقامة في هذا المرفق الصحي العمومي، بل أكثر فقد رفض اتخاذها كحجّة للقول بانتفاء مسؤولية المستشفى العام .

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، فإنه لم يستعمل تقنية الخطأ المفترض في بداية الأمر، إلا في نزاعات محدودة جدا¹ وذلك مثلاً في :

- حالة الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري²، وهذا قبل أن يتدخل المشرع الفرنسي في مجال التلقیحات الإجبارية، لإقرار التعويضات لصالح المضروبين.
 - حالة الحوادث المتعلقة بعدوی، أثناء إقامة المريض بالمرفق الصحي العمومي³. مع الإشارة بأن الخطأ المفترض، لا يتعلق بكل أنواع العدوی التي قد يتعرض لها المريض بالمرفق الصحي العمومي⁴.
 - كذلك بعض الحوادث التي قد تحصل بناءً على إقامة في المؤسسة الصحية، من ذلك مثلاً الحرائق⁵. هذا عن الأمثلة التي تضمنتها القائمة المحددة التي كان يطبق عليها القاضي الإداري نظرية الخطأ المفترض. إلا أن هذا القاضي توسع في هذا الصدد، ليطبق هذه النظرية على حالات أخرى وذلك مثلاً:
 - حالات مراقبة المرضى عقلياً⁶.
 - حالات العمل الطبي المرتبط مباشرةً بالوسائل المادية التي يوفرها المرفق الصحي العمومي⁷.
- Infections nosocomiales
- حالة إصابة المرضى بتعفنات ما بعد العمليات الجراحية، أو العدوی الجرثومية⁸. فهنا يظهر بأن الخطأ المفترض، لا يختص فقط بالأعمال العلاجية، ذلك أن القاضي الإداري يطبق هذه النظرية حتى ولو ادعى المرفق بأنه اتخذ جميع الاحتياطيات الالزمة المتعلقة بالتعقيم⁹.
 - كما أن القاضي الإداري، افترض وجود خطأ بسبب الأضرار التي لحقت المريض على مستوى مصلحة استشفائية. حيث كان هذا الشخص، بقصد معالجة كسر أصيب به، ولكن تسبب المستشفى العام في ضياع الصور الشعاعية، الشيء الذي أدى إلى عدم تمكن المضروبي، ولا الخبر، ولا حتى القاضي من معرفة أصل الخطأ. هذا ما جعل القاضي يفترض وجود خطأ، ويلزم المؤسسة الصحية العمومية بالتعويض¹⁰.

¹ - Cité par Fabienne QUILLERE-MAJZOUB , op.cit. ,p.577.

² - C.E . , 7 Mars 1958 ,Dejous , Rec.,p.158.

³ - C.E., 23 Fevrier1962 , Meyer , Rec., p.640.

⁴ - C.E. , 25 Janvier 1974 Sainte Marthe d'Avignon , Rec., p.64.

⁵ - C.E. , 13 Juillet 1961 , De Blois , Rec ., p.1175.

⁶ - C.E. , 12 Decembre 1979 , CH de Sevrey , Rec., p.464.

⁷ - C.E. , 1 Janvier 1989 , Epoux peyers , Rec., p.65.

⁸ - C.E. , 9 Decembre 1988 , Cohen, Rec., p.431.

⁹ - تجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري في هذه المسألة هو الأول من أقر بمسؤولية المرفق الصحي العمومي ، على هذا الأساس. أما القضاء العادي فإنه لم يأخذ بهذه المسؤولية إلا ابتداء من سنة 1996 بصدر المسؤولية عن العدوی الجرثومية في العيادات الخاصة. وكان ذلك في قضية : Cass,civ 21 Mai 1996, Bonnini/

clinique Bouchard, Bull, civ., n°219. ولا يأس أن نذكر بأن هذا النوع من الأمراض يصاب بها المريض الذي يكون عادة يتلقى العلاج على مستوى المؤسسة الصحية، وبالضبط بصدر إجراء عملية جراحية. وفي العادة إن هذه الأمراض تتسبب فيها جرائم تنتج عن استعمال أدوات جراحية غير معفمة بشكل جيد.

¹⁰ - « Un hôpital ,dont la responsabilité est recherchée à raison des conséquences du traitement d'une fracture , ne saurait invoquer la circonstance qu'il a égaré le dossier radiographique du patient pour soutenir qu'aucune faute n'établie dans la conduite des soins, ayant privé le requérant,l'expert,et le tribunal de documents indispensables pour établir la faute éventuellement commise , il doit au contraire rapporter la preuve de l'absence de nature à engager sa responsabilité » , T.A de Clément ferrand. , 27 Février 1990,

القرار مأخوذ عن محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانوناً فقهاً وقضاءً)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2003. ص.156.

- الحالة التي أصيب فيها شخص باضطرابات عصبية وشلل أحد أطرافه، بعد عملية حقن قامت بها الممرضة.¹

- و نفس الشيء يطبق في مجال إعلام المريض عن أخطار العمل الطبي الذي يخضع له. وعلى العموم كل المعلومات التي تتعلق به، حيث أن القاضي الإداري إلى فترة معينة، كان يعتبر أن الأخطاء المتعلقة بالأعلام، و رضا المريض، هي مرتبطة أساساً بالسير المعيب للمرفق الصحي.²

ولكن بصدور قرارات مجلس الدولة الشهيرة سنة 2000 - و التي سبقت دراستها- أصبحت الأخطاء التي تقع في هذا المجال، تعد أخطاء مفترضة. ومعنى ذلك، أنه في كل الأحوال، تكون المؤسسات الصحية العمومية مكلفة بإعلام مرضاهما في ظروف تمكن من الحصول على الرضا المتبصر لهؤلاء المرضى، وذلك من أجل إيفادهم بالعلاج الطبي، فيما عدا حالة الرفض الصريح أو الحالة الإستعجالية، أو حالة الاستحالة المطلقة. وهكذا يقع عبء إثبات الإعلام على عاتق المرفق، وبكافأة وسائل الإثبات، مما أدى ببعض المستشفيات العامة إلى توفير مطبوعات إعلامية مسبقة واستعمالها كدليل لاحق.

و رغم التوسع الذي عرفه القضاء الإداري في مجال الأخذ بنظرية الخطأ المفترض، إلا أن هذا لا يعني بأن هذه النظرية أصبحت قابلة للتطبيق على المزيد من الحالات الأخرى، من دون أن يكون لذلك حدود.³ فلقد استبعد القضاء الإداري مفاهيم الافتراض بالنسبة لعمليات التخدير. فمثلاً لم يستند القاضي الإداري على وجود خطأ مفترض، من أجل ضرر حصل بمناسبة عملية تخدير عامة.⁴ ذلك أن هذا النوع من العمليات لا يعتبر من الأعمال العلاجية ذات الطابع البسيط و السهل. وعلى هذا الأساس، فإن التوجه القضائي في هذا المجال، في حالة وقوع أضرار استثنائية و خاصة، عوض الأخذ بالخطأ المفترض، أصبح يأخذ بنظرية المخاطر لتبني مسؤولية المرافق الصحية العمومية.

وعلى أية حال فإن فكرة الخطأ المفترض، لم تكن السبيل الوحيد الذي عمل به القاضي الإداري، في سبيل الحد من الإسناد المبدئي، لعبء إثبات الخطأ الطبي، و إلقاءه على عاتق المريض المتضرر من النشاط الطبي. بدليل أن القضاء قد جأ، مؤيداً من الفقه، إلى أدوات قانونية أخرى.⁵ و يبدو أن السبب في ذلك قد يرجع إلى كون فكرة الخطأ المضمر، أو المفترض، غير محددة بشروط معينة. وإنما بالعكس من ذلك يغلب عليها الطابع "الإحتمالي". وعلى هذا الأساس عمد القضاء الإداري، على تطبيقها في حالات محددة دون سواها. نظراً لما قد يتربّع على إعمالها، من نتائج خطيرة تعود في الأخير بالضرر على المؤسسة الصحية العمومية، التي قد تُخبر بمقتضى ذلك، على تحمل مسؤولية كل الأخطاء التي تحصل على مستواها متى كانت هناك صعوبة في اكتشاف مصدر تلك الأخطاء.

¹ - C.E. , 20 Juillet 1988 , cité par MALICIER, Responsabilité médicale –données actuelles-, Eska, France, 1998.., p.47.

² - C.E. , 1 Mars 1989 , Clémance , Rec., p.266.

³ - Fabienne QUILLERE-MAJZOUB , op.cit .,p.573.

⁴ - C.E. , 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert D'Arles , R.F.D.A ., n° 1 , 14/1/ 1997, p.1016.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.117.

قائمة المراجع:

الكتب و المقالات باللغة العربية:

- طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دار هومه، الجزائر، 2002.
- مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، الجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المؤلولة الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في الجل الطبي، دار الجامعة الجديبة، الإسكندرية، 2006.
- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانوناً فقهياً وقضائياً)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- وليد غمرة ، مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي: 1804-2004، أعمال الندوة التي عقدها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

الكتب و المقالات باللغة الفرنسية:

- Anne Marie DUGUET, La faute médicale à l'hôpital, 2^{ème} éd, Berger Levraud, 2000.
 - LAMBERT-FAIVRE , Droit du dommage corporel , 3^{ème} éd , Précis Dalloz, 1996
 - M.M.HANOUZ et H.R.HAKEM, Précis de Droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du Droit, O.P.U., 2000.
 - MALICIER, Responsabilité médicale –données actuelles-, Eska, France, 1998.
 - Gérard.MEMETEAU, Traité de la responsabilité médicale, les éditions hospitalières, 1996.
 - Jaque MOREAU et Didier TRUCHET, Droit de la santé publique, 6^{ème} éd, Dalloz, 2004.
 - Jean PENNEAU, La responsabilité du médecin, 2^{ème} éd, Dalloz, 1996.
 - Fabienne QUILLERE-MAJZOUN, La responsabilité du service public hospitalier,
- المجموعه المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المؤلولة الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي، الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- Marcel SOUSSE, La notion de réparation de dommages en Droit administratif Français, L.G.D.J., Paris, 1994 .
 - Pierre VAYRE , Du risque au dommage : les frontières aléa/faute en responsabilité médicale,B.A.N.M., n°1, 2000, séance du 25janvier 2000, p.128.

نحو مقاربة جنائية ثربوية جديدة للنهوض بالحدث المغربي



دراسة من إعداد : الأستاذ الحسين وبأ

ماستر الطفولة وقضاء الأحداث طنجة

تهيد :

تشكل ظاهرة جنوح الأحداث خطورة كبيرة في العالم بأسره، إذ أنها تمثل تهديدا لأمن المجتمع واستقراره وخططاته التنموية وبنائه الأسري، وقد استأثرت اهتمام الخليلين والأخصائيين الاجتماعيين والنفسانيين ورجال القانون، نظرا لما أصبحت تشكله شريحة الأحداث الجانحين من خطر على نفسها وعلى المجتمع برمته، لدرجة أصبح يستحيل استيعابها واحتواها داخل محيطها الأسري. وظاهرة جنوح الأحداث لا يوجد لها سبب واحد يؤدي بهم إلى الانحراف، وإنما توجد عوامل مختلفة ومترابطة تضغط باستمرار وبعنف لتعطي في الأخير إنسانا متذمرا يقوم بجموعة من الأشياء، وهذه العوامل منها ما هو اجتماعي، ثقافي، وتربوي. وهذا ما يؤدي بهم إلى الشعور بعدم فائدتهم وجدواهم وأيضا عدم فعاليتهم داخل محيطهم الاجتماعي.

وباعتبار الأحداث عماد المستقبل للمجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة، فقد بات لزاما الاهتمام بهذه الظاهرة وبدل كل الجهود لإيجاد الحلول الملائمة للقضاء عليها، لأن الحد من جنوح الأحداث جزء جوهري من منع حدوث الجريمة.

ورغم عملية التغيير الاجتماعي المتلاحم التي شملت المجتمعات قديها وحديثها، فإن ظاهرة الإجرام في المجتمع، ما زالت محل اهتمام علماء القانون والاجتماع وعلم النفس، لما تثيره من اضطراب في العلاقات الإنسانية من إهانة للقيم والعادات السائلة وتهديد لسلطة الدولة والقانون. وقد اتخذ هذا التطور أشكالا مختلفة وخاصة بالنسبة للصغار والشبان المذنبين حيث حل الصلاح والتأهيل محل المعاملة العقابية¹. لأن الدراسات والبحوث والاختبارات

1- sutherland:cressey:principes de criminologie Paris 1960. p:417

العلمية قد دلت على أن الجريمة أكثر ما تكون شيوعا بين الصغار، وأن معظم الجرميين البالغين قد بدأوا حياتهم الإجرامية منذ سن الحداثة¹.

وما لا شك فيه أن إجرام الأحداث ظاهرة اجتماعية عاشت في كل مجتمع واحتللت نظرة التاريخ الاجتماعي إلى هذه المشكلة، فقد يليها اعتبار الحدث المنحرف مجرما وانه يستحق العقاب ولا سبيل إلى إصلاحه إلا بالبتر، حتى لا يصاب المجتمع باختلال توازنه. أما المجتمعات الحديثة فقد أدركت أن الأحداث غالبا هم ضحية ظروف اجتماعية أدت بهم إلى الانحراف وسوء التكيف، وأن تهيئة الظروف الاجتماعية وتدعيمها بالقومات الصالحة لتنشئتهم في عطف وحنان هي الحفاظ الحقيقي لقواهم وانطلاقهم نحو غایات اجتماعية صالحة². وقد ازدادت هذه المشكلة خطورة في هذا العصر نتيجة للتقدم الحضاري والصناعي الحديث وخاصة في المجتمعات النامية، كما كان له أثره على كيان الأسرة وتماسكها، وعلى ازدياد مطالبات الفرد وتعرضه لمغريات البيئة وغلاء المعيشة، فضلا عن المشكلات التي نتجت عن هذه الأوضاع كمشكلات العمل والبطالة والهجرة والإسكان وغيرها والتي هيأت فرصا جديدة لأنحراف الصغار وارتفاع نسبة إجرامهم.

فالأحداث هم نواة المجتمع البشري، ومرحلة الحداثة يتوقف عليها إلى حد بعيد بناء شخصيتهم وتحديد سلوكهم في المستقبيل. وأي جهد يوجه لرعايتهم وحمايتهم هو في نفس الوقت تأمين لمستقبل الأمة وتدعيم لسلامتها. لذلك تعتبر رعاية الأسرة والطفلة العملية البناء والأساسية في أي مجتمع يسعى إلى تحقيق التطور المتوازن بعيد عن الانحرافات والعلل الاجتماعية، وال قادر على الابتكار والتجدد والتمسك بالقيم والأخلاق الفاضلة³.

وعموما فإن ظاهرة إجرام الأحداث تكمن أهميتها لكونها تتناول بالدرس والتحليل طاقات بشرية في المجتمع انحرفت في مرحلة مبكرة، وباتت تهدد كيانه بالتفكك وتعرض حياة أفراده وسلامتهم وأعراضهم وأموالهم للخطر. وهي من ناحية أخرى تجعل من هذه الفتنة قوى معطلة وغير منتجة، بحيث تصبح عالة على كاهل المجتمع. هذا فضلا عن أن الظاهرة تعني أيضا أن هناك قصورا من الأسرة والمجتمع في توجيهه ورقابة جيل ينمو، وهي تعني من ناحية أخرى أن عملية التطور الثقافي والحضاري صادفت عائقا ما في وجهها. وقد دلت الإحصاءات أنه رغم نقص نسبة معدل المواليد فإن هنالك زيادة ملحوظة في نسبة الإجرام عند الأحداث، وهذا يعني بشكل أو بآخر أن هذه المشكلة لا تنفصل عن سياسة الأسرة والجماعة. وتبدو انعكاسا طبيعيا للحياة العصرية وما يشوبها من سوء التنظيم الاقتصادي والاجتماعي وتفكيره بناء الأسرة المادي والمعنوي، وما يتبعه من انحلال في القيم الدينية والأخلاقية.

والغرب بدوره لم يكن بمنأى عن هذه المعضلة واكتواه بنارها، وقد جاء ذلك بعد فرض الحماية الفرنسية سنة 1912، التي أحدثت تقلبات كبيرة زعزعت البنية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمجتمع المغربي، وقوضت عليه بعض مقوماته الاجتماعية: كتماسك الأسرة والتآزر بين أفرادها. آنذاك شكل جناح الأحداث بال المغرب موضوعا جديدا استأثر باهتمام بعض الباحثين أجنباء ومحاربة تناولوا مختلف الأسباب والعوامل التي تؤدي بالأحداث إلى الجنوح وتحليل جنائهم من الناحية الكمية والكيفية بالاستعانة ببعض الإحصائيات التي كانت تصدرها إدارة الحماية الفرنسية عن الموضوع أو "إحصائيات القطاع المسؤول عن الشبيبة بالغرب"، الذي أصبح يصدر - ومنذ 1947 -

¹- الدكتور سعدى بسيسو : محاكم الأحداث و المدارس الإصلاحية (بغداد 1949) ص:1

²- محمد طلعت عيسى ، عبد العزيز فتح الباب ، عدلي سليمان: الرعاية الاجتماعية للأحداث المنحرفين (القاهرة) ص:3.

³- الدكتور أنور محمد الشرقاوى: انحراف الأحداث ، القاهرة: 1977، ص:5.

إحصائيات عن جناح الأحداث وإن كان ذلك بصفة غير مسترسلة، ودون إعارة الاهتمام لجناح الفتيات القاصرات. لكن الاهتمام بجرائم النساء أصبح من المواضيع الجديلة منذ بداية السبعينيات بعد ظهور عشرات البحوث والمؤلفات التي تناولت بالدراسة معدلات جرائم المرأة وأنمطها وأسبابها، ويريد المهتمون بهذا المجال هذا الاهتمام المتزايد إلى زيادة تورط المرأة في مخالفة القوانين وإلى تنوع أنماط الجرائم التي ترتكبها المرأة، وقد شكل البحث في أسباب إجرام المرأة المحور الأساسي في اهتمامات علماء الإجرام الذين تركزت أبحاثهم الأولى حول العوامل البيولوجية، ثم توالت الدراسات المفسرة لظاهرة الجنحة مركزا بعضها على عوامل الجنوح، وبعضها على عواقب وخطورة انحراف الأحداث ومدى تأثيرها على شخصياتهم ومستقبلهم في الحياة.

وللتذكير فإن أول محكمة للأحداث ولدت والعالم على أبواب القرن العشرين في أحضان المدرسة الجنائية الوسطية التي استوحت فكرتها من المدرسة الوضعية الداعية إلى دراسة التكوين البيولوجي والنفسية والبيئة الاجتماعية لمرتكب الجريمة. وذلك لاتخاذ التدابير الملائمة لمعالجة ما يشوب تكوينه من علل وما يعترى بيئته من اختلالات أدت لسلوكه الإجرامي¹ فعلى ضوء هذه الرسالة ابتكرت المدرسة الوسطية التدابير التقويمية لمعالجة إصلاح الأحداث الجانحين، وارتأت لتحقيق ذلك إنشاء محكمة للأحداث: لا بوصفها محكمة مهمتها السعي لإثبات ارتكاب الحدث للجريمة، وتوقع العقوبة الرادعة عليه، وإنما مهمتها الأساسية التعرف على العلل التكوينية والاختلالات البيئية التي دفعت الحدث إلى مسالك الجنوح.

أهمية الموضوع :

يستمد هذا الموضوع أهميته من كونه يتصل اتصالاً مباشراً ووثيقاً بحقوق الطفل التي ناضلت البشرية و لازالت تناضل من أجلها، حتى يصير شأنها مضموناً ومصاناً تماماً كما هو الأمر بالنسبة لبعض الحقوق الأخرى (كالحق في الاسم و الجنسية....). لأن حقوق هذا الكائن الصغير غالباً ما تتعرض إلى الانتهاك والتجاوز من طرف الراشدين وتحديداً من قبل الأجهزة المعنية بالبحث والتحقيق، حيث تطلعنا وسائل الإعلام يومياً على تعرض العديد من الأحداث الجانحين لمختلف أشكال الإساءة والإهانة والاستغلال داخل مراكز الشرطة وأماكن الاعتقال الاحتياطي.

لذلك تعتبر حماية الحدث الجانح بواسطة مجموعة من الضمانات والحقوق التي أقرها المشرع المغربي - سدا منيعا في مواجهة تعسف السلطة وتحكمها، وتحمي الحدث الجانح وخاصة المتهم من خطر مباشرة الإجراءات الجنائية الماسة بحريته وحياته الخاصة، لأن وجود هذه الضمانات والحقوق في القوانين الإجرائية واحترامها من طرف السلطات الجنائية المختصة من شأنه أن يتحقق التوازن بين مصلحة الحدث الجانح ومصلحة المجتمع. إذ كلما كان الاهتمام موجها نحو المجتمع، فإن هذا الأخير يضمن استقراره وتطوره.

وشتئنا أم أبينا، فإن قضايا الأحداث تشكل الشغل الشاغل للمهتمين والباحثين العاملين في المجالات القضائية والتربوية والاجتماعية. وهي ظاهرة عامة لها سلبياتها في أي مجتمع إذا لم تجد العلاج منذ بدايتها إلى نهايتها، ووجود تشريعات تخدم هذه الفئة من الأحداث. وتعتبر هذه المرحلة من المراحل العمرية ذات الخطورة ذات الخطورة التي من خلالها يتقرر مستقبل الحدث وتتحدد ملامح اتجاهاته وسلوكه في مرحلة البلوغ. وبما أن الأحداث هم عmad المستقبل وأمل المجتمع والعمود الفقري للأسر، فقد عنى المشرع المغربي وأفرد لها معاملة خاصة في جميع مراحل المحاكمة الجنائية، أي

^١ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: *السياسة الجنائية* ، الطبعة الثانية ، بغداد 1999 ، ص:80.

بدعا بالبحث التمهيدي فالإعدادي فالتحقيق فصدور الحكم إلى مرحلة تنفيذ الحكم التي تبرز عناصر تحقق الإصلاح والتأهيل للعقوبة كما سنرى في العرض.

والجدير بالذكر أن اهتمام المشرع بهذه المرحلة العمرية للأحداث جاء ليكرس مدى التزام بلادنا بالمواثيق الدولية من جهة، ويرهن أن بلادنا تتوق إلى رسم سياسة جنائية مواكبة للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تعيشها شعوب الكون، وملائمة لتطورات وانتظارات الشعب المغربي من جهة أخرى. باعتبار أن موضوع الأحداث صار إستراتيجية حقيقة للنهوض بأوضاع الطفولة والأمومة وجزءا لا يتجزأ من التنمية الوطنية الشاملة.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك جملة من الأسباب التي دفعتني إلى اختيار الحدث الجانح وواقع العقوبات والتدابير الوقائية الصادرة في حقه كموضوع بحث، ومن هذه الأسباب هناك:

- كون الأحداث يشكلون الشريحة الهشة والضعيفة بالمجتمع، خصوصا وأن ظاهرة الجنوح في أوساط هذه الفئة الصاعدة تتفاقم سنة على سنة، إذ لا يخفى أن هناك جرائم يرتكبها الأحداث، ولم تصل إلى المحكمة لعدة أسباب منها: عدم التبليغ عنهم بداع الشفقة أو تسوية القضية بين عائلات الجنة والجندي عليهم.

- إن الحدث المنحرف اليوم قد يكون الجرم البالغ غدا، إذا لم توضع له برامج الوقاية والعلاج قصد إصلاحه وتأهيله، فالنحراف الكبار هو امتداد لأنحراف الصغار في الأصل.

- قلة الدراسات التي تناولت موضوع الجنوح، من ناحية تقييم مدى استفادة الجانحين من خدمات وأساليب الدعاية الموجودة بمراكز إعادة التربية، من حيث إسهامها في استعادة توافق الحدث النفسي، العقلي، الوجداني والاجتماعي.

- التعرف على مدى قيام مراكز الحماية والإصلاح والتهذيب بواجبها الوقائي والإدماجي تجاه الأحداث المنحرفين ببلادنا، فضلا عن توفر الإمكانيات المادية الالزمة والموارد البشرية المتخصصة.

وإذا كانت المواثيق الدولية، قد وضعت القاعدة والأسس الفلسفية للتعاطي مع مشكلة الأحداث المنحرفين في احترام تم لحقوقهم وخصوصياتهم العمرية والجسدية والعقلية والنفسية والاجتماعية - وقبلها الفقه الإسلامي والمدارس الفكرية - فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي أن يسن سياسة جنائية ملائمة ومواكبة لتوجهات الفلسفة الإصلاحية الحديثة بخصوص حماية ورعاية الحدث الجانح؟

و قبل هذا وذاك، ماذا نقصد بالحدث الجانح؟ وما هي العوامل والدوافع الأساسية وراء جنوح الأحداث؟ ما هو حجمها الحقيقي اليوم؟ ثم كيف استأثرت هذه الظاهرة الشائكة باهتمام دولي؟ ثم ما هي أشكال العقوبات والتدابير الوقائية المقررة في حق الأحداث الجانحين؟ وأخيرا ما هي المؤسسات القضائية المشرفة على تنفيذ العقوبة في حق لأحداث الجانحين؟

لدراسة وتحليل الإشكالات المطروحة، سأعتمد خطة العمل التالية :

أ- المنهجية المعتمدة :

المبحث الأول: تعريف ظاهرة جنوح الأحداث

المطلب الأول: المفهوم الشامل للحدث

١- الحدث في اللغة: قد يفيد الأمر الحادث للمنكر الذي ليس معتمد ولا معروف في السنة^١، وقد يدل على حداثة السن. فرجل حدت - بضمتين - أي شاب، فان ذكرت السن قلت حديث السن وغلمان حدثان أي أحداث. ويقول الزهرى شاب حدث أي فتى السن^٢ وكل فتى من الناس والدواب والإبل حدث والأئمـى حدثة.^٣

والحدث في نظر الإمام الشاطبي هو: الحدث أبداً وفي غالب الأمر غرّ "لم يتحنك" ولم يرتكب في صناعة أو رياضة تبلغه مبالغ الشيوخ الراسخين الإقدام في تلك الصنعة⁴. وبناء عليه يتضح أن لفظ الحدث له دلالات: دلالة الأمر الذي ليس بمعتاد ودلالة حداثة السن أو صغره، ولعل المدلول الأخير هو الذي يخصنا.

2- الحدث في المفهوم الاجتماعي وال النفسي، يراد به الصغير منذ ولادته حتى يتم نضجه الاجتماعي وال النفسي و تتكامل لديه عناصر الرشد المتمثلة في الإدراك التام أي معرفة الإنسان لطبيعة وصفة عمله والقدرة على تكيف سلوكياته و تصرفاته طبقاً لما يحيط به من ظروف ومتطلبات الواقع الاجتماعي.

وللتوسيع ذلك \ سأعرض وجهة نظر المدرستين - مدرستا علم الاجتماع وعلم النفس - من خلال التقسيم التالي:

أ- الحدث الجانح عند علم الاجتماع: عبارة عن صورة متكررة من الأفعال المنحرفة عن النموذج المتوسط، وهو الذي يمثل النموذج السليم لتلك الأفعال التي إذا ارتكبها الكبار، فإنهم يعاقبون عليها بجرائم، والنماذج المتوسط يمثل حسب دور كهاريم صورة الحدث متكاملة في نموه النفسي والعقلاني والجسدي، حيث يستطيع التكيف مع جماعته الأسرية والمدرسية والمهنية وجماعات اللعب وغيرها في حدود القوالب الاجتماعية الأساسية في علاقاته مع الآخرين من جهة وفي تصرفاته الشخصية من جهة أخرى. وهذا فإن مضمون الانحراف يمكن أن يتسع ليشمل أيضاً أنماطاً تبتعد بدرجات متفاوتة عن النموذج المتوسط.

عرف برت birt الحدث الجانح بأنه : "الشخص الذي يقوم بفعل غير اجتماعي، ويكون مغاير لما ينتظره المجتمع وما ينص عليه في القانون.

ب- أما علماء النفس فيعرفون الحدث الجانح: الطفل الذي يأتي سلوكا لا اجتماعيا أو مضادا للمجتمع، يقوم على عدم التوافق والصراع النفسي بينه وبين نفسه وبينه وبين الجماعة، بشرط أن يكون الصراع والسلوك الاجتماعي سمة واتجاهها نفسيا واجتماعيا تقوم عليه شخصية الحدث المنحرف. وفي تعريف آخر فهو: "ذلك الطفل الذي يعبر عن مشاعره بطريقة يؤذن بها نفسه أو غيره، وهو سلوكه هذا يخبرنا أنه في حاجة ماسة إلى المساعدة⁵".

3 - مفهوم الحدث الجانح في بعض الاتفاقيات الدولية

لقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل بأنه: "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة أو لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه⁶". أما بالنسبة لقواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث المعرفة بقواعد بكين الصادرة في 29 نوفمبر 1985 في إطار التعريف والقواعد المستخدمة المادة 2-2 من

^١ - ابن منظور الإفريقي / لسان العرب، دار صادر، ج ٢، ص: ١٣١.

² - جمال الدين بن منظور، لسان العرب المحيط المجلد الأول، دار لسان العرب، بيروت ، ص:582.

³ -ابن منظور الإفريقي ، مس، ص:132.

⁴ .. الإمام الشاطبي، الاعتصام، المنار، ط332 ج 2 ص: 96.

⁵ - د، عبد الرحمن مصلح الشرادي: انحراف الأحداث في التشريع الـ

⁵ - د، عبد الرحمن مصلح الشرادي: انحراف الأحداث في التشريع المغربي والقانون المقارن، مطبعة الأمينة، الطبعة الأولى ، الرباط 2002، ص: 135.
⁶ - المادة 1 من اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي عرضتها للتوقيع والصادقة والانضمام بقرار رقم 25/44 الصادر بتاريخ 20نونبر 1989 ودخلت حيز التنفيذ على المستوي الدولي، بتاريخ 02 شتنبر 1990 طبقاً للمادة 49.

أ- الحدث هو طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب النظم القانونية ذات العلاقة مسائلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مسألة البالغ.

ب- المجرم الحدث هو طفل أو شخص صغير السن تنسب إليه تهمة ارتكاب جرم أو تبت ارتكابه له.

وقد عرفت اللجنة التشريعية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة التي انعقدت في القاهرة سنة 1953 الحدث المنحرف بأنه: "شخص في حدود سن معينة يمثل أمام هيئة قضائية أو أي سلطة أخرى بسبب ارتكابه جريمة جنائية، ليتلقي رعاية من شأنها أن تيسّر إعادة تكيفه الاجتماعي".

من خلال هذه التعريف نلاحظ أن المشرع المغربي سلك في القانون الجديد المتعلق بمعالجة قضايا الأحداث أحکام الاتفاقيات والصكوك الدولية، التي صادق عليها وهي الأحكام التي ضمنها المشرع المغربي في الكتاب الثالث من قانون المسطرة الجنائية قي المواد من 458 إلى 517.

4- مفهوم الحدث الجانح في التشريع الجنائي المغربي

من خلال الفصول 138 و139 من القانون الجنائي، والفصل 458 من قانون المسطرة الجنائية، نجد أن المشرع المغربي ساير المادة 1 من اتفاقية حقوق الطفل 1989، حيث اعتبر الحدث هو: "كل من لم يبلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة". وبالتالي يمكن القول بشكل عام بأن الحدث الجانح هو كل فرد ذakra كان أو أنتى لم يتجاوز بعد ثمان عشرة سنة كاملة خالفة قاعدة من قواعد القانون الجنائي أو في قوانين خاصة. وهنا تثار إشكالية السن الذي يمنع فيه المحاكمة الأحداث إذ يكن الحكم على الحدث الذي لم يتم بعد 12 سنة بتدارير في حقه إلا أن هذه التدابير لا يكن أن تكون عقوبة سالبة للحرية¹، والملاحظ أن المشرع المغربي على غرار بعض التشريعات المقارنة قد نهج مبدأ التدرج في المسؤولية وان اختفت التحديات فجعلها حدد سن الرشد الجنائي في 18 سنة.

ونلاحظ في الأخير أن مجموعة من الباحثين استعاضت عن مصطلح الحدث الجانح بمصطلحات أكثر انسجاماً والتطورات التي تعرفها قضايا الأحداث سواء من خلال الاتفاقيات الدولية أو التشريعات الداخلية التي ترمي إلى إعادة إدماج الحدث الجانح في بيئته الطبيعية بعيداً عن كل الوسائل التقليدية في التعاطي مع هذه الفتاة، والتي أبانت عن قصورها وفشلها فظهر مصطلح الطفل المخالف للقانون ومصطلح الطفل المتهك لقانون العقوبات إلا أنه يبقى مصطلح الحدث الجانح هو الأكثر شيوعاً.

هذا يعني، أن الحدث في القانون: هو كل شخص ذakra كان أو أنتى أتم السن المقررة للتمييز ولم يتجاوز السن المعتبرة لبلوغ الرشد الجنائي بحسب القانون الجنائي العمل به. وبهذا فلفظ الحدث يشمل كل من هو في وضعية صعبة أو معرض لخطر الانحراف أو ضحية فعل انحرافي، أو مرتكب جريمة وهذا الأخير هو موضوع بحثنا ونقصد به الحدث الجانح.

والحدث الجانح - في الواقع - ليس له تعريف واحد متفق عليه، فقد يختلف التعريف من بلد آخر بل داخل البلد الواحد. فالسلوك الذي لا يندرج تحت اسم السلوك الجانح في بعض الدول قد يصنف على أنه سلوك صالح في بعض البلدان الأخرى، كما يختلف التعريف باختلاف الباحث الذي يعني به العالم الذي يتصدى له.

¹ - محمد الخياط: السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح في المغرب، ص: 23.
124

5- أما الحدث الجانح عند فقهاء القانون: فهو مختلف اختلافاً بيناً، فهو حسب الدكتور منير العصرة "الحدث في الفترة ما بين سن عدم التمييز وسن الرشد الجنائي ويثبت أمام السلطة القضائية، أو أية سلطة أو جهة مختصة انه ارتكب إحدى الجرائم، أو تواجد في إحدى الحالات الخطرة التي يحددها القانون".¹

بينما تعرفه المادة 2/2 من القواعد النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث بأنه "شخص صغير السن يجوز بوجوب النظم القانونية ذات العلاقة، مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مساءلة البالغ".

والملاحظ أن هذه التعريفات، لم تضع حداً عمرياً لاعتبار الحدث مسؤولاً جنائياً. وهذا يفسح المجال لإدراج مجموعة واسعة من الفئات العمرية تحت تعريف الحدث الجانح، تبعاً لاختلاف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والجغرافية لكل بلد على حدة. وفي بعض الأحيان حسب كل منطقة داخل الدولة الواحدة.² وعموماً تعد اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 أول اتفاقية دولية عرفت بالطفل وحددت سن مساءلته جنائياً في 18 سنة وانسجاماً مع هذه الاتفاقية فقد رفع المشرع المغربي سن الرشد الجنائي من 16 سنة إلى 18 سنة شمسية كاملة. وحيث أن السن في كافة التشريعات الدولية هو مناط المسؤولية الجنائية، فقد حدد المشرع بشكل عام - كما فعل المشرع المغربي - مراحل المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي وجعلها ثلاثة مراحل ، وبين كل مرحلة منها على حلة، والمسؤولية الجنائية الملقاة على عاتق من تنطبق عليه وهذه المراحل هي:

أولاً: مرحلة انعدام المسؤولية الجنائية : وهي المرحلة التي لا يسأل فيها الحدث عن أي جرم يرتكبه، حيث يكون الحدث في هذه الحالة طفلاً صغيراً جداً ويفترض عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائي وعواقبه، وهذا الافتراض قوي جداً بحيث أن كثيراً من التشريعات تعتبره سناً لا يقبل التقليد. ومرحلة انعدام المسؤولية في القانون الجنائي، هي المرحلة التي تسبق بلوغ الحدث سن الثانية عشرة حيث لا يلاحق جنائياً من لم يكن قد انمَّ هذا السن من عمره حين اقتراف الفعل الإجرامي. كما لا توقع عليه أية عقوبة مع الاكتفاء بتوقيع تدابير حماية بحقه.

ثانياً: مرحلة المسؤولية الجنائية الناقصة : وهي محور اهتمامنا في هذا البحث، أي بعبارة أخرى هي نطاق تطبيق قانون الأحداث عملياً، حيث إن السن ما بين إتمام الثانية عشرة حتى نهاية الثامنة عشرة هو السن المعنى بتطبيق القانون عليه في هذه المرحلة. وهو ما يسمى بمرحلة الحداثة، وخلال هذه تتخذ في حق الأحداث الجانحين تدابير الحماية والتهذيب المنصوص عليها في المادتين: 471 و 481 من ق. م. ج. م. لكن يمكن لمحكمة الأحداث أن تتخذ في حق الحدث عقوبة مالية أو حبسية إذا كانت شخصية الحدث وظروفه تقضي بذلك. وسبب إلحاح المشرع على إبقاء على العقوبة في حق الأحداث راجع إلى إيمانه بأن العقوبة وخاصة السالبة للحرية لازالت بإمكانها أن تعيد تأهيل الحدث الذي بدأت تترسخ في شخصيته النوازع الإجرامية، وذلك بإبعاده عن الوسط الذي ساهم في انحرافه، وإخضاعه لبرامج تربوية وتأهيلية داخل المؤسسة السجنية. ومن أجل ضمان تأدية التدابير والعقوبات لوظيفتها العلاجية عمد المشرع إلى إخضاع الحدث لرقابة القضاء أثناء تنفيذها.

ثالثاً: حالة ثبوت المسؤولية الجنائية :

ينص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 458 م قانون المسطرة الجنائية على أنه *يتحدد سن الرشد الجنائي ببلوغ ثمان عشرة سنة ميلادية كاملة* وعليه فال مجرم البالغ من العمر ثمان عشرة سنة يعتبر مجرماً بالغاً وينحصر لنفس العقوبات المقررة في القانون الجنائي.

¹- منير العنصرة ، انحراف الأحداث ومشكلة العوامل ، المكتب المصري الحديث ، الإسكندرية ، 1974 ، ص: 31.

²- توجد في الولايات المتحدة الأمريكية و لآيات تحديد سن المسؤولية الجنائية في 16 سنة وأخرى في 18 و أخرى في 21 سنة.

ومعلوم أن مرحلة التنفيذ - تنفيذ الحكم - حظيت بأهمية خاصة في فكر حركة الدفاع الاجتماعي الحديث، الذي نادى بضرورة العناية بشخصية الحكم عليه والكشف عن الخطورة الإجرامية لديه، والعمل على القضاء عليها بالعلاج، ثم التأهيل لإعادة توافقها الاجتماعي من خلال تنمية شعوره بالمسؤولية من قبل نفسه وإزاء المجتمع، من خلال مراعاة قدر الإمكان من الآثار الضارة المرتبطة بمنع الحرية، باعتبار أن حياة الحكم عليه تعد حياة غير طبيعية، يخشى منها أن تسيء إلى صحته البدنية أو النفسية أو القلبية، فيفقد بالتالي القدرات الالزمة لتمكينه من إعادة التوافق الاجتماعي. لذلك فإن حركة الدفاع الاجتماعي قد راهنت على مرحلة التنفيذ في تأهيل وإصلاح الحكم عليهم لدرجة وصفتها بالعنصر الفعال في سياسة الدفاع الاجتماعي التي صبغتها بصبغة إنسانية لم تعرف في الاتجاهات الفكرية السابقة.

وهكذا تطور مفهوم التنفيذ الجنائي تطوراً كبيراً بفضل التيارات الفكرية التي ساعدت على تطور غرض العقوبة، وجعله هدفاً مستقبلياً لا يقف عند وضع عقاب متناسب مع الجريمة المرتكبة كيماً وكماً. وعلى سبيل الاستثناء، فإن فرنسا لم تطبق نظام الإشراف على التنفيذ رسميًا إلا عند صدور قانون المسطرة الجنائية في عام 1958، رغم أنه كانت هناك تطبيقات سابقة عديدة للإشراف القضائي على تنفيذ الأحكام الصادرة بحق الأحداث.¹

أما المشرع المغربي، فإنه يعتمد على جهاز النيابة العامة كسلطة ساهرة على التنفيذ في صورته التقليدية بجانب الإدارة العقابية التي تتكلف بهذه المهمة، وهي لم تدخل جهداً في العقد الأخير لتطوير وسائلها في معاملة المحكوم عليهم بشيء من الإنسانية.

وастمر الوضع على هذه الحالة، إلى أن جاء قانون المسطرة الجنائية الجديد ليعلن عن إحداث مؤسسة قضيّ تطبيق العقوبات. وقد جاءت هذه المبادرة استجابة للأصوات الحقوقية التي نادت بضرورة إشراف القضاة على تنفيذ الأحكام، باعتبارهم جهازاً قضائياً مستقلًا استقلالاً تاماً عن السلطة التنفيذية. خلافاً لأمر النيابة العامة الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالسلسلة الإداري بوزارة العدل، وبذلك يكون المشرع قد أقر "مببدأ الرقابة القضائية" على التنفيذ الجنائي، وهذا ما تبين في الصلاحيات المهمة التي خولها للقضاء حتى بعد صدور الحكم.

6- أهم الاتجاهات في تفسير السلوك المنحرف :

أ- اتجاه المدرسة الاجتماعية: وترجع جريمة الحدث والبالغ إلى الظروف الاجتماعية المحيطة به، أهمها التصدع العائلي وعدم استقرار الأسرة وجهل الوالدين بأساليب التربية السليمة.

ب- اتجاه المدرسة النفسية: وذلك بترجمي دور العوامل النفسية المتمثلة في الغرائز والانفعالات، وتعطي للظاهرة الإجرامية تفسيرات نفسية ذات صلة وثيقة بصورة الشذوذ العقلي والنفسي والمركيبات والعقد النفسية.

فالطفل يعبر عن حواجزه وحاجاته تعبرًا ساذجًا أنانياً بهدف (إشباعها) عن طريق تجنب الألم والحصول على اللنة بغض النظر عن المعايير السائدة في المجتمع.

ج- المدرسة الاجتماعية النفسية: وتهتم بدراسة عملية التفاعل بين الفرد والمجتمع، وعوامل هذا التفاعل ونتائجـه.

د- اتجاه المدرسة الطبيعية : أي ترجيح دور العوامل الطبيعية المتصلة بالتكوين الفطري للجاني، ووجود نوع من الاستعداد الإجرامي الطبيعي (النفسي البيولوجي، الفسيولوجي) لدى طائفة من كبار الجرميين بنوع خاص.

ه- تعدد العوامل المؤدية للانحراف: إن سلوك الحدث المنحرف، يرجع إلى أكثر من سبب، ويساهم بشكل أو آخر في تكوين ذلك السلوك لأنحرافي المرفوض اجتماعياً ودينياً وأخلاقياً وثقافياً.

وتندمج العوامل المؤدية إلى الانحراف بشكل أساسي ضمن فترين، الفتنة الأولى تتكون من العوامل التي تتصل بذات الحدث وتكونه العقلي والنفسي وتسمى بالعوامل الداخلية والفتنة الثانية تتكون من ظروف البيئة الخاصة والبيئة العامة للحدث.

المطلب الثاني: ظاهرة الجنوح والتعرض لها

انحراف الحدث يتمثل بوجه عام في مظاهر السلوك السيئ المضاد للسلوك الاجتماعي السوي، ولعل الصور الجادة لهذا الانحراف تبدو في ارتكاب الحدث فعلاً يعد جريمة يعاقب عليها، وهو ما يعتبر انحرافاً جنائياً، يصطلح على تسميته بالجنوح¹.

الفقرة الأولى: محددات مصطلح الجنوح

ولفظ الجنوح معناه الإثم ترجمة للمصطلح الانجليزي *delinquency* الذي يرجع إلى الاسم اللاتيني *delinquere* المشتق من الفعل *delinquentia* ومعناه يفشل أو يذنب. والحدث الجانح يسمى *juvenile delinquent* .²

ومن التعريفات الأولى لجنوح الأحداث: التعريف الذي اتخذه مؤتمر البيت الأبيض المنعقد في عام 1930، الذي لا يعتبر الحدث غير التكيف حدثاً جانحاً حتى يتبيّن أن سلوكه قد أصبح سيئاً إلى درجة يمكن معها وضعه تحت طائلة القانون³.

ويعرف العالم الانجليزي سيريل برت *cyril burt* جنوح الأحداث بما يأتي: " يحدث الجنوح للطفل عندما تظهر ميوله الاجتماعية خطيرة لدرجة أنه يصبح موضع اتخاذ إجراء رسمي بشأنه"⁴.

وأول مؤلف علمي عن جنوح الأحداث صدر عام 1916 هو: "الجانح الفرد" مؤلفه العالم الأمريكي وليم هييلي *william heal*

لانحراف الأحداث صورة أخرى أوسع نطاقاً وأكثر شيوعاً، إلا أنها أقل خطورة من الجنوح، تبدو في السلوك السيئ للحدث الذي لا يعد جريمة، كالمرroc من سلطة الوالدين والاعتياد على الهروب من المدرسة أو مخالطة ذوي السيرة السيئة أو ممارسة أعمال منافية للأmorality والأدب العام، وهو ما يعتبر بداية الطريق للجنوح وبعبارة أدق مقدمة للجنوح⁵ . *pre-delinquency*

لقد تضمن تقرير معهد دراسات الإجرام في لندن تعريفاً للحدث المعرض للجنوح بأنه " شخص بسن معينة لا يتجاوز الحد الأقصى لسن الحدث، هو وإن لم يرتكب جريمة وفقاً لنص القانون، إلا أنه يعد - لأسباب

¹ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: جنوح الأحداث ، عوامله و الرعاية الوقائية و العلاجية ،ص:39.39.

² - الدكتور سيد عويس: الأسرة المتضدعة و صلتها بجنوح الأحداث، أعمال الحلقة الأولى لمكافحة الجريمة ، الجمهورية العربية المتحدة (2-5/12/1961)، منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية و الجنائية القاهرة، 1961، ص:162.

³ - negley teeters and others :the challenge of delinquency ,newyork.

⁴ - p:15 cyril burt!the young delinquent,newyork 1933,..

⁵ - الدكتور سيد عويس: الأسرة المتضدعة و صلتها بالجنوح، ص: 16.

مقبولة - ذا سلوك مضاد للمجتمع تبدو مظاهره في أفعاله وتصرفاته لدرجة يحتمل معها أن يصير جانحاً إذا لم يتخذ معه الإجراء الوقائي المناسب¹.

الفقرة لثانية: مصطلح الجنوح في القوانين العربية:

هذا وقد عرفت القوانين العربية الخاصة بالأحداث الحدث الجانح، كقانون الأحداث الجانحين والمردمين للإمارات العربية المتحدة الذي جاء فيه: " يعد الحدث جانحاً إذا ارتكب جريمة من الجرائم المعقاب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر المادة 6 " وقانون رعاية الأحداث الجانحين السوداني " الذي جاء فيه: (الجانح يقصد به الحدث الذي لا تقل سنه عن عشرة سنوات ولم يكمل الثامنة عشر سنة والذي ارتكب فعلًا مخالفًا لأحكام أي قانون جنائي المادة 3/2). في حين استعملت قوانين عربية أخرى مصطلح - المنحرف - بدلاً من مصطلح الجنوح، كقانون الأحداث الكويتي الذي جاء فيه " الحدث المنحرف كل حدث أكمل السنة السابعة من عمره ولم يبلغ تمام الثامنة عشرة وارتكب فعلًا يعاقب عليه القانون المادة 1/ب " وقانون الأحداث القطري الذي جاء فيه (الحدث المنحرف كل حدث ارتكب جنائية أو جنحة المادة 1/3).

هذا الوضع في التعريف، لم يقتصر على اختلاف التشريعات فقط وإنما امتدت أثاره إلى بعض الباحثين العرب الذين يستعملون مصطلح المنحرف بدلاً من مصطلح الجنوح وهو استعمال غير موفق حسب الدكتورة زينب أحمد عوين، سواء كان ذلك من قبل المشرعین أو من قبل الباحثین لأن الجنوح في تصورها " هو إحدى صورتي الانحراف ولا يصح إطلاق اسم الكل على الجزء، وتضييف قائلة: لا بد من التمييز بين صورتي الانحراف وهما: الجنوح وهو انحراف جنائي والعرض للجنوح وهو انحراف يؤدي إلى الجنوح.

المبحث الثاني : دوافع وعوامل جنوح الأحداث :

كانت الجريمة في العصور القديمة تفسر على أساس غبي، حيث أن الأرواح الشريرة كانت تسيطر على الإنسان وتدفعه إلى السلوك الإجرامي، وخلال العصور الوسطى كانت الجريمة ترجع لكونها ناتجة عن فساد فطري وإثارة من الشيطان². وقد تطور الأمر بعد ذلك وببدأت الاتجاهات العلمية تظهر في تفسير أسباب الجريمة والسلوك المضاد للمجتمع. ومنذ منتصف القرن السابع عشر، ظهرت المدارس المختلفة في هذا المجال، وبظهور الأساليب العلمية في البحث والاستقصاء ازداد الاهتمام ببحث العوامل المتصلة بذات الإنسان وتكوينه العضوي والعقلي والنفسي. وتعلمون جيداً كيف أن المدارس المختلفة في علم الإجرام قد فسرت السلوك المنحرف على أنه مجموعة من العوامل النفسية والعقلية والعوامل الاجتماعية والتي لا يمكن فصلها عن بعضها البعض. وقد تحددت بشكل واضح بوادر هذا الاتجاه منذ بداية القرن التاسع عشر على يد المدرسة الوضعية التي رأت بأن هذا الاتجاه الجديد في دراسة الإنسان لا ينبغي أن يقف عند حد الأنثروبولوجيا وإنما يجب أن يتعدى ذلك في علم النفس وعلم الاجتماع ليصبح مقدمة لمرحلة جديدة في تطور العلوم الجنائية³.

أما اليوم فقد أصبحت ظاهرة جنوح الأحداث، تستأثر باهتمام بالغ فيسائر المجتمعات، نظراً للنسب العالية التي شرعت تشكلها فئة القاصرين، والتي تصل إلى حدود 50/ من العدد الإجمالي للسكان، الأمر الذي جعل معظم

¹ - طه أبو الخير و منير العصر... انحراف الأحداث في التشريع العربي المقارن، الإسكندرية: 1961، ص: 133.

² - edwi.h.sutherland.principles of criminology.n.y. 1939 p/49 .

³ - الدكتور منير العصرة في: انحراف الأحداث ، ص: 110.

التشريعات تلجأ إلى تحديد وضبط جوانب هذه الظاهرة ابتداء من تحديد سن الرشد الجنائي، ووضع نصوص مجرية رادعة وانتهاء بالإعتماد على تدابير علاجية ووقائية، لاجتناث جدور هذه المشكلة رغم أنها مازالت غير معروفة علميا، الشئ الذي سيدفعنا إلى التساؤل حول حجمها في محاولة لفهمها بكل موسع وسليم، وهذا ما سأتناوله في (المبحث الثالث) من هذا الفصل.

المطلب الأول : العوامل الفردية لجنوح الأحداث :

ونقصد بالعوامل الفردية مجموعة الظروف والشروط المتصلة بشخص المجرم، وهي قد تكون أصلية تلازم الفرد منذ ولادته، ويدخل فيها التكوين الطبيعي للمجرم والوراثة والجنس والنوع والخلل العقلي والأمراض العصبية والنفسية وظروف الحمل والولادة¹. وقد تكون مكتسبة – خارجية- أي يكتسبها الشخص بعد ولادته من الأمراض العقلية والعضوية التي قد تصيب الفرد أثناء حياته. فضلاً عن العوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والإعلامية المرتبطة ببيئة الشخص.

الفقرة الأولى : الوراثة كعامل من عوامل إجرام الأحداث :

يرى جورنوج GORING أن الوراثة هي العامل الأساسي في ارتكاب الجرائم وليس البيئة، وقد دلل على وجهة نظره بالنسبة للأولاد الذين أبعدوا عن تأثير والديهم في سن مبكرة فقد أصبحوا مجرمين بنسبة أكبر من الأولاد الذين أبعدوا عن تأثير والديهم في سن متاخرة. فإذا ما وضعنا جانبنا عنصر البيئة لأنه قليل الأهمية يبقى العنصر البديل وهو الوراثة²، كما رأى برت BURT من خلال دراسته على مجموعة من الأحداث المنحرفين أن 11/1 من الحالات موضوع البحث كان أقرباؤهم من المنحرفين والجرميين الذين أحيلوا إلى المحاكم، وأن 19/ من هؤلاء اشتهروا بعض الانحرافات الخطيرة³. ويرى هولس HOLES بالنسبة للدراسة التي أجريت على أسرة جوكس JUKES أنه حتى بالنسبة لهذه الأسرة فقد كانت تعيش في محيط مضطرب، وكانت للعائلة سمعة سيئة في المجتمع مما جعل أفرادها يصادفون صعوبة في الحصول على عمل شريف يعتاشون منه، وهذا ما يدفع إلى القول بعدم فصل الوراثة عن البيئة لأنه لا يمكن فهمها بدون هذه الأخيرة.

كذلك يرى العالم الإيطالي لمبروزو LOMBROZO أن المجرم يولد مجرما بحكم عوامل وراثية ويتميز بسمات تكوينية خاصة ككثافة الحاجبين وكبار حجم الأذنين وعدم انتظام شكل الجمجمة.

أما العالم الإيطالي بلغينو دي توليتو BANGINA DI TULLUS فيرى أنه إذا كانت الجريمة نتيجة تفاعل بين نفسية الفرد والظروف المحيطة به، فإنه يجب الاعتراف بوجود ميل سابق للإجرام، وتظهر هذه الميول عند الأحداث في سن مبكرة، ففي الحداثة يظهر دور الوراثة على نحو أوضح منه في آية مرحلة أخرى من مراحل الحياة الإنسانية⁴.

فالوراثة كعامل من عوامل الانحراف لا تعني ميلاً حتمياً طبيعياً أو بليلاً إلى ارتكاب الجرائم، بل تعني فقط أن اتجاهها وراثياً معيناً، كعيوب في الجهاز العصبي ينمي في الفرد خصائص معينة. هذه الخصائص والعيوب الوراثية وإن

¹ - الدكتور عمر السعيد رمضان: دروس في علم الاجرام، القاهرة 1972 ، ص:3.

² - e. h. sutherland/of.cri.p. 102 -

³ - c.burt ; op.cir.p.52.

⁴ - الدكتور رمسيس بنهام: علم الاجرام: الجزء الأول: ص: 105

كانت لا تقود حتماً إلى الإجرام، إلا أن الخبرة يمكن أن تفصح عنها وتنحو بالفرد إلى الإشاع الفوري لرغباته الغريزية من ثم احتماله سلوك طريق الجريمة¹.

وباختصار، فعامل الوراثة يلعب دوراً هاماً في تكوين السلوك المنحرف ولكن في ضوء حقيقتين:

أولهما أن الوراثة لا تعني انتقال كافة الخصائص من الأصول إلى الفروع، بل تعني انتقال الإمكانيات التي يمكن أن ينشأ عنها الاستعداد الجرمي، وثانيهما أن الوراثة تتأثر بالبيئة وتفاعل معها، وبذلك فقد تضعف البيئة من تأثير العوامل الداخلية - الفردية - أو تستبعدها أو تدعمها، ولأن الجريمة مفهوم اجتماعي فمن الخطأ القول بوراثة الجريمة بشكل مطلق. ومهما قيل عن أهمية دور الوراثة فإنه يخضع للتغيرات والخبرات الاجتماعية.

1: من الأمراض العضوية :

- العاهات: من ثابت علمياً، أن العاهات والنقائص الجسمية تؤثر بشكل كبير في تكوين الشخصية الإنسانية، وهذه العاهات تلعب دوراً هاماً في حياة الأفراد، ويؤدي أحياناً إلى السلوك الذي يلتجأ إليه المصاب لكي يعوض عن نقصه إلى السلوك الاجرامي². فمن الأحداث من تولد لديهم العاهات الإحساس بأن المجتمع سوف ينبذهم، ومنهم من يستطيع تكيف نفسه مع هذا الواقع، ومنهم من يظهر عدم التكيف فتظهر تصرفاتهم غير متوافقة، وقد يدفعها هذا الأمر لارتكاب الجرائم.

وقد يكون الحدث مصاباً بعاهات مختلفة كالعمى والصمم والبكم، فالمحدث الأعمى كما لوحظ من إحدى الدراسات غالباً ما يلجأ إلى الخشونة للتغلب على المصاعب التي تصادفه. وقد وجد العلماء Roslow وSinger أن الاتجاهات العصبية لدى الأحداث الصم تزيد على الاتجاهات العصبية لدى الأطفال الأسيوياء، وهذا يمكن أن يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإجرام، لأن الجريمة قد تكون وسيلة للتعبير عن الحالة السيئة التي يعيشها المحدث³.

ويرى العالم الأمريكي Adler أن الأمراض والعاهات تولد لدى الأحداث الشعور بالنقص، وما مظاهر العنف والعلل النفسية وحالات الشذوذ الخلقي وسوء السلوك وارتكاب الجرائم سوى انعكاس لهذا الشعور⁴.

- الاضطرابات في النمو: الاضطراب في النمو يؤثر على نفسية المحدث، مادام في كل مرحلة من مراحل نموه يسلك سلوكاً يتلاءم وهذه المرحلة، فإذا اضطرب نمو المحدث كان لهذا الاضطراب تأثير على سلوكه، بحيث تبدو تصرفاته وكأنها غير متناسبة مع العادات والنظم في المجتمع. فالنمو غير الطبيعي يؤدي إلى سوء علاقات الأحداث مع الآخرين، كما إذا كان المحدث يتمتع بنمو زائد عن الحد الطبيعي، فإن ذلك سيولد لديه الشعور بالتفوق، ومن ثم يحاول أن يأتي بتصرفات يقلد فيها من هم أكثر قوة وقدرة منه فيخطو خطوات قد تؤدي إلى تعثره أحياناً. وهذه العوارض تظهر عادة عند سن الثانية عشرة والخامسة عشرة وتبعد بشكل تصرفات متنوعة كاللجوء إلى العنف والتسبب بإحداث الضرر للغير والهروب المعتمد من البيت والمدرسة⁵. أما الأولاد الذين يشكون نقصاً في النمو،

¹ - الدكتور يسر أنور علي: أمل عبد الرحيم: الرجيم في علم الإجرام وعلم العقاب، القاهرة، 1977 ، رقم 78.

² - الدكتور حسن شحاته: علم الجريمة ص: 105.

³ - .m. neumeyer ;op.cit.p.69

⁴ - Alfred. Adler ;what the should mean to you n. y1934 ;p;26

⁵ - c.burt.op.cit.p.p ;215-216

فإنهم يسلكون أحياناً سلوكاً منحرفاً، إما للتعويض عن النقص البيولوجي أو الجسدي أو نتيجة المعاملة السيئة التي يلقونها في المجتمع¹.

- إصابات في الرأس: وهذه تنشأ عادة نتيجة الرضوض التي قد تحدث في الرأس، سواء أثناء الولادة أو بعدها، وهذه الرضوض تخلل عادة بالمرأكز العصبية التي تحكم الحياة الغريزية للفرد، وتنشأ لديه دوافع نفسية نحو العنف أو أنواع من الشذوذ الجنسي، أو ميل إلى السرقة، ويكون ذلك المرض أشد خطراً حين يصيب الفرد في طفولته².

الفقرة الثانية : تأثير عامل التكوين العقلي والنفسي على انحراف الأحداث :

الأمراض العقلية التي قد تصيب الأحداث، والتي يمكن أن تؤدي بهم إلى الانحراف متعددة ومتتشابكة أحياناً مع غيرها من الأمراض العضوية والنفسية. فالضعف العقلي، غالباً ما يتصرف صاحبه بالتلقلب النفسي والانفعالي بما يحول بينه وبين الانخراط في عمل ثابت ودائم، ومن ثم يساهم في فشل الفرد في حياته المهنية أو المدرسية فيصبح أكثر تعرضاً للإنحراف³.

ومن الأمراض العقلية ما تستحوذ على شخصية الحدث فلا يستطيع التصرف إلا وفق ما ت عليه أفكاره، بحيث يعتقد أنها السبيل الوحيد للتشفى والانتقام من الكبت الذي يعانيه فتسيطر على إرادته دوافع معينة شائنة لا يستطيع مقاومتها وتحمله على ارتكاب الجريمة، ويطلق على هذا النوع من المرض بارانوا paranoia أي جنون العقائد الوهمية، ومن مظاهره عدم اشتراك الحدث مع زملائه في اللعب، وشعوره بعدم الثقة والاطمئنان، والاكتئاب والأناية بحيث تبدو تصرفاته مع العادات المتبعة في المجتمع الذي يعيش فيه.

ومن الأمراض الخطيرة التي قد تصيب الأحداث وتدفعهم إلى الإجرام: مرض انفصام الشخصية schizofrnia ومن مظاهره ندرة الكلام والصفة⁴ الخيالية للتفكير والاضطراب في التفكير والسلوك وعدم الاهتمام بالبيئة، وقد يسمع المريض أصواتاً غير موجودة في الواقع ويرى أشياء غير ماثلة في الحقيقة، بحيث يقدم على ارتكاب جريمة وهو مجرد عن كل إرادة وعاطفة.

وقد يصاب الحدث بالصرع، ومن أعراض هذا المرض الكذب والسرقة والميل إلى العداون أو التخريب، واضطراب السلوك الجنسي والخجل الشديد، وعلى العموم يغلب على المصابين به إرتكاب جرائم العنف، إذ تبين من إحصاء لـ 37 حالة لمرضى تورطوا في جرائم مختلفة أن 7/ منهم ارتكبوا جرائم عنف من بينها أربع جرائم قتل⁵.

قتل⁵.

¹ .m.neumeyer; op. cit; p:67

² - الدكتور بهنام: علم الإجرام ، ج 1، ص:131.

³ - الدكتور يسر أنور علي: أمال عبد الرحيم عثمان: المرجع السابق رقم:100- ص: 135-13.

⁴ - الدكتورة فوزية عبد الستار: مبتدئ علم الإجرام و علم العقاب ، ص:116.

⁵ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: المرجع السابق، ص:161.

الواقع أن العوامل التي تدخل في التكوين النفسي متعددة ومترادفة بعضها البعض ومنها يخرج التصرف الفردي الذي فيه تعكس الحياة النفسية بجميع جوانبها.

والتكوين النفسي هو مجموعة من العوامل الداخلية التي تؤثر في تكوين شخصية المحدث وتفاعل مع البيئة الخارجية، وهذا التكوين يعود لعدة عوامل منها: الوراثة والتقويم الجسدي والفيسيولوجي، وما يصيب المحدث من أمراض وعلل وما يحيط به من ظروف خارجية. فالمرض النفسي يعتبر بذلك من الأضطرابات الوظيفية نتيجة عقبات تصادف الفرد وتحول بيته وبين التلاؤم، وهو ليس من الأضطرابات العضوية ويختلف كذلك عن الأمراض العصبية التي ترجع لأسباب عضوية، فللمرض النفسي اضطراب باد في تفكير الماء وشعوره وأعماله يكون من الخطورة بدرجة تحول بين الماء والقيام بوظيفته في المجتمع بطريقة سوية مرضية.

والعوامل النفسية لم تعد دراستها قاصرة على علماء النفس وحدهم، وإنما اتجه علم الإجرام الحديث إلى تقصي أسباب الجريمة في دراسة العوامل النفسية وبذلك ظهر علم النفس الجنائي الذي يبحث عن الدوافع النفسية للجريمة، وكان لآراء المدرسة الوضعية ومدرسة التحليل النفسي تأثيرهما الكبير في هذا المجال. لذلك يرى البعض إعادة تأهيل موظفي السجون والمؤسسات الإصلاحية والاهتمام بالناحية النفسية واستبدال فلسفة العقاب الحالية بأخرى تقوم على الحقيقة القائلة: بأن الجرم مريض ويعاني داء اجتماعياً نفسياً، ومن ثم تجدر معالجته في ضوء هذا الواقع بحيث يصبح في الإمكان إعادة تأهيله وتكييفه في البيئة الاجتماعية.

وعموماً فالأمراض النفسية التي قد تصيب الأحداث متعددة ولعل أهمها ما سأنطرق لها في هذا المجال.

2- من الأمراض النفسية :

- **أعراض الوسواس والقلق :** وهذه تنشأ نتيجة للتربية الفاسدة والمعاملة السيئة التي يتلقاها المحدث في المنزل. ويرى علماء النفس أن هذا القلق يرجع إلى كبت الغريزة الجنسية. ومن مظاهر هذه الأعراض: الخوف الدائم وعدم الاطمئنان وتجسيم المتابع والألام بحيث يجد المحدث نفسه عاجزاً عن مواجهة أمور الحياة حتى البسيطة منها.

- **المستيريا:** وهي بنظر فرويد freud قائمة على نظرية الكبت المرضي لمؤثرات جنسية ترجع إلى عهد الطفولة، وإن البيئة التي ينشأ فيها الطفل ووسائل التربية السيئة لتعد من أهم العوامل المسئولة عن حالة الكبت المذكورة. والأعراض المستيرية أشبه بصلح زائف بين الرغبات النفسية المتضاربة التي تعذر على العقل أن يوفق بينها توفيقاً منطقياً معقولاً يرد إلى العقل هدوءه وطمأننته.

والمستيريا إما أن تتحول إلى أعراض بدنية فتدعى هستيرية تحويلية، وإما أن تتحول إلى ظواهر نفسية من ذات المرتبة الخاصة بالعقلية وتسمى هستيرية قلبية¹. ومن مظاهر هذا المرض المخاوف الوهمية والتخيلات الفكرية المقلقة، والإسراف في حب الذات والانفعال السريع.

- **النورستانيا:** الأحداث المصابون بهذا المرض يشكون عادة من ضعف في القوى المعنوية وشعور بالأعباء والتعب لأقل مجهد عقلي أو جثmani وضعف جثmani عام يؤدي إلى أن يساور المريض بسبب ذلك بعض الأوهام

¹ - المستشار محمد فتحي: علم النفس الجنائي علماً و عملاً ، القاهرة 1969 ص: من 150 إلى 159.

المرضية¹، ويسيطر على المصابين بمرض الاكتئاب واليأس والتشاؤم، وهذه المشاعر قد تؤدي إلى أن يرتكب المريض بعض الأفعال الاجرامية².

- الحدث السيكوباتي: وتنتج مثل هذه الشخصية إذا نشأ الفرد في بيئة لا يجد منها العطف والشفقة اللازمين للتنمية النفسية، ولا يجد فيها مراقبة ولا ضابطاً لسلوكه³. ويتصف الشخص السيكوباتي عادة بعجزه عن ضبط غرائزه وعدم تلازم شخصيته مع القيم الاجتماعية واتصافه بالأنانية المفرطة، وعدم قدرته على التكيف الوظيفي، كل ذلك قد يدفعه إلى ارتكاب الجرائم تحت تأثير ما في شخصيته من تكوين شاذ وغير مألف.

المطلب الثاني : العوامل الاجتماعية لجنوح الأحداث :

يعيش الحدث منذ ولادته في بيئات مختلفة، يتعرّع فيها، يختلط بأشخاصها، فيتتأثر بأخلاقهم وعاداتهم وسلوكياتهم، وتتفاعل طبائعه الأخلاقية الأصلية مع الأوضاع والظروف المحيطة به، التي قد تتبادر من وقت لآخر، وحصلة هذا التفاعل تحدد مسار سلوكه وتصرفاته. خلال السنوات الأولى من حياة الحدث يجد نفسه في بيئته العائلية، وعند التحاقه بالمدرسة تنضم إليها بيئته المدرسية، وقد لا تتمكنه ظروفه من الدراسة فينتقل مباشرة إلى بيئة العمل، وإلى جانب البيئتين الأخرىتين توجد البيئة الترويحية إلى يقضي فيها أوقات فراغه. والعوامل الاجتماعية لجنوح الأحداث بصفة عامة تكمن في الاختلالات التي تشوب بيئه أو أكثر من هذه البيئات.⁴

الفقرة الأولى : اختلالات البيئة العائلية والمدرسية

1- اختلالات البيئة العائلية :

تشكل العائلة بحق مهد شخصية الفرد، فيها تكون عند الحدث النماذج الأساسية لردود الفعل الخاصة بالتفكير والسلوك، وتكون لديه أيضاً معايير القيم التي تصاحب حياته المقبلة.

واختلالات البيئة العائلية تبرز في مقدمة العوامل الاجتماعية لجنوح الأحداث، وتبدو في تصدع العائلة ومستواها السلوكي السيء وتنازع الوالدين والتربية الخاطئة وعوز العائلة.

أ- تصدع العائلة: يحدث تصدع العائلة بغياب الوالدين أو احدهما، بسبب الوفاة أو الطلاق أو المجر. مما يؤدي غالباً لحرمان الحدث من الرعاية التي يحتاجها في حالة غياب الوالدين، أو لضعف هذه الرعاية عند غياب احدهما وقدان الرعاية الازمة لتنشئة سوية للحدث قد يفسح مجالاً لانحرافه في اغلب الأحوال، وبالتالي يؤدي إلى جنوحه، كما تدل علة ذلك العديد من الأبحاث الميدانية والدراسات⁵.

¹ - المستشار محمد فتحي: المرجع السابق ، ص: من 176 إلى 200.

² - الدكتورة فوزية عبد الستار: مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ، ص:119.

³ - الدكتور حسن شعائنة سعفان: المرجع السابق، ص:85

⁴ - الدكتور أكرم نشأت: جنوح الأحداث، عوامله والرعاية الوقائية والعلاجية، ص:94.

⁵ - الدكتور حسن الساعاتي في علم الإجرام الجنائي، القاهرة ، 1951، ص: 109.

ب- المستوى السلوكي السيئ للعائلة: يسوء المستوى السلوكي للعائلة في حالة كون الوالدين أو أحدهما مجرماً أو منحلاً خلقياً أو مدمناً على المخدرات والمسكرات. فالحدث الذي يجد نفسه في مثل هذه العائلة، يتزلق غالباً مع ذويه في خططياتهم ويتورط عاجلاً أو آجلاً في ارتكاب الجرائم دون أن يساوره أي شعور بالإثم.¹

ويقول دونالد تافت donald taft أن: "العائلة هي مدرسة في التدريب على حسن السلوك أو سوء السلوك، تبعاً لسلوك العائلة ذاتها".

ج- خصام الوالدين: من بين أسباب ترقى حياة الطفل الداخلية، وجود خصام بين والديه²، يظهر جلياً في مشاكلات ومشاحنات بينهما، قد تتطور أحياناً إلى شجار يتخذه سب وقذف وإيذاء. يثير الفزع لدى الطفل ويجعله يعيش في حيرة وقلق، مهملاً من والديه المنهمكين في خصامهما، مما يعرضه لانحراف قد يبلغ حد الجنوح.

ويعود الخصام بين الوالدين لأسباب مختلفة، كأن يكون أحدهما أو كلاهما حاد الطبع أو متقلب المزاج أو شديد الغيرة، أو يكون أحدهما بخيلاً والأخر مسرفاً، أو يكون أحدهما محافظاً والأخر متحرراً، أو أن النزاع بينهما مرجعه فرض السلطة في العائلة.³.

د- التربية الخاطئة: للطفل دوافع بدائية فطرية، تدفعه إلى تحقيق رغبات آنية، قد تكون ضارة به أحياناً، فمن مقتضيات التربية الصحيحة تهذيب هذه الدوافع وتوجيهها لإتباع سلوك سليم للقيام بما يفيد، ولو كان ذلك يسبب إما آنية، والتحذير من القيام بما يضر ولو كان ذلك يحقق لذاته فورية على أن يتم التوجيه والتحذير في إطار معاملة الطفل بجزم ومقترن بعطف، أما التربية الخاطئة التي قد ينشأ عنها جنوح الحدث، فهي تشمل جميع الحالات التي لا يتوافر فيها التوجيه السليم أو يتوافر هذا التوجيه في إطار معاملة متسمة بالقصوة أو مصحوبة باللعن أو متأرجحة بين القسوة واللين⁴.

هـ - عجز العائلة: إن حياة الكوخ والفقر وأجور العمال المتدينة ووتيرة البطالة المتزايدة وال الحاجة بكل أشكالها الأخرى، يفتك بالإنسان بجسمه وطباعه وعقله، حين يسبب له سوء التغذية والحرمان من معظم مقومات الحياة الأساسية والكتلة الحيوية والانفعالي⁵ ، فيما يشير في نفوس أطفال العائلة الشعور بالنقص والضيق وعدم الطمأنينة، فينطلقون عند أول فرصة سانحة إلى خارج جدران مساكنهم العتيقة، للحصول على حلقاتهم الأساسية وغيرها بوسائل تعرضهم للجنوح إن لم تجعلهم جائرين فعلاً.⁶

¹ - الدكتور عمر السيد رمضان: دروس في علم الإجرام ، القاهرة ، 1964 ن ص: 264.

² - الدكتور سيد عويس : الأسرة المتصدعة وصلتها بجنوح الأحداث ، ص:170.

³ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: علم الاجتماع الجنائي ، الطبعة الثانية ، بيروت 1999 ن ص:39.

⁴ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: علم الاجتماع الجنائي ، ص:34 و40.

⁵ - جان شازال: الطفولة الجامحة، ترجمة أنطوان عبده ، بيروت 1972 ن ص:61.

⁶ - الدكتور عدنان الدوري: جناح الأحداث المشكلة والسبب ، الكويت 1985 ، ص:256.
134

2 - اختلالات البيئة المدرسية :

تتولى المدرسة مهمة التعليم، الذي وإن كان بمعناه الضيق لا يتعدي تقديم المعرفة المقررة في مناهج الدراسة، إلا أنه بمعناه الواسع يشمل إحاطة هذه المعرفة بإطار متكامل من القيم والمثل والمعتقدات القوية التي تسهم في التنشئة الاجتماعية السليمة للتلاميذ، غير أن البيئة المدرسية لا تخلو من اختلالات تشوبها، فتدفع التلميذ الحدث إلى الجنوح وتبدو هذه الاختلالات في القدوة المنحرفة والرفقة السيئة والمعاملة الخاطئة¹. أشرحها على الشكل التالي:

أ- القدوة المنحرفة: يحرص التلميذ عادة على تتبع سلوك مدرسيهم، والتأثير به غالباً على نحو متبادر، فإذا كان سلوكهم سليماً انعكس سماته الحيرة على تلاميذهم، فيتمثلون ذلك في سلوكهم وثقافتهم، مما يساعد على حسن تنشئتهم الاجتماعية، أما إذا كان سلوكهم منحرفاً، انعكس سماته السيئة على تلاميذهم وخاصة على الذين تغلب عليهم نزعة المحاكاة، فتدفعهم إلى تقليد مدرسيهم، باعتبارهم القدوة الحسنة والمثل الأعلى، والتلميذ بوصفهم الأدنى، وذلك طبقاً لنظرية التقليد² فيكون سلوكهم المنحرف هو المُنزلق نحو الجنوح.

ب- الرفقة السيئة: في البيئة المدرسية يتلقى التلميذ الحدث بعدد كبير من زملائه، الذين نشأوا في بيئات عائلية متباعدة، بمستوياتها الأخلاقية منها الصالحة ومنها الفاسدة. فإذا قدر للحدث مصاحبة الآخرين الذين جاءوا من بيئه صالحة، فإن ذلك يبشر بالتزامه السلوك القويم، أما إذا انقاد لرفاق أشرار قدموه من بيئه فاسدة، وسايرهم في مسالكهم المنحرفة، وأووها المهرب من المدرسة وما تلاه من مفاسد، فإن ذلك بالتأكيد يعرضه للجنوح. كما تقتضي ذلك نظرية الاختلاط التفاضلي.

ج- المعاملة الخاطئة: العدالة والحكمة والحزم المترافقون بالعطاف والتفاهم الصريح المباشر، هي الأسس الصحيحة لتعامل القائمين بإدارة المدرسة ومدرسيها مع التلاميذ، في حين تبدو المعاملة الخاطئة في إتباع أحد أسلوبين متضادين سيئين وهما:

الأسلوب الأول : يتمثل في القسوة وتوقيع عقوبات عشوائية بدنية، أو بأي شكل آخر حاط بالكرامة، مما يثير كوانن الحقد والشعور بالنقص، فتدفع التلميذ إلى كره المدرسة والهروب من واقعها الذي لا يستبعد الارتكاء في مسالك الانحراف والجنوح.

الأسلوب الثاني : يظهر في إتباع اللين والتسامح، مما ينجم عنه استخفاف التلاميذ بإدارة المدرسة ومدرسيها ونظمها وتعاليمها، فيرکنون إلى إهمال الدراسة والاستهانة والعبث والهروب من المدرسة أيضاً، مما يعرضهم إلى الجنوح فعلاً.³.

¹ - الدكتور كرم نشأت إبراهيم: علم الاجتماع الجنائي ن: 51 و 53.

² - الدكتور مصطفى عبد المجيد: مقدمة في الانحراف الاجتماعي ، بيروت: 1985- ص: 5.

³ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: علم الاجتماع الجنائي ،ص: 54.

الفقرة الثانية : اختلالات بيئة العمل والترويج :

بيئة العمل هي البيئة الخارجية التالية للبيئة المدرسية، ولكن قد يضطر من لا تمكنه ظروفه من الالتحاق بالمدرسة إلى الانتقال للعمل مباشرة، بغية توفير حاجاته المعيشية من حصيلة عمله، وهو لا يزال في سن الحداثة¹ وفي هذه الحالة قد تشوّب بيئة عمل الحدث اختلالات تسبّب جنوحه وهذه الاختلالات هي القدوة المنحرفة والرفقة السائبة²

A- القدوة المنحرفة: دور صاحب العمل أو المشرف على عمل وتكوين الحدث يشبه إلى حد بعيد دور المدرس بالنسبة لللطلميذ من حيث كونه الموجه والقدوة، فان كان منحرفاً أساء التوجيه، مما يدفع الحدث غالباً إلى الانسياق معه في آثاره فيجنح. وإذا رفض مساعيرته في مسالك السوء، كان مصيره الطرد.

B- الرفقة السائبة: دور زملاء العمل بالنسبة للعامل الحدث يماثل دور زملاء الدراسة بالنسبة لللطلميذ، من حيث تأثر سلوكه بسلوك زملائه الذين يصاحبهم، فان كانوا أخياراً سار معهم في مسالك الخير وإن كانوا أشراراً انزلق معهم إلى أماكن الرذيلة والشر والجرمية.

4- اختلالات البيئة الترويحية :

البيئة الترويحية هي البيئة التي يقضي فيها الحدث أوقات فراغه، بالتخاذل وسيلة ترويحية، أو أكثر للحصول على ما يحتاجه من انتعاش المتعة. وتنقسم الوسائل الترويحية تبعاً لما تسفر عنه إلى وسائل مفيدة وأخرى ضارة.

فالوسائل الترويحية المفيدة تحقق المتعة والفائدة معه، كالطالعة النافعة وممارسة الرياضة ومشاهدة الأفلام السينمائية والعروض المسرحية والاجتماعية والثقافية سواء في دور عرضها أو على شاشة التلفاز أو الاستماع إلى الموسيقى والأناشيد الهدافة.

أما الوسائل الترويحية الضارة التي تمثل اختلالات البيئة الترويحية، فان مجرد اتخاذ بعضها، يعد جريمة بحد ذاته كتعاطي المخدرات والقمار والتردد على محلات السكر والعري والشذوذ الجنسي وهلم جری وهذا ما يهدد له الطريق - دون شك - إلى الاعتياد على هذه الدور والارتماء في أحضان الأفعال الجرمية قانوناً ودييناً وعرفاً.

المبحث الثالث : حجم ظاهرة جنوح الأحداث :

تفيد الإحصائيات الجنائية، أن حجم هذه الظاهرة في ارتفاع مستمر، وقد ألقى مصالح الشرطة والدرك الملكي 9030 حدث سنة 2004 بنسبة وصلت حوالي 91,11% من مجموع الأشخاص المقيوض عليهم³، كما تفيد هذه المعطيات الإحصائية ارتفاع نسبة الجنوح لدى الأحداث خلال السنوات العشر الأخيرة. وعكس هذه النتيجة تسجيل

¹- تنص المادة: 57 من الاتفاقية العربية لمستويات العمل التي وافق عليها مجلس جامعة الدول العربية بقراره رقم: 318 في: 18/3/1967 على أن يحدد تشريع كل دولة الأعمال التي لا يجوز تشغيل الأحداث فيها من الجنسين قبل بلوغهم سن الثانية عشر من العمر، و لا يجوز تشغيل الأحداث في الأعمال الصناعية قبل الخامسة ذلك فيما عدا المتدربين منهم.

²- الدكتور أكرم نشأت: جنوح الأحداث، عوامله و الرعاية الوقائية و العلاجية ، ص:58.

³- النشرة الإحصائية لمصلحة حماية الطفولة بكتابية الدولة المكلفة بالشباب سنة 2004 .

إحصائيات إدارة السجون تراجعا ملحوظا في عدد الأحداث الواقفين عليها بمقتضى قرارات وأحكام قضائية، ولعل مرد هذا الوضع، يعود إلى التعديلات التي أدخلها المشرع المغربي على قانون المسطرة الجنائية لسنة 2003، والتي عملت فيها على تكثيف القواعد الخاصة بالأحداث الجانحين مع المنظومة الدولية في مجال قضاء الأحداث، وخاصة في مجال تنوع التدابير المتخذة في حق الأحداث وكذا الجهات الموكولة إليها مهمة تنفيذ هذه التدابير، حيث تم الابتعاد نوعاً ماعن العقوبات السالبة للحرية أو الإيداع في المؤسسات السجنية، ومع ذلك لا يمكن اعتبار الأرقام التي تقدمها الإحصائيات مقاييساً حقيقياً لحجم هذه الظاهرة، طالما لا نعرف شيئاً عن الرقمن الرمادي والأسود المتعلقي بها.

ومع ذلك - أحبينا أم كرهنا - تبقى الإحصائيات الجنائية هي الأداة الوحيدة لقياس حجم جنوح الأحداث، وذلك لاعتبارين علميين وقانونيين أساسيين هما :

1- أن معظم التشريعات الدولية أصبحت مدعوة للاعتماد على نتائج الإحصائيات أثناء وضعها لخط سياسات جنائية تتلاءم و التحولات الاقتصادية والعمانية والسكانية والثقافية والحضارية.

2- أننا اليوم في حاجة إلى معرفة رقم الإحصاءات الخاصة بالأحداث الجانحين، وتميزها عن جرائم الكبار، مadam هؤلاء القاصرين لم يبلغوا السن القانوني الجنائي بعد.

وعلى العموم، يمكن تقسيم الإحصائيات الجنائية إلى ثلاثة أنواع تبعاً للجهات التي تتولى إجراءها:

أولاً : إحصاءات الشرطة وتضم عدد الأحداث الذين علمت الشرطة بارتكابهم جرائم، وهي لا تعبر عن عدد الذين ارتكب منهم جرائم فعلاً، لعدم ثبوت ارتكاب بعضهم أية جريمة فيما بعد.

ثانياً : إحصاءات المحاكم التي تنطوي على عدد الأحداث المحالين إليها لاتهامهم بارتكاب جرائم، هي أيضاً لا تعبر عن عدد الذين ارتكب منهم جرائم فعلاً لبراءة بعضهم فيما بعد، إلا إذا تضمنت الإحصاءات عدد المدانين منهم وهم الجانحون فعلاً.

ثالثاً : إحصاءات المؤسسات الإصلاحية التي تتضمن عدد الأحداث المودعين فيها لتنفيذ التدابير أو العقوبات المخففة المفروضة عليهم عن الجرائم التي ارتكبوها، وهي تخلو من ذكر مرتكبي الجرائم من الأحداث الذين فرضت عليهم تدابير أخرى كإخضاعهم لمراقبة السلوك أو تسليمهم لذويهم بتعهد. ويبدو مما تقدم، أن إحصاءات المحاكم التي تتضمن المدانين بارتكاب جرائم، تعبّر وحدتها عن عدد الأحداث الجانحين رسميّاً، دون إمكان الجزم بأنّها تعبّر عن عددهم الحقيقي فعلاً، لأن بعض الأحداث يرتكبون جرائم دون التعرّف عليهم، أو دون كشف جرائمهم أصلاً، كذلك بعض الجني عليهم في الجرائم التي يرتكبها الأحداث، لا يبلغون عن فاعليها لقيامهم بأنفسهم بتأنيب أو تأديب الأحداث الذين ارتكبواه، ولكونهم حصلوا على الترضية الالزمة من الحدث أو ذويه.

ومع كل ما سبق بيانه، فإنه يمكن استخلاص فكرة عامة عن حجم جنوح الأحداث من الإحصاءات الخاصة بجنوح الأحداث، التي يتيح للباحث الإطلاع عليها مهما كان نوعها، مع مراعاة الملاحظات الواردة بشأنها إذ لا خيار له في اختيار الإحصاءات التي يحتاجها، وإن عليه الاستفادة من الإحصاءات المتوفّرة لديه، ولا سيما في الدول العربية، التي لا توجد لدى بعضها إحصاءات دقيقة، ومنها ما لا تنشر إحصاءاتها، وقد تنشرها خفّضـة، ومنها ما لا تسمح بالإطلاع على إحصاءاتها.

وعليه، وللإحاطة بفكرة عامة عن حجم جنوح الأحداث، نعرض في المطلعين التاليين على التوالي، إحصاءات جنوح الأحداث في بعض الدول العربية، وإحصاءات جنوح الأحداث في بعض الدول الأوروبية وأمريكا واليابان.

المطلب الأول : حجم جنوح الأحداث في بعض الدول العربية :

نعرض فيما يلي ما أتيح لنا الاطلاع عليه من الإحصاءات الخاصة بجنوح الأحداث، في كل من العراق والأردن ومصر وسوريا ولبنان على مسؤولية مصادرها.

الفقرة الأولى: حجم جنوح الأحداث بمصر و العراق

1- في مصر بلغ عدد الأحداث الجانحين خلال السنوات المبنية أدناه كما يلي:

وذلك كما جاء في دراسة موثقة لأحد الباحثين¹:

السنوات	الأحداث الجانحون	1963	1962	1961	1960
	24322	26350	33348	26208	

وأخيرا جاء في الإحصائية السنوية للجرائم المسجلة في الدول العربية²، بأن عدد الأحداث الجانحين 4530 في عام 1997 و 2660 في عام 1998 (هذه الأرقام تبدو بعيدة عن الواقع).

2- في العراق بلغ عدد الأحداث الحالين إلى محاكم الأحداث وعدد المدانين منهم خلال السنوات المبنية أدناه كما يلي³:

السنوات	ال الحالون إلى محاكم الأحداث	1998	1993	1988
المدانون	4541	2971	3687	5057
	5585	4176		

¹ - الدكتور سيد عويس: حجم مشكلة جنوح الأحداث واتجاهاتها وعواملها في الجمهورية العربية المتحدة، المجلة الجنائية القومية، مجلة 8 عدد 2، القاهرة 1965، ص: 186-193.

² - الإحصائيات السنوية للجرائم المسجلة في الدول العربية لعامي 1997 و 1998 (مطبقاً لبيانات المقدمة من الجهات المختصة في الدولة العربية)، إعداد المكتب العربي لمكافحة الجريمة، بغداد 1999-2000.

³ - إحصاءات المحاكم في قسم الإحصاء بوزارة العدل في بغداد غير منشورة.

وفي الأردن بلغ عدد جرائم الأحداث وعدد مرتكبيها خلال السنوات المبنية أدناه كما يلي¹:

السنوات	1997	1996	1995	1994
عدد جرائم الأحداث	7533	8124	5764	5751
عدد مرتكبي الأحداث	11358	11314	6971	7358

الفقرة الثانية: حجم جنوح الأحداث بسوريا ولبنان

1- في سوريا بلغ عدد الأحداث الجائحين خلال السنوات المبنية أدناه كما يلي، وذلك في دراسة مقارنة للأمم المتحدة²:

السنوات	1961	1960	1959	1958
الأحداث الجائحون	5621	7340	5680	5471

وأخيرا جاء في الإحصائيات السنوية للجرائم المسجلة في الدول العربية³، بأن عدد الأحداث الجائحين في سوريا 2245 في عام 1997 و 2517 في عام 1998 (هذه الأرقام تبدو بعيدة عن الواقع).

2- وفي لبنان بلغ عدد الأحداث الحالين إلى محاكم الأحداث خلال السنوات المبنية أدناه، وذلك في دراسة موثقة لأحد الباحثين⁴:

السنوات	1966	1965	1964	1963
الأحداث الحالون إلى المحاكم	1856	2289	1756	1926

وأخيرا جاء في الدراسة الإحصائية السنوية المشار إليها أعلاه، بأن عدد الأحداث الجائحين في لبنان 1940 في عام 1997 و 4645 في عام 1998⁵.

تعقيب:

بناء على ما سبق عرضه، يظهر بوضوح أن إحصاءات الباحثين العرب أقرب إلى الحقيقة من الإحصاءات الرسمية في أغلب الدول العربية، مما يجعلنا نناشد الجهات المعنية في هذه الدول الاهتمام بالإحصائيات الجنائية بما فيها إحصائيات جنوح الأحداث لأهميتها، حيث لا يمكن بدونها تحديد سياسة جنائية سليمة.

كما يبدو من أغلب الإحصاءات المبنية، تذبذب عدد الأحداث الجائحين بين ارتفاع وانخفاض من سنة إلى أخرى، متراوحة حول متوسط ثابت نسبيا، مما يدل على احتفاظ حجم جنوح الأحداث بأبعاده المحددة، حيث يمكن

¹ - التقارير الإحصائية للأعوام 1994- 1997، إعداد إدارة المعلومات الجنائية بمديرية الأمن العام في الأردن.

² - الأمم المتحدة: دراسة مقارنة عن إجرام الأحداث، الجزء الخامس الشرق الأوسط، نيويورك 1996، ص: 19.

³ - الإحصائية السنوية: المرجع السابق.

⁴ - الدكتور مصطفى حجازي: الأحداث الجائحون، بيروت 1975، ص: 137.

⁵ - الإحصائية السنوية: المرجع السابق.

القول بأن ظاهرة جنوح الأحداث في الدول التي ذكرت إحصاءاتها لا تمثل مشكلة. كذلك يمكن القول بانطباق هذه الحالة على بقية الدول العربية، لتماثل أوضاع جميع المجتمعات العربية، من حيث التزامها إلى حد كبير بأحكام وتعاليم الشريعة الإسلامية، التي لا تزال تصونها نسبياً من مثالب التحلل الخلقي والتفكك الأسري، وهي من أخطر عوامل الجنوح، التي تفشت في أوروبا وأمريكا ومناطق أخرى من العالم، فأدت إلى تضخم ظاهرة جنوح الأحداث، وتحولها إلى مشكلة مثيرة للقلق.

إلا أن هذا لا يعني عدم احتمال تطور ظاهرة الجنوح إلى مشكلة مقلقة في الدول العربية أيضاً، نظراً لما يbedo من تسلل عادات سلوكية سيئة تحمل في طياتها بذور التحلل الخلقي والتفكك الأسري، من المجتمعات الأوروبية والأمريكية إلى المجتمعات العربية¹، والتي يتأثر بها سلوك الأحداث على وجه الخصوص، فتتوسع مسالك جنوحهم. لذا لا بد من مضاعفة الجهود لوقاية الأحداث من التأثير بتلك العادات الداخلية، وتوفير المزيد من الرعاية لهم لتجنيبهم مسالك الجنوح، مع تطوير ودعم قضاء الأحداث، لتمكينه من أداء دوره على النحو الأكمل في معالجة الجانحين والمعرضين للجنوح.

المطلب الثاني : حجم جنوح الأحداث في بعض الدول الأوروبية وأمريكا واليابان :

سبق أن ذكرنا بأن ظاهرة جنوح الأحداث، أصبحت تمثل مشكلة مثيرة للقلق في أوروبا وأمريكا وبعض المناطق الأخرى من العالم. ولتوسيع ذلك نعرض فيما يلي ما تيسر لنا الاطلاع عليه من إحصاءات عن جنوح الأحداث في بعض الدول الأوروبية وأمريكا واليابان، والتي تعبّر عن حجم جنوح الأحداث فيها، وتعطي فكرة عامة عن حجم جنوح الأحداث في الدول الأخرى التي تمثلها في أوضاعها الاجتماعية والاقتصادية.

الفقرة الأولى: حجم جنوح الأحداث بارويا

ففي فرنسا جاء في كتاب (الطفولة الجائحة) مؤلفه "جان شازال"²، أن عدد الأحداث الجانحين المحكوم عليهم في فرنسا، خلال السنوات المبينة أدناه كما يلي :

السنوات	1967	1963	1959	1955
الأحداث الجانحون	44814	38422	21850	15406

ويبدو واضحاً من هذا الإحصاء، تزايد عدد الأحداث الجانحين باستمرار، حيث بلغ عددهم ثلاثة أضعاف خلال ثلاثة عشر عاماً، وهي نسبة كبيرة، قال عنها "جان شازال" بأنها أصبحت تنذر بأوخر العواقب، مع الأخذ بنظر الاعتبار زيادة عدد السكان، وهي نسبة محددة، وأضاف قائلاً:

لا بد من يريد أن يكون فكرة دقيقة عن مشكلة جنوح الأحداث في واقعها الراهن، أن يضيف إلى الجانحين "المعروفين رسمياً" عدداً آخر من الجانحين، لم تكشفه السلطات العامة، إما لأنها لم تتلق شكاوى رسمية بحقهم، أو لأن نتائج التحريات التي أجرتها من أجل اكتشافهم لم تكن مثمرة³.

¹ - الدكتور أكرم نشأت إبراهيم: علم الاجتماع الجنائي، ص: 85.

² - جان شازال، عضو محكمة التمييز في فرنسا رئيس شرف الرابطة الدولية لقضاء الأحداث.

³ - جان شازال، مرجع سابق، ص: 13.

وقد جاء في الإحصائية الجنائية الدولية لعام 1992 أن عدد جرائم الأحداث في فرنسا بلغ 454052.

وفي هولندا تؤكد الإحصاءات الجنائية، أن السلوك الإجرامي للأحداث في زيادة مستمرة، وهي تكشف عن خطورة المشكلة، فقد زاد السلوك الإجرامي بين الأحداث في مرحلة العمر بين 10 و 17 سنة، حوالي 44 % في الفترة من 1939 إلى 1957.

ولوحظ أن جنوح الأحداث في المدن الكبيرة زاد أكثر من ثلاثة أضعاف مما في المناطق الريفية. فقد زاد في هذه الفترة بنسبة 0.62 في المدن التي يزيد عدد سكانها على 50.000 شخص، مقابل نسبة 18 % في المناطق الريفية والمدن الصغرى التي لا يزيد عدد سكانها على 20.000 شخص.¹

كذلك ورد في الإحصائية الجنائية الدولية لعام 1992²، أن عدد جرائم الأحداث في إنجلترا 999594 وفي ألمانيا 628200 وفي النمسا 49423 وفي بلجيكا 20586.

الفقرة الثانية : حجم جنوح الأحداث في أمريكا واليابان :

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، جاء في تقرير قدمته لجنة مجلس الشيوخ في عام 1954 بأن 1.250.000 أحداثاً تتراوح أعمارهم بين العاشرة والسبعين عشراً، يقعون كل سنة في ورطة مع الشرطة، وأن 70% من جرائم سرقة السيارات يرتكبها أحداثاً في مثل هذا العمر، وأن 37% من السرقات بإكراه و 47% من السرقات العادمة و 35% من انتهاكات العرض يرتكبها الأحداث وصغار الشباب الذين لا تتجاوز أعمارهم 21 سنة.³

ذكر العالمان الأمريكيان (أدوين سدرلاند) و (دونا لد كريسي) في كتابهما (مبادئ علم الإجرام) أن في عام 1958 حكمت محاكم الأحداث في ولاية كاليفورنيا وحدتها في 18056 قضية، حكم في 27% منها لكونها جرائم بالوضع تحت المراقبة، وحكم في 8% منها باعتبارها تشرداً، وحكم في 65% منها لمخالفة أنظمة المرور وغيرها.⁴

وجاء في أحد تقرير إحصائي رسمي⁵ أن عدد الأحداث الحالين إلى محاكم الأحداث في الولايات المتحدة الأمريكية وأنواع جرائمهم خلال السنوات 1987، 1992، 1996 هو كما يلي :

السنوات	1987	1992	1996	نوع الجرائم
	190800	308200	381500	جرائم واقعة على الأشخاص
	712400	860700	874400	جرائم واقعة على الأموال

¹ - الدكتور هونيك: جنوح الأحداث في هولندا، دراسة منشورة في 1960 International child welfare, review، لخصها وعرضها مكرم سمعان، المجلة الجنائية القومية، مجلد عدد 3، القاهرة 1962، ص: 444.

² - الإحصائية الجنائية الدولية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)، نقل عن التقرير الإحصائي الجنائي لعام 1992، إعداد إدارة المعلومات الجنائية بمديرية الأمن العام في الأردن، عمان 1993، ص: 142.

³ - الإحصائية الجنائية الدولية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)، نقل عن التقرير الإحصائي الجنائي لعام 1992، إعداد إدارة المعلومات الجنائية بمديرية الأمن العام في الأردن، عمان 1993، ص: 142.

⁴ - Sutherland and Cressey, p : 402.

The 70th report in the juvenile court statistics. The report was prepared by the national center for juvenile justice, the research division of the national council of Juvenile and family court judges, and was supported by grant number 95-JN-FX-008 from the office of Juvenile justice programs. U.S. department of justice.

جرائم المخدرات	176300	72700	72100	
جرائم مضرة بالمصلحة العامة	325400	242300	205500	
	1757600	1483900	1180800	

وفي اليابان جاء في تقرير لمعهد البحث والتدريب بوزارة العدل¹، أن عدد الأحداث الجانحين في اليابان بلغ خلال السنوات المبينة أدناه كما يلي:

السنوات	1997	1983	1964	1951
عدد الأحداث الجانحين	215629	212483	238830	116433

للذكر:

فإن محكם الاستئناف بالتراب الوطني هي التي تهيمن فيها قضايا أشكال العنف الجنسي:

- أكثر من 50 % : تطوان (61.8 %)

- ما بين 40 % و 50 % : طنجة (45.7 %)، وجدة (40.4 %).

ويتم التبليغ عن الاتجار بالأطفال في بنى ملال بشكل خاص بنسبة (9.7 %) وفي الناظور بنسبة (9.3 %)، لكن هذه الظاهرة لا تقل في باقي المدن إلا أقل من نسبة 2.1 % من القضايا التي نظرت فيها المحاكم خلال الفترة موضوع الدراسة.

هـ - توزيع قضايا العنف ضد الأطفال حسب محكمة الاستئناف ونوع العنف (2001 - 2004).

العدد	المجموع	أنواع العنف				محكمة الاستئناف
		الاتجار بالأطفال	جنسي	نفسي	جسدي	
864	100,0	0,1	36,1	30,8	33,0	الرباط
2201	100,0	0,1	13,0	41,2	45,6	الدار البيضاء
1533	100,0	0,1	7,2	40,9	51,7	القنيطرة
1578	100,0	1,1	24,6	43,4	30,9	فاس
176	100,0	0,0	34,7	22,7	42,6	تازة

- Summary of the white paper on crime, Prepared by the research and training institute, ministry of justice, Japan, 1998, p: 16. ¹

1421	100,0	0,0	11,8	55,9	32,2	مراكش
237	100,0	0,8	17,7	45,1	36,2	ورزازات
1232	100,0	0,2	8,1	53,7	37,9	آسفي
599	100,0	0,0	27,4	27,9	44,7	مكناس
82	100,0	1,2	39,0	9,8	50,0	الراشدية
174	100,0	1,7	36,2	23,0	39,1	العيون
313	100,0	0,0	45,7	10,9	43,5	طنجة
251	100,0	0,4	61,8	4,8	33,1	تطوان
528	100,0	0,0	18,2	39,8	42,0	سطات
904	100,0	0,0	7,4	57,1	35,5	الجديدة
877	100,0	9,7	15,5	41,4	33,4	بني ملال
487	100,0	1,6	21,8	24,2	52,4	خربيكة
581	100,0	2,1	40,4	28,6	28,9	وجدة
407	100,0	9,3	15,2	6,9	68,6	الناظور
133	100,0	0,0	32,3	0,0	67,7	الحسيمة
1294	100,0	1,6	32,9	40,6	24,8	أكادير
15872	100,0	1,2	20,1	39,5	39,1	المجموع

..... و.....

-2001 2004	2004	2003	2002	2001	الأحكام (%)
0,01	0,02	0,00	0,02	0,02	الحكم بالإعدام
0,03	0,00	0,03	0,03	0,07	الحكم بالسجن المؤبد

12,38	13,27	10,62	17,25	8,41	أحكام الحبس
14,70	12,84	15,85	16,34	13,47	أحكام الحبس مع غرامة
23,76	17,84	29,45	26,24	20,05	أحكام الحبس مع وقف التنفيذ
11,52	12,07	11,76	9,38	12,93	البراءة
10,21	10,42	9,63	6,43	14,90	التسليم للأسرة
2,95	4,01	3,05	2,74	1,84	الحرية المحسنة
1,44	5,43	0,05	0,17	0,21	الإيداع بمؤسسة طبية
5,87	5,73	6,13	2,60	9,27	الإيداع بمؤسسة الكفالة
1,44	4,78	0,00	0,63	0,50	الوضع تحت الكفالة
10,40	8,29	8,79	7,89	17,71	التوبخ
5,28	5,30	4,64	10,28	0,62	أحكام بالغرامة
100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	المجموع
26349	6504	7761	6314	5770	العدد

3- توزيع الضحايا والتکفل بهم.

لا توجد أية معطيات أيا كانت حول أي شكل من أشكال التعويض أو الجبر أو التکفل المناسب للضحايا.

ج- تحليل الحالات المعالجة من طرف الدرک الملكي والأمن الوطني.

لا تسمح المعطيات الجمعة من هاتين الهيئتين بالقيام بتحليل دقيق للعنف الممارس على الأطفال بالنظر لكل أشكاله وتطوره. إننا لا نتوفر إلا على معلومات تعود لستين؛ كما لا تتم الإشارة إلى نوع الخروقات بشكل واضح حيث لا يحدد مثلاً ما إذا تعلق الأمر بعنف جسدي، جنسي و/أو نفسي. كما أن هذه المعطيات لا تشير إلى هدف تحويل الأطفال عن وجهتهم أو اختطافهم: هل يتعلق الأمر باستغلال جنسي أو الاتجار بالأطفال؟

أ- معطيات الدرك الملكي.

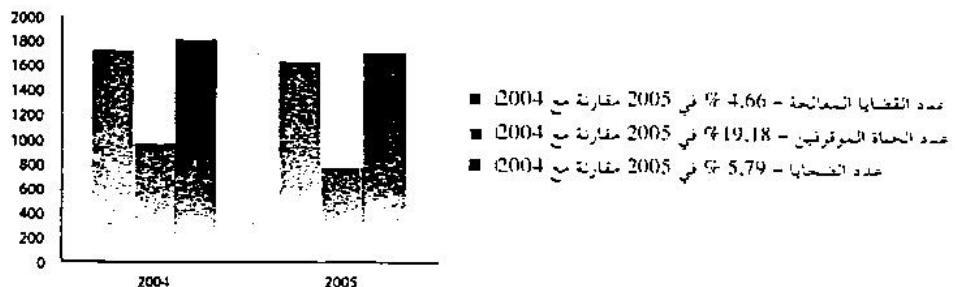
2005			2004			طبيعة الجرائم
عدد الضحايا	عدد الجناة الموقوفين	عدد القضايا المعالجة	عدد الضحايا	عدد الجناة الموقوفين	عدد ضايا المعالجة	
إناث ذكور			إناث ذكور			
23 12	20 34	8 21	16 26			قتل الأطفال
43 86	74 104	74 104	96 127			أشكال العنف
58 50	65 99	61 99	64 127			الاختطاف
16 114	90 123	19 130	99 146			هتك العرض
203 4	169 239	161 44	138 202			التحريض على الفساد
55 27	59 70	68 40	68 105			التغريب
278 535	191 813	391 478	408 867			الإهمال
140 25	120 154	106 10	86 116			الاغتصاب
816 893	788 1636	888 926	975 1716			المجموع

يمثل الإهمال والتخلّي شكل العنف المبلغ عنه لدى الدرك أكثر من غيره: 50.5% من الحالات في 2004 و 49.69% في 2005. يليه "العنف الجنسي" (أنواع الاغتصاب، التحريض على الفساد، وهتك العرض) بنسبة 27% من الحالات المعلن عنها في 2004 و 31.54% في 2005.

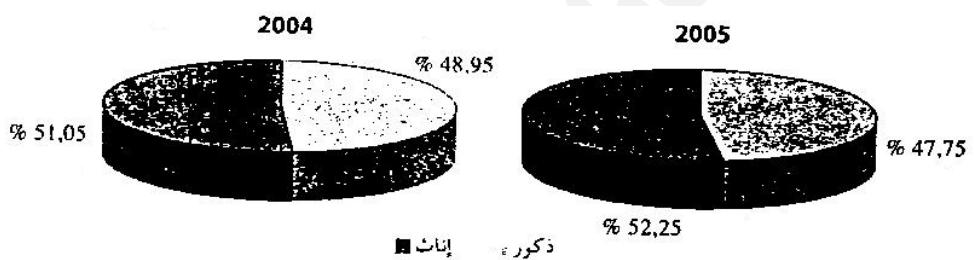


ولقد تراجع عدد الحالات المعالجة من طرف الدرك بنسبة 4.66% ما بين 2004 و 2005 وقد تراجع عدد الجناة الموقوفين بنسبة 19.18% ما بين 2004 و 2005. وتقلص عدد الضحايا بنسبة 5.79%.

.العنف ضد الأطفال في 2004 و 2005



كما أن الفتيان من مجموع الأطفال ضحايا العنف تهيمن بشكل طفيف بنسبة 51.05 % في 2004، وبنسبة 52.25 % في 2005.



ولا توجد أية معلومات تخص المشتكى أو مرتكب العنف أو آليات الاستماع للطفل واستقباله أو كيفية الحصول على دليل الإثبات، أو معرفة ما آلـت إليه القضية المعروضة على القضاء.

بـ- المعطيات المتوفرة لدى الأمن الوطني لسنة 2005.

خلال 2005 تم تسجيل 4228 حالة عنف ضد القاصرين، (2466 فتى و 1762 فتاة). وقد همت 52.8% العنف الجنسي و 47.2% أشكال العنف الجسدي.

إن أشكال العنف الجنسي أكثر انتشارا لدى الفتيان (60.4%) منه لدى الفتيات (40.6%). كما أن أشكال العنف الجسدي أكثر انتشارا لدى الفتيان (55.9%) منه لدى الفتيات (47.1%).

لكن التقرير الذي أُنجزته مديرية الشرطة القضائية لا يشير إلى سمات مرتكبي العنف (السن، صلة القرابة بالطفل، الخ) ولا لسمات الضحايا ولا للمكان ولا لدرجة خطورة أشكال العنف ولا مآل القضية.

ونظراً لعدم وجود إحصائيات حول السنوات السابقة عن سنة 2005، يتعدد القيام بأي تحليل لتطور هذه الظاهرة.

د- المرصد الوطني لحقوق الطفل: مركز الاستماع والرقم الأخضر

أنشأ المرصد الوطني لحقوق الطفل خلال سنة 2000 مركزا للاستماع وفتح خطأ وطنيا أخضراء تحت رقم:
080002511

ويتولى السهر على تسيير المركز فريق متعدد التخصصات، توكل إليه مهمة الاستقبال والاستماع للأطفال ضحايا سوء المعاملة وكذا معالجة الملفات التي تتطلب تدخلا قانونيا طبيا أو نفسيا اجتماعيا.

يوضع مركز الاستماع رهن إشارة:

* الأطفال دون 18 من العمر، مهما كانت ظروفهم الاجتماعية - الثقافية / الاجتماعية - الاقتصادية ووسطهم (حضري، من الضواحي أو قروي).

* أعضاء من خيطهم المباشر (الأسرة، الأصدقاء، الجيران أو المهنيين الذي شهدوا سوء المعاملة ويريدون المساعدة).

* المسؤولين والعاملين في المجال الجمعوي والذين يعملون على مساعدة الأطفال في وضعية صعبة.

* المسؤولين والعاملين في المؤسسات المعنية: الأمن الوطني، الصحة، وزارة العدل.

أ- عدد المكالمات الواردة الملقاة في موضوع الأطفال ضحايا العنف.

طبيعة سوء المعاملة	ذكور	إناث	المجموع 2000 - 2005
الاعتداء الجنسي	289	345	634
الاعتداء الجسدي	230	195	425
المجموع 2000 - 2005	519	540	1059

تلقي المركز ما بين 2000 و 2005 ما مجموعه 1059 اتصالا هاتفيا حول حالات عنف جنسي وجسدي ضد الأطفال، وتهيمن حالات العنف الجنسي المبلغ عنها (59.86 %) حيث تخص الفتيات في 63.88 % من الحالات. وبشكل الفتيا أكثر تعرضا لأنواع العنف الجسدي بنسبة (55.68 %).

لكن لم نجد أثرا في هذا التقرير لأشكال العنف النفسي.

ب- توزيع المكالمات حسب الوسط /الجنس /أنواع العنف.

المجموع	قروي			حضري			الاعتداء الجنسي
	المجموع	إناث	ذكور	المجموع	إناث	ذكور	
634	172	95	77	462	250	212	الاعتداء الجنسي
425	81	42	39	344	153	191	الاعتداء الجسدي
1059	253	137	116	806	403	403	المجموع

تصل المكالمات بشكل أساسى من الوسط الحضري (76.1%).

وتمثل المكالمات الخاصة بالعنف الجنسي بنسبة 67.9 % من مجموع المكالمات من العالم القروي وبنسبة 57.3 % من العالم الحضري. ونجد أن الفتيات ضحايا العنف الجنسي يمثلن 62 % في الوسط الحضري و 69.3 % من الوسط القروي.

ج- توزيع الحالات حسب شكل العنف والسن.

المجموع	محظوظ	18-13 سنة	12-7 سنة	6-0 سنة	الاعتداء الجنسي
585	49	187	234	115	الاعتداء الجنسي
474	50	157	200	67	الاعتداء الجسدي
1059	99	344	434	182	المجموع

ويبدو أن أشكال العنف الجنسي يبلغ عنها أكثر حينما يتعلق الأمر بالأطفال صغيري السن.

لكن تبقى معطيات مراكز الاستماع والتوجيه متسمة بالغموض وغير مكتملة؛ فليست هناك معطيات دقيقة فيما يخص طبيعة العنف ودرجته ومكانه، وسمات الأطفال ضحايا العنف وسمات مرتكبي العنف، والسلطة أو الهيئة التي وجهت الطفل للمركز، والطبيعة الدقيقة للتوكيل، وطبيعة التوجيه، وأشكال المراقبة، وتتبع الأطفال. ولم تدون في سجلات المراكز ولم يتم تتبع إلا الحالات الأكثر خطورة التي قد تستدعي الدخول للمستشفى.

على المستوى النوعي، يبين التقييم بأن عمل مراكز الاستماع والتوجيه يعاني من علة نقائص:

* غياب نظام موثوق به للمعلومات وجمع المعطيات، مما يجعل كل تقييم جدي عملاً مستحيلاً؛

- * عدد العاملين المؤهلين غير كاف (3 مراكز فقط بها أطباء نفسانيون، ومركزان بهما ممرضات وطبيبين يعملون بشكل دائم).
- * كما أن مباني المراكز تعاني من وضع مترد، وغير مناسب في أغلب الأحيان، كما تعاني من موقعها الهش في الهرم الإداري ومن ضعف الوسائل البشرية والمادية.
- * توقيت العمل غير مناسب: مركزان فقط يعملان 24/24 ساعة و 9 مراكز أخرى تطبق التوقيت الإداري بدون مداومة.
- * العلاقات بين مركز الاستماع والتوجيه والسلطات الإدارية والقضائية علاقات شخصية وغالباً ما تكون غير رسمية.
- * بالرغم من خواطر العود يسجل عجز في تتبع الحالات الخطرة لا سيما حينما يقدم مرتكبو العنف للقضاء (تنازل أسرة الضحية أو التسوية بالتراضي).
- * الدوريات التي تحدد مهمة مراكز الاستماع والتوجيه غير معروفة بشكل جيد.
- * وجود هذه المراكز غير معروف كثيراً لدى السكان.

ويكفي أن نقول إجمالاً أن التكفل الذي تقدمه مراكز الاستماع والتوجيه يبقى غير كاف. وحتى تصبح هذه المراكز فعالة، ينبغي أن تقدم خدمة تكفل مندمج يأخذ بعين الاعتبار الجانب السريري (الاستفادة مجاناً من خدمات الطبيب ومن الشهادة الطبية)، والنفسي (الاستفادة من خدمات طبيب نفسي وأو طبيب الأمراض العقلية) والاجتماعي (الماعدة الاجتماعية) والقانوني (الاستفادة من خدمات المحامي أو جهاز القضاء).

ج- بيانات الجمعيات التي تعنى بحماية الطفل.

خلال السنوات العشر الأخيرة ظهرت إلى حيز الوجود العديد من الجمعيات التي تعنى بحماية الطفولة. وتهتم هذه الجمعيات بأطفال الشوارع، والأطفال العاملين، والأطفال المستغلين جنسياً، والقاصرین المتابعين قانوناً، والأطفال المتخلى عنهم واليتامى والمهاجرين، الخ، ونظراً لمسارات هؤلاء الأطفال الشخصية وظروف عيشهم، فهم معرضون بشكل خاص للعنف ولأشكال الاستغلال.

وترمي البرامج التي نفذتها الجمعيات إلى الوقاية وحماية الأطفال وإعادة تأهيلهم ودمجهم في المجتمع. وتختلف جودة وتنوع العمليات المنجزة وكذا طبيعة التأثير المترتب من جمعية إلى أخرى.

ويتوفر عدد قليل من المنظمات غير الحكومية على نظام "تعقب المسار" يضم بيانات نوعية وكمية تتيح تحليل التطور الحاصل وأشكال وحجم وأسباب ونتائج العنف الموجه ضد الأطفال. وبالإضافة إلى ذلك، ردت 4 منظمات غير حكومية فقط من أصل المنظمات الثلاثين التي جرى الاتصال بها عن الاستثمارات التي أعدت في إطار هذه الدراسة.

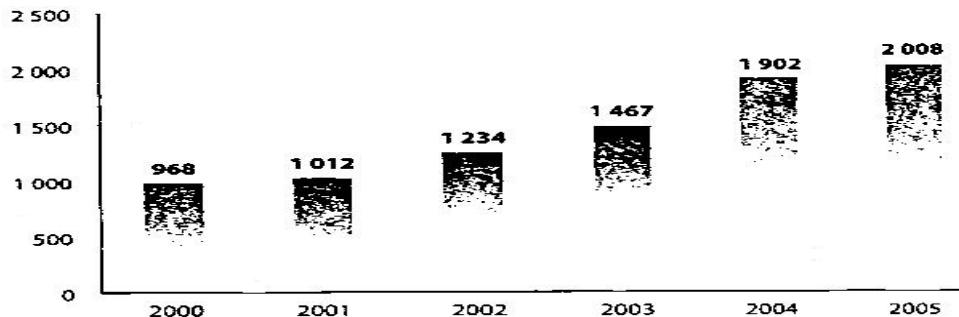
ويتيح تحليل الأجروبة الحصول عليها تسليط الضوء على عدد من النقاط.

أ- عدد الحالات المسجلة بين عامي 2000 و 2005.

أحصت جمعية الكرم، التي تعمل مع أطفال الشوارع، عددا إجماليا للأطفال ضحايا العنف في مدينة مراكش وأسفى يصل إلى 78 طفلا.

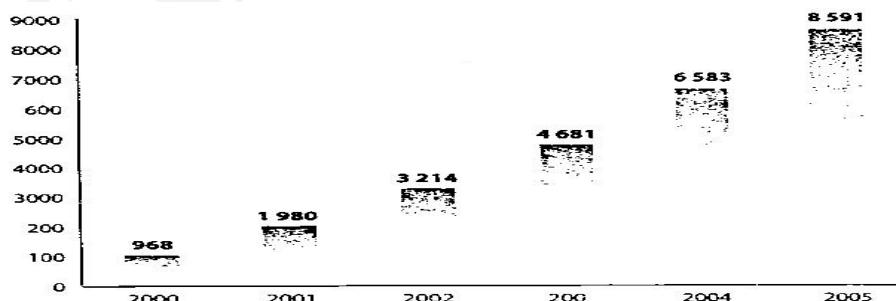
أما جمعية "بيتي" التي تعنى بالأطفال في وضية صعبة (أطفال الشوارع والأطفال المستغلين اقتصاديا وجنسيا، القاصرين التابعين لقانوننا، والمهاجرين السريين)، فتحصي عن نفس الفترة عددا تراكميا وصل إلى 8591 حالة عنف ضد الأطفال في كل من الدار البيضاء والصويرة.

جمعية بيتي: عدد الأطفال ضحايا العنف في السنة



وقد انتقل عدد الحالات الجديدة من 968 حالة إلى 2008 حالة بين عامي 2000 و 2005 (أي تضاعف مرتين)، مما يسجل معدل سنوي متوازن بنسبة 16%.

جمعية بيتي: عدد الحالات المترامية في 6 سنوات.



وتشير البيانات المتوفرة لدى جمعية "بيتي" إلى زيادة العنف، خاصة منذ عام 2002، ويعزى ذلك بالتأكيد إلى التزايد المطرد لهذه الحالات، وإلى قدرة أعضاء الجمعية على التعرف على هذه الحالات بشكل جيد بفضل الخبرة المترامية لديهم منذ 11 سنة.

تأسيسا على ما سبق، واعتبارا لأهمية هذه المرحلة من المراحل العمرية ذات الخطورة ذات خلاها يتقرر مستقبل الحدث وتتحدد ملامح اتجاهاته وسلوكه في مرحلة البلوغ. وبما أن الأحداث هم عماد المستقبل وأمل المجتمع والعمود الفقري للأسر، أصبحى من الضروري إعادة النظر في السياسة المتبعة للنهوض بالطفولة بشكل عام وبالأحداث سواء كانوا بمبراذن حماية الطفولة أو بمبراذن الإصلاح والتهديب بشكل خاص، وذلك وفق ما نصت عليه المواثيق والمعاهدات الدولية وعلى رأسها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في 20/11/1989 و خاصة مع المواد 1/ و 37 و 40 و العهدين الدوليين لعام 1966 خاصة في المواد 10-2 و 14-1 و 14-4 و القواعد النموذجية لإدارة شؤون الأحداث المعروفة بقواعد بي肯 في 29/11/1985 في المواد: 2/1 و 1/6 و 1/7 مبادئ الرياض التوجيهية في 14/12/1990 من جهة، وإحداث تغييرات هيكلية سواء على مستوى المؤسسات السابقة الذكر في جانبها الإداري التنظيمي التي أصبحت تتطلب إشراك هؤلاء القاصرين في التدبير و معالجة مشاكل رفقائهم عن طريق انتخاب ممثلיהם، و هو سلوك ديمقراطي حداثي يذيب حدة التعليمات و يؤنسن الخطاب الإداري الغليظ، ويدفع في النهاية بهذه الفئة نحو التفاعل و الاندماج في السياسة المتبعة و هي سياسة أصلحية بالدرجة الأولى، أو على مستوى البرامج التكوينية و الترفيعية التي باتت ملزمة بالانفتاح على التحولات التي يعرفها العالم و المجتمع المغربي بدءا بإقامة مخيمات صيفية لهؤلاء و مرورا باقتراحهم لبعض الأنشطة التي يميلون لها و يحبذون إظهار قدراتهم الفنية فيها عن طريق المنافسة و التسابق: كالمسرح والغناء والرياضة والرسم و الرحلات و... إن هذا الأسلوب التشاركي الذي يحفز الحدث على العطاء و المبادرة و حرية الاختيار هو البديل التربوي الجديد الذي سيضيف على السياسة الجنائية المغربية طابع الوجدان و التجديد و الدينامية الغائبة اليوم و لعقود طويلة في أوساط هؤلاء الذين سقطوا ضحية في براثين الانحراف و الجريمة.

ترى إلى أي حد تسعى بلادنا جادة إلى خلق جهاز تأطيري تربوي يساهم في ورش إصلاح منظومة العدالة بغية النهوض بوعية الأحداث المترافقين المخرجة و المخيرة ؟

مفهوم العقد الدولي



مقالة من إعداد : الباحث كوتار شوقي

ماستر المقاولة والقانون بكلية الحقوق ابن زهر أكادير

مقدمة :

يعتبر العقد أهم التصرفات القانونية ويحتل مركز الصدارة في الحياة العملية، ويقصد به بصفة عامة توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني إما بإنشاء التزام أو نقلة أو تعديله أو إنهائه.

وقد يكون العقد وطنياً فيخضع بكل تفاصيله للقواعد الداخلية¹، وتحكمه النصوص الأممية التي لا تترك المجال للأفراد لتجاوزها أو مخالفتها، كما أنه لا يثير مشكلة تنازع القوانين لأنّه لا يحكمه إلا قانون واحد هو قانون الدولة التي ينتمي إليها².

كم وقد يكون العقد دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي سواء تعلق الأمر بإبرامه أو تنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهما، فدولية العقد ترتبط بمعنى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة³، أي أنه إذا تعلقت العلاقة التعاقدية بأكثر من نظام قانوني واحد⁴ فإننا نكون أمام عقد دولي، ويتيح هذا الأخير للأطراف إمكانية الخروج عن القواعد الأممية في دولة ما، وإخضاعه لقانون إرادة الأطراف⁵ طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص.

¹- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن 1998، ص 162.

²- محمد ولد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20 يناير 2003، ص 159.

³- محمد حسين منصور، العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاتهن مفاهيم العقد وإبرامه، مضمونه وأشاره وانقضاؤه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والإلكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 11.

⁴- مثال ذلك عقد توريد منتجات أو معدات بين شركة مغربية وشركة فرنسية ومطلوب تسليمها في دولة ثالثة كإسبانيا مثلاً.

⁵- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب 1991-1992، ص 313.

والواقع أن اتفاق الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون دولة أجنبية لا يكون صحيحا إلا إذا خلص القاضي من تكييفه على أنه عقد دولي¹، ومن هنا تظهر أهمية تكييف² الرابطة العقدية التي تبقى مسألة قانونية تخضع لقانون القاضي الذي طرح عليه النزاع، وهو في نشاطه هذا يخضع لرقابة محكمة النقض.³

ونشير إلى أن الكشف عن دولية الرابطة العقدية يعتبر شرطا مسبقا⁴ لازما لإعمال قاعدة الاستناد⁵ التي تخول للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد وعلى حد قول أحد الباحثين⁶ فإنه لا يمكن السماح بحق المتعاقدين في اختيار قانون معين بغض النظر عن اتسام الرابطة السالفة الذكر بالطابع الدولي من عدمه لأن في ذلك إهدارا للتفقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية كأساس لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص.

ويقودنا التحليل السابق إلى التساؤل حول نوع المعيار الذي يتعين اعتماده لتحديد مفهوم العقد الدولي؟ وبتعبير آخر ما هو معيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد الدولي؟

¹- محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية 2004-2005، مطبعة مراكش، ص 158.

²- يقصد بالتكييف في نطاق تنازع القوانين بأنه عملية أولية يقوم بها القاضي لإضفاء الوصف القانوني على النزاع المطروح عليه، وذلك بهدف إخضاعه إلى قواعد قانونية مسماة في القانون الواجب التطبيق سواء في قانون دولة القاضي أو في قانون أجنبي.

- محمد التغدويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مطبعة آنفو، الطبعة الثالثة 2009، ص 318.

³- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى 2001، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 322.

⁴- ومن بين التشريعات التي نصت على ضرورة دولية العقد نجد:

- الفصل الأول من القانون الدولي الخاص البولوني المؤرخ في 12 نوفمبر 1965.

- الفصل الأول من القانون التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1963.

وفيما يخص الاتفاقيات الدولية:

- الفصل الأول من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 15 يونيو 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيع المنقولات المادية، والذي ينص على إلزامية اصطلاح عقد البيع بالصيغة الدولية.

- الفصل الثالث من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الذي ينص على أنه "لا مجال لإعمال اختيار الأطراف للقانون المطبق على العقد في الحالة التي تكون فيها جميع عناصر العقد في دولة واحدة".

⁵- تعرف قاعدة الإسناد بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، كما يمكن تعريفها بأنها القاعدة التي توضح لنا القانون الأصلح حسب ما يراه المشرع الوطني لتنظيم المراكم القانونية للأفراد إذا اشتملت على عنصر أجنبي.

- أورده أحمد زوكاغي، أحکام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي الطبعة الثانية 2002 مطبعة الكرامة الرابط ص 26.

⁶- محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد - دراسة مقارنة لدور الإدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2001-2000 ص 93.

في هذا الأمر اعتمد الفقه والقضاء مجموعة من الضوابط لاستخلاص الصفة الدولية للعقد، فترواحت بين ما هو قانوني¹ وما هو اقتصادي²، وهناك أيضاً ما يسمى بالمعيار المختلط الذي يجمع ما بين المعيارين السابقين.³

وتقتضي هنا طبيعة هذه الدراسة تناولها على المنوال التالي:

أولاً : دولية العقد وفق المعيار القانوني

ثانياً : دولية العقد وفق المعيار الاقتصادي

ثالثاً: ضرورة الجمع بين المعيارين

أولاً: دولية العقد وفق المعيار القانوني :

استناداً إلى هذا المعيار يكتسب العقد الصفة الدولية متى كانت عناصره متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد سواء تعلق الأمر بجنسية الأطراف أو محل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه.⁴

ومن تم فإن عقد البيع المبرم بين مغربي مقيم في المغرب وإسباني مقيم في إسبانيا بخصوص بضاعة موجودة في هولندا، ومطلوب تسليمها هناك على أن يدفع الثمن في فرنسا، يعد عقداً دولياً لاتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد.

وبناءً على ما سبق، يمكن القول أن الكشف عن دولية العقد حسب هذا المعيار شيء متعلق على مدى تطرق الصفة الأجنبية لعناصره.⁵

ولكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول قيمة عناصر العقد المشوبة بالصفة الأجنبية، وحدود تأثيرها في إضفاء الدولية على العقد، حيث ذهب اتجاه إلى المساواة بين كافة العناصر القانونية للرابطة العقدية، إذ يكفي أن تتصل هذه الأخيرة بأكثر من نظام قانوني واحد ليتصف العقد بالدولية.⁶

¹- يرتكز المعيار القانوني على كون الصفة الدولية للعقد تستخلص من العناصر القانونية للرابطة العقدية ومدى اتصالها بأكثر من قانون دولة، وينقسم المعيار القانوني إلى معيار قانوني موسع -يكفي أنصاره فقط بوجود عنصر أجنبي في العلاقة العقدية - و إلى معيار قانوني مضيق يلح أنصاره على كون العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية يجب يجب أن يكون مؤثراً.

²- يرى أنصار المعيار الاقتصادي أن العقد الدولي هو الذي يتربّط عليه حركة ذهاب وإياب أو مد وجذب للبضائع والأموال عبر الحدود.

³- فقد أكدت العديد من الاجتهادات القضائية على ضرورة الجمع بين المعيارين لأنّه يستعصي الفصل بينهما واجتماعهما معاً هو الذي يحسم في المسألة، فكل عقد دولي بالمفهوم الاقتصادي هو بالضرورة دولي بالمفهوم القانوني.

⁴- محمد وليد هاشم المصري، مرجع سابق، ص 161.

- محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 94.

⁶- تبعاً لهذا الاتجاه، يعتبر العقد دولياً إذا كان أطرافه أو أحدهما فقط متمنعاً بالجنسية الأجنبية، أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، أو إذا كان المعقود عليه متواجداً في دولة أجنبية، أو إذا كان مكان إبرام العقد أو تنفيذه أجنبياً عن دولة القاضي.

و يبدو أن مفهوم العقد الدولي وفق هذا التيار الفقهي يتسم بالجمود، لكونه يقود إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص بمجرد توفر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغض النظر عن فعاليته أو طبيعة العلاقة التعاقدية.¹

ولهذا السبب، ذهب اتجاه ثان إلى التمييز بين عناصر الرابطة العقدية التي لحقتها الصفة الأجنبية إن كانت مؤثرة أم غير مؤثرة، و تبعاً لذلك إذا لحقت الصفة الأجنبية عنصراً غير فعال، فهذا لا يكسب العقد الصفة الدولية، فالجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً فاعلاً في عقود المعاملات المالية بصفة عامة، فهي لا تصلح لذاتها كمعيار دولية العقد.²

وانطلاقاً مما سلف ذكره، فالعقد الذي يقوم بمقتضاه فرنسي مقيم بالمغرب بشراء الحاجيات الازمة لاستعماله الشخصي من السوق المحلية لا يثير مشكلة تنازع القوانين، وبالتالي تبقى العلاقة بين المشتري الفرنسي والبائع المغربي خاضعة في هذه الحالة للقانون الوطني.

وعلى العكس فإن مكان تنفيذ العقد³، أو اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا جنسية يعد من العناصر الحاسمة في إضفاء الطابع الدولي على الرابطة التعاقدية.⁴

ويتبين ما سبق أن الصفة الدولية للعلاقة التعاقدية تتسم بالنسبة، إذ يتم تحديدها من خلال معيار كيفي، أي كيفية تأثير العنصر الأجنبي على هذه الرابطة بصرف النظر عن الكلمة العددية للعناصر الأجنبية بها⁵، فقد تتعدد العناصر الأجنبية في العلاقة التعاقدية ولكنها تظل وطنية لا تطرح مشكلة تنازع القوانين، بينما قد تلحق الصفة الدولية العقد بمجرد تطرق الصفة الأجنبية لعنصر واحد من عناصره ما دام هذا الأخير مؤثراً.

وعلى الرغم من وضوح المعيار القانوني وسهولته، إلا أنه لا يكفي وحده لتقرير الصفة الدولية للعقد، فقد يكون وجود العنصر الأجنبي مجرد أمر عرضي ولا يمت بأي صلة للتجارة الدولية أو لصالحها.⁶

¹- علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعرف، الاسكندرية 1995، ص.63.

²- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعرف بالاسكندرية 2004، ص.57.

³- أما بالنسبة لمكان إبرام العقد، فهو في الغالب يكون محايضاً وغير مؤثر، بل لا يصلح كمعيار لإضفاء الطابع الدولي على العقد من حيث الموضوع، ولو أنه مؤثر عند إسناد العقد من حيث الشكل.

⁴- محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص.96.

⁵- علي هشام صادق، مرجع سابق، ص.64.

⁶- محمد وليد هاشم المصري، مرجع سابق، ص.161.

ثانياً: دولية العقد وفق المعيار الاقتصادي :

إن نمو حجم التجارة الدولية والتتطور المأهيل الذي عرفه هذا الميدان، رافقته رغبة ملحة من أجل إيجاد القواعد القانونية التي من شأنها وضع نظام قانوني محكم ينظم مختلف جوانب هذه التجارة¹ وفي ذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى ابتداع مجموعة من القواعد الخاصة بعقود التجارة الدولية².

وقد كان طبيعياً أن تحدد محكمة النقض مدلول العقد الدولي الذي تطبق بشأنه القواعد السابقة الذكر، ولما كانت هذه القواعد تهدف إلى تحقيق مصالح تتعلق بالتجارة الدولية فقد لجأت المحكمة في بعض أحكامها إلى ما أساه الفقه بالمعيار الاقتصادي لدولية العقد³.

ويجد هذا المعيار أساسه في تصور يرتكز أصلاً على موضوع التعاقد نفسه، حيث يفترض هذا المعيار تحليل موضوع العقد وتحليل محتواه المادي والاقتصادي المتمثل في حركة رؤوس الأموال عبر الحدود وأثرها على الاقتصاد العام لمختلف الدول المعنية⁴.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار صادر بتاريخ 19 فبراير 1930 أن التصرف العقدي يتصف بالدولية إذا كان من شأنه أن يمس مصالح التجارة الدولية⁵.

فوفقاً لهذا الموقف يعد دولياً ذلك العقد الذي يوجهه يفترض شخص مبلغاً من المال في الخارج بغرض استخدامه في بلده ويشترط عليه المفترض أن يتم الوفاء في الخارج في مكان معين يتم الاتفاق عليه بينهما، وبالتالي يعد هذا العقد دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي لأنّه نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد آخر، وذلك بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو غير ذلك من العناصر التي لحقتها الصفة الأجنبية في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فلا يعد العقد دولياً إلا بانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، أو كما عبر عنه البعض بحركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود⁶.

¹- محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 99.

²- من ذلك إقرارها لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، ثم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي ومن ذلك أيضاً إقرارها بسلامة شرط الوفاء بالذهب، أو ما في حكمه من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة إذا تضمنها عقد دولي رغم بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلاناً مطلقاً لتعارضها مع النظام العام.

³- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 82-83.

⁴- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 51.

⁵- محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 100.

⁶- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 52.

وبالتمحيق جيدا في التعريف الاقتصادي للعقد الدولي على النحو الذي ذكرناه، نجد أقرب إلى كونه مؤشراً للدولية العقد منه تعريفاً محدداً قابلاً للإعمال في الواقع العملي¹، كما أن المتمعن في حقيقة المعيار الاقتصادي سيجد أنه لا يتعارض مع المعيار القانوني في تحديد الصفة الدولية والقائم على التعددية في الأنظمة القانونية².

وقد تسأله البعض عن مدى إمكانية توافر المعيار الاقتصادي دولية العقد دون أن تتحقق للرابطة العقدية دوليتها وفقاً للمعيار القانوني³، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 8 يولوز 1931 إلى الاعتراف بدولية العقد بتوافر المعيار الاقتصادي لوحده وفي غياب العنصر القانوني على أساس أن العنصر الاقتصادي قائم على المساس بمصالح التجارة الدولية⁴، وبالتالي فإن دولية العقد قد تتحقق وفقاً لهذا القضاء القضاء على أساس المعيار الاقتصادي لتعلق لأمر بمصالح التجارة الدولية وهذه النتيجة يمكن كذلك الخلوص لها إذا ما أخذنا المعيار القانوني، ويعلق الأستاذ علي هشام صادق على ذلك قائلاً "خلص من ذلك إلى أن توافر المعيار الاقتصادي دولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني".

ولكن يطرح هنا تساؤل آخر مقتضاه هو إذا كانت فرضية وجود المعيار الاقتصادي تقتضي بشكل آلي تحقيق المعيار القانوني دولية العقد، فهل يمكن أن ينطبق ذلك إذا ما عكسنا المسألة؟ أي أنه في حال توفر العنصر القانوني كمعيار دولية العقد، هل يرتبط به بالضرورة العنصر الاقتصادي؟

في هذا السياق يذهب بعض الفقهاء⁵ إلى أن العكس غير صحيح، لأنه قد يكتسب العقد صفة دولية طبقاً طبقاً للمعيار القانوني – على الأقل التقليدي – دون أن يتم تتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي دولية هذا العقد نفسه، ويحدث هذا الفرض في العلاقة القانونية المشوبة بالصفة الأجنبية في عنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية، كما هو شأن بالنسبة لعنصر الجنسية في عقود المعاملات المالية فالعقد المبرم بين فرنسي وبائع مغربي لشراء حاجاته اليومية هو لا يثير بالقطع مصالح التجارة الدولية لكونه لا يؤدي إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، ومن ثم فهو لا يعتبر عقداً دولياً في مفهوم المعيار الاقتصادي رغم اتصال الرابطة العقدية في هذه الحالة بأكثر من نظام قانوني واحد⁶، وقد خلص بعض الشرحاء⁷ إلى استحالة استغناه كل معيار عن الآخر، حيث أكد على ضرورة الجموع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لرصد الطابع الدولي للعقد.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 84.

² - والمثال التقليدي لذلك هو عقد البيع الذي يكون فيه البائع مقيناً في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم فيها المشتري، فاختلاف محل الإقامة على هذا النحو يحقق المعيار القانوني لكون الرابطة العقدية في هذا الغرض قد اتصلت بأكثر من نظام قانوني واحد، ويترتب على العقد في غالباً هذه أن يتم كل من تسليم الشيء المبought ودفع الثمن في دولة مختلفة وهو ما سيؤدي إلى انتقال البضائع والأموال عبر الحدود، فإن مفاد ذلك توافر المعيار الاقتصادي دولية العقد في نفس الوقت الذي تحقق فيه المعيار القانوني.

³ - batiffol et lagarde droit int privé , tome II paris 1971 p 300.

- أورده هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 85.

⁴ - محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 100-101.

⁵ - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 57.

⁶ - هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، م.س، ص 88.

⁷ - محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد، م.س ص 101.

ثالثاً : ضرورة الجمع بين المعيارين :

في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 4 يوليو 1972 إلى اعتماد أطروحة الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي من أجل استخلاص دولية العقد، مؤيدة في ذلك قرار استئنافية باريس الذي أكد على صحة شرط التحكيم المدرج في عقد دولي¹، ذلك أن هذا الأخير كان قد تم إبرامه في هولندا بين شركة هولندية ومواطن فرنسي أصبح تبعاً لاتفاق المبرم بينهما وكيلًا للشركة المذكورة مما سمح له بالتجارة في منتوجاتها في بلده فرنسا²، وقد ارتكزت محكمة النقض في موقفها من دولية العقد على المعيار القانوني الذي ينطوي على اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني³، ولم تكتف المحكمة بتوافر العناصر الأجنبية فقط في الرابطة العقدية، بل إلى ما تهدف إليه هذه الرابطة من مصالح التجارة الدولية، أي تشجيع صادرت الشركة الهولندية إلى فرنسا وهو ما يفضي إلى انتقال الأموال عبر الحدود طبقاً للمعيار الاقتصادي⁴.

وبالتالي فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في الحكم بدولية العقد على كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي دفعة واحدة.

وإذا كان الجمع بين المعيارين على هذا النحو يفضي إلى دولية العقد، فإنه يمكن إدراك هذه الغاية ذاتها لو اكتفى القضاء بالالتجاء إلى المعيار المرن والذي لا يستند في دولية العقد إلا على عناصره المؤثرة، ذلك أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني الموسع سيؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي ينطوي عليه العقد، إلا و كان مؤثراً وهو لا يكون كذلك إلا أدى إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، ولعل ذلك هو ما يرجع كفته المعيار القانوني الحديث بوصفه أكثر المعايير مقدرة على تحظى عقبة التباين في طبيعة الروابط العقدية على نحو يصعب معه إعمال معايير موحدة في شأنها ما لم يتسم هذا المعيار المرونة التي تمكنه من إدراك هدفه.⁵

¹ حيث يمكن الاستناد للمعيار الاقتصادي لتطبيق بعض القواعد التي قد تتعارض مع الأحكام الآمرة في القانون الداخلي، ولكنها تتحقق مصلحة التجارة الدولية، ومن ذلك على سبيل المثال صحة شرط التحكيم في العقد وصحة الوفاء بالعملة الأجنبية وشرط الوفاء بالذهب.

² cass civ 4 juillet 1972-RCDI P 1974 p 82 – notelvel

- cour d'appel de prais 19 juin -1970 RCIP 1971 p 691 notelevel

- أورده محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص102.

³ كالعقد مبرم في الخارج بين شركة هولندية وشخص فرنسي كلف بتوزيع منتجات الشركة في فرنسا، وهو ما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي.

⁴ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص88.

⁵ محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص61..

لائحة المراجع :

- ❖ أحمد زوكاغي، أحکام التنازع بين القوانین في التشريع المغربي، الطبعة الثانية 2002، مطبعة الكرامة الرباط.
- ❖ محمد حسين منصور، العقود الدولية- ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته مفاوضات العقد وإبرامه مضمونه وأثاره وانقضاؤه الصياغة والجوانب التقنية والاتمانية والإلكترونية والاختصاص القضائي والقانوني والتحكيم وقانون التجارة الدولية- دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.
- ❖ محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية 2004-2005، مطبعة مراكش.
- ❖ محمد التغدويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة 2009، مطبعة آنفو فاس.
- ❖ محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية محاولة للتمييز بين الواقع و القانون، الطبعة الأولى 2001، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- ❖ محمد متير ثابت، تنازع القوانین في مادة التعاقد-دراسة مقارنة لدور الإدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق-أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية-عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001.
- ❖ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف الاسكندرية 2004.
- ❖ مدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول طبعة 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن.
- ❖ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الاسكندرية 1995.
- ❖ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانین، منشورات جامعة حلب 1991-1992.
- ❖ محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 2003 يناير 2003.

"نظريّة المخاطر- المنافع كأساس للمسؤوليّة الإداريّة"



صلاح الدين الزبيير طالب بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس السوسي - سلا

تعتبر المسؤولية الإدارية بناء على المخاطر مظهرا بارزاً لتمييز المسؤولية في القانون الإداري عن المسؤولية في القانون الخاص. وفي نفس الوقت تُظهر من جديد مدى دور الاجتهد القضائي في إبراز خصوصيات المسؤولية الإدارية. ومن جهة ثالثة تبرز المسؤولية بناء على المخاطر مدى الحرص على الدفاع على المواطنين المتعاملين مع الإدارة والعمل على تقديم التعويضات الضرورية عن الأضرار الحاصلة لهم من نشاط الإدارة ولو لم ترتكب هذه الأخيرة أي خطأ¹.

أما أساس المسؤولية الإدارية هنا هو فكرة الغنم، أو مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، إذ يجب على الجماعة أن تتحمل مخاطر نشاط الإدارة إذا ما أصاب بعض الأفراد بأضرار، لأن الإدارة ما قامت به إلا لصالحهم. فيجب أن يتحمل غُرماءُ أفراد قلائل من بينهم، وإنما يجب أن تتوزع أعباؤه على الجميع.

وهذا الأساس يستبعد فكرة الخطأ النهائي².

ولقد ظهرت نظرية المخاطر في القانون الخاص، حيث نادى بها بعض الفقهاء كأساس للمسؤولية غير الخطئية في القانون المدني، إلا أن القضاء العادي رفض تطبيقها والأخذ بها في قضائه³.

¹ - عبد القادر بابية: "تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب"، مطبعة دار توبيقال للنشر ، 1985 ، ص:224.

² - سليمان محمد الطماوي: "القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضايا التعويض وطرق الطعن في الأحكام"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص : 206.

³ - عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1998، ص: 188.

فالقضاء العادي الذي سار مع الفقه في مجال تطور الخطأ، وقف عند الخطأ المفترض، ولم يساير الفقه في تطور أساس المسؤولية التقصيرية إلى نهاية المشوار. حيث رفض هذا القضاء تطبيق نظرية تحمل التبعة أو المخاطر والأخذ بها في قضائه واكتفى بالخطأ المفترض.. أما القضاء الإداري، فهو الذي بعث فيها الروح والحياة القوية من جديد، فله يعود الفضل في إرساء قواعدها وثبتت مبادئها في المسؤولية الإدارية التقصيرية.¹

فقيامها كأساس قانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها يعود أساساً إلى القضاء الإداري، وخاصة القضاء الإداري الفرنسي صانع ومطور هذه النظرية في القانون الإداري، وأجبر كلاً من الفقه والشرع على الأخذ بها وتقريرها وتتبع خطواته في تطورها وبنائها كنظرية قانونية متكاملة البناء والأسس، واسعة التطبيق.²

أم حجية هذا البناء، فتكمن في أن نظرية المخاطر³، التي تقوم على أن من أنشأ مخاطر ينتفع منها، فعليه تحمل تبعة الأضرار الناتجة عنها، ولتطبيق ذلك على نشاط الإدارة، يتم العمل بالقاعدة التالية:

"إن المنفعة التي تجنيها الإدارة عادة من النشاط، تفرض عليها تحمل تبعات ومخاطر هذا النشاط، لأن مبادئ العدل والإنصاف تقتضي أن تتحمل الإدارة مخاطر النشاط كمقابل للمنفعة التي تجنيها من هذا النشاط".

وبالنسبة لهذه النظرية، فإن الشخص المسؤول عن المخاطر المستحدثة "هو الشخص الذي ينتفع من استعمال الشيء، وهذه هي التي يصطدح عليها بمخاطر الانتفاع".⁴

وقد تعددت الاصطلاحات التي حدّدت لهذه النظرية بوجه عام، بين من اصطلح عليها نظرية تحمل التبعة /نظرية المنفعة/ الغرم بالغرم/ الارتباط بين المنافع والمخاطر {أو المزايا أو الأعباء} .. إلى غير ذلك من الاصطلاحات.

وبالنسبة لهذا التعدد، تنوّعت صور نظرية المخاطر، حيث عرضها الفقهاء في مظاهرٍ، طرفها الأولى ما يصطدح عليه "بالمخاطر - المنفعة" أو "الغرم بالغم"، في حين أن طرفها الثاني قائم على أساس "المخاطر المنشأة أو المستحدثة".

فالخاطر - المنفعة هي إطار قائم على مفهوم اقتصادي تم تصوّرها من أجل حالة خاصة، وهي مسؤولية أرباب العمل عن حوادث العمل التي يتعرّض لها العمال. فمبادئ العقل والعدل والأخلاق تفرض - جمّيعها - تحمل رب العمل التعويض دون الخطأ، فمن انتفع من مشروع عليه تعويض أولئك الذين كانوا ضحية للحادث دون أن يحصلوا على نفس المنفعة المثبتة من النشاط.⁵

¹ - عوادي عمار، مرجع سابق، ص: 190.

² - عوادي عمار، مرجع سابق، ص: 190.

³ - مسعود شيهوب: "المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري: دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2000، ص: 4.

⁴ - محمد لبيب شنب: "المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي". أطروحة دكتوراه الدولة، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1957، ص: 282، أورده مسعود شيهوب، ص: 4.

⁵ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 5

غير أن القضاء وسع من هذا الأساس الاقتصادي {المخاطر - المنفعة}، ليشمل حالات أخرى غير حوادث الشغل. وسيافق هذا التوسيع تطور في مفهوم المخاطر ليطال إطار المخاطر المستحدثة القائمة على أساس فكرة الالتزام بتعويض الأضرار الناتجة عن نشاط تم لفائدة المنتفع به أساساً كيـفـما كان حجم الفائدة المالية أو المعنوية¹.

فمن قام العدل أن يتحمل من غنم من هذا النشاط بإنشائه خاطر أضرت بالغير أعباء ذلك.

والذي تستشفه من هذا التطور والتتوسيع أن المسؤولية لم تعد إذن مقابل الفائدة الخاصة، ولكنها النتيجة الحتمية للنشاط بوجه عام.

هذا وقد حصر الأستاذ "Charles Debach"² المخاطر في أربعة، وهي:

١ مخاطر الجوار: يتحمل جيران المرافق العامة أضراراً معينة مثل الضوضاء ومخاطر الانفجار أو الروائح الكريهة.. ولذلك يكون لهم الحق في طلب التعويض، لأن هذه المخاطر تفوق في جملها الأعباء العادية للجوار.

٢ الأشياء الخطيرة: كثيراً ما قد تستخدم بعض المرافق العامة أشياء خطيرة يترتب عليها قيام المسؤولية العامة دون ارتكاب الخطأ من طرفها في نشاطها. ولعل المثال الأبرز على ذلك هو استخدام الشرطة للأسلحة النارية، حيث نجد مثلاً بأن نظام المسؤولية هنا يرتبط بوضعية الضحية، فعندما تكون الضحية معنية في عملية المتابعة التي استعملت فيها الأسلحة النارية، حينها لا تقوم المسؤولية إلا بشرط الخطأ، أما إذا كانت الضحية من الغير - أي غير معنية بالمتابعة - فإن المسؤولية تقوم دون اشتراط الخطأ.

وعلى ذلك، فإذا كانت القاعدة العامة في مسؤولية الشرطة هو اقترانها بقيام الخطأ الجسيم، حيث لا يكفي مجرد الخطأ البسيط، فإنه عندما يتعلق الأمر بالأضرار الناتجة عن استعمال الأسلحة الخطيرة تقوم المسؤولية دون خطأ.

٣ الأنشطة الخطيرة: ويرتبط الأمر بتلك الأنشطة الإدارية التي تنطوي على استعمال وسائل أو تتم في ظروف لا تخلي من مخاطر، مثلما يتعلق بتجارب الحرية المحرورة الخاصة بالمساجين أو المصابين عقلياً.

٤ المخاطر المهنية: تم ميلاد مفهوم المخاطر المهنية عشية حكم السيد "Cames" الشهير في الثاني عشر من يوليو 1895.

تتلخص وقائع القضية في أن عملاً أصيب بشظية من الحديد الحمي، فحكم له القضاء بالتعويض على أساس المخاطر.

بهذا الحكم، أقر القضاء بمسؤولية الإدارة عن الأضرار الناتجة عن حوادث العمل دون اشتراط وقوع خطأ من جانب رب العمل. وقد كانت حجية الحكم تقضي بأن أساس المسؤولية هنا هو المخاطر المهنية، فمن أنساً مخاطر يستفيد منها، عليه أن يتحمل تبعاتها.

¹ -R. Savatier: "Règles générales de la responsabilité civile", Rev.crit Legis et Uris, N°29, 1934.

² - Charles Debach, Institutions et Droit Administratif, l'action et le contrôle de l'administration, P.U.I, Paris, 1978, p.p 226-271.

هذا، وقد وسع القضاء من مفهوم المخاطر المهنية لتجاوز عمال الإدارة إلى الموظفين العاملين والمسخررين للقيام بخدمة عامة والتطوعين والمعاونين الخيريين للمرافق العامة، فهو لاءً جمِيعاً لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم من جراء مساهمتهم في تسيير المرفق العام. فأساس مسؤولية المرفق هو المخاطر المهنية.

تنوع صور المخاطر لا يقيم بينها خرقاً قانونياً بين هذه الصورة أو تلك، كما لا يترتب عليها حين قيامها أية نتائج مغایرة.

أما الأساس الذي أجمع عليه، هو أن هذه الصورة المختلفة للمخاطر كما يعرضها هذا الفقيه أو ذاك تفيد فقط في معرفة مدى توسيع نظرية المخاطر.

وحتى يتسمى لنا ضبط سياق الاجتهادات الفقهية التي انكبت لدراسة مخاطر النشاط الإداري، لا ضير من تقديم عصارة هذه الاجتهادات على أساس مقارن.

كما سبق وتمت الإشارة لذلك، فإن جوهر التطور الذي ميز نظرية المخاطر، يتمثل في اعتبارها أساساً موحداً للمسؤولية غير الخطئية في القانون المدني من جهة، والمسؤولية غير الخطئية في القانون الإداري من جهة ثانية، وهناك من يطلق عليها اسم نظرية المنفعة أو الارتباط بين الغرم والغم.

ويبقى أساس هذا الارتباط بين المسؤولية العامة والخاصة في قالب نظرية المخاطر هو الانطلاق من فكرة وحدة مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، ومسؤولية المتبع عن أعمال تابعيه.

وفيما يلي نحدد بعض الاجتهادات الفقهية المقارنة التي اهتمت أساساً بالموضوع.

المبحث الأول: الفقه الفرنسي والدفاع على نظرية المخاطر والمنافع

تنوعت وتدخلت آراء الفقه الفرنسي في نظرية المخاطر يمكن أن نحصرها في ثلاثة أراء مهمة للأستاذ "René Chapus" ، "Charles Eisenmann" ، "Marcel Planiol"

المطلب الأول: رأي الأستاذ "Marcel Planiol"¹

يبين الأستاذ "Planiol" أن طبيعة الارتباط بين المنافع والمخاطر هو أساس المسؤولية عن فعل الغير، فالفرد لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للغير عندما يقوم بالعمل بنفسه. وعندما يستعمل الآخرين من أجل إنجاز العمل لحسابه، فإنه يتحمل جميع المخاطر الناشئة عن هذا النشاط، لأن كل الربح ينصرف إليه.

إذن، فأساس المسؤولية هنا ليس الخطأ المفترض، وإنما هو مبدأ الارتباط بين المنافع والمخاطر، وهو الأساس الوحيد للمسؤولية عن فعل الغير التي لا يمكن أن تقوم على أي أساس آخر.

"إن مبدأ الارتباط بين المنافع والمخاطر يحقق أهدافاً اقتصادية وأخلاقية".

¹ –Marcel Planiol, "Etude sur la responsabilité civile du fait d'autrui, Rev. Crit Legis et Juris 1909, p 297 et ss.

المطلب الثاني: رأي الأستاذ "Charles Eisenmann"

يؤكد الأستاذ "Charles Eisenmann" على أن طبيعة مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها هي من نفس طبيعة المسؤولية الخاصة عن فعل الشيء أو التابع، وفي ذات السياق فإن أساس المسؤوليتين واحد، ويتمثل في الارتباط بين الماغم والمغارم.

وتبقى فكرة المنفعة هنا هي أساس المسؤولية، حيث أن هذه الأخيرة هي المقابل لهذه الفائدة، ومن المنطقي أن يتحمل من استفاد بجهود غيره الذي يستغل لحسابه مخاطر هذا التشغيل، وذلك بتعويضه عن الأضرار الحاصلة حتى إذا لم يرتكب خطأ، شريطة أن تكون هذه الأضرار غير عادلة.

هذا الارتباط ينبع "Charles Eisenmann" من اللجوء في حدود ضيقه إلى مبدأ المساواة أمام الأباء العامة كأساس للمسؤولية، خصوصاً بالنسبة للأضرار الناتجة عن التصرفات الإدارية المشروعة.

ويبقى الرابط بين الأستاذين "Eisenmann" و "Planiol" هو تأثر الأول بأفكار الثاني عندما يعلن تبنيه مبدأ الارتباط بين المنافع والمخاطر، ولكنه يطور هذا المبدأ ليعلن أنه ليس أساساً للمسؤولية الخاصة، وإنما أساس المسؤولية العامة.

المطلب الثالث: رأي الأستاذ "René Chapus"

يعتبر الأستاذ "Chapus" أن المسؤولية عن فعل الأشياء هي المسؤولية الإدارية الوحيدة التي تقع بدون خطأ في رأيه، حيث تجد أساسها في مبدأ الارتباط بين المنافع والمخاطر، وليس هناك فرق في ذلك - أي في الأساس - بين المسؤولية العامة والمسؤولية الخاصة.

ففي رأي أستاذنا، لا يمكن وجود أساس آخر للمسؤولية عن فعل الغير، لأن اعتبارها ضمان يجعل منها مسؤولية بدون خطأ، ولا يمكن إيجاد تبرير للمسؤولية إلا في الفكرة القائلة بأن من يستعمل لحسابه نشاط الغير عليه أن يأخذ على عاتقه مخاطر هذا النشاط.

وكخلاصة للقول من خلال عرض أراء الأساتذة "M. Planiol" و "C. Eisenmann" و "R. Chapus"، يتضح بأن فكرة المخاطرة كأساس للمسؤولية ظهرت على مستوى القانون الخاص، ثم تبنّاها فقهاء القانون العام، وطوروها ووسعوها، وبالتالي أصبح أنصار وحدة المسؤولية من فقهاء القانون العام والخاص يدافعون معاً عن النظرية كأساس موحد للمسؤولية في القانونين العام والخاص.

وفي مقابل هؤلاء الفقهاء المؤيدین لنظرية المخاطر كأساس للمسؤولية بدون خطأ، يوجد جانب آخر من الفقه ينکر ويستبعد أي دور لهذه النظرية، وبهاجمها أشد المهاجمة. غير أن هذا الرأي لم يكتب له التأیید والانتشار الواسعین بين وسط الفقهاء والشراح في القانونين العام والخاص.

¹ -Charles Eisenmann , "Sur Le degré d'Originalité du Régime De la Responsabilité Extra Contractuelle Des Personnes , (Collectivités Publiques), J.C.P 1949.N° 1.

² - René Chapus, " Responsabilité Publique et Responsabilité Privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, L.G.D.J, 1954, pp 327-347 et ss.

ويترى هذا الرأي الفقيه الفرنسي "Hauriou" الذي رماها بوصف الرجعية رغم ضرورتها القانونية والسياسية والأخلاقية والاجتماعية ومزاياها للسلطة العامة والأفراد على حد سواء، وضرورة هذه النظرية هي التي جعلته في النهاية يقدم نظرية الإثراء بلا سبب كبديل لحماية حقوق الأفراد¹.

ويؤيده في ذلك، الأستاذ "Lefèvre" الذي أكد في أطروحته بعدم جدوى الأخذ بنظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الإدارية؛ لأن التعويض لا يمنع بسبب وجود المخاطر وإنما نتيجة الإخلال بالمساواة، ويطالب بإلغاء فكرة المخاطر لأنها عديمة الجدوى وتدنو من فكرة المساواة من الناحية القانونية والمنطقية².

المبحث الثاني: الفقه العربي والدفاع على نظرية المخاطر والمنافع

يكاد يجمع الباحثون في ثانياً المراجع الجامعية للقانون الإداري بالدول العربية على غياب تناول دقيق لمدارسة المسؤولية غير الخطئية، خصوصاً مصر والعراق التي تكاد لا تعرف نظاماً للمسؤولية غير الخطئية إلا في حدود ضيقه جداً وفي الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون³.

بل أكثر من هذا، نجد هذه المراجع عندما تذكر المسؤولية عن المخاطر و تستعملها كمرادف للتعبير عن المسؤولية دون خطأ، وليس كأساس لقيام المسؤولية دون خطأ.

ولعل الأستاذ سليمان محمد الطماوي يعكس لنا هذه المسألة، حيث يؤيد نظرية المخاطر، التي يعتبرها هي نفسها المسؤولية بدون خطأ. فهو لا يعتبر أن هذه الأخيرة تقوم على أساس معينة منها المخاطر.

فطبقاً لوجهة نظره تظل المسؤولية بدون خطأ هي نفسها المسؤولية على أساس المخاطر التي تقوم على أساس وحيد هو مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة⁴.

وهذا ما دفعنا لتخصيص حيز مهم لاجتهد الفقه الإداري العربي كمقابل مستقل لنظيره الفرنسي الذي قطع أشواطاً مهمة في إرساء دعائم المسؤولية الإدارية بدون خطأ و تحديد طبيعة أساسها.

المطلب الأول: رأي الأستاذ عبد القادر باينة⁵

يرى الأستاذ عبد القادر باينة أن المسؤولية الإدارية بناء على المخاطر تتميز عن المسؤولية بناء على الخطأ بعدم ضرورة وجود خطأ من قبل الإدارة، و تبعاً لذلك يكفي إثبات الضرر و علاقته السببية مع النشاط الإداري.

¹ - عمار عوادي، المرجع السابق ، ص: 190 الهمش رقم 1.

² - Lefèvre, *L'égalité devant les charges publiques en droit administratif*, thèse, Paris, 1948, p : 228.

³ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص : 11.

⁴ - سليمان محمد الطماوي: "القضاء الإداري، قضاء التعويض...", مرجع سابق، ص: 206.

⁵ - عبد القادر باينة، *تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب*، دار توبقال للنشر، 1985، ص: 224.

ويشير كذلك إلى أن هناك فرقاً بيناً في المسؤولية بناء على الخطأ، وفي المسؤولية بناء على المخاطر. ففي الحالة الأخيرة لا يكفي أن يكونضرر محقق الوقوع ومتقدماً، وأن يمس الشرعية، ويمكن تقديره بالتقدير، بل يجب أن يكونضرر خاص، وعلى قدر معين من الجسام أو غير عادي، وكان هذا الشرط هو تعويض لشرط الخطأ.

المطلب الثاني : رأي الأستاذة سعاد زكي الشرقاوى¹ :

ترى الأستاذة سعاد زكي الشرقاوى بأن أساس مسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها هو مبدأ الارتباط بين المغامر والمغام، فهو نفس المبدأ الذي يشكل قاعدة مسؤولية الإدارة دون خطأ من موظفيها، سواء أكانت مسؤولة عن الأشياء أو مسؤولة عن قرار أو عن نشاط جماعي.

فالمنافع والمزايا التي تتحمل الإدارة أعباءها، هي منافع تعود على الجموعة العامة، ولذلك فإن هذه الجموعة هي التي تتحمل الأعباء طالما أن المبلغ المدفوع للضحية يصرف من الخزينة العامة، والتي هي في الحقيقة ليست سوى تلك الضرائب التي يدفعها مواطنو الجموعة العامة.

وتخلص الأستاذة الشرقاوى إلى أن أساس المسؤولية دون خطأ في القانونين المدني والإداري هو أساس واحد، لأنه إذا كان هناك فرق بينهما، فالتأكيد ليس في الأساس، وإنما في مجال تطبيق هذه المسؤولية، حيث أن القانون الإداري يعرف حالات لا يعرفها القانون الخاص مثلما هو الحال في المسؤولية الإدارية عن القرار أو النشاط المشروع.²

المطلب الثالث : رأي الأستاذ إبراهيم الفياض³ :

يربط الأستاذ إبراهيم الفياض أساس المسؤولية بوجه عام بنفس أساس المسؤولية عن أفعال التابع، ويتمثل في "الغرم بالغنم".

"تتلخص فكرة المنفعة كأساس للمسؤولية لدى القائلين بها في عبارة: "أن من يقوم باستغلال جهود غيره بتشغيله لحسابه من أجل الانتفاع بجهوده، يجب أن يتحمل مخاطر هذا التشغيل لأن يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها للغير بغير وجه حق".

¹ -Souad Zaki Charkaoui, "Comparaison des droits Français et Egyptien quant à l'autonomie de la responsabilité administrative par rapport à la responsabilité civile, thèse Paris, 1967, pp 204-209.

² - Souad Charkaoui, op.cit, p 206.

³ - إبراهيم الفياض، "مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي" أطروحة دكتوراه دولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 598.

راجع كذلك مقالته بعنوان: "محاولة في تحديد معايير الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والفقه والقضاء المدني"، مجلة الحقوق والشريعة، عدد 1981، ص 61.

المطلب الرابع : رأي الأستاذ عادل أحمد الطائي¹

يرى الأستاذ عادل أحمد الطائي بأن نظرية تحمل التبعة بالرغم من الانتقادات التي وجهت لها، فإنها تبقى أصلح النظريات التي طرحت لتأسيس مسؤولية الدولة أو المتابع، فمن يتفع من نشاط غيره عليه أن يتحمل تبعات ما ينجم عن ذلك النشاط من ضرر.

إن نظرية تحمل التبعة تصلح لأن تكون أساساً لكل من المسؤولية العامة والخاصة، وتنسجم - كإضافة من الطائي - مع فكرة وحدة القواعد التي تحكم مسؤولية الدولة ومسؤولية الأفراد على السواء.

إذن، يكاد يتفق الأستاذان عادل أحمد الطائي مع إبراهيم الفياض على أن نظرية تحمل التبعة تنسجم مع المسؤولية الخطئية، غير أن الأول ينكر عليها صلاحيتها لأن تكون أساساً للمسؤولية غير الخطئية عندما تقرر مستقبلاً، ففي رأيه أن التشريعات الحالية لا تقييم المسؤولية إلا في ظل وجود الخطأ، وهذا ما يمكن أن يصح بشكل كبير بالنسبة للعراق وإلى حد ما بالنسبة لمصر، ولكنه لا يصح بالنسبة لدول أخرى أخذت فيها المسؤولية غير الخطئية علة صور متعددة مثل الجزائر والمغرب.

وعلى هذا الأساس، فإن فكرة المسؤولية تتطور لتصبح ممكنة في غياب الخطأ، ولن تكون نظرية تحمل التبعة أيضاً أساساً صالحاً لها {أي أساساً عاماً لجميع أنواع المسؤولية}.

المطلب الخامس : رأي الأستاذ عوابدي عمار² :

يتبنى الأستاذ عوابدي عمار نظرية المخاطر أو تحمل التبعة كأساس للمسؤولية الإدارية دون خطأ من موظفيها، لكنه لا يوسع هذا الأساس ليشمل المسؤولية الإدارية الخطئية ولا المسؤولية المدنية عكس الأستاذة الطائي والفياض والشرقاوي.

فهو يرى بأن النظريات التي قيلت بقصد أساس المسؤولية مثل مبدأ المساواة ومبدأ التضامن الاجتماعي والعدالة المجردة ما هي إلا أساس تكميلية لنظرية المخاطر أو مجرد خلفيات دستورية واجتماعية لنظرية المخاطر بوصفها الأساس الحقيقي والمنطقي للمسؤولية العامة غير الخطئية.

وللتوضيح ذلك، يجيب عوابدي عمار عن الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة غير الخطئية بالشكل التالي:

".. بقصد الإجابة على هذا التساؤل، تعددت النظريات والأراء والحلول في بداية الأمر، فلقد ذهب جانب من الفقه في القانون العام إلى القول بأن أساس المسؤولية في هذه الحالة هو مبدأ المساواة أمام الأعباء والتکاليف العامة، وقرر البعض من الفقه أن أساس المسؤولية الإدارية دون خطأ من موظفيها هو مبدأ نظرية التضامن الاجتماعي {...}. إلا أن الصواب في القضية، هو أن نظرية المخاطر هو الأساس القانوني السليم والمنطقي الذي تستند إليه مسؤولية الإدارة دون خطأ، وأن الحلول والنظريات والأراء السابقة والتي قيل بها كبديل لنظرية المخاطر - أو مكمل لها - لا

¹ - عادل أحمد الطائي، "مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها"، دراسة مقارنة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1978، ص 196-198.

² - عوابدي عمار، "الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها"، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982

تعدو إلا أن تكون مجرد أسس تكميلية وعناصر قانونية ومنطقية لهذه النظرية وخلفيات اجتماعية ودستورية {سياسية} وأخلاقية تقف وراءها وتبعث فيها الحياة واعتبارات تجدد نطاقها ومداها في التطبيق¹.

ووفق هذه الأطروحة التجددية، يضيف عوابدي عمار بالقول:

" تستند نظرية المخاطر أو تحمل التبعة كأساس لمسؤولية السلطة الإدارية إلى خلفيات قانونية ودستورية واجتماعية ومنها مبدأ الغنم بالغرم، ومبدأ التضامن الاجتماعي، ومبدأ العدالة المجردة التي تختتم وتستوجب رفع الضرر مهما كان مصدره مجهولاً، ومبدأ المساواة أمام الأعباء والتکاليف، كما أن هناك اعتبارات ومبررات فلسفية وسياسية واقتصادية واجتماعية قامت حديثاً تدعم قيام هذه النظرية².

سادساً : رأي الأستاذ ماهر أبو العينين :

يرى الأستاذ ماهر أبو العينين أن اصطلاح المسؤولية على أساس المخاطر يعني فقط بعض حالات المسؤولية دون خطأ³. وهذا الخلط بين أساس المسؤولية بدون خطأ وبين حالاتها سبق وأن نبه إليه الأستاذ عبد القادر بابينة، مؤكداً في هذا السياق على أن أساس المسؤولية شيء، وحالاتها شيء آخر.

فالأساس يعني المصدر أو القاعدة التي تبني عليها المسؤولية، والتي تستوجب التعويض عن الأضرار الحاصلة، فهو إذن أصل كل شيء. أما حالات المسؤولية، فتختلف بحسب ما إذا كانت هذه الأخيرة قائمة على أساس الخطأ أو بدونه⁴.

عصارة القول، هو أنه رغم تشابك الاجتهادات الفقهية سواء داخل المدرسة العربية من جهة أو في تقابلها مع المدرسة الفرنسية العريقة، غير أن هناك إجماع بينهم على أن نظرية المخاطر هي أساس موحد للمسؤولية الإدارية بنوعيها الخطئية وغير الخطئية من جهة، والمسؤولية العامة والخاصة من جهة أخرى.

غير أن هذا الاتفاق يشمل جزءاً من الفقه من دعوة نظرية المخاطر، على أن هناك جانباً آخر يرى أن أساس المسؤولية يكمن في نظريات أخرى ويدافع عنها.

¹ - عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 168-169.

² - عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 182-188.

³ - ماهر أبو العينين، المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتوى حتى عام 2005، الجزء الثاني، التعويض عن أعمال السلطة العامة، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، بدون سنة النشر ، ص: 822.

⁴ - د. عبد القادر بابينة، المرجع السابق، ص: 131.

إعداد التراب في ظل الجهوية الموسعة



محمد بکشاو : طالب باحث بصفة الدكتوراه مخبر الدراسات والأبحاث
القانونية والإدارية والسياسية بكلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول وجدة

إن تقسيم التراب أو تقطيعه ليس بالأمر الواضح والبسيط، فتشعبه يرتبط بمجموعة من القضايا الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والمدنية... بداعي عدلة لها علاقة بالنفوذ السياسي والإيديولوجي للسلطة المركزية وكذلك لضبط وثيرة التنمية وضبط المجتمع السياسي وربط السكان بإستراتيجية الإنتاج لإعادة هيكلته... أي بخلق وحدات تساهم في التنمية وخلق إطارات للتغيير والتبادل والاتصال¹. فالتنمية شكلت ولا زالت الماجس بالنسبة لدول العالم الثالث من بينهما المغرب، إذ لا يمكن تبني سياسة تنمية واحدة داخل نفس البلد لا تراعي خصوصيات الثقافة لكل منطقة وإمكانياتها المادية البشرية كانت أم طبيعية. فالفشل الذي آلت إليه العديد من برامج التهيئة ومشاريع التنمية في العديد من بلدان العالم الثالث، مرده اعتماد مقاييس تعميمية لم تراع الخصوصيات الأخلاقية، ومن تم تجاهل السكان المحليين لها، في حين أنه لا يمكن تحقيق أي أهداف تنمية بدون مشاركة السكان الذين من أجلهم وضعت خطط النماء هاته². وهو ما يحيلنا إلى مصطلح التنمية الجهوية المترن بمفهوم المجال الترابي-المكاني. إطار تمارس فيه الأنشطة التنموية التي لا تستهدف جهة واحدة دون غيرها وإنما تهتم بكل الجهات انطلاقاً من إمكانياتها الطبيعية، المادية والبشرية³.

فهي تعنى بمجموع التراب الوطني المجزأ أو المقسم إلى جهات تحددها معايير تختلف باختلاف خصوصياتها، الطبيعية، التاريخية، الثقافية ثم الاقتصادية⁴. فمن خلال هذه الزاوية تتبلور العلاقة الوطيدة بين كل من التنمية

¹ رشيد وعمو: واقع وأبعاد التقطيع الترابي بالمغرب. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام السنة الجامعية 2000-2001، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، ص 3.

² المختار لكحل: الأسس النظرية لتحديد المجال المحلي وتتميته. الدوليات المغربية للاقتصاد، العدد 16، سنة 1996، ص 51.

³ عبد القادر زادي: التنمية الجهوية بالمغرب، محاولة تقييم عامة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، شعبة القانون العام 1985، كلية الحقوق الرباط، ص 61.

⁴ خليفة الشتوى على : التنمية وإعداد التراب في الجماهيرية الليبية الشعوبية الاشتراكية. أطروحة دكتوراه الدولة 1991، كلية الحقوق، الدار البيضاء، ص 7.

وتقسيم التراب، فبالإضافة إلى كون هذا الأخير يسعى نحو خلق توازن عقلاني بين الأقاليم المختلفة فإنه يسعى إلى التخفيف من التمركز الإداري وتمكين كافة الجهات المتأخرة من اللحاق برد يفنهما المتقدمة¹. ولعل بلوغ التنمية المنشودة يقتضي بالضرورة الأخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر التاريخية، الإثنية الثقافية، والجغرافية.... مع مختلف الضغوط الاقتصادية والاجتماعية والديمقراطية، وأن تأخذ بعين الاعتبار بعد السوسيولوجي ومدى انسجام التركيبة الاجتماعية على مستوى الوحدة الترابية الحدثة وتجنب كل المصالح الشخصية.

إن التراب في المغرب يطرح علة أسئلة آنية وملحة بسبب الطريقة التي تم بها تدبير المجال ملحة كانت كافية في تزكية الاختلال بين الجهات و الذي عبرت عنه توزيع الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية بشكل مركز في جهات الساحل الأطلسي مقابل تفقيـر لباقي الجهات فضلا عن كون الجهة اليوم تعد الإطار الأمثل لمعالجة تلك الاختلالات والفارق أيضا لأجل بلورة مخطط جهوي لإعداد التراب على المستوى الجهوـي في إطار التوجهـات الوطنية التي يرسمها المخطط الوطني لتنظيم المجال. كما أن راهـنية موضوع الجـهوية الموسـعة ودخول العـامل الخارـجي على الخطـ بشكل ضاغـط، يـحـتم ضرورة الانفتـاح وتغيـير السياسـة التـرابـية للـبلاد عن طـريق إعادة النـظر في طـبيـعة وأسـلـوب إـدارـته التـرابـية.

ولعل الخطاب الملكي بتاريخ 3 يناير 2010 بشأن تنصيب اللجنة الاستشارية للجهوية والذي دعى من خلاله إلى ضرورة تبني تقسيم ترابي ناجع يراعي الخصوصيات الثقافية والاجتماعية والإثنية لكل جهة، حتى يمكن إفراز جهات متكاملة متوازية ومتضامنة على جميع الأصعدة. من هنا تبرز لنا إشكالية الموضوع الذي بين أيدينا والتي يتمثل في السؤال التالي: كيف يمكن تصور إعداد التراب في أفق الجـهوية الموسـعة تـبنيـ على حـكـامة تـرابـية جـيدة؟

هذه الإشكالية تنبثق عنها مجموعة من التساؤلات الفرعية. ثم ما هي آليات تفعيل دور الجهة في سياسة إعداد التراب في ظل الجـهوية الموسـعة المرتقبـة بالمـغرب؟

متى بدأت تتشكل بوادر المنظور الجديد لإعداد التراب؟

وما هي مبادئه، مرتكزاته والخيارات التي جاء بها؟

هل أتى في تصوـره هذا بـقارـبة جـهـوية تـجعلـ منـ المـجال أدـاء لـتحـقـيقـ الحـكـامةـ التـرابـيةـ؟

هل المنظور الجديد لتقطيع التراب يشكل بداية تبلور إرادة الدولة في انتهاج لامركزية جهوية، في أقصى مداها متقدمة؟

هذه الأسئلة سنجـيبـ عنهاـ وفقـ التـصمـيمـ الآـتيـ:

المبحث الأول: المنظور الجديد لتقسيم التراب خطوة أولية نحو تبني الجـهـويةـ المـوسـعةـ بالـمـغربـ.

المبحث الثاني: الجـهةـ كـإـطـارـ أوـ آلـيـةـ لـإـعـادـةـ التـرابـ فيـ ظـلـ الجـهـويةـ المـوسـعةـ.

المبحث الأول: المنظور الجديد لتقسيم التراب خطوة أولية نحو تبني الجـهـويةـ المـوسـعةـ بالـمـغربـ.

¹ عبد الواحد ميعوث: التنمية الجهوية بين عدم التركيز الإداري واللامركزية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام 1999-2000، كلية الحقوق، الرباط، أكدال، ص: 12.

"..... إن هذا المنظور الجديد الذي ننشده يستهدف وضع إعداد التراب في طلب إستراتيجية التنمية، ضمن تصور لا يقتصر على تقديم المجال وتأهيله...".

..... ولهذا ندعو لاعتماد ومقاربة جديدة لإعداد التراب والتعمير تستند على مشاركة مواطنة، وتقاسم للمسؤوليات، تحفظ فيها الدولة بوظيفتها التنظيمية والتوجيهية والضبطية....."¹

المطلب الأول : المبادئ الجديدة المؤسسة لإعداد التراب:

من أهم ما يسعى المنظور الجديد لإعداد التراب إلى تحقيقه هو الوحدة الوطنية في مفهومها الشامل التي لا يمكن بلوغها ما لم يتم إيلاء الاهتمام الكافي للمواطن أو لا يجعله يشارك في اتخاذ القرارات المصيرية وتحسيسه بأن القرار منه وإليه من هنا يتجلّى لنا مبدأ الديمقراطية التشاركية وتفعيل الديمقراطية حيث أن إعداد التراب في بلادنا يتميز بكونه مشروع جماعي وتوفقي يشارك في بلورة توجهاته واختياراته كل مكونات الأمة المغربية، وقد تمت ترجمة تلك السياسة بانعقاد الحوار الوطني حول إعداد التراب والذي ضم عدة فعاليات المنتمية لكافة المجالات.

وفعلا تمكن هذا الحوار الديمقراطي عن اشتراك المواطنين في تحديد وإنجاز الاختيارات التي تهم مستقبلهم الجماعي، ضمنا لا لتفاهم حول الأهداف المسطرة في إطار سياسة إعداد التراب والتنمية ولتعبئتهم من أجل تنفيذها هذا وفي الحالات الأخرى قد تتخذ المشاركة صبغة استشارية واسعة للسكان. حينما يتعلق الأمر بمشاريع ذات وقع مدقق أو محتمل على معيشتهم اليومي.

إن المشاركة تعني مسبقا دمقرطة استعمال المجالس أي العمل ببدأ تكافئ الفرص، الذي يتطلب تحقيقه ضمان الولوجيات لفائدة كل الفئات الاجتماعية بما في ذلك المسنين والأطفال والأشخاص المعاقين وغيرهم. ولكي تكون هذه المشاركة ناجحة يتquin أن توакب بتطوير اللامركزية وبتوسيع نطاق تركيز المصالح الإدارية وأن تقوم على مبادئ التدبير العصري².

وإنجاح مبدأ التشاركية لابد من توفير ثلاثة شروط أساسية كحد أدنى:

- مؤسسات تمثيلية حقيقية على ثلاثة مستويات: محلية جهوية ووطنية، ومن الضروري أن تتمتع هذه المؤسسات بالوسائل والاحتياجات والسلطة الضرورية لمزاولة مهامها.
 - اتفاق بين مختلف الأطراف حول الاختيارات العامة وقواعد اللعبة.
 - إدارة من نوع جديد مكلفة بنشاط الحوار ودعم المشاريع والتنسيق بين مختلف الفاعلين.³
- فإلى جانب مبدأ السابق، نجد مبدأ المواطن والتماسك الاجتماعي هذا المبدأ في الحقيقة تكريس لتلك المساواة من خلال إشباع الحاجيات الأساسية لأولئك المواطنين وكذا حاجياتهم العادلة.

¹ رسالة سامية وجهها جلال الملك محمد السادس بمناسبة اللقاء الوطني حول اعداد التراب الوطني يوم الاربعاء 26 يناير 2000.

² مديرية إعداد التراب: الميثاق الوطني لإعداد التراب، ص 40

³ التصميم الوطني لإعداد التراب، ص 7.

إن مبدأ المواطن أو التماسك الاجتماعي لتفعيله لابد من إعادة توزيع ثمرات النمو عبر قنوات متعددة تمكن من تصحيح الاختلالات الاجتماعية التي قد ترتب عن النمو الاقتصادي¹، من بين هذه القنوات:

- إصلاح النظام الضريبي بالشكل الذي يجعل منه الأداة الفعالة لإعادة توزيع ثمرات النمو.
 - تخصيص الموارد العمومية للشراائح الاجتماعية الفقيرة والفئات المهمشة والمناطق المعوزة.
 - تحسين العلاقات المهنية بوضعها في إطار تعاقب اجتماعي يوحد مكونات النظام الإنتاجي والنسق السياسي للبلاد وحول أهداف تدبير تحديات التنمية بطريقة تضامنية وإلى جانب المبدئين السابقين نجد مبدأ ثالث وهو مبدأ الفعالية أو النجاعة الاقتصادية ويقتضي هذا الأخير تسريع وثيقة النمو والرفع من الأداءات الإجمالية للاقتصاد الوطني والترجمة المجالية لهذا تتخد بعدين:
 - الفعالية التربوية الشاملة للخدمات العمومية الكبرى وللشبكات الوطنية للنقل والاتصال وتحويل الطاقة.... إلخ.
 - الفعالية الاقتصادية للمجالات الحضرية والقروية على المستوى الملحي.
- يبقى فقط التأكيد على أن المبادئ الجديدة المؤسسة للتطور الحديث لتقسيم التراب لتشترك كلها في تكريس التناغم والانسجام بين الإنسان ومحاله من خلال الحفاظ على الموارد وتغيير جدوى في سلوكيات ومارسات المواطنين.
- المطلب الثاني : الاختيارات الجديدة المؤثرة في إعداد التراب :**

يتوقف نجاح السياسة الوطنية لإعداد التراب كإطار ضروري لتحقيق التنمية المستدامة أولاً على معرفة ما هي الاختيارات التي توجه المنظور الجديد لتقسيم التراب علماً أن السياسة السابقة باختياراتها لم تستطع معالجة الشرح المتولدة عن الازدواجية التي خلفها النظام الاستعماري فلتدرك التأخير وأيضاً للتحديات الكبرى التي يفرضها الانفتاح على الخارج تحددت الاختيارات الجديدة لإعداد التراب في ثلاث هي:

ضمان وحدة المجال الوطني : إن ضمان وحدة المجال الوطني لن تتحقق ما لم يتم :

أولاً: تدعيم نمو أقطاب التنمية الشامية ببلادنا والتي يعول عليها لتحقيق الجزء الأكبر من التنمية وتزويد الخزينة العمومية بالموارد المالية التي ستمكنها من تحمل كلفة التضامن الوطني.

ثانياً: مساعدة المناطق وأن المؤهلات المخدودة التي تحتاج لجهود كبير في ميدان الإعداد الحضري والقروي وفي كل مستويات التربوية الحضرية.

ثالثاً: في علاقة بالنقطة الأولى يلزم تحقيق المفصل بين أقطاب النمو السالفة الذكر وباقى التراب الوطني إذ يلاحظ يوماً بعد يوم توسيع القطيعة التربوية بين أقطاب النمو التنسيطية وباقى المناطق الداخلية المعزولة التي تعاني وضعية الركود. فإعداد التراب يتدخل هذا من أجل خلق نوع من الجاذبية التربوية وتحقيق التماهي بين الأقطاب النشيطة والأخرى المعزولة بين الجهات حسب قانون 47-96 باعتبارها المسؤولة عن إنجاز المخططات الجهوية لإعداد التراب.

- إعادة بناء العلاقة التربوية.

¹الميثاق الوطني لإعداد التراب، ص 33

إن إنجاز هذا التغيير يستلزم من جهة العمل في الديومة وفي واجهات ومستويات متعددة (الأسرة، المدرسة، وسائل الإعلام) لترسيخ الوعي وتنمية روح المسؤولية الفردية والجماعية على هذا المستوى¹.

إن المهمة الأولى والتي تدخل في مهام الجهات هي القيام بتحديد مجالات تربية ناجحة تجعل المواطنين يحسون بالإنتماء إليها والانخراط في تدبيرها.

- خلق دينامية محلية للنمو: الدينامية المحلية غالباً ما تنطلق من الهم المرتبط بكيفية ثبت الشباب في مناطقهم الأصلية، وتوفير مناصب الشغل لهم ومساعدتهم على خلق أنشطة اقتصادية، فلن يكون بامتناع الدولة ولا المقاولات الاستجابة للطلب المتزايد على الشغل لذلك يجب البحث عن وسائل أخرى لخلق فرص العمل، إن التنمية المحلية تشكل إحدى هذه الوسائل التي لا يمكن الاستعانة بها. هذه إذن هي مبادئ وخيارات التصور الجديد لإعداد التراب في ظل التحولات التي تعينها الملكة، إن الأمر يتطلب القيام بإصلاحات جذرية في جميع الميادين والسؤال الذي يفرض نفسه هو: ما هو السبيل إلى تفعيل تلك المبادئ وتطبيق تلك الخيارات، والجواب هو في اعتماد طريقة عمل تستجيب لثلاث شروط هي:

- **وضوح الأهداف**: هذا الشرط هو في الحقيقة متضمن في مبدأ التشارك والديمقراطية فلا بد من إشراك المجتمع بأخذ كل القرارات المزمع اتخاذها في كافة الميادين.
- **الدرج في حل المشاكل**.
- **تحديد سقف زمني فوري للشرع في الإصلاحات**، هذا الشرط ضروري لإثبات المصداقية.

المبحث الثاني : الجهة كإطار أو آلية لإعداد التراب في ظل الجهوية الموسعة.

لا شك في أن الجهة أصبحت تلعب دوراً محورياً في سياسة إعداد التراب على المستوى الوطني وكذا المحلي الشيء الذي أصبح يدعو إلى تطوير وتوسيع اختصاصات الجهة في مجال إعداد التراب خاصة إذا علمنا أن المغرب قبل على تطبيق جهوية موسعة في مختلف الجهات حيث ستمكن الجهات من تسيير شؤونها بنفسها بعيداً عن الرقابة الصارمة المفروضة عليها من قبل السلطات المركزية.

المطلب الأول : توسيع اختصاصات الجهة :

إن المبادرة الملكية المتعلقة بالجهوية الموسعة لبعدها الديمقراطي والتشاركي وإنما أتت لتساعد في إحداث فضاءات جهوية تبني على اقتسام السلطة والاختصاصات وتقاسم الخيرات والثروات وهو ما يعيد الاعتبار للفكرة القائلة بأن قيام الأنظمة الديمقراطية فقط هو الذي يساعد على انباث الجهوية وتأكيد الواقع الجهوبي.

من هنا تبرز ضرورة توسيع اختصاصات الجهة خاصة في ميدان إعداد التراب وحتى يستجيب الدستور المرتقب، للإطلاع الهيكلي العميق المرسخ للحكامة المحلية الجيدة وتعزيز القرب من المواطن وتفعيله بجهوية متميزة لا بد أن يخصص بالتنظيم الترابي للدولة من بين ما يجب أن يتضمنه تنظيم الجهات هياكلها، أنظمتها الأساسية اختصاصاتها على جانب الاختصاصات الحصرية للدولة، طرق حل تنازع الاختصاص في ما بين الجهات وفيما بينها وبين الدولة، كما يجب على مواد هذا الباب أن تحدد العلاقات التي يجب أن تجمع بين الجهات والجماعات المحلية

¹الميثاق الوطني لإعداد التراب، ص 38.

الأخرى التقنية. وبالنسبة فإنه مع هذه المواد لا يستقيم إبقاء الفقرة الثانية من الفصل (101) ولا الفصل (102) من الدستور الحالي وإنما يجب إدخال تعديلات عليهمما تتوافق من جانب مع الجهة الموسعة التي تفيid كون القرارات في الجهات ينفذها رئيس الجهة المنتخب كما أن هذا الأخير هو من يمثل الدولة في الجهة وليس العامل أو الوالي ومن جانب آخر بما يعين الدولة في أدوارها الجديدة كما جاء في الميثاق الوطني لإعداد التراب. من خلال إعادة هيكلة مؤسسة العامل بالشكل أدورا هذه المؤسسة مع المفهوم الجديد للسلطة والتتصعد بهمام التنسيق بين المتتدخلين من القطاعات العمومية والجماعات المحلية¹.

المطلب الثاني : تبني تقسيم جهوي بدليل لتحقيق المصالحة الجمالية :

إذا كانت عملية التقسيم الجهوي، إعادة لترتيب المجال الجهوي بالشكل الذي يلاءم التطلعات، ويتتيح فرصة جديدة لتوفير مجالات تسمح بقيام إعداد ترابي ملائم²، فإنهمما كذلك عملية شائكة تتطلب بلورة سياسة تكفل شروط إنجاحها، فمن الضروري أن يعتمد التقسيم أساساً موضوعياً وأن يأخذ بعين الاعتبار مختلف المعطيات المحلية ويدرج متطلبات التنمية الوطنية.

إن التقسيع الذي تروم تحقيقه لا بد أن يعكس نوعاً من الانسجام والتعايش بين مختلف مكونات المجال الجهوي خصوصاً البشرية منها، حين أن الجماعات البشرية الجهوية التي تجمعها روابط عرقية وثقافية وتتضامن فيما بينها بحكم العوامل التاريخية والاجتماعية والاقتصادية والجغرافية، ويربطها مصير جماعي واحد³.

تلعب دوراً محورياً في إنعاش الاقتصاد الجهوي والاشتراك بحماس وفعالية في عملية التنمية الجهوية.

فالجهة من الناحية الجمالية هي الهيكل الوسط بين المستوى المحلي والمستوى الوطني، فلا يمكن أن تكون الجهة مثلاً مطابقة للعملة أو الإقليم، فلا بد من إطار جغرافي واسع متنوع من حيث الإمكانيات والإشكالات يسمح ببلورة اختيارات إعداد التراب في إطار من التكامل والتضامن لإحداث جهات حقيقة رهنت أولاً وأخيراً بالمعايير والأسس المعتمدة في تشكيلهما، لدى هذه المقترنات المقدمة لا يمكنها أن تعتمد على التجانس الطبيعي وحده لأنه أمر متجاوز غير أن التجانس الطبيعي والبشري لا يكفيان لوحدهما كمعيار لتكوين الجهة وإبراز إنفراديتها.

وإنما لا بد لهما من أن توفر على قطب حضري منشط يستطيع عن طريق اشعاعه هيكلة المجال بالشكل الذي يجعل من الجهة إطاراً اقتصادياً تنبع داخله مجموعة من العلاقات الاقتصادية التي لا تستقيم دون منسق ينظمها ويووجههما.

إن إحداث جهات بمثل هذه الموصفات تعدد أقطاب حضارية داخل الجهة الواحدة، سيساعد على تجنب الاختلالات داخل الجهة الواحدة وتحقيق نوع من التوازن بين مكوناتها. إننا بهذه اللمسات تكون قد وفرنا إطاراً ومجالات حقيقة تقربنا أكثر إلى المصالحة الجمالية متعددة البعد على كامل تراب بلادنا. فلا بد من الإقرار بعد أدنى من

¹ الميثاق الوطني إعداد التراب، ص : 114

² أحمد داري الأبعاد السياسية والاجتماعية لنظام الجهة، ص 48

³ Zriouli M : édification de la région économique du Maroc, édition CKAD, 1996, p.349

"التعسف" عند وضع الخريطة الجهوية لأن الأمر يتعلق بمجال جغرافي وبشري واقتصادي يصعب في كثير من الأحيان الفصل بين مكوناته رغم الخصوصيات التاريخية والطبيعية¹.

ختاما يمكن القول أن الجهة كانت لها اختصاصات محددة في مجال إعداد التراب سواء على المستوى الوطني أو المحلي حيث كانت الكلمة الفصل في يد السلطة المركزية. لكن من المرتقب أن تلعب الجهة دورا هاما في سياسة إعداد التراب في القريب القادم وذلك بعد الإعلان عن التقسيم الجهوي الجديد في إطار الجهوية الموسعة التي سيقبل عليها المغرب.

ونظرا لكون التقرير الختامي للجنة الاستشارية لم ير النور بعد تساؤل: هل فعلا سوف يتم التوسيع من اختصاصات الجهة في ميدان إعداد التراب؟

وهل المنظور الجديد لإعداد التراب يشكل بداية تبلور إرادة الدولة في انتهاج لا مركزية جهوية (في أقصى مدها إلى متقدمة)؟

- لائحة المراجع :

- أحمد داري الأبعاد السياسية والاجتماعية لنظام الجهة.(بدون مكان ولا سنة النشر)
- عبد الواحد مبعوث: التنمية الجهوية بين عدم التركيز الإداري واللامركزية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام 1999-2000، كلية الحقوق، الرباط، أكدال.
- خليفة الشتوي علي : التنمية وإعداد التراب في الجماهيرية الليبية الشعبية الاشتراكية. أطروحة دكتوراه الدولة 1991، كلية الحقوق، الدار البيضاء.
- رشيد وعمو: واقع وأبعاد التقسيط الترابي بالمغرب. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام السنة الجامعية 2000-2001، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء.
- عبد القادر زادي: التنمية الجهوية بالمغرب، محاولة تقييم عامة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، شعبة القانون العام 1985، كلية الحقوق الرباط.
- رشيد لبكر حمان: التنمية في مسار الجهوية بالمغرب، مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج 13-14، 2010.
- عامر محمد: إشكالية التقسيط الترابي في البناء الجهوي، المجلة المغربية للإقتصاد، عدد (20)، هيلاي 1997
- عبد الكبير يحيا: تقسيم التراب والسياسة الجهوية بالمغرب: نحو اعتماد جهوية سياسية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 2010، 84.
- محمد بوبوش: الإصلاح الجهوي المرتقب من الجهوية الإدارية على الجهوية السياسية، دفاتر سياسية، العدد 140، فبراير - مارس 2009
- المختار لكحل: الأسس النظرية لتحديد المجال المحلي وتنميته. الدوليات المغربية للاقتصاد، العدد 16، سنة 1996.
- مديرية إعداد التراب: الميثاق الوطني لإعداد التراب.
- Zriouli M : édification de la région économique du Maroc, édition CKAD, 1996.

¹ عبد الكبير يحيا: تقسيم التراب والسياسة الجهوية بالمغرب: نحو اعتماد جهوية سياسية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 328، ص 84، 2010.

موقع النزاع في إطار مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص



محمد عرطاوي : باحث في القانون الخاص تخصص

قانون العقود والعقارات بكلية الحقوق بجامعة محمد الأول بوجدة

إطار قانوني بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

مصلحة المحافظة العقارية بالداخلة

مقدمة :

خول المشرع المغربي لإدارة الأموال المخزنية، إمكانية سلوك مجموعة من المساطر والآليات القانونية، الكفيلة بتحصين ملك الدولة الخاص، هذه الآليات تتوزع بين مسطرتي التحديد الإداري¹، والتحفيظ العقاري. وسوف لن أحاول الخوض في غمار هاته الوسيلة الأخيرة، بالنظر إلى أنها تسري عليها نفس المتضييات المتعلقة بـ مسطرعة التحفيظ العادي المنصوص عليها في ظهير 12 غشت 1913، في حال ما إذا رغبت إدارة الأموال المخزنية سلوك مسطرعة التحفيظ العقاري، والاستغناء عن مسطرعة التحديد الإداري، فما يهمني في هذا المقام هو ما يتعلق بالتحديد الإداري لملك الدولة الخاص، وتحديدا تلك الخصوصية التي تطبع التعرضات الواردة في إطار هذه المسطرعة، غير أنه ولضمان حسن التحليل الدقيق لهذا الموضوع، يكون من الأجرد إلقاء نظرة ولو موجزة عن مسطرعة التحديد الإداري

¹ - نظم المشرع المغربي مسطرعة التحديد الإداري لأموال الدولة الخاصة والتي كانت موجودة بالمنطقة الفرنسية سابقا بمقتضى ظهير 3 يناير 1916 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 141 الصادرة بتاريخ 10 يناير 1916، ص: 28. أما بخصوص المنطقة الخاضعة للنفوذ الإسباني فقد صدر بشأنها الظهير الخليفي بتاريخ 2 يوليو 1935 والمنشور بالجريدة الرسمية للمنطقة الخليفية الصادرة بتاريخ 31 غشت 1935 عدد 26 ص: 65. قبل أن يتم تمديد العمل بمقتضيات ظهير 3 يناير 1916 إلى جموع التراب المغربي بما في ذلك المنطقة الخاضعة للحماية الإسبانية. ذلك بموجب ظهير 20 أكتوبر 1959 والمنشور بالجريدة الرسمية 2445 الصادرة بتاريخ 13 نونبر 1959، ص: 228.

ملك الدولة الخاص باعتبارها تعد بمثابة المنطلق الأساسي لظهور التعرضات، حالة ما إذا تم المساس بحقوق الأغيار (الفقرة الأولى)، قبل سبر أغوار هذه الأخيرة ومدى تأثيرها على مسطرة التحديد الإداري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص كمنطلق لظهور التعرض عليها :

يقصد بالتحديد الإداري، تلك العملية التي ترمي إلى ضبط حدود العقار، كما تهدف الإدارة من ورائها إلى الوصول بإتباع مسوقة مبسطة جدا للتصفيه القانونية لمساحات شاسعة، وذلك بتطهيرها من حقوق الأغيار، وحمايتها من الاغتصاب والترامي عليها⁽¹⁾، هذا من حيث الأهداف المعلن عنها، غير أن الواقع يوحي بوجود نوايا أخرى، سعت من خلالها سلطات الحماية الفرنسية إنذاك إلى تبني هذه الطريقة، وذلك بغرض الاستيلاء على العقارات بالملكة، ولا أدل على ذلك من أن مساطر التحديد الإداري، وردت على سبيل الحصر، وفقط بالنسبة للأراضي وعقارات لها من الجودة ومن الخصوبة ما يجعلها محظوظ أطماء السلطات الاستعمارية الفرنسية، وهي أراضي الجماعات السالالية، وكذلك أراضي الملك الخاص للدولة، فتقدير مساطر التحديد الإداري هاته هو في الواقع جاء بهدف تفادي وتجنب ما يقرره نظام التحفظ العقاري، خصوصا على مستوى إلزام طالب التحفظ بتقديم الحاجج والإثباتات المتعلقة بالعقار المزعزع تحفظه⁽²⁾ ، وكذا وضع حد للمنازعات التي قد تثار بهذا الصدد، وهي منازعات وإدعاءات

¹ - محمد صغير "دور المحافظ على الملكية العقارية في عمليات التحديد الإداري" مداخلته في إطار الندوة المشتركة حول نظام التحفظ العقاري المنعقدة بالرباط في 4 و 5 مايو 1990، ص: 123.

² - وقد أثير نقاش فقهى كبير حول مدى إلزامية تقديم هذه الحاجج وتلك المستندات المدعمة لمطالب التحفظ أثناء إيداع هذا الأخير بالمحافظة العقارية إذ برز إلى ذلك توجهين:

التوجه الأول ويثله الأستاذ محمد بن الحاج السلمي، إذ اعتبر بأن المشرع لم يلزم طالب التحفظ بتقديم حاججه المدعمة لطلبه بالتحفظ، في نفس الوقت الذي يتم فيه إيداع هذا الأخير، بحيث - وحسب نفس الأستاذ - يمكن لأى شخص أن يقوم بتقديم مطلب بالتحفظ، ولو بدون وجود سندات وحجج مدعمة لهذا المطلب، والتي ثبتت صفة المعنى بالأمر كمالك للعقار أو للحق العيني المراد تحفظه، وقد استدل هذا التوجه الفقهي لذلك، بمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 14 من ظهير التحفظ العقاري، باعتبار أن المشرع استعمل في مطلع هذا الفصل عبارة "يضع" والتي في رأيه لا تفيد الإجراء.

انظر في هذا التوجه:

- محمد بن الحاج السلمي "سياسة التحفظ العقاري في المغرب بين الاشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي والاقتصادي" منشورات عكاظ طبعة مايو 2002 ص: 60.

في حين يرى جانب آخر من الفقه عكس ذلك، إذ يذهب إلى اعتبار أنه من الواجب على طالب التحفظ إرفاق مطلبه بجميع مستندات التملك والصكوك والعقود الرسمية منها أو العرفية... الخ، والتي تدعم مطلبها، حتى يتسعى للمحافظ بسط رقابته على مدى صحتها.

انظر في هذا التوجه:

- عبد العالي دقوقي "بعض مظاهر اضطراب الاجتهد القضائي في مادة التحفظ العقاري"، مقال منشور بالجملة المغربية لأنظمة القانونية والسياسية، عدد 8، يوليز 2007، ص: 16.

- أستاذ عبد الواحد حمداوي "الإشكالات المرتبطة بمسطرة التحفظ وتأثيرها على الاستثمار مداخلته بأشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه، ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود و العقار، بكلية الحقوق بجامعة محمد الأول وجدة بتنسيق للأستاذ إدريس الفاخوري ، ص: 97-98.

تصاغ في شكل تعرضات، والتي يجب تدعيمها بالحجج المؤدية للحق المدعي به، ويتم تقديمها إلى المحافظ على الأموال العقارية دون أن يتطلب الأمر أي إجراء مسطري آخر، وذلك من منطلق أن التعرض هو بمثابة وسيلة حماية لصاحب الحق، غير أنه وإذا كان الأمر كما سبق التطرق إليه يتعلق بالسيطرة العادلة للتحفيظ العقاري، والتي لا يلزم فيها المتعرض بائي إجراء مسطري آخر عدا تقديمها للتعرض وتأييده بالحجج، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لبعض الوضعيات الخاصة، وذلك بالنسبة للمتعرض على عمليات التحديد الإداري لملك الدولة الخاص إذ يلزم هذا الأخير

, Mémoire pour l'obtention " le rôle du conservateur dans l'immatriculation foncière" BATOULI: AHMED EL-a F.S.J.E.S, a l'université MOHAMED V Rabat , année universitaire, 1988. du diplôme des études supérieur 1989 p: 36-37.

- المصطفى الكيلة "خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقارات بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2009-2010، ص: 65.

- محمد خيري محمد خيري "التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي" منشورات دار الثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى 1983، ص: 146-147.

- عبد العلي العبوسي، "نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية بالمملكة المغربية" ،مطبوعات المركز الثقافي العربي الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 1983، ص: 30.

- عبد العزيز أزيز، "إلغاء مطالب التحفيظ ورفضها بين النظرية والتطبيق" رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص قانون العقود والعقارات، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2007-2008 ص: 11.

وفي اعتقادي المتواضع، فإن الرأي الأخير حرري بالتأييد، وذلك لسبعين رئيسين، أحدهما قانوني والأخر واقعي: فالسبب القانوني الذي يدعوه إلى تفنيد ما قال به الاتجاه الأول، ينبع من داخل المشروع نفسه، إذ بقراءة فلحوظة ومتعمنة للفصلين 13 و14 من ظهير التحفيظ العقاري، يتبين من خلالها بأن المشروع حرص قام الحرص، على واجب تقديم الحجج والمؤيدات لمطالب التحفيظ، فالالفقرة الأولى من الفصل 14 تنص على أنه: " يقدم طالب التحفيظ مع طلبه اصول او نسخ رسمية للرسوم والعقود والوثائق التي من شأنها ان تعرف بحق الملكية والحقوق العينية المترتبة عن الملك" وعليه فالقول بأن هذه العبارة لا تدل على الإلزام كما ذهب إلى ذلك الأستاذ محمد بن الحاج السلمي (انظر محمد بن الحاج السلمي م.س، ص: 60 هامش رقم 2) قول محل نظر، إذ ما المانع من أن يستعمل المشروع عبارتا يجوز، أو يمكن، واللتان تفيدة التخيير صراحة؟.

أما السبب الواقعي فيتتمثل في انه لو تماشينا مع الطرح الذي فسر به الأستاذ محمد بن الحاج السلمي مدلول عبارة "يقدم" بكونها تدل على الجوازية وليس الإجبار في تقديم مؤيدات مطلب التحفيظ، ألن يكون ذلك مدعوة إلى إمكانية تقديم طلبات تحفيظ كيدية، وغير مبنية على أساس؟ خصوصا إذا علمنا بأن المشروع المغربي لم يفرد لذلك أي رادع حقيقي باستثناء ما ورد بالفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري حيث تتراوح العقوبة المقررة لذلك ما بين 10 و1000 درهم، وهي عقوبة في اعتقادي المتواضع لا تكفي لردع سوء النية عن تقديم مطالبهم الكيدية ، وبالتالي، ألن يجعل من ذلك سببا لتطاول الأشخاص على أملاك غيرهم بدون سند قانوني، خصوصا إذا استحضرنا القوة التطهيرية التي يتمتع بها قرار المحافظ بتأسيس الرسم العقاري. (تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 14.07 المتمم والمغير بموجبه ظهير التحفيظ العقاري جاء في فصله 48 ليقرر غرامات مالية تقدر بنسبة 10% من قيمة العقار أو الحق المدعي به لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة على الأموال العقارية).

ما يعزز هذا الطرح، أيضا وما يؤكده بالفعل وجود تفسير غير سليم لمقتضيات الفصول 13 و 14، من ظهير التحفيظ العقاري، هو صدور أحد الدوريات عن المحافظ العام للملكية العقارية مؤخرا، والمحاجة إلى السادة المحافظين الإقليميين والتي يلزمهم من خلالها، بالتأكد من سلامة وصحة المستندات والمحاجة المدعمة لطلب التحفيظ، وكذا التتحقق من مدى توفر هذا الأخير على سائر الشروط القانونية، الشكلية منها وال موضوعية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على حجم الإشكال الذي يثيره التفسير الظاهري للفصول 13 و 14 من ظهير التحفيظ العقاري، وآثار هذا التفسير، من كثرة مطالب تحفيظ كيدية، والتي لازالت تنتظر البث النهائي فيها.

إضافة إلى ما سبق بتأييد تعرضه عن طريق تقديم طلب التحفيظ التأكدي، وهنا نكون أمام حالة من حالات التحفيظ الاجباري¹، والتي تعد استثناء من القاعدة المقررة بموجب الفصل السادس من ظهير 12 غشت 1913 المتعلقة بالتحفيظ العقاري.

وكما هو معلوم فإن عملية التحديد الإداري للملك المخزني تخضع من حيث التأثير القانوني إلى مقتضيات ظهير 3 يناير 1916، إذ تبتدئ هذه المسطورة بتقديم طلب بهذا الشأن من قبل مديرية الأموال المخزنية وذلك بعد إجراء بحث ميداني، وبمساعدة بعض الجهات المعنية⁽²⁾، وعلى إثر هذا المطلب، يتم استصدار مرسوم بالموافقة على إجراء عمليات التحديد، وتعيين تاريخ لإجرائها، و يتم نشره بالجريدة الرسمية مدة شهر قبل تاريخ إجراء عملية التحديد المعلن عنه في المرسوم⁽³⁾، ليتم بذلك تشكيل لجنة تعهد إليها مهمة السهر على إجراء عمليات التحديد⁽⁴⁾، حيث تختتم أشغالها بتحرير حضر، يوقع عليه من طرف جميع أعضاء اللجنة المكلفة بالتحديد، بعد هذه الإجراءات تقوم اللجنة بإيداع نسخة من محضر عمليات التحديد لدى السلطة المحلية، ويتم نشر إعلان هذا الإيداع بالجريدة الرسمية⁽⁵⁾ مدة ثلاثة أشهر تبتدئ من تاريخ نشر هذا الإيداع بالجريدة الرسمية، وهي المدة المحددة لتقديم التعرضات على عملية التحديد الإداري.

الفقرة الثانية : تقديم مطلب للتحفيظ كإجراء إجباري لتأكيد التعرضات الواردة على مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص :

في الواقع تميز مسطرة التعرض على عملية التحديد الإداري عن نظيرتها بالمسطورة العادية للتعرض المنصوص عليها بظهير 12 غشت 1913 المتعلقة بالتحفيظ العقاري في مجموعة من النقاط، فعلى الرغم من وحدة

1 - للتفصيل في موضوع التحفيظ الاجباري انظر محمد عرظاوي "التحفيظ الاجباري في التشريع العقاري بين الاقرارات القانونية والتحديات المستقبلية" رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقارات بكلية الحقوق جامعة محمد الاول وجدة السنة الجامعية 2011/2010

2 - وهو ما جاء به منطوق الفصل الأول من ظهير 3 يناير 1916 حيث جاء به ما يلي: "كل عقار فيه شبهة ملك للمخزن الشريف يمكن أن تجري فيه أعمال التحديد حسب الشروط الآتية لأجل استبيان حقيقته وتعيين حالته الشرعية وذلك بطلب من إدارة المياه والغابات أو إدارة الأموال"

3 - وهو ما جاء به الفصل الرابع من ظهير 3 يناير 1916 بقوله: "يجب إعلام عموم الناس بتاريخ أعمال التحديد بشهر قبل الشروع فيه وذلك بنشره في الجرائد وإلصاق أعلامات باللغة العربية و الفرنساوية وينشر القرار الوزيري المذكور في الجريدة الرسمية مع تلخيص من مطلب الحكومة مدة شهر قبل الشروع في التحديد ويكون الإعلام بتصور القرار و المطلب مدة الشهر المذكور بواسطة القايد و الأشياخ في المداشير و الأسواق التابعة لولايته وذلك في الأيام و الأوقات المناسبة..."

4 - وهو ما جاء به الفصل الثاني من ظهير 3 يناير 1916 والذي أكد على ما يلي: "إن أعمال التحديد المذكورة تجريها لجنات تتألف من موظف نايب عن إدارة المراقبة ومن أحد موظفي إدارة المياه و الغابات من الطبقة العليا فيما يختص بالغابات ومن مراقي لإدارة الأموال فيما يخص غيرها من الأموال ومن قايد القبيلة معضداً بأشياخها ومن عدلين إن اقتضى الحال حضورهما."

5 - كما نص على ذلك الفصل الخامس من ظهير 3 يناير 1916 بقوله: "...وتدفع اللجنة للموظف المذكور (المقصود هنا هو ممثل عن السلطة المحلية) عند قيام أعمالها تقريرا مصحوبا بخرائطه محل الذي اجري فيه التحديد ويعلم عموم الناس بدفع الخريطة و التقرير على الكيفية المشار إليها في الفصل الرابع كما يتبينه على ذلك في الجريدة الرسمية وهذا التقرير يطلع عليه كل من يريد ذلك..."

المفهوم والأهداف بين كليهما، فإنهما يختلفان من حيث الإجراءات الواجب توفرها حتى تنهض هذه التعرضات صحيحة، ولتؤدي دورها في ضمان حقوق الم تعرض وحمايتها من الضياع⁽¹⁾.

ففي أحسن الحالات بالنسبة لإدارة الأموال المخزنية لا تثار تعرضات على مسطرة التحديد التي سبق وأن أجرتها، لكن لما كان مجال تطبيق ظهير 3 يناير 1916 منحصراً في العقارات المشتبه في ملكيتها للدولة، فإنه يكون عادياً جداً إثارة تعرضات على العملية محل الدراسة وهذا ما يشكل وضعية حرجة بالنسبة لإدارة الأموال المخزنية.

وهكذا فبالإضافة إلى تقديم التعرض مباشرةً أثناء عملية التحديد لدى لجنة التحديد، أو إلى السلطة المحلية، التي يودع لديها المحضر الذي أنجزته اللجنة فإن للمتعرضين أجل ثلاثة أشهر تتبعه من تاريخ نشر الإعلان بایداع محضر التحديد بالجريدة الرسمية، لتقديم تعرضهم لدى مقر السلطة المحلية المعنية، والإفصاح عن موضوع تعرضهم بواسطة طلب كتابي أو عن طريق تحرير محضر بذلك إذا كان شفوياً مع الإدلة بالوثائق المدعمة لذلك⁽²⁾، غير أن التعرض على التحديد الإداري لا يعتد به إلا إذا تم التعبير عنه في شكل تقديم طلب بتحفيظ للحق الذي يطالب به المتعرض (...)، وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر، تتبعه من تاريخ انصرام الأجل المخصص لتقديم التعرضات⁽³⁾، وهذه أهم الشكليات الواجب إتباعها لينهض التعرض على التحديد الإداري للأموال المخزنية صحيحاً، ولينتج آثاره، وذلك تحت طائلة سقوط حق المتعرض، وفي هذا الصدد يمكن أن نتساءل عن وضعية المتعرض على مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص (أولاً)، وكذا عن مدى امكانية ورود تعرض آخر على مطلب التحفيظ التاكيدية (ثانياً).

اولاً - وضعية المتعرض على عملية التحديد الإداري لملك الدولة الخاص:

إن معرفة من هو المكلف بالإثبات، مسألة ذات أهمية كبيرة من الناحية العملية، فكون أحد الخصمين غير مكلف بالإثبات، يعد ميزة له من ناحية مركز الخصوم في الدعوى، لأن ذلك يؤدي إلى كسب الدعوى حالة ما إذا عجز خصميه عن الإثبات، فالخصم لا يكفل إذن بمحققه في الإثبات، إلا إذا توفرت لديه وسائله، أي أدلة، فإن لم تتوافر بأن اعتراها نقص، أو غموض، وكثيراً ما تكون كذلك، فإن الإثبات يصبح عبئاً ثقيلاً، ولذلك غالب في الإشارة إلى

¹ - التعرض هو في الواقع وسيلة أقرها المشرع وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة لضمان حقوق الأفراد والتي تم المساس بها جراء سلوك مسطرة من مساطر المنصوص عليها قانوناً كمسطرة التحفيظ العقاري مثلاً .

² - أحمد الداودي "أحمد الداودي" ارتبط نظام التحفيظ بالأنظمة العقارية". مداخلته بندوة سياسة التحفيظ العقاري بالغرب، المنقلة يومي 18 و 19 أبريل 2008، والمنظمة من قبل مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق مراكش بتنسيق من أستاذى محمد بن أحمد بونبات وأستاذى مومن، والمنشورة بالجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد، 50، لسنة 2008. ص: 293-294.

³ - الحبيب شوراق "القواعد المنظمة للرسوم العقارية المؤسسة إثر التحفيظ" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، بكلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط أكدال، السنة الجامعية 2002-2003. ص: 154 . وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف بالرباط حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي : "إن التعرض على التصريح بأن العقار من أملاك الدولة يجب أن يؤيد بتقديم التحفيظ من طرف المتعرض، وعليه فإن المدعى للاستحقاق الذي أغفل عن تقديم مطالبته بالشكليات وداخل الأجل القانونية المبينة بظهير 3 يناير 1916 يكون غير مقبول في إدعائه بملكية العقار" استئناف الرباط في 15 يناير 1924 مجموعة الأحكام 2-232، منشور بالدليل العملي لقاضي التحفيظ العقاري، ص: 41.

تكليف أحد الخصمين بالإثبات القول بأن عليه عبئه أو ثقله¹، فمسألة الإثبات هاته لها ارتباط وثيق بمسألة تحديد مراكز المتقاضين، ولا يخفى على أحد ما لتحديد هذه المراكز من أهمية في ضمان حسن سير الدعوى، تطبيقاً للقاعدة الفقهية المعروفة: "من عرف المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء"، وعلىه، حتى يتمكن القاضي من البت في النزاع المعروض عليه، ويعيد الحق لصاحبها، فإن هذا الأخير مطالب بأن يثبت ما يدعى، فإن تمكن من ذلك ربح دعواه، وإذا أخفق في ذلك خسرها²، ومعلوم أن من ادعى شيئاً فإما يقع عليه عبئ إثبات ما يدعى، مصداقاً للحديث الشريف، عن ابن العباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطي الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"³. وهو ما قال ابن عاصم في تحفته:

والداعي مطالب بالبينة *** حال العموم فيه بينة⁴.

وباعتبار أن التعرض على مطلب التحفيظ في إطار ظهير التحفيظ العقاري ينشئ دعوى تنشر أمام القضاء، بعد إحالة الملف من قبل المخافظ على الملكية العقارية، فإن إعمال قواعد الإثبات السالفة الذكر أمر واجب، وهو ما تناوله ظ.ع، إذ أتى في الفقرة الثانية من الفصل 37 ، والفقرة الأولى من الفصل 32 على ذكر قاعدتين متعلقتين بالإثبات، تحدد الأولى منها الطرف المتحمل لعبئه، وتفرض الثانية زمناً محدداً لتقديم وسائله⁵، وهكذا تم تقرير وضع عبئ إثبات البينة على كاهل المترض الذي يعتبر بثابة مدعى، ويجب عليه وبالتالي إثبات صحة إدعائه حتى ولو كان هو الذي يحوز العقار⁶، وعليه ففي حالة التعرض فإن طالب التحفيظ يأخذ صفة مدعى عليه معفى من تقديم الحجج والأدلة ما لم يقدم المترض كمدعي حجاجاً قوية⁷ وهذا ما كرسه الاجتهادات القضائية، فجاء في حكم لا بدائية الناظور ما يلي: "... وحيث أن محكمة التحفيظ لا تنتقل إلى مناقشة وتقدير حجاج طالب التحفيظ إلا بعد

1 - إدريس العلوى العبدلاوى "وسائل إثبات في التشريع المغربي" مطبعة فضالة الخميـدة، الطبعة الأولى 1977، ص: 43.

2 - أستاذ أحمد الريبيعي "محاضرات في مادة التوثيق الأحكام الخاصة بالملوث وبالحرارات الصادرة عنه" محاضرات ألقيت على طلبة السادس من سلك الإجازة، بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 1.

3 - أخرجه مسلم في صحيحه ح 1711، تحقيق محمد الفاريابي أبو قتيبة، المجلد الثاني، منشورات دار طيبة الطبعة 1 سنة 1427/2006 ص: 1254.

4 - البهجة في شرح التحفة: 451.

5 - عادل العشابي " مدى فعالية المرحلة القضائية لسيطرة التحفيظ العقاري في تحقيق العدالة وتشجيع الاستثمار دراسة نقدية للفصلين 32 و 27 من الظهير المتعلقة بتحفيظ الأموال العقارية" مداخلته في إطار ندوة العقار والاستثمار. م.س. ص: 71.

6 - مأمون الكز بري "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية و التبعية" مطبعة النجاح الجديـدة، الدار البيضاء 1978، ص: 37.

- مع العلم بأنه في إطار القواعد الشرعية المطبقة على العقارات الغير المحفظة، فإن هذه القاعدة تخضع لمنطق معاير، إذ يكتفي الحائز للعقارات بقوله حوزي وملكي، ليجر الخصم على تقديم البينة المثبتة لعكس ما يدعى عليه الحائز، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى مأيلـي: "على المدعى بالاستحقاق أن يثبت دعواه أما المدعى الحائز فيكتفي أن يدفع بقوله حوزي وملكي ولا يكلف بالإثبات ما لم يثبت المدعى تملكه فيكون عليه في هذه الحالة أن يثبت وجه مدخلـه". قرار للمجلس الأعلى رقم 419، في الملف العقاري عدد 42869 والمؤرخ في 23-3-1983، والمنشور بدليل القضاء العقاري، مـنشورات خـلية التأمل والتـوثيق والتـكوين العـقارـي، بـقسم الـحافظـة العـقارـية، الجزء الثـانـي، الكتاب رقم، 4 ص: 25.

7 - ابتسام فهيم وفاتح كمال "التعرض على مسيطرة التحفيظ" مداخلة بندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مـنشورات وزارة العدل، ص: 165.

أن تضع أمامها حجج المتعرض باعتباره المكلف أولاً بالإثبات⁽¹⁾، وهو نفس التوجه الذي سار فيه المجلس الأعلى في إحدى قراراته جاء فيها ما يلي: "... لكن ردا على الوسيلة أعلاه فإن المحكمة وهي تبت في قضايا التحفظ العقاري غير ملزمة بمناقشة حجج طالب التحفظ إلا بعد إدلة المتعرض بحجج قوية..."⁽²⁾.

وإذا كان ما سبق ذكره يتعلق بالإجراءات الواجب إتباعها من قبل المتعرض في إطار قواعد التحفظ العقاري المضمنة بظهير 12 غشت 1913، والتي لا تلزم المتعرض بأي إجراء مسطري آخر عدا تقديم تعرضه لدى المحافظة على الملكية العقارية، معززا بالحجج المؤيدة لدعته⁽³⁾، فإنه في إطار التعرض على مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص يلزم المتعرض زيادة على تقديم الحجج والمستندات المؤيدة لدعته بتقديم مطلب للتحفظ كتأكيد لدعته⁽⁴⁾، وهنا يطرح التساؤل عن وضعية المتعرض في مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص، وهل هي نفس وضعية المتعرض في إطار قواعد التحفظ العقاري، وبالخصوص على مستوى نظام الإثبات؟

¹ - حكم الابتدائية الناظور رقم 65، في الملف العقاري عدد 71/200، الصادر بتاريخ 25-07-2004، (غير منشور).

وهو ما أقرت به المحكمة الابتدائية بوجدة في حكم لها جاء فيه: وحيث يقول الشيخ الزراق في لامته:
يد نسبة طول كعشرة أشهر *** وفعل بلا خصم بها الملك يجيئي.
وهل عدم التفويت في علمهم كما *** ل أو صحة للحي للميت ذا اجعلا.

"...وحيث أنه وأمام توافر الملكية المعتملة من طرف أصحاب المطلب عدد 2139 هي شروط الملك المعروفة، فإنه أصبح لزاماً تقديم حجج طالب التحفظ اعتبار لما سارت عليه الأعمال القضائية في إعطاء صلاحية تقديم حججه طالب التحفظ متى أدى المتعرض بحججه معتبرة شرعاً وذلك في إطار الموازنة والمقارنة...": حكم الابتدائية وجدة في الملف العقاري رقم 02/1582 بتاريخ 23-04-2002 (غير منشور)

² - قرار المجلس الأعلى عدد 701 المؤرخ في 25-02-2009 في الملف المدني عدد 2964-1-1-2006 (قرار غير منشور).
- انظر في نفس السياق:

- قرار لغرفة الأحوال الشخصية والعقارات بمحكمة الاستئناف بالناظور رقم 193 والمؤرخ في 03-05-06 (غير منشور).
- حكم لابتدائية العرائش في الملف العقاري عدد 03/07/34 والمؤرخ في 26-02-2008 (حكم غير منشور).

- قرار للغرفة المدنية بالجبلة المجلس الأعلى عدد 137 في الملف المدني عدد 1628-1-1-2004 والمؤرخ في 12-1-2005 (قرار غير منشور).
- قرار للمجلس الأعلى عدد 3913 في الملف المدني عدد 669-1-1-2007 والمؤرخ في 12-12-2008 (قرار غير منشور).

³ - وذلك حسب ما جاء بالفصلين 24 و 25 و 26 و 27، من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفظ العقاري.

⁴ - وقد طرح في هذا السياق التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا المطلب التأكيدي، إذ أن الأستاذة أمينة مبروك الملاوي ترى بأنه تعرض عادي فقط تطبق في حق القواعد العامة المضمنة بظهير التحفظ العقاري، انظر:

AMINA Mabrouk ELMAHLAOUI, "l'opposition à la délimitation administrative" revue de l'immatriculation foncière. Édition 5 octobre 1995 p: 20.

في حين أن يخالف الأستاذ عبد العالي دققي هذا الطرح، ويؤكد بأنه لا ينبغي التعامل من مطلب التحفظ التأكيدي كدعوى، لأنه لو كان الأمر كذلك، لما أجب المشرع المغربي المتعرض على عملية التحديد الإداري على القيام بتقديم مطلب للتحفظ كتأكيد لدعته، بل ينبغي - ودائماً حسب نفس الباحث - التعامل معه على أساس أن الأمر يتعلق بمطلب للتحفظ فقط لا غير.

انظر عبد العالي دققي "الإلغاء والتشطيب في التشريع المغربي" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط أكدال، السنة الجامعية 2001-2002، ص: 71.

والرأي فيما اعتقد هو إن المتضرر جراء التحديد الإداري لملك الدولة الخاص له وضعيات متمايزة:

من جهة أولى فهو متضرر حسب القواعد المتصوص عليها بظهير 3 يناير 1916 المتعلق بالتحديد الإداري لملك الدولة الخاص، ومن جهة أخرى فهو طالب للتحفظ حسب قواعد ظهير التحفظ العقاري، غير أن هذا لا ينزع عنه كونه متضرراً ملزماً بالإثبات أولاً.

في إطار مسطرة التحديد الإداري لملك الدولة الخاص وعلى الرغم من إجبار الم تعرض على عمليات التحديد بتقديم مطلب للتحفظ تأكيداً لترعشه هذا، فإن ذلك لا ينزع عنه صفة الم تعرض، والذي يلقى على عاته عبء الإثبات ابتداء، وهذا يعد بمثابة خروج عن القاعدة التي تقضي بأن طالب التحفظ معفى من الإثبات إلى أن يدل على الم تعرض بحجج قوية، وكأننا بالشرع المغربي يريد اعتبار مسطرة التحديد الإداري شأنها في ذلك شأن مسطرة التحفظ العقاري، وإدارة الأموال المخزنية تعد في إطار التحديد الإداري كما لو أنها طالبة للتحفظ، وهنا اتفق مع بعض الباحثين⁽¹⁾ بوجود نوايا خفية استيطانية لواضعي ظهير 3 يناير 1916، الغرض منها تحقيق أهداف الاستعمار العقاري، في ظل استفحال ظاهرة الأممية في أوساط المجتمع المغربي آنذاك، وكذا أمام وجود ضعف على مستوى الموارد المادية للساكنة المغربية التي كانت تعيش تحت وطأة الاستعمار الفرنسي، والتي يجعلهم لا يستطيعون تقديم طلبات التحفظ التأكيدية لترعاتهم على مسطرة التحديد الإداري، بالنظر إلى ما يتوجب عليهم أداءه من مصاريف ورسوم لتقديم هذه الطلبات، كل هذا جعل من خلق ازدواجية على مستوى وضعية من يدعى حقاً على العقار المحدد إدارياً، بين كونه متعرضاً من زاوية ظهير 3 يناير 1916، وكونه طالباً للتحفظ من زاوية ظهير 12 غشت 1913، مع الإبقاء على صفتة كمتعرض، - جعلت من ذلك - وسيلة للاستحواذ والاستيلاء على الأموال العقارية الخاصة للفلاحين المغاربة، إذ يلزمون بالإدلاء بحججهم أولاً، ثم بعد ذلك تكون إدارة الأموال المخزنية فكرة على ذلك، ومن تم إعداد حججها بما لها من متسع من الوقت، وهي قاعدة شاذة عن نظام التحفظ العقاري ، مما يخلص معه إلى أن تقرير الإيجارية في إجراء التحفظ بالنسبة للمتعرض على التحديد الإداري لملك الدولة الخاص كان وسيلة أو أداة للاستيلاء على أجود الأراضي المغربية وليس بغرض حماية الأموال الخاصة للدولة كما أعلنت على ذلك السلطات الفرنسية.

ثانياً- مدى امكانية ورود تعرض ضد مطلب التحفظ التأكيدى :

للحظ وجود اختلاف كبير بين السادة المحافظين على الملكية العقارية والرهون حول مدى امكانية قبول التعرضات ضد مطالب التحفظ المودعة تأكيداً للترعيات المقدمة ضد مساطر التحديد الإداري لملك الدولة الخاص، ويمكن تصور ذلك في الحالة التي يتعرض فيها أحد الأشخاص على عملية التحديد الإداري، وكما سبق وأن أشرت إلى ذلك فحتى يغدو هذا التعرض صحيحاً منتجاً لأثاره القانونية، فإنه لابد من أن يعقبه تقديم مطلب للتحفظ التأكيدية لهذا التعرض، وعلى هذا المستوى فإنه يمكن لشخص ثان أن يقدم تعرضه ضد مطلب التأكيدية، فنكون إذن أمام تعرضين، لا تعرض واحد: تعرض أول على عملية التحديد الإداري لملك الدولة الخاص معزز بمطلب للتحفظ التأكيدية، وتعرض ثان مقدم ضد مطلب التأكيدية (المطلب التأكيدية) بعد انتهاء أجل تقديم طلبات التحفظ التأكيدية، والذي يكون (المطلب التأكيدية) خاضعاً من حيث التأثير القانوني لقواعد التحفظ العقاري، وبالتالي وبمناسبة التعرض على مطلب التحفظ التأكيدية، يمكن القول بأن هذا التعرض هو في حقيقة الأمر تعرض على عملية التحديد الإداري بشكل غير مباشر، كل ما في الأمر أن هذا التعرض ينحصر نطاقه فيما يدعيه الشخص المقدم لمطلب التحفظ التأكيدية، علماً بأن المحافظ على الملكية العقارية لما يقوم بإحالته النزاع على القضاء، فإن هذا الأخير يعد أو إجراء يقوم به هو الفصل بين إدارة الأموال المخزنية والمتعرض الأول على عملية التحديد الإداري، فإذا قضى لصالح إدارة الأموال المخزنية فإن التعرض الثاني والمنصب على مطلب التحفظ

¹ - عبد العالى دوقى "الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي" م. س، ص: 71.

التأكيدي يسقط بالتبعية لزوال علة وجوده، أما إذا قضي ضدا على إدارة الأموال ولصالح الم تعرض المقدم لطلب التحفظ التأكيدى، آنذاك تنتقل المحكمة بعد ذلك لفصل بين هذا الأخير والذي يكون في مقام طالب التحفظ في هذه الحالة، وبين الم تعرض على هذا المطلب، وتطبيق حينئذ القواعد المتبعه في إطار ظهير التحفظ العقاري المتعلقة بالطعنات، وفي اعتقادى المتواضع فإن هذا التحليل هو الأقرب إلى الصواب، وهو ما ذهبت إليه إحدى دوريات المحافظ العام للملكية العقارية الصادرة مؤخرًا¹.

خاتمة :

من خلال ما تقدم ذكره يتضح بأن واصعي ظهير و الظهاير اللاحقة عليه، وبالخصوص على مستوى إجراء الم تعرض بتقديم مطلب للتحفظ تأكيدا لتعريضه، لم تكن تخدوهم الغاية الأساسية التي من أجلها تم تقرير الم تعرض كوسيلة حماية لصاحب الحق، والذي تضررت حقوقه جراء عمليات التحديد الإداري، بل إنه وانطلاقا من الشكليات المعقدة لسيطرة الم تعرض في هذا الإطار، يتضح مدى تفنن واصعي ظهير في خلق عرائقيل من أراد الم تعرض على مسيطرة التحديد الإداري ، وبالتالي السعي تدريجيا نحو التغلغل على مستوى المنظومة العقارية بدعوى التنظيم القانوني، والحصول بذلك على أجود الأراضي بالمملكة وأخصبها بطرق متواتية، مما يجعل من إعادة النظر في صياغة الظهاير المنظمة لأراضي الملك الخاص للدولة بما يكفل جعلها في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية مطلبا أساسيا.

وفي هذا الصدد فإنه يكن طرح بعض الاقتراحات وعلىخصوص:

- إعادة النظر في الجهة المكلفة بتلقي الم طعنات وإسناد هذه المهمة إلى جهة محايدة إدارية كانت أم قضائية.
- تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على مستوى الإثبات.
- التنصيص على مجانية مطلب التحفظ التأكيدى للم تعرض على التحديد الإداري
- تقرير إمكانية اللجوء إلى الرخصة المخولة في إطار الفصل 29 من ظهير التحفظ العقاري حتى بالنسبة للطعنات على مسيطرة التحديد الإداري.

فكل هذه الحلول وغيرها من الاقتراحات، قد تساهم بشكل أو بآخر في ضمان حقوق الم تعرضين على مسيطرة التحديد الإداري لاملاك الدولة ، وبالتالي جعل إجرائية التحفظ في هذا الإطار في خدمة الم تعرض على عمليات التحديد الإداري، وسيلا لتفادي ما قد ينشأ عن الاستمرار في هذه العمليات من سلب وضياع حقوقه بدون موجب قانوني.

دور الأدلة المعاذية في السياسة الاقتصادية



دراسة من إعداد :

سعيد الستاتي طالب باحث بسلك الدكتوراة، وحدة التعمير والبيئة،

جامعة محمد الخامس السوسي - الرباط، كلية الحقوق سلا.

وخليد المرابط باحث في الإدارة التربوية

و خريج ماستر التدبير الإداري المحلي بكلية الحقوق سلا.

مقدمة :

تعد السياسة المعاذية، إلى جانب السياسة النقدية¹، من أهم دعامات السياسة الاقتصادية للدولة، وهي تعتمد على استعمال الأدوات المعاذية (النفقات العمومية، القرض الخارجي والاقتطاعات الضريبية، ...) للتأثير على الظرفية الاقتصادية². فالادلة المعاذية هي أداة للتدخل في السياسة الاقتصادية على المدى القريب، أي آلية محدودة في الزمن باعتبارها مرتبطة بالسنة المالية و ما يبرمج فيها، و يمكن أن نشير أيضاً إلى الصبغة الدورية التي من شأنها لعب دور مهم في تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية و مسايرة تغيراتها و تقلباتها.

ولفهم الموضوع لابد من تحديد دقيق لهذه المفاهيم، فإذا كانت السياسة الاقتصادية تمثل مجموع الآليات المعتمدة من طرف الدولة و وسائل تدخلها، عبر سلطاتها العامة، لتحديد الأهداف الاقتصادية و تحقيقها، فالادلة المعاذية هي إحدى أدوات هذه السياسة الاقتصادية. و هي تعتمد على ميزانية الدولة للتدخل في الشؤون الاقتصادية من أجل

¹ السياسة النقدية هي مجموع الآليات النقدية المعتمدة من طرف السلطات العمومية من أجل بلوغ الأهداف الماكرو-اقتصادية (الأهداف الكبرى). وهي في مجلتها عند الفكر الكينزي نفس الأهداف المتواخة في المربع السحري، لكن تختلف في وسائل بلوغها. لكن بروز المدرسة النقدية و الليبراليين الجدد (1980) حدد مركز تدخل السياسة النقدية أساساً في استقرار النقد لتجاوز أي تضخم و كذا الحفاظ على القررة الشرائية.
(المزيد من التوضيح انظر:

(René revol, « dictionnaire des sciences économiques et sociales », édition HACHETTE, 2002, p 297)

² La politique budgétaire voir le site, <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/approfondissements/politique-budgetaire.html>, vu : le 13/12/2011.

ضمان التوازن الاقتصادي، بحيث تشمل مجموع التدابير التي تهم نفقات الميزانية و مداخيلها الجبائية سواء من حيث معدتها و نسبتها أو مجال توزعها. وبالتالي فهي آلية بيد الحكومة تمكنها من تحديد مختلف التغيرات الاقتصادية التي تعتمد في تحقيقها على سياسات و تدابير أخرى أهمها السياسة النقدية و السياسة المخازنية¹.

و يمكن الإشارة إلى تداخل الآليتين من أجل تحقيق السياسة الاقتصادية في منظورها الشمولي و المعتمد على السياسة النقدية و ارتباطها بالموازنة المالية، فالارتباط الميكانيكي للنقد بنسبة العجز أو الفائض الذي يؤثر بشكل مباشر على قيمة العملة، لذا فالسياسة النقدية و المحكم فيها من طرف البنك المركزي تلعب دور الضبط و التعديل لأنها هي المحكمة في مخزون الدولة من العملة الصعبة، و المنسق المركزي الذي يحدد سقف الفائدة و معدل الائتمان، لذا سنركز على الأداة المخازنية و وظيفتها في تدعيم و تحقيق السياسة الاقتصادية.

و لحصر الموضوع و تدقيق محاوره سنركز على دور هذه الأداة المخازنية في السياسة الاقتصادية، سيما أن مبدأ التوازن المالي للدولة أصبح ذو صبغة دستورية، إذ أنيط بتحقيقه للحكومة و البرلمان²، من خلال سعي الدولة لإقرار التوازنات الاقتصادية الكبرى عبر الآلية المخازنية، و هو ما يعتبر مبدعاً قاراً و ضرورياً لتحقيق و ضمان التوازن الاقتصادي و المالي بالنسبة لكل سنة مالية³.

و هي لم تأخذ صبغة قارة كأداة تدخلية بل تطورت بتطور الفكر الاقتصادي و المالي، و تدرجت بين تيارين، الأول اعتبرها أداة للتوازن المالي فقط و لها مسؤولية محددة في ضبط قواعد المنافسة الحرة (الفكر التقليدي)، أما الثاني جعلها أداة أكثر تدخلية و لاسيما في فترة الأزمات⁴ (ابتدأت مع النظرية الكينزية). مما يبرز و يوضح بجلاء حركية هذه الأداة، عبر سياق تاريخي يتسم بمسيرة التقلبات الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية، أو بتجاوز اختلالاتها التي تبرز في الأزمات الاقتصادية كمرحلة لإعادة النظر في استعمال الأدوات المخازنية بين الحيادية و التدخلية، إلى البحث عن التوازن بين مختلف الأدوات من أجل تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية.

و بالنظر لهذه التطورات و تزايد مستوى حرکية الآليات المخازنية من جهة، و تسارع و تضارب المتغيرات و التحديات الاقتصادية و المالية، من جهة ثانية، يمكن طرح التساؤل التالي :

كيف يمكن للدولة من خلال أداتها المخازنية التدخل و التأثير في السياسة الاقتصادية؟ و كيف يمكن توظيف حرکية المالية العمومية للدفع بالاقتصاد الوطني؟

¹ René revol, « dictionnaire des sciences économiques et sociales », op.cit, p 296.

² الفقرة الأولى من الفصل 77 من الدستور المغربي(1 يوليوز 2011)، الصادر بظهير 1.1191 الصادر في 14 يوليوز 2011 بتنفيذ الدستور، الجريدة الرسمية عدد: 5964.

³ المادة 2 من القانون التنظيمي للمالية، ظهير شريف رقم 138-98-1-98-1 صادر في 7 شعبان 1419 (26 نوفمبر 1998) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 98-7 لقانون المالية، كما وقع تغييره وتنميته بالقانون التنظيمي رقم 14.00 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.00.195 بتاريخ 14 من محرم 1421 (19 أبريل 2000).

⁴ F. Portier, « le budget: instrument de la politique économique; Controverses sur l'efficacité des politiques budgétaires », in *Les Cahiers Français*, n°261, La documentation française, 1993 (disponible aussi sur le site de la documentation française).

وللإجابة عن هذه الإشكالية سوف نعتمد على محورين: أولهما دراسة تطور وظيفة هذه الآلة وتركيز مكانتها في السياسة الاقتصادية و كذا دراسة هذه الآلة في إطار حركة المالية العمومية وتفاوت تأثيرها على هذه السياسة الاقتصادية بشكل عام بين الدول (المبحث الأول)، و سنتخصص محور ثانٍ للبحث بشكل خاص عن دور هذه الأداة في النموذج المغربي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تطور و مكانة الأداة الموازنية في ظل السياسة الاقتصادية :

إذا كان دور الدولة في المجتمع يحدد نطاق نشاطها المالي، فإن هذا الدور تحدده كل من الطبيعة السياسية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، والتي تخضع بدورها لتأثيرات النظام العالمي وطبيعة المرحلة التي بلغها المجتمع، والتي تميز أبعاد دور الدولة في المجتمع المتقدم عنه في المجتمعات المتخلفة. ولذلك يعكس تطور الأداة الموازنية مراحل تطور دور الدولة من مرحلة الدولة الحارسة إلى مرحلة الدولة المتدخلة¹ (المطلب الأول). وفي هذه المرحلة وجب التركيز على هذا الدور الصاعد للدولة في ظل التقلبات الاقتصادية المتسرعة، حيث أصبحت الدولة في حاجة إلى آليات عمل لتنسيق مختلف تدخلاتها في المجال الاقتصادي بكافة الطرق و الوسائل التي يسمح بها التشريع² في المجال المالي للتأثير على الاقتصاد الوطني (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الأداة الموازنية بين الفكر الاقتصادي التقليدي و الحديث :

لقد شهدت الأداة الموازنية في فكرتها وأهدافها، تبعاً للتطورات التي تعاقبت على المجتمعات وتطور دور الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتداخلة، تطروا مهما لم يقتصر أثره على علم المالية فقط، بل إنه انعكس على النظام المالي و الاقتصادي، فنcline من سياسة مالية محايدة أو حيادية إلى سياسة مالية متداخلة، أثرت في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية من دولة لأخرى، تبعاً لاختلاف طبيعة النظام السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي السائد في كل دولة من الدول³.

¹ بوشعيب زياد، النظام العالمي و انعكاساته على المالية العامة بالمغرب، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق شعبة العلوم السياسية- جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء، سنة 2001-2002، ص 52.

² نفس المرجع أعلاه، ص 54.
³ مسعود دراويسي، السياسة المالية و دورها في تحقيق التوازن الاقتصادي: حالة الجزائر، 1990-2004، اطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، السنة الجامعية 2005-2006، ص 50.

الفرع الأول : الأداة الموازنية في الفكر الاقتصادي التقليدي :

لقد كانت فكرة التوازن في ظل الفكر التقليدي، نتيجة منطقية تعكس مضمون فلسفة المذهب الاقتصادي التقليدي التي يقوم على قانون ساي¹ للأسوق و مدلول اليد الخفية لأدم سميت، الذي تسود فيه كافة مقومات الحرية الاقتصادية و المنافسة الناتمة، التي تحد من تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية².

و يخلص الفكر التقليدي الكلاسيكي إلى قصر وظيفة الدولة بصفة أساسية على خدمات الأمن والدفاع والعدالة، و بذلك يتحدد دور الأداة الموازنية في ظل هذا الفكر في توفير الإيرادات الالزامية لتغطية مدى الخدمات دون أن يكون لها أي غرض اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي³.

و منه قصد الاقتصاديون الكلاسيكيون ببدأ التوازن أن تكون النفقات العامة للدولة في حدود إيراداتها أو مداخيلها، إذ لم يعترف الاقتصاديون التقليديون بعجز الميزانية بل اشترطوا التوازن الحسابي أو المالي، ولذلك لا يمكن للدولة أن تلجأ للإيرادات الاستثنائية (القروض، الإصدار النقدي، ...) لتغطية نفقاتها العامة، و بالتالي لا يجوز أن تزيد نفقاتها عن إيرادتها⁴.

إذن شكلت الأداة الموازنية في إطار الفكر التقليدي، مبدأ أساسيا و قاعدة شبه مقدسة، تقوم على التوازن الحسابي الصرف ما بين نفقات الدولة و مداخيلها المتأتية من مصادرها العادية دون زيادة أو نقصان⁵، مما يتوجب على الدولة حسب المفهوم التقليدي أن تقوم بتقدير دقيق لنفقاتها و مواردها و احترام مبدأ التوازن حسابيا قدر الإمكان⁶.

و يترتب على تحديد و تقدير و تكيف نفقات الدولة و مداخيلها على نحو ما تقدم، قيام الأداة الموازنية التقليدية على عدة قواعد مالية أهمها:

* حياد السياسة المالية في كافة الأنشطة الاقتصادية للدولة يعني أن يكون تدخل الدولة حياديا، بحيث لا يؤثر النشاط الاقتصادي للدولة على تصرفات الأفراد و القطاع الخاص بأي شكل من الأشكال.

* وجوب حصر حسابي للميزانية، بحيث لا تمثل النفقات العامة إلا نسبة ضئيلة من الدخل الوطني، و اعتماد الإيرادات العامة أساسا على الضرائب، إذ أن تقدير هذه المداخيل تبعا للنفقات العامة يكون بحسب ما يسمح بها

¹ إن جوهر قانون ساي، الذي عادة ما يصاغ في العبارة الشهيرة "العرض يخلق الطلب المادي له"، يقوم على الاعتقاد بأن النظام الاقتصادي الحر يخلو من العوامل الذاتية ما يضمن له دائما ذلك المستوى من الدخل الوطني الذي يتم عند استغلال كل طاقته الإنتاجية، بمعنى أن النظم الرأسمالية تتجه تلقائيا إلى التوازن المستقر عند مستوى التشغيل الكامل لموارد المجتمع الإنتاجية، و تفسير ذلك أن عبارة قانون ساي توكل علاقة سلبية مباشرة بين الإنتاج و الإنفاق فأي زيادة في الانتاج (العرض) سوف تخلق زيادة معادلة لها في الدخل النقدي - و لما كانت النقود في تفكيرهم وسيط للتبدل ليس إلا- الذي ليس هناك مبرر لاحتفاظ الأفراد بها، فأي زيادة في الدخول النقدي سوف تتحول إلى زيادة معادلة في الإنفاق على السلع و الخدمات، و بالتالي كل زيادة في الإنتاج تخلق تلقائيا زيادة معادلة لها في الإنفاق لشراء هذا الإنتاج الجديد.

للإشارة أكثر، راجع في هذا الصدد، حامد عبد المجيد دراز، دراسة في السياسة المالية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون سنة، ص 40 و ما بعدها. راجع أيضاً، مسعود دراويسي، مرجع سابق، ص 132 و ما بعدها.

² جورج نايهانز، تاريخ النظرية الاقتصادية، ترجمة صقر أحمد صقر، المكتبة الأكاديمية، الطبعة الأولى، القاهرة 1997، ص 81.

³ عبد المجيد القاضي، اقتصاديات المالية العامة و النظام المالي في الإسلام، مطبعة الرشاد، الإسكندرية، بدون سنة، ص 323.

⁴ عبد النبي اضريف، المالية العامة، أسس و قواعد تدبير الميزانية العامة و مراقبتها (آخر التعديلات التي عرفتها المنظومة المالية بالمملكة)، مطبعة درا القربيين، الدار البيضاء، الطبعة الثانية يناير 2007، ص 72.

⁵ عبد الفتاح بلال، علم المالية و التشريع المالي المغربي، مطبعة فضالة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005، ص 254.

⁶ عبد النبي اضريف، مرجع سابق، ص 73.

دور الدولة و ضرورة توازن الميزانية سنوية، أي تحقيق المساواة بين جانبي النفقات و المداخيل العامة، و يتم هذا بإجراء تقدير دقيق لأقل حجم ممكن من الإنفاق العام على هذه الوجوه الأربع التقليدية السابقة الذكر.¹

إن تبني الفكر الكلاسيكي لمبدأ حياد الدولة، و عدم تدخلها في النشاط الاقتصادي أي حياد السياسة المالية، و عدم اللجوء للموارد الاستثنائية، يعني أن التوازن الحسابي لا يأخذ بعين الاعتبار المتغيرات الاقتصادية المحتملة توقعها في أية فترة، و بالتالي فالتمسك بالتوازن الحسابي الصرف للموازنة قد يؤدي إلى نتائج عكس ما تهدف إليه، و لهذا يصبح توازن الموازنة وسيلة لتحقيق التوازن الاقتصادي العام و ليس غاية في حد ذاته، لذلك فمبدأ التوازن الكلاسيكي لم تعد له تلك القدسية. خاصة مع عجز الموازنة في حالة ظهور أدوار و وظائف جديدة للدولة تفرضها الوضعية الاقتصادية الاستثنائية للبلاد و التوسع المستمد في الإنفاق العام للدولة، مما يفرض على الدولة اللجوء للموارد الاستثنائية كالزيادة في الضرائب، الإصدار النقدي و القروض.²

و لهذا فقد استقر الفكر التقليدي إزاء الحالات الاستثنائية و ظاهرة التوسع المستمر في الإنفاق العام للدولة، باللجوء إلى اتخاذ القروض العامة كأداة لسد العجز الحاصل على مستوى الميزانية ومنه الخروج عن المبدأ التقليدي "توازن الموازنة"، و بالتالي اضطر هذا الفكر إلى تحديد الحالات التي يجب أن تل JACK فيها الدولة للضرائب و تلك التي يمكن أن تل JACK فيها للقروض. و خلص هذا الفكر إلى نتيجة أساسية تقتضي ضرورة عدم التوسع في القروض لتغطية النفقات العادية و أن أفضل وسيلة للإنفاق الحكومي الاستهلاكي هي الضرائب، أما ما يعرف بالنفقات الاستثمارية فتغطي بالقروض³.

و هكذا نجد أن التمسك بالأفكار الكلاسيكية بصفة عامة بأسس السياسة المالية على وجه الخصوص تؤدي إلى تفاقم الأزمات الاقتصادية و ازدياد حدتها و من ثم إلحاق الضرر بالاقتصاد الوطني، كما أن الظروف التي تعرضت لها اقتصadiات الدول الرأسمالية قد هيأت المجال لظهور الأفكار الكينزية و لسياسة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي⁴.

و منه فالنظرية الضيقية و المحدودة القائمة على التوازن الحسابي لموازنة الدولة لم تعد مقبولة حاليا و قد تجاوزها الزمن حيث باتت تعتمد المفاهيم المالية الحديثة القائمة على التوازن الاقتصادي العام بدليلا لما كان يسمى التوازن الحسابي الرقمي للموازنة العامة.⁵

الفرع الثاني : الأداة الميزانية في الفكر الاقتصادي الحديث :

بعد أن سادت النظرية الكلاسيكية لفترة طويلة من الزمن و ما أملته على السياسة المالية من دور محدود و قاصر فإن التطورات السياسية و الاقتصادية التي أحاطت بالعالم في الثلاثينات و الأربعينات من القرن الماضي، أدت

¹ مسعود دراويسي، مرجع سابق، ص 55.

² اتسم موقف الاقتصاديين الكلاسيك من التجاء الدولة للموارد الاستثنائية خاصة الاقتراض بطبع عدائي يعود بدوره إلى الاعتقاد السائد لدى هذا الفكر بمزايا الحرية الاقتصادية، و عدم تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي إلا في أضيق الحدود، و قد انقسمت الأغلبية الساحقة من أتباع هذا الفكر إلى معارضته القروض العامة، إيمانا منهم بأن الدور الاقتصادي للحكومة يجب أن يكون محدودا و أن كفة القطاع الخاص يجب أن ترجح على القطاع العام و أنه ينبغي توفير كل الإمكانيات اللازمة لتهيئة المناخ الاستثماري الملائم لازدهار القطاع الخاص.

³ لاسترادة أكثر فيما يخص آراء كبار الاقتصاديين الكلاسيكيين (آدم سميت، ديفيد ريكاردو، و باستابل) انظر، محمد جمال مطلق الدينيات، النظام القانوني لعقد القرض العام (دراسة مقارنة)، بدون مطبعة و طبعة، 2003، ص 77 و ما بعدها.

⁴ محمد جمال مطلق الدينيات، مرجع سابق، ص 76.

⁵ مسعود دراويسي، مرجع سابق، ص 56.

⁵ قحطان السيفي، السياسة المالية في سوريا "أدواتها و دورها الاقتصادي"، منشورات وزارة الثقافة، الهيئة العامة السورية للكتاب، 2008، ص 19.

إلى تغيير بعض المعتقدات في الدول الرأسمالية، حيث بدأت الدعوة إلى المزيد من التدخل الحكومي في الحياة الاقتصادية في محاولة لحد من الآثار المترتبة عن هذه الظروف والتطورات¹.

وقد كان كينز من أوائل الاقتصاديين الذين نادوا بضرورة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي بهدف الوصول إلى حالة التشغيل الكامل و المحافظة على نوع من الاستقرار الاقتصادي². وقد افترض كينز على أن التوازن لا يمكن أن يحدث تلقائيا كما اعتقاد الكلاسيكيون، وإنما لابد من ضرورة تدخل الدولة باستخدام السياسة الملائمة للوصول إلى الوضع التوازن المنشود³، عبر تحديد وتطور دور المعاشرة العامة للدولة و مكوناتها الأساسية أي أدوات السياسة المالية (الضرائب، الإنفاق العام، القروض،...)، لتصبح المعاشرة العامة أداة مؤثرة في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية بعد أن تم تجاوز المفهوم التقليدي القائم على التوازن الحسابي في المعاشرة، بحيث أصبح من المعتذر الفصل بين التوازن المالي و التوازن الاقتصادي العام⁴.

لقد أصبحت الأداة المعاشرة في ظل الفكر المالي و الاقتصادي الحديث خطة للأداء المالي، يتم إعدادها وفق أولويات و تفضيل اقتصادي يعبر عن خيارات سياسية و اقتصادية للدولة، يتم من خلالها تقدير الموارد و النفقات وفق أساليب علمية واقعية لإشباع ما يمكن من الحاجات العامة خلال مدة زمنية محددة هي السنة المالية⁵.

وبالتالي يفترض أن تعكس مجمل الأنشطة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية للدولة، من خلال أدوات السياسة المالية العامة الموجدة أصلا في المعاشرة العامة، حيث تلعب هذه الأدوات المالية دوراً مهماً ينعكس على مختلف عوامل الإنتاج في المجتمع. فالأداة المعاشرة تظهر المداخيل العامة و الأهمية النسبية لكل نوع من أنواع المداخيل، بالإضافة إلى حجم النفقات العامة و أهمية الإنفاق في كل قطاع حسب التوزيع الاقتصادي و الاجتماعي و الإداري بما في ذلك حجم الاستثمارات العامة⁶.

وقد تطورت النفقات العامة في التحالفين نتيجة تطور دور الدولة، أولهما، تنوعها تبعاً لتنوع وظائف الدولة، بحيث إضافة إلى مسؤولية الدولة عن وظائفها التقليدية أصبحت مسؤولة عن التوازن الاقتصادي و الاجتماعي، مما فرض معه تنوع النفقات العامة للدولة (مثلاً النفقات الاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق أغراض اقتصادية كمحاربة البطالة، دعم فروع الإنتاج، و النفقات الاجتماعية)، و ثانيهما ارتفاع حجم النفقات العامة و ارتفاع نسبتها للدخل القومي⁷.

¹ مسعود دراويسي، مرجع سابق، ص 56.

² عادل عامر، دور الدولة في تحقيق التوازن الاقتصادي في ظل الاقتصاد الحر، بدون مطبعة وسنة، ص 40.

³ حامد عبد المجيد دراز، دراسة في السياسة المالية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، بدون سنة، ص 18.

⁴ قحطان السيوسي، نفس المرجع أعلاه.

⁵ طاهر الجنابي، علم المالية العامة و التشريع الضريبي، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، بدون سنة، ص 109.

⁶ قحطان السيوسي، مرجع سابق، ص 19.

⁷ عبد النبي اضريف، مرجع سابق، ص 76.

و هكذا اخذت هذه النظرية - الحديثة - مناخا مناسبا للخروج عن مبدأ التوازن الموازنی و السياسة المالية الحياتية، أي التوسيع في الإنفاق العام كعامل من عوامل إحداث التوازن الاقتصادي، و فتحت الباب للأخذ بمبادرات العجز بالميزانية و بالتالي اللجوء إلى القروض¹ لتغطية النفقات العامة سواء كانت استثمارية أم استهلاكية²، فالعجز أصبح وسيلة من وسائل تحريك عجلة الاقتصاد عن طريق مضاعفة الاستثمار، و الدولة حينما تقول النفقات عن طريق العجز، فإن هذه المقاولات تقوم باستثمار أموال طائلة و تشغيل عمال جدد فيتم تحريك عجلة الاقتصاد³.

إذن، فالمفهوم الحديث للأدلة الميزانية جعل منها أداة للتوجيه المالي السليم لأغراض المخاسبة العامة الحكومية، بالإضافة إلى كونها أداة لأغراض التخطيط و الحسابات، باستخدام الضرائب و القروض... كأدوات مالية هامة و مؤثرة في تحقيق النمو الاقتصادي.

المطلب الثاني : مكانة الأدلة الميزانية في السياسة الاقتصادية :

إن تحقيق التوافق بين التوازن المالي والتوازن الاقتصادي، اللذان يبدوان كمتناقضين خاصة في الدول النامية، تبقى مسألة في غاية من الصعوبات. ذلك أن التوازن المالي هدفه الأساسي تسديد خدمة الدين العمومي خصوصاً المديونية الخارجية وتوفير نفقات التسيير، بينما التوازن الاقتصادي يهدف إلى إعطاء دينامية كبيرة للاقتصاد عن طريق تشييد البنية التحتية وبناء الموانئ والمطارات وتشجيع الاستثمار...⁴ وهذا ما يتطلب إعطاء بعد تنسيقي للأدلة الميزانية في السياسة الاقتصادية (الفرع الأول)، و كذا تفعيل الآليات الميزانية المؤثرة في صلب هذه السياسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الدور التنسيقي للأدلة الميزانية في السياسة الاقتصادية :

يمكن التأكيد على أن النهج الحديث الذي سلكته الدول، هو الاتجاه نحو تكريس دور الأدلة المالية في السياسة الاقتصادية، من خلال جعلها - أدلة بيد الدولة - للتأثير على مختلف مجالات السياسة الاقتصادية و الاجتماعية.⁵ وهكذا لم يعد مبدأ توازن الميزانية من المبادئ التي تحرض عليها السياسة المالية، إذ أصبحت السياسة المالية الجديدة تميز حسب الحدسيّة سواء بإمكانية العجز، والذي أصبح يعتبر وسيلة من وسائل تحرك عجلة الاقتصاد عن طريق مضاعفة الاستثمار، أو بالاتجاه إلى القروض العامة والإصدار النقدي الجديد. وبهذا تطورت المالية العامة من مالية محابية إلى مالية وظيفية، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، إذ لم تعد مالية وسيلة لخاربة الأزمات الطارئة والتأثير في الدورة الاقتصادية فقط، بل يمتد هذا الدور ليشمل تدخل الدولة لتغيير البنية الاقتصادية نفسها.⁶

¹ اتخذت المدرسة الحديثة بالنسبة للقروض اتجاهها يخالف بمضمونه النظرية الكلاسيكية، إذ تعتبر كلا من القرض و الضريبة وسيلة عاديّة لتمويل النفقات العامة، تجاه إليها الدولة حسب الظروف السائدة لا حسب طبيعة النفقة، و الذي دفع الفكر المالي باتجاه نظرية حديثة للقروض العامة هو اكمال الجهاز الإنثاجي في الدول الغربية المتقدمة، و انتشار الأزمات الاقتصادية فيها و تقشّي البطالة، حيث ترتب على هذه النتائج ضرورة تدخل الدولة لمعالجة الاختلال الاقتصادي و الاجتماعي.

² للاستزادة أكثر راجع، محمد جمال مطلق الذنيبات، مرجع سابق، ص 82 و ما بعدها.

³ محمد جمال مطلق الذنيبات، مرجع سابق، ص 83.

⁴ عبد النبي اضريف، مرجع سابق، ص 76.

⁵ عبد النبي اضريف، مرجع سابق، ص 78.

⁶ محمد حنين، تدبير المالية العمومية: الرهانات و الاكراهات، بدون مطبعة، الطبعة الأولى 2005، ص 65.

⁷ أنس بن صالح الزمراني، المالية العامة و السياسة المالية، مطبعة نشر البيبع مراكش، الطبعة الأولى 2002، ص 11.

ومن أسباب المحددة لتغير توجه السياسات والاختيارات الاقتصادية تتبع الأزمات المالية، حيث شملت في بدايتها الدول اللاتينية والأسيوية وروسيا، والتي ظهرت نتيجة قصورها كدول نامية في مواجهة تنامي ظاهرة العولمة ولاسيما في شقها الاقتصادي والمالي المتعلق بحركة رؤوس الأموال الاحتكارية، سواء في بداية حدوثها أو في امتداداتها الجغرافية.¹

إذن فالأداة الموازنية في ظل هذه التغيرات يجب أن تكون ذات منظور شامل ومندمج يساير التوجهات الاقتصادية والاجتماعية لبلادنا في سنوات الأخيرة، من أجل خلق انسجام بين الظروف ومتطلبات النمو الاقتصادي من جهة والحفاظ على استقرار الإطار الماكرو-اقتصادي في ظل هشاشة واحتلال النمو الاقتصادي العالمي، من جهة ثانية².

إن فعالية الآلية الموازنية في مجال الاقتصاد رهين بظروف تنفيذ الميزانية وضرورة التنسيق بين مختلف المكونات المؤثرة في التوازنات الاقتصادية الكبرى. حيث يعتبر هو الأساس الذي يبرز مدى قدرة الدولة على الانتقال من مجرد وثيقة تقديرية إلى أداة فعالة تضمن تحقيق مستوى نمو اقتصادي في مستوى التحديات فسواء تعلق الأمر:

- مستوى الحكامة المالية نفقات رشيدة
- مستوى إنتاجية القطاعات الاقتصادية الأساسية
- مستوى التحكم في اقتصاد السوق
- الفاتورة الطاقية....

و هذا التحليل الأولي يمكننا من القول بوجود تفاوتات كبرى في استعمال الأداة الموازنية بين مختلف الدول وهي من المحددات المهمة، إلى جانب آليات أخرى، التي من شأنها أن تحدد درجة كفاءة التدبير والترشيد بين الدول المتقدمة والدول النامية.

الفرع الثاني : الآليات الموازنية في صلب السياسة الاقتصادية :

يمكن تحديد الآليات الموازنية المؤثرة في السياسة الاقتصادية في ثلاث ضوابط، وهي تعتبر في الأنظمة الحديثةسياسات مدعمة وليس فقط كآليات كما هو الحال في الدول النامية، بحيث تتكامل لتحديد دور هذه المركبات الموازنية، وهي كالتالي:

- النظام الضريبي: ويمكن الركون لها لتحديد درجة ونسبة التضريب والضغط الضريبي ومدى قدرة الفاعلين السياسيين على بلورة الآليات الضريبية لتجهيز الاقتصاد الوطني، والمهدف الأساسي هو الرفع من المداخيل الضريبية.
- ترشيد النفقات العامة: لقد بُرِزَ هذا المفهوم كمقاييس لحسن تدبير النفقات العامة المتزايدة للسيطرة على التحديات الاقتصادية والاجتماعية للدولة في ظل تقلبات اقتصادية متسرعة. وهي تميّز بتركيبة ثلاثة - نفقات التجهيز والتسيير ونفقات الاستثمار ثم الدين الخارجي - يجب أن تعالج بشكل عقلاني للحد من التأثيرات السلبية لها ومحاولة إيجاد المقاييس التي تضمن التوازنات الاقتصادية الكبرى.

¹ Maurice DURROUSET, « la mondialisation de l'Economie », 2^{ème} édition ELLIPSES, 2005 , p 88.

² Loi de finances 2011, « revue AL MALIYA», numéro spécial n° 9, juin 2011, p 4.

- رصيد الحساب الموازنی: وهو يمثل صافی مجموع المداخيل من مجموع النفقات: $\text{solde budgetaire} = \Sigma \text{recettes} - \Sigma \text{depense}$. وهو يعتمد على قاعدة محورية ومؤشر مرجعي يحدد في أن لا يتجاوز العجز% 3 من الناتج الداخلي الخام.

هذا المؤشر أصبح محدوداً لسلامة وجدية المالية العامة العمومية للدولة، ويعتبر مؤشراً لهذه الاختلالات التي تعيشها معظم الدول الأوروبية والتي تضع الاتحاد الأوروبي لمنطقة الأورو ككل على هامش التفكير. غالباً ما تعتمد الدولة، ولا سيما المتقدمة، على نفقاتها من أجل التأثير على الرفع من النمو الاقتصادي وذلك عن طريق الاعتناء بطرق أخرى خارجة عن اقتصاد السوق (الاستهلاك، والإدخار، والاستثمار، والأسعار، وتوزيع الدخل القومي...)، أي في منظور ماкро اقتصادي يراعي الظرفية الاقتصادية الداخلية والخارجية، والتي تعتمد عليها بشكل كبير لأنظمة المتقدمة و المتمثلة في مستوى التعليم و الجمع بين الخبرة و نقل المعرفة و درجة استعمال التكنولوجيا... إذن كلها مؤشرات يمكنها أن تشرح لنا تواجد تنمية ذاتية داخلية من شأنها أن تعزز الآلية الموازنية في تحريك الاقتصاد.

و إذا أخذنا مثل فرنسا، إلى جانب الدول الأوروبية الأخرى في خضم الأزمة الحالية، أصبحت الأصوات السياسية تنادي بضرورة اعتماد جدية أكثر للميزانية و ذلك من خلال البحث عن مداخيل تحقق النمو الاقتصادي للدولة و التركيز على تحديث القطاع العام و تحسين الخدمات المقدمة للمواطنين¹.

ومن واقع الأداة الموازنية و تدخلها في صلب هذه السياسات الاقتصادية المعاصرة، باعتبارها عاملـاً محدداً، يمكن التأكيد أنها ليست وحدها المسؤولة في تنفيذ ومتابعة سياسة اقتصادية، بل تدخل في توازن حساب ميزانية إلى جانب مسائل مالية أساسية من شأنها ان تؤثر في المتغيرات الاقتصادية الكلية، بسبب الانفتاح الاقتصادي الدولي الذي يعتبر عائقاً أمام كل البلدان، ويتمثل في نمو منطق المسؤولية الاقتصادية للدولة أكثر من أية وسيلة أخرى (حسب قول SAGOU في 1997)².

إذا كان تدخل مالية الدولة في الدول المتقدمة كأدلة للاستقرار والتوازن، فعلى مستوى الدول النامية يجب أن تعتمد آلية سياسية اقتصادية مع الحرص على أن تراعي في عميقها محددات أخرى للنمو وتحفيز الإدخار وتنمية الاستثمار، وتنظيم وضبط الأسواق المالية، وإعداد سياسة نقدية مناسبة قادرة على استيعاب و التحكم في النمو. لتشكل سياسة يمكن تطبيقها في مناخ معروف بمعدلات نمو التقلبات و الاختلالات و العجز المتكرر الذي أصبح يطرح بحجة³.

¹ Clarisse Jay, "La politique de réduction des dépenses publiques atteint ses limites", voir le site <http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20110928trib000652378/la-politique-de-reduction-des-depenses-publiques-atteint-ses-limites.html>, vu le 28/09/2011.

2 Brahim MANSOURI, Projet de communication aux journées scientifique du Réseau (Marrakech, Maroc, mars 2003) Réseau Thématique "Analyse Economique et Développement" Déséquilibres Financiers Publics, Investissement Privé et Croissance Economique au Maroc.

³ Anas BENSALAH ZEMRANI, "les finances de l'Etat au Maroc" (tome I : politique financière et droit budgétaire), 2ème édition L'HARMATAN, 2005, p 227.

و يمكن القول أن المغرب، سيما خلال العشرية الأخيرة استطاع أن يحافظ على عجز موازني قريب من المعدل حيث انتقل تقدير هذا المؤشر حسب السنوات، على التوالي، من 2.9% سنة 2009، و 4% سنة 2010، وقدر بـ 3.5% سنة 2011¹. وهو ما يدل على بداية التحكم في مستوى الاستثمار العام من أجل تدعيم النمو و مسيرة الإصلاحات التي يعرفها. وهذا ما يدعو إلى دراسة النموذج المغربي بتفصيل أكثر لاستجلاء دور الأداة الموازنية في السياسة الاقتصادية الوطنية، وهو ما سندرسه في البحث الثاني.

المبحث الثاني : توظيف الأداة الموازنية في السياسة الاقتصادية بالمغرب :

إن دينامية و تدبير المالية العامة أصبح يعتمد على جدية كبيرة في تقدير و تنفيذ العناصر الموازنية بشكل يتلاءم مع الوضعية الاقتصادية الداخلية و الخارجية، و هذا ما يطرح وجود عدة تفاوتات في استعمال هذه الآلة، الشيء الذي يدعو إلى دراسة و ملامسة وظيفتها من خلال مواكبة الأداة الموازنية للحصيلة الماكرو اقتصادية بالمغرب (المطلب الأول)، و هو ما سيفتح لنا المجال لتحليل التوظيف الحالي للأداة الموازنية في السياسة الاقتصادية و ما يمكن أن تطرحه من إشكاليات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مواكبة الأداة الموازنية للحصيلة الماكرو اقتصادية بالمغرب :

إن الإصلاحات التي قام بها المغرب لعادلة الاختلالات الماكرو اقتصادية خلال مرحلة الثمانينات، بدأت تعطي ثمارها ابتداء من التسعينات، مع سيطرة نسبية لخاطر الصرف و تضارب الاختلالات التي عرفتها العملات الأجنبية، و ظهور فائض للميزانية و تعزيز النمو الاقتصادي، مع تراجع نسبة المديونية التي انتقلت من 79% في عام 1993 إلى حوالي 47% في عام 2006. وهذا الأداء ساهمت فيه جهودا كبيرة لأجل تحديث المالية العامة، ولاسيما تحديد النظام الضريبي، و إصلاح القطاع المالي، و طرق تمويل الخزينة².

الفرع الأول : آثار ضبط العجز الموازنی في تطور دور الأداة الموازنیة :

لابد في البداية من الاشارة إلى تطور العجز الموازنی، و لا سيما بعد فترة التقويم الهيكلی، لنخلص إلى الحصيلة الايجابية التي وصلت إليها الوضعية المالية و الاقتصادية بالمغرب، و التي تتمثل في تطور ضبط العجز الموازنی.

1 - نتائج فترة التقويم الهيكلی :

لقد بلغ الجموم التراكمي للقروض التي قدمها صندوق النقد الدولي للمغرب خلال الفترة الممتدة من 1974 إلى 1999 ما مجموعه 1,6 مليار دولار أي حوالي 15% من تمويلات الصندوق و البالغة 11 مليار دولار، مما جعل المغرب يحتل المرتبة الأولى من حيث حجم الاستفادة من تمويلات القروض، علما بأن الصندوق قدم للمغرب

¹ Loi de finances 2011, "revue AL MALIYA", Op-cit p 8.

² Revue AL MALIYA, n°49 janvier-avril 2011, p 51.

خلال الفترة نفسها معونات فنية يبلغ 4.6 ملايين دولار أي حوالي 2% من مجموع المعونات الفنية المقدمة من الصندوق و البالغة 223 مليون دولار.

إن التحول نحو شمولية الدين الخارجي هو نتاج الندرة التي بدأت تعرفها التدفقات المالية باتجاه الدول النامية المدينة، والتي من ضمنها المغرب، بما فيها الاستثمارات الخارجية، والمساعدات الدولية، والقروض الخارجية، أي أمام ندرة هذه الأخيرة التجأت الدول المدينة إلى تعبئة الأدخار المحلي عبر منحه تشجيعات كمعدلات فائدة مرتفعة، إعفاءات ضريبية، لكن إذا كانت تعبئة الأدخار المحلي مسألة إيجابية والأداءات برسم خدمة الدين تتم بالعملة الوطنية، وتشكل انتقالاً للموارد داخل نفس البلد، فالمسألة بدأت تطرح مشاكل على مستوى ثقل تحملاتها، واحتمال تسببها في أزمات تضخمية، إضافة إلى ثقل خدمة الدين الخارجي مما سيزيد من تضرر النفقات الاستثمارية والاجتماعية، أي اعتماد تقشف مضاعف خدمة للدين الخارجي ثم الداخلي، وبعبارة أخرى فإن هذه التطورات تنذر بزيادة في الإنفاق العمومي، وبما أن أغلب هذه الدول النامية خاضعة لبرامج التقويم الهيكلي، وبحكم كونها ملزمة بالحفاظ على التوازنات المالية الكبرى وتضائل هامش تحركها، فالثقل سوف يتم إلحاقه كما هو الشأن بالنسبة لخدمة الدين الخارجي بالنفقات الاستثمارية والاجتماعية، عبر التقليص منها.

فالشكل الذي يبرز هو كيفية هيكلة هذه الديون، وكيفية أدوات الأقساط والفوائد تتم في الغالب بعملياتها الوطنية، كما أن ظاهرة العجز المالي لازالت تطغى على المالية العامة بال المغرب، فأصبح الحديث عن عجز دائم وبنوي إضافة إلى اشتداد وطأة التكاليف المالية للدين العمومي².

2 - فترة ما بعد التقويم الهيكلي :

إن هذه النتائج التي أصبحت تشكل الميزات الرئيسية للسياسة المالية العامة بال المغرب، تعكس - بشكل مباشر أو غير مباشر - طبيعة التوجهات التي تم تبنيها منذ سنة 1983، و كل التحولات التي تم السعي لتحقيقها، علماً بأن كل ذلك تم بمبررات علة أهمها³:

- ✓ إعادة التوازنات المالية، وما يتربّع عن ذلك من تقليص معدلات العجز المالي.
- ✓ توفير الشروط الضرورية للنمو الاقتصادي.

غير أن حصيلة تجربة دامت أكثر من 16 سنة تظهر للجميع بأن السياسات المتبناة تحت إشراف و مراقبة المؤسسات المالية الدولية و في مقدمتها صندوق النقد الدولي و البنك العالمي عجزت عن تحقيق تحولات حاسمة، إذ لا تزال حدة الاختلالات المالية في مستويات شبيهة بتلك التي تم تسجيلها في أواخر السبعينيات و بداية الثمانينيات.

¹ بوشعيب الزيات، مرجع سابق، ص 165.

² بوشعيب الزيات، مرجع سابق، ص 237.

³ نفس المرجع أعلاه، ص 237.

الفرع الثاني : الأداة الميزانية بين البعد الاقتصادي و الاجتماعي :

يكن التطرق للبعد الاقتصادي و الاجتماعي من خلال طغيان التمويلات الاستثنائية لضمان التوازنات الاقتصادية، و بجعل الأداة الميزانية وسيلة لتجاوز الاختلالات الاجتماعية.

1- طغيان التمويلات الاستثنائية لضمان التوازنات الاقتصادية :

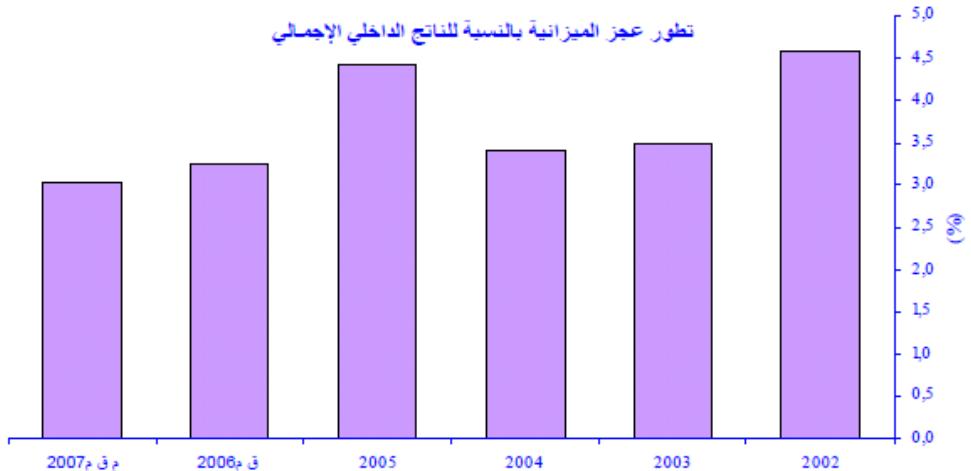
لقد حاولت حكومة التناوب الاستمرار في خفض الدين الخارجي على حساب الدين الداخلي، و كذا محاولة اللجوء إلى تمويلات استثنائية غير هيكلية و لا سيما المتمثلة في عائدات الخوخصة التي كان لها الفضل في إعطاء نوع من التوازن المالي، حيث ساهمت بما قدره 1,3% من الناتج الداخلي الخام بين الفترة 2001 و 2008 بالرغم من أن اللجوء لهذه الموارد في الوضع المغربي تثير مجموعة من الانتقادات¹.

بالرغم من تراجع الاعتماد على مداخيل الخوخصة، فقد كرست وزارة المالية التوجه نحو إصلاح النظام الجبائي للحفاظ على مكتسبات التوازن المالي في ظل انخفاض المداخيل الجمركية. إذ تعبئة التمويلات الداخلية و الخارجية لتمويل الميزانية يجب أن توافق الاستراتيجيات القطاعية و الأوراش الكبرى، و كذا ترسیخ مسلسل إصلاح منظومة برجمة و تنفيذ الميزانية العامة للدولة، و ذلك فضلا عن مواصلة مجهودات الدولة في تعبئة العقار العمومي و وضعه رهن إشارة الاستثمار و متابعة المجهودات الرامية إلى عصرنة القطاع المالي الوطني².

هذا و ينخرط عجز الميزانية لسنة 2007 الناتج عن التطورات المرتبطة للموارد والنفقات في إطار التقليص من المديونية، و التزام دعم الدولة للنمو الاقتصادي و التنمية الاجتماعية. و أخذنا بعين الاعتبار للتطور المتظر للظرفية الوطنية والدولية، ولنتائجها على كل من موارد ونفقات الدولة، سيبلغ عجز الميزانية 16,1 مليار درهم، أي ما يعادل 3% من الناتج الداخلي الخام ، وينخذ هذا الرصيد بعين الاعتبار مداخيل الخوخصة التي يتوقع أن تصل إلى 4,5 مليار درهم والرصيد الموجب المتوقع للحسابات الخاصة للخزينة والتي يرجح أن يستقر في ملياري درهم.

¹ Revue AL MALIYA, op-cit, p 51.

² تقرير لجنة المالية و التنمية الاقتصادية حول مشروع ميزانية وزارة الاقتصاد و المالية برسم سنة 2010.



مصدر المعطيات : وزارة المالية و الخووصصة

2- الأداة الميزانية وسيلة لتجاوز الاختلالات الاجتماعية :

وهي الدائرة التي من شأنها الضغط أكثر على هامش المبادرة في ميدان المالية العامة، والتضييق ببنود أخرى من الميزانية والرفع أكثر من الاقتطاعات الضريبية، إن أريد التخفيف من حدة العجز، وكل ذلك من أجل ضمان خدمة الدين الخارجي، علما بأن المغرب يعيش ومنذ بداية سياسة التكيف وضعيا يتميز بهشاشة النسيج الإنتاجي، وبعدم استقرار التوازنات الماكرو-اقتصادية الداخلية منها والخارجية وبحجمة الاختلالات الاجتماعية التي تهدد الانسجام الاجتماعي بلادنا¹.

إذن صار من الضروري الاعتناء بالجانب الاجتماعي الذي أصبح يستحوذ على جزء هام من الميزانية سواء تعلق الأمر بالأنشطة المرتبطة بالقطاعات الاجتماعية، خاصة التعليم و الصحة... أو الحفاظ على المؤشرات المتعلقة بالقدرة الشرائية ولاسيما في البعد المرتبط بالمواد الاستهلاكية الأساسية. ولقد تطلب الأمر ضخ أكثر من 72 مليار في الفترة ما بين 2008 و 2010 بهدف ضبط نسبة التضخم في حدود 2%²، وبشكل عام يمكن القول أن الميزانية كأداة من الضروري أن تسعى إلى تحقيق التوازنات الاقتصادية الكبرى دون إغفال الاهتمامات الاجتماعية التي تفرض نفسها في برجمة و تنفيذ الميزانية.

المطلب الثاني : تحليل التوظيف الحالي للأداة الميزانية في السياسة الاقتصادية :

إن إعادة بناء التوازنات الداخلية و الخارجية المالية للدولة يشكل إحدى الآليات المهمة المعتمدة في السياسات الاقتصادية، من جهة لضبط نفقات الدولة و ترشيد استخدامها و إصلاح النظام الجبائي على ضوء ما فاته من مداخيل للتصدير الناتجة عن اتفاقيات التبادل الحر مع الاتحاد الأوروبي و دول أخرى، لبناء التوازنات الاقتصادية المرتبطة بالقطاعات الإنتاجية من جهة ثانية .

¹ بوشعيب الزيارات، مرجع سابق، ص 254.

² Loi de finances 2011, Revue AL MALIYA, numéro spécial n° 9 juin 2011, P 12.

و هو ما يطرح واقع التحكم في الآلية الموازنية من أجل مسيرة التوجهات الاقتصادية الكبرى خاصة بعد رجوع المغرب إلى سوق الاقتراض الدولي بعد 2003 بشكل أكثر عقلانية، مما يدعو إلى التساؤل حول وظيفة الأداة الموازنية في النموذج المغربي و اشكالياته؟

الفرع الأول : مركبات الآليات الموازنية في السياسة الاقتصادية :

إن مجال تدخل السياسة المالية يتقاطع مع السياسة النقدية و المتعلقة بإمكانية تعطية العجز المالي العمومي عن طريق الإصدار النقدي بهدف تمويل الحاجيات الاقتصادية، و هذا لن يكون متاحا إلا في ظل التوازن بين متطلبات النمو الاقتصادي و أخطار التضخم¹، لكن صرامة البنك المركزي في النموذج المغربي تتيح لنا إمكانية التركيز في دراستنا هذه على المركبات الموازنية المؤثرة في السياسة الاقتصادية و التي يمكن حصرها فيما يلي:

1- ضبط و ترشيد النفقات العمومية: بحيث أن أهمية ترشيد هذه النفقات أصبح يطرح بحدة نتيجة تزايد الأعباء العامة مقابل شح مداخيل الدولة، ويمكن تسجيل أن المغرب على الرغم من اعتباره من الدول النامية، فهو يحاول التحكم في مستوى العجز ليجعله قريبا من المعدل (يقارب 3%) الذي يضمن له نمو اقتصادي قادر على استيعاب التوجهات الاقتصادية .

2- إصلاح الجبايات : بما أن تحديث النظام الجبائي و تبسيطه يعتبر من بين الأولويات التي أخذها المغرب على عاتقه ليس فقط في صلب اهتمام السلطات العمومية فقط، بل أيضا من لدن الفاعلين الاقتصاديين أيضا، حيث تبرز السياسة الجبائية كأحد الأسس المحددة للسياسات الاقتصادية عامة، و التي لها بالغ الأثر على التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في المغرب².

3- اعتماد الموارد الاستثنائية في تمويل السياسات الاقتصادية: حيث إن تعاظم دور الدول النامية، وتنوع متطلباتها، جعلها تأخذ على عاتقها تحملات إضافية ألتقت بثقلها على المالية العمومية للدولة، وأصبح من العسير تمويلها بواسطة الموارد العادية للميزانية، مما تطلب اللجوء إلى مصادر تمويلية أخرى تتمثل أساسا في القروض العامة الداخلية والخارجية.

فالدولة تفترض عندما لا تستطيع مداخيلها العادية تغطية نفقاتها، ويصبح هذا الاقتراض ذو أهمية قصوى كلما تزايدت حاجياتها³، وتقوم السلطات المالية بالمغرب كسائر الدول بالاعتماد على القروض الاستثنائية عند عدم كفاية التمويل العادي، بمعنى أنه إذا فاقت الواردات الصادرات خلال فترة معينة يكون من اللازم لأجل تصحيح هذا الالتواءن اللجوء إلى هذه القروض، وذلك من أجل تعطية العجز الحاصل، ويكون هذا التمويل من القروض العامة ومن الوسائل النقدية، وتعتبر في الوقت الحاضر القروض العامة من المصادر الإيرادية المهمة التي تساهم في

¹ Lamyae EL HOUSSAYNI, "analyse de l'utilisation des agrégats monétaires comme objectifs intermédiaires de la politique monétaire au Maroc", DESA en Economie, Université Mohammed 5 – souissi, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales - Rabat, 2005. P 4.

² Mohammed HDID, "Réflexions sur la réforme fiscale", in Revue Française Des Finances Publiques au Maroc, n° 102, juin 2008, p 31.

³ بوشعيب زيات، مرجع سابق، ص 149.

إشباع الحاجيات المختلفة للدولة، إلى درجة أنها أصبحت تشكل عنصرا حاسما في السياسة الاقتصادية لتمويل ميزانية الدولة.

غير أن هذا الاقتران يشكل عبئا ثقيلا على السياسة الاقتصادية، كما يجعل الدولة تعجز عن التسديد الذي يكون بالعملة الصعبة، وأيضا بالصعوبات التي تطرحها جدولتها أقساطها المستحقة¹، وفي هذا الإطار تظل بعض العناصر حاضرة بشكل بارز فيما يخص التوازن المالي والمتوازن كالتالي:

- ✓ تأثير النفقات المتزايدة على مجهودات تشجيع الاستثمار المنتج؛
- ✓ استمرار إعفاء القطاع الفلاحي بين ارهاصات الانتاج الفلاحي والتقلبات المناخية؛
- ✓ استمرار تقلب أسواق المواد الأساسية في الأسواق العالمية والتي تؤثر على ميزانية الدولة (الضغط على صندوق المقاصلة)....؟

والتي تضاف إلى استمرار الأزمات المالية والاقتصادية العالمية.

الفرع الثاني : محدوديات توظيف الأداة الميزانية في السياسة الاقتصادية :

إن الإشكاليات التي تعرفها السياسة الاقتصادية والتي تواجهها ميزانية الدولة جد معقدة، و يمكن هنا الاشارة إلى ارتباط العجز المالي بالقدرة الإنتاجية العامة للدولة، و يمكن أن ندرج أهمها في القضايا التالية

1- الحدود ذات الطبيعة الاستثمارية :

يعتبر القطاع العام عنصرا أساسيا في تطوير الاستثمارات وتحريك الإنتاج والتشغيل، إذ يعد صندوق الحسن الثاني للتنمية الاقتصادية والاجتماعية كرافعة مهمة للاستثمار المنتج، خاصة في القطاعات المرتبطة بالبنيات التحتية والصناعة والسياحة. غير أن هذا الدور من الممكن أن يكون أكثر أهمية في نسق إنجازاته، حيث أنه لم يستطع أن يستعمل لحد الآن حوالي ثلث الموارد التي يتتوفر عليها.².

إن تقوية الاستثمار يتوقف على جاذبية المغرب في ما يرجع لاستقبال الاستثمارات الأجنبية، خاصة وأن هناك قطاعات متعددة في البلدان الصناعية المتقدمة بدأت تحول مراكز إنتاجها إلى بلدان تتتوفر فيها شروط اليد العاملة الرخيصة والتجهيزات الأساسية الضرورية.

وفي هذا الصدد فقد ورد في التقرير السنوي الذي تصدره مؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي، أن المغرب احتل الرتبة 102 فيما يخص جذب الاستثمارات الدولية، وهو تقرير يتناول تنافسية دول العالم في جذب الاستثمارات، وينطلق من تقييم واسع لمناخ الأعمال في 155 دولة، وترجع الرتبة المتأخرة للمغرب في هذا المجال إلى ضعف تنافسية الاقتصاد المغربي، وكذلك عدم الفعالية الكافية للجهود التي تبذلها الحكومة في تحسين المناخ الاقتصادي بصفة عامة والاستثمار بصفة خاصة.

¹ لوشاغا جاعا، إصلاح الميزانية ورهانحكامة المالية، دبلوم لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس السويسى، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2007-2008، ص 73 و ما بعدها.

² عبد الحميد عواد، قانون المالية 2006 و مستلزمات إصلاح الإطار المحاسبي والميزانياتي، المجلة المغربية للتدقيق و التنمية، عدد 21، دجنبر 2005، ص 32.

2- حدود تأهيل الاقتصاد الوطني :

وهو مرتبط في المغرب بدرجة تأهيل الاقتصاد و إشكالية المنافسة، حيث أن التنافسية هي مفتاح الاندماج في الاقتصاد الدولي، وتطورها - التنافسية - يبرز بدون شك قدرة الاقتصاد الوطني على مواجهة المنافسة سواء في السوق المحلية أو في الأسواق الخارجية، حيث تراجعت رتبة المغرب في تراتبية الاقتصاديات العالمية في مجال التنافسية، وذلك لغياب رؤية واضحة للمستثمر الأجنبي عن السياسة الاقتصادية المتبعة، و عدم تأهيل اليد العاملة و تقادم الآليات الإنتاجية¹.

وهو ما يطرح تأهيل الجهاز الإنتاجي وقوية الادخار العمومي ليواجه تحديات تطور الاقتصاد الوطني من أجل تأهيل القطاعات الإنتاجية²، غير أن نتائج المجهود المبذول تظل متواضعة بالنسبة لضخامة الهدف الذي يحتاج إلى توسيع كاف، وإلى آليات تسمح بالوصول إلى الهدف المنشود، ومن المعلوم أن الاعتمادات اللازمة لتأمين تأهيل القطاعات الإنتاجية يمكن أن تقدر بعدهة ملايين الدولارات، وما استعمل لحد الآن من الأموال القليلة المرصودة فعلا لا ينبع بوجود إرادة سياسية قوية لمعالجة هذا المشكل .

والواقع أن تحريك الناتج الداخلي الخام يحتاج إلى خلق ديناميكية بنوية ترتكز على قطاعات واعدة ومساعدة على تكثيف العلاقات الاقتصادية القطاعية، غير أن نسق هذا التحول ظل متواضعا بسبب غياب سياسة صناعية قادرة على تسريع معدلات النمو.

3- إشكالية الانفتاح والإجراءات المصاحبة لاتفاقيات الشراكة :

إن الانفتاح الاقتصادي على الجموعات الاقتصادية الأخرى، دفعت إلى عقد اتفاقيات الشراكة التي من شأنها أن تقيم إطارا للتبادل يفتح آفاقا مهمة لتطوير التبادل وتكتيف العلاقات الاقتصادية والمالية والبشرية معها، كما أنها ترتكز على تحرير الحزام الجمركي و التبادل، وهو أمر له تكاليف اقتصادية بفعل التحولات البنوية التي تمس بعض القطاعات بسبب هذا الانفتاح.

ومن أجل مواكبة هذه الاتفاقيات³ يقتضي الأمر اتخاذ عدد من الإجراءات، منها ما هو أفقى يهم الاقتصاد بصفة عامة، ومنها ما يتعلق بالقطاعات التي تتعرض للتغيرات يجبأخذها في الاعتبار، غير أن هذه الإجراءات بصفة عامة غير كافية، ولا تخضع لتصور شولي محدد من شأنه أن يواجه الواقع المنتظر بعد تفعيل الاتفاقيات المبرمة في أجهاها المحدد.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى المفارقات التي يكون محلها الأداة الجبائية، بين اعتبارها موردا لاستيفاء التمويل اللازم وسد الحاجيات التمويلية للاقتصاد، وبالتالي الخد من الاختناق الذي تعرفه المالية المغربية، مقابل مساهمتها في إنعاش الاستثمار و تحفيز الرأس المال الوطني والأجنبي إلى اقتحام تجارب انتاجية مفيدة.⁴

¹ عبد الحميد عواد، مرجع سابق، ص 35.

² Anass BEN SALEH ZEMRANI, op-cit, P 241.

³ التي تم تأجيل دخولها حيز التنفيذ في انتظار تأهيل الاقتصاد الوطني.

⁴ خليل الفاهي، الضريبة والاستثمار: نحو صياغة علاقة جديدة للمتغيرين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 60، 2005، صفحة 67.

خاتمة :

انتقلت آثار الأزمة المالية إلى الأسواق العالمية عبر قنوات مختلفة و متعددة و مرتبطة أساسا بدرجة اندماج الدول في الاقتصاد العالمي و بنياتها الاقتصادية، وكذا بدى صلابة نظامها المالي¹.

وهكذا فانتقال آثار الأزمة إلى الاقتصاد الوطني تم بطريقة غير مباشرة، حيث أبان النظام المالي المغربي عن قدرة كبيرة على مواجهة انعكاسات الأزمة، فيما لم يتأثر الاقتصاد الوطني إلا بعد مرور سنة كاملة على ظهورها أي أواخر سنة 2008. و هذا ما يبرز النتائج الملموسة التي عرفها المغرب على المستوى المالي والاقتصادي، غير أن هذا المسار لازال يحتاج إلى جدية أكبر من طرف الهيئات المتدخلة، ولاسيما تفعيل ما جاء به دستور 2011، حيث أن مجلل ما جاء به يصب في اتجاه اعطاء صلاحة أكثر للشق المالي خاصته توافق تدخل السلطات التشريعية و التنفيذية، و ذلك لخلق انسجام الآليات التقنية للسياسة المالية والنقدية من أجل الوصول إلى حكامة مالية واقتصادية جيدة، و يمكن تلخيص ما يجب أن يواكب هذه التغيرات فيما يلي تحديث إطار تدخل الأداة الميزانية والمتمثلة في الإصلاحات التالية :

- ✓ المنظور الجديد للميزانية من خلال جعل المالية العامة في خدمة التنمية الاقتصادية وعبرها التنمية الاجتماعية، وبتعبير أدق يتوجب العمل على إخضاع السياسة المالية لمتطلبات التنمية الاقتصادية المستدامة.
- ✓ إصلاح النظام الحاسبي للدولة² من أجل توضيح محتوى وهياكل الحسابات العمومية لتكون في مستوى الشفافية والنزاهة المطلوبة في تدبير الأموال العمومية.
- ✓ مراجعة بنية ميزانية الدولة، بحيث أن النمط الجديد للتدبير المالي يفترض مراجعة جذرية لتركيبة الميزانية العامة للدولة بشكل مبسط وأكثر فعالية، من أجل تقوية مكانة نفقات الاستثمار ومراجعة مكوناتها وتوزيعها القطاعي والجغرافي .

وبشكل عام حسن توظيف الأداة الميزانية يعتمد على تأهيل البنية الاقتصادية وخلق إطار مناسب لاستيعاب السياسة الاقتصادية المتمثل في برجمة مالية متعددة السنوات تعتمد على تخطيط محكم، يراعي التوازن المالي والاقتصادي للتأثير بشكل أفضل على مسار التنمية الاقتصادية وفق منظور شولي ومندمج، ولاسيما فيما يخص القطاعات الوعادة التي أصبح المغرب منفتحا عليها.

إذن فمستوى دينامية الأداة الميزانية مرتبط بدرجة تأهيل الاقتصاد وهو ما يثير أساس السياسة الميزانية في هذه الدول وحدودها من جهة، و مدى قابلية السياسات المالية و الاقتصادية، وكذا النقدية بشكل عام على الانسجام والتوجيه باستعمال السياسة الميزانية للدولة.

1 مجلة المالية لوزارة الاقتصاد والمالية، العدد - 13 يونيو 2010 ، ص 7.

2 عبد القادر برادة، تقويم السياسة المالية والاقتصادية في المغرب، المجلة المغربية للتحقيق والتنمية، عدد 15، 2002، ص 10.

لائحة المراجع :

لائحة المراجع باللغة العربية :

الكتب:

- ✓ حامد عبد الجيد دراز، دراسة في السياسة المالية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون سنة.
- ✓ جورج نايهاوز، تاريخ النظرية الاقتصادية، ترجمة صقر أحمد صقر، المكتبة الأكاديمية، الطبعة الأولى، القاهرة 1997.
- ✓ عبد الجيد القاضي، اقتصاديات المالية العامة و النظم المالي في الإسلام، مطبعة الرشاد، الإسكندرية، بدون سنة.
- ✓ عبد النبي اضريف، المالية العامة، أسس و قواعد تدبير الميزانية العامة و مراقبتها (آخر التعديلات التي عرفتها المنظومة المالية بالمملكة)، مطبعة درا القرويين، الدار البيضاء، الطبعة الثانية يناير 2007.
- ✓ عبد الفتاح بخلال، علم المالية و التشريع المالي المغربي، مطبعة فضالة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005.
- ✓ محمد جمال مطلق الدنیات، النظام القانوني لعقد القرض العام (دراسة مقارنة)، بدون مطبعة و طبعة، 2003.
- ✓ قحطان السيوسي، السياسة المالية في سوريا "أدواتها و دورها الاقتصادي"، منشورات وزارة الثقافة، الهيئة العامة السورية للكتاب، 2008.
- ✓ عادل عامر، دور الدولة في تحقيق التوازن الاقتصادي في ظل الاقتصاد الحر، بدون مطبعة وسنة.
- ✓ حامد عبد الجيد دراز، دراسة في السياسة المالية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون سنة.
- ✓ طاهر الجنابي، علم المالية العامة و التشريع الضريبي، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، بدون سنة.
- ✓ محمد حنين، تدبير المالية العمومية: الرهانات و الاكرارات، بدون مطبعة، الطبعة الأولى 2005.
- ✓ أنس بن صالح الزمراني، المالية العامة و السياسة المالية، مطبعة نشر البديع مراكش، الطبعة الأولى 2002.

المجلات :

- ✓ عبد الحميد عواد، قانون المالية 2006 و مستلزمات إصلاح الإطار المحاسباتي و الميزانياتي، الجلة المغربية للتدقيق و التنمية، عدد 21، ديسمبر 2005.
- ✓ خليل الفاهي، الضريبة و الاستثمار: نحو صياغة علاقة جديدة للمتغيرين، الجلة المغربية للادارة المحلية و التنمية عدد 60، 2005.

- ✓ عبد القادر براة، تقويم السياسة المالية والاقتصادية في المغرب، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، عدد 15، 2002.

✓ مجلة المالية، عدد 13، يونيو 2010.

الرسائل والأطروحات:

- ✓ بوشعيب زييات ، النظام العالمي و انعكاساته على المالية العامة بالغرب، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق شعبة العلوم السياسية- جامعة الحسن الثاني ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء، سنة 2001-2002.

- ✓ مسعود دراويسي، السياسة المالية و دورها في تحقيق التوازن الاقتصادي: حالة الجزائر، 1990-2004، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، السنة الجامعية 2005-2006.

- ✓ لوشاعا جاع، إصلاح الميزانية و رهان الحكامة المالية، دبلوم لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس السويسى، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2007-2008.

النصوص القانونية :

- ✓ ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، ج.ر عدد 3600، 30 يوليو 2011، ص 5964.

- ✓ ظهير شريف رقم 138-1-98 صادر في 7 شعبان 1419 (26 نوفمبر 1998) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 98-7 لقانون المالية، كما وقع تغييره وتميمه بالقانون التنظيمي رقم 14.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.195 بتاريخ 14 من محرم 1421 (19 أبريل 2000).

لائحة المراجع باللغة الفرنسية :

LES OUVRAGES:

- ✓ Maurice DURROUSSET, « la mondialisation de l'Economie », 2^{ème} édition ELLIPSES, 2005.
- ✓ Anas BENSALAH ZEMRANI, "les finances de l'Etat au Maroc" (tome I: politique financière et droit budgétaire), 2^{ème} édition, L'HARMATAN, 2005.
- ✓ René revol, « dictionnaire des sciences économiques et sociales », édition HACHETTE, 2002.

LES ARTICLES ET LES REVUES:

- ✓ F. Portier, « le budget: instrument de la politique économique; Controverses sur l'efficacité des politiques budgétaires », in *Les Cahiers Français*, n°261, La documentation française, 1993 (disponible aussi sur le site de la documentation française).
- ✓ La politique budgétaire, voir site <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/approfondissements/politique-budgetaire.html> (**le 28 04 2008**) vu : le 13/12/2011.
- ✓ Loi de finances 2011, « Revue AL MALIYA », numéro special n° 9, juin 2011.
- ✓ Mohammed HDID, "Réflexions sur la réforme fiscale", in Revue Française Des Finances Publiques au Maroc, n° 102 juin, 2008.

THESES ET MEMOIRES:

- ✓ Lamyae EL HOUSSAYNI, 'analyse de l'utilisation des agrégats monétaires comme objectifs intermédiaires de la politique monétaire au Maroc', DESA en Economie, Université Mohammed 5 Souissi, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales - Rabat, 2005.

AUTRES (journaux et journées d'études):

- ✓ Clarisse Jay, La politique de réduction des dépenses publiques atteint ses limites, voir le site : <http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20110928trib000652378/la-politique-de-reduction-des-depenses-publiques-atteint-ses-limites.html>, vu le 28/09/2011.
- ✓ Dr. Brahim MANSOURI Projet de communication aux journées scientifique du Réseau (Marrakech, Maroc, mars 2003) Réseau Thématique "Analyse Economique et Développement" Déséquilibres Financiers Publics, Investissement Privé et Croissance Economique au Maroc.

الآليات الحديثة لتدبير الموارد البشرية بالوظيفة العمومية في المغرب



صلاح الدين كرزاوي طالب باحث ماستر التدبير الإداري المحلي

كلية الحقوق - سلا - جامعة محمد الخامس السوسي

الموارد البشرية هي ذلك الجزء من السكان الذي يتيح ليس فقط لاستهلاكه و تأمين حاجاته، وإنما ينتج للاستهلاك وإعالة أنفسهم و كذا الفئات الأخرى من السكان غير المنتجين خارج سن العمل من أطفال و شباب قبل سن العمل والشيوخ و كبار السن الذين تجاوزت أعمارهم سن المعاش وأصبحوا غير منتجين.

لذلك تضم الموارد البشرية كل الأفراد العاملين في المنظمة من مختلف الأصناف و الجنسيات و مهما اختلفت و تنوّعت مستويات و مهاراتهم و أنواع الأعمال التي يقومون بها¹. وأكيد أن أي برنامج لتحديث المرافق العامة يجب أن ينطلق من العنصر البشري، باعتبار هذا الأخير جوهر العملية المرفقية ومحركها الفعلي وبالتالي فإن الإهتمام بتأهيله و تشميشه و الإهتمام بمتطلباته المادية و المعنوية، يوفر فرصا حقيقة لتحسين أداء المرافق العامة و فعاليتها و مردوديتها، فمن أهم جوانب الحكامة الجيدة ما يخص التدبير الجيد لموارد مكونة و مؤطرة و محفزة بشكل جيد.² وفي المغرب فقد جعلت الحكومة من إصلاح الإدارة العمومية و تطويرها و تأهيل الموارد البشرية إحدى الأولويات الأساسية في برنامج العمل الحكومي، وفي هذا السياق توجه الإهتمام إلى إصلاح نظام الحكامة الإدارية من خلال تحسين النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، و تكريس مجموعة من الآليات الحديثة التي من شأنها أن تساهم في تطوير و تأهيل الأساليب المعتملة في تدبير الموارد البشرية في مجال الوظيفة العمومية، و بالرجوع إلى حصيلة منجزات وزارة تحديث القطاعات العامة (وزارة الوظيفة العمومية و تحديث الإدارة حاليا) برسم سنتي 2010-2011 نجد أنها عملت على اعتماد عدة مقتضيات قانونية و تنظيمية من أجل تدبير محكم و جيد للموارد البشرية، وعلى هذا الأساس سنعمل على تحليل الآليات التي تهدف بشكل عام إلى تشمين الموارد البشرية (أولا)، لتنتقل بعد ذلك إلى دراسة أحد البرامج "إعادة الإنتشار" التي حاولت من خلالها الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالوظيفة العمومية و تحديث الإدارة، التأسيس لنوع من التوازن في توزيع الموظفين ما بين الإدارات

1 - عبد الله العبدلي، "تأهيل الموارد البشرية في الإدارة العمومية، دولة الإمارات نموذجا" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكدال، 2002-2003، ص، 22

2 - إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، ص، 291

العمومية و الجماعات الترابية أو ما بين الإدارات المركزية ل مختلف القطاعات الوزارية و مصالحها غير المركزة (ثانيا).

أولا : تشخيص الموارد البشرية.

بالنظر لأهمية الموارد البشرية، باعتبارها رافعة أساسية للنهوض بالإدارة العمومية و لإنجاح برامج تحسينها، فقد إنصب الإهتمام في المغرب من طرف الجهات المختصة على تطوير المنظومة القانونية لموظفي الإدارة العمومية وذلك من أجل تحسين وضعية الموظفين، و الرقي بجودة الخدمات المقدمة للمرتفقين و تكثيف منظومة تدبير الموارد البشرية مع المهام التي تضطلع بها الإدارية بهدف الإنقال من تدبير تقليدي للموارد البشرية إلى تدبير عصري يراعي الكفاءة و يشمن الإستحقاق و المردودية، ومن أجل الوصول إلى هذه الغاية عملت الجهات المختصة في المغرب على تكرис مجموعة من الميكانيزمات و الآليات الحديثة من أجل تدبير أفضل للموارد البشرية و يمكن تلخيصها في النقطة التالية:

1 - إعداد الدليل المرجعي للوظائف و الكفاءات.

يعتبر الدليل المرجعي للوظائف و الكفاءات من الوسائل الأساسية التي تسهم بشكل فعال في تدبير الموارد البشرية، و يمثل هذا الأخير الوثيقة المعاييرية التي تقوم كل إدارة بإنجازها بواسطة فريق عمل مختص بهذه الغاية، من خلال تحليل و تشخيص لما تتضمنه كل وظيفة و تحديد الشروط التي يجب توفرها في الشخص المرشح لشغلها.

ويتم إعداد الدلائل المرجعية للوظائف و الكفاءات على مستوىين، المستوى الأول مشترك بين القطاعات الوزارية حيث يتم إحداث لجنة مختصة و مشتركة تترأسها وزارة الوظيفة العمومية و تحدث الإدارية و تتكلف هذه اللجنة بتنسيق أعمال مختلف القطاعات الوزارية و المصادقة على الأشغال التي تم إنجازها، أما المستوى الثاني فيتم إعدادها بشكل قطاعي من خلال تعين فريق عمل مختص لأعداد الدليل المرجعي من أجل التأسيس لتدبير منهجي و توعي للموارد البشرية¹.

2- تعميم الدليل المنهجي للتداريب التوقيعية للوظائف و الكفاءات.

الدليل المنهجي هو عبارة عن مجموعة من المعرف و المناهج و التقنيات التي تمكن الجهات المسؤولة عن تدبير الموارد البشرية على مستوى القطاع العمومي من الأساليب الضرورية لإعداد الدلائل المرجعية للوظائف و الكفاءات، وقد عملت وزارة تحديث القطاعات العامة على إنجاز الدليل المنهجي للتداريب التوقيعية للكفاءات البشرية بمساعدة جهات أجنبية تمثلت في مجموعة من الخبراء الدوليين إلى جانب أعضاء لجنة الإشراف المشتركة بين الوزارات التي تعمل على إعداد الدلائل المرجعية. وقد عملت الوزارة على تعميم هذا الدليل على مختلف الإدارات العمومية، من أجل التأسيس لمرجعية واحدة في هذا المجال، ونظمت تحت تأثير مجموعة من الخبراء الدوليين و بتمويل من البنك الدولي و الإتحاد الأوروبي عدة لقاءات و مدارسات لتمكين المسؤولين عن تدبير الموارد البشرية من تقنيات التدريب التوقيع المعتمدة دوليا في هذا المجال.²

¹ - ministere de la modernisation des secteurs public ; réalisation d'une nomenclature commune de classification des emplois ; rapport de la phase 1 ; p 13

² - حصيلة منجزات وزارة تحديث القطاعات العامة 2010-2011، ص 17

3- المرجع المشترك لتدبير الموارد البشرية.

تهدف وزارة تحديث القطاعات العامة (وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة حاليا) من إنجاز المرجع المشترك لتدبير الموارد البشرية، تحقيق مجموعة من الأهداف التي تتمثل أساسا في التأسيس لمجموعة من الآليات التي من شأنها توحيد المفاهيم وقواعد التدبير وتحسين جودة المعطيات، بالإضافة إلى الإستجابة لطلبات الجهات المشرفة على تدبير الرأسمال البشري وذلك بوضع مرجع لتدبير الموارد البشرية على الموقع الإلكتروني الخاص بالوزارة منذ فاتح فبراير 2010 و يتضمن هذا المرجع مجموعة من الدلائل.

دليل خاص بالمفاهيم، وهو عبارة عن مجموعة من البطائق التي تم تجميعها لوصف المفاهيم المتداولة في مجال تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، المكونة من التعريف والمراجع المتعلقة بالنصوص القانونية والتعاليق المحتملة لفهمها، ثم الدليل الخاص بالمساطر الإدارية في تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، بالإضافة معجم مشترك لإبراز وصف تقني للمعطيات المشتركة المستعملة في نطاق تدبير الموارد البشرية.¹

ويكين القول أن الهدف من وضع المرجع المشترك بين الإدارات العمومية في مجال تدبير البشرية هو من أجل تأمين تقسيم فعل للوظائف من شأنه أن يتدارك الأخطار المحتملة.²

ثانيا : برنامج "إعادة الإنتشار" كآلية لتدبير الموارد البشرية.

على إثر الوضعية التي تعيشها الإدارة المغربية و المتجلسة في سوء توزيع الموارد البشرية و غياب تدبير معقلن لهن هذه الموارد كل هذه العوامل دفعت بالجهات المختصة إلى تهيئة برنامجا أطلق عليه " إعادة الإنتشار" ، و كان الهدف من وراء هذا البرنامج هو تبسيط و تيسير مختلف المقتضيات التنظيمية المرتبطة بنقل الموظفين و إعادة تعيينهم و إلحاقهم مع الأخذ بعين الاعتبار بعد الترابي و البعد المشترك بين القطاعات. إذن حري بنا أن نتساءل عن الإطار القانوني المنظم لهذا البرنامج، ثم أين تجسدت تطبيقاته؟ وكيف يمكن تقييمه؟

1- الإطار القانوني لبرنامج إعادة الإنتشار.

لم يظهر مفهوم " إعادة الإنتشار" في مصطلحات قطاع الوظيفة العمومية، إلا بعد صدور الفصلين 38 مكرر و 38 مكرر مرتين من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية³، المتعلقين بمحركية موظفي الدولة بهدف توسيع مجال إنتقال الموظفين ما بين المؤسسات العمومية و الجماعات الترابية، وذلك في إطار حركيتهم سواء من إدارة عمومية إلى جماعة ترابية أو العكس.

وقد أضافت التعديلات الجديدة التي لحقت النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية إمكانية تحويل الموظفين المنقولين تعويضا إذا كان قرار الإلتحاق سيؤدي إلى تغيير محل إقامة الموظفين، كما أشار الفصل 38 مكرر مررتين من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية أنه في حالة تحويل مصالح من إدارة عمومية إلى إدارة أخرى أو في حالة لاتركيز أو لا مركزية إحدى المصالح فإن الموظفين المترansferados ينقلون أو يلحقون بصورة تلقائية.

1- نفسه، ص 23

² - MMSP ; nomenclature commune de classification des emplois de l'administration publique ; rapport de la phase 3 ; p 3

³- الظهير الشريف رقم 1.58.008 المؤرخ في 24 فبراير 1958 المتعلق بالنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

2- وضعية الإلحاد كصورة من صور إعادة الإنتشار.

لقد تم تنظيم وضعية الإلحاد في الفصول من 47 إلى 53 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث أشار الفصل 47 إلى أنه يعتبر الموظف في وضعية الإلحاد إذا كان خارجاً عن سلكه الأصلي مع بقائه لهذا السلk ومتمنعاً بحقوقه في الترقية والتلاع، ويعتبر الإلحاد إحدى الوضعيات الأربع التي يمكن أن يكون فيها الموظف وقد تمت الإشارة في التعديل الجديد لقانون الوظيفة العمومية في الفصل 48 إلى قائمة الإدارات و الم هيئات التي يمكن إلحاد الموظفين إليها.

كما تم تحديد القواعد المتعلقة بإعادة إدماج الموظفين الملحقين، حيث أن الموظف الملحق الذي يرجع إلى إدارته الأصلية لأي سبب غير ارتکابه لفوة في مزاولة مهامه و الذي لا يمكن إعادة إدماجه في سلكه الأصلي بسبب عدم وجود منصب شاغر مطابق لدرجة الموظف في إطاره الأصلي، يستمر في تقاضي أجوره المطابقة لوضعيته النظامية خلال السنة الجارية من الإدارة التي كان ملحقاً بها حسب ما أشار إليه الفصل 51 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

3- تقييم "برنامج إعادة الإنتشار".

تميزت عملية توزيع أو إنتشار موظفي الدولة ما بين القطاعات الوزارية بعدم التطابق والتوازن بين المهام الموضوعة من أجلها و الموارد المرصودة لها، فمن خلال الإطلاع على مختلف بيانات توزيع موظفي الدولة يلاحظ عدم وجود توازن بين الإدارات المركزية والمصالح اللامركزية، بالإضافة إلى هذا المشكل ظهرت مجموعة من التحديات الأخرى و المرتبطة أساساً بتنوع الأنظمة الأساسية و الخاصة بمجال الوظيفة العمومية و كثرة الدرجات، كل هذه العوامل وغيرها ساهمت بشكل مباشر في إفشال مشروع إعادة إنتشار موظفي الدولة في مجال الوظيفة العمومية .

وفي إطار الدور الجديد للدولة و متطلبات اللامركزية و عدم التركيز الإداري و الوعي المتزايد للمرتفقين للحصول على خدمات جيدة و بالسرعة المطلوبة، تضل عملية إعادة الإنتشار دعامة أساسية لتحديث و تطوير الإدارة المغربية و عاماً محورياً في تنمية الكفاءات البشرية و تطوير مهاراتها التقنية و العمل على التأسيس لذلك في التعديلات التي ستحقق المنظومة القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومية وبمجال الموارد البشرية بشكل عام.

لائحة المراجع :

1- مراجع باللغة العربية :

- إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، الطبعة الأولى 2009.
- عبد الله العبدلي، "تأهيل الموارد البشرية في الإدارة العمومية، دولة الإمارات نموذجاً" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكدال، 2002-2003.
- حصيلة منجزات وزارة تحديث القطاعات العامة 2010-2011، نوفمبر 2011.
- الظهير الشريف رقم 1.58.008 المؤرخ في 24 فبراير 1958 المتعلق بالنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

2- مراجع باللغة الفرنسية:

- MMSP ; réalisation d'une nomenclature commune de classification des emplois ; rapport de la phase 1 .
- MMSP ; nomenclature commune de classification des emplois de l'administration publique ; rapport de la phase 3.

الندس النشاركي لاعتماد الميزانية العامة بالمغرب



لباخ طارق أستاذ زائر بكلية الحقوق بسلا

طالب باحث في السنة الثالثة من سلك الدكتوراه في القانون العام

تخصيص الأنظمة القانونية والقضائية الادارية المقارنة

مقدمة :

يمكن تعريف قانون المالية، كونه ذلك العلم الذي يدرس النفقات العامة والإيرادات العامة وتوجهها، بغرض تحقيق أغراض الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.¹ وتجسد المالية العامة اختيارات الدولة وتوجهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتهتم بدراسة العلاقات القانونية التي تنشأ عندما تقوم الدولة بالنشاط المالي، الذي يهدف إلى إشباع الحاجات العامة.²

وتحضى الميزانية بأهمية خاصة باعتبارها مرآة تعكس السياسة المالية للدولة، فالميزانية تعد من المفاهيم المركزية التي تهيمن على جموع المالية العامة، إذ أن أغلب الآليات المالية محاومة بشكل مباشر أو غير مباشر بالميزانية،³ فهence الأخيرة هيأة ترجمة رقمية للسياسة المالية للدولة.⁴

وتشكل الاعتمادات أهم عنصر داخل الميزانية، فمن خلالها يمكن أن نستشف حجم المبالغ المرصودة لغطية كل نفقة، وكذا المنحى الذي تتجه إليه إرادة الحكومة، فالاعتمادات بمثابة التأهيل القانوني للإنفاق.

وتعتبر مسألة تدبير الاعتمادات أمراً غاية في الأهمية، الهدف منه الوصول إلى الغايات والأهداف المحددة سلفاً، والحد من التجاوزات التي لطالما ارتبطت بهذا التدبير. وقد ظلت مسؤولية صرف اعتمادات الميزانية العامة بالمنطقة شأنها

²² عبد النبي أصرييف، «المالية العامة ، أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومرaciتها»، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الثالثة 2012، ص.22.

² - مصطفى جفال، تقديم كتاب الأستاذ عبد النبي اضريف، نفس المرجع السابق، ص.7.

³ عدد الفتاوى بخلال، * علم المالية العامة و التشريع المالي المغربي *، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة الأولى 2005، ص.53.

⁴- محمد حيمود،^{*}إشكالية تقييم التبيير المحلي، مقاربة نقدية على ضوء التوجهات الرقابية الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2001-2002، ص.26.

مركزيا، فالحال المغربي بعد الاستقلال تأثر بعده عوامل ساهمت في تفشي ظاهرة التكريس المركزي لدور الدولة، لأن الظروف آنذاك لم تسمح بتوزيع سلطة الدولة بين عدّة وحدات.¹

هذا المنطق تم التخلّي عنه تدريجيا، خصوصا بعد تبني المغرب للمقاربة الجديدة لتدبير الميزانية سنة 2001، والتي عملت على تحديد التدبير المالي، في فترة عرف فيها المناخ الوطني والدولي عدّة تحولات، دفعت إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار متطلبات الحكامة الجيدة،² وتوطيد المركبات الأساسية للاقتصاد، وقوية الإنفاق العمومي.³ وبالتالي الانتقال إلى منهجية حديثة تبني على منطق الوسائل والإجراءات، وتهتم بالنتائج ومؤشرات النجاعة في التسيير المالي،⁴ واعتماد أشكال جديدة من الحكامة التدبيرية تتلاءم مع الأوراش المفتوحة، والتي يبقى من أهمها إقرار تدبير فعال لسياسةقرب، ودمج البعد المحلي في صلب السياسات العمومية.⁵

ومن أهم المستجدات التي جاء بها مسلسل إصلاح الميزانية العامة بالغرب، وضع المعالم الأساسية لمقاربة تشاركية في تدبير اعتمادات ميزانية الدولة، فما هي الدعامات التي تم اعتمادها لتفعيل هذا التوجه؟

- توسيع هامش التحكم في تدبير اعتمادات ومراقبة طرق إنفاقها :

عمل المشرع المغربي على توسيع هامش التحكم في اعتمادات الميزانية العامة، من خلال منح الأمراء بالصرف والأمراء بالصرف المساعدين حرية أكبر في تحويل المبالغ المرصودة لغير أوجه الإنفاق التي حدّدت لها في الأصل، وهو ما يعرف بشمولية الاعتمادات، كما عمل المشرع أيضا على الإرساء التدريجي لنظام التدبير المدمج لنفقات الدولة، وفق الاستعمال المحكم للتقنيات الحديثة للإعلام والتواصل.

1 - تبسيط شروط تحويل الاعتمادات :

تشكل شمولية الاعتمادات المالية أداة هامة، من شأنها إعطاء دينامية لتحديث التدبير المالي العمومي من جهة، وتكييف الرقابة مع المعطى الجديد من جهة أخرى، ويقصد بها إمكانية الأمراء بالصرف استعمال الاعتمادات المرخص لهم بها، لأغراض غير تلك التي رصدت لها في الأصل، وذلك دون ترخيص مسبق.⁶

وتروم تقنية شمولية الاعتمادات تحقيق عدّة أهداف، يبقى منها إقرار المسؤوليات ومنح الأمراء بالصرف ونوابهم مرونة أكبر للتصرف في الاعتمادات المنوحة لهم، وتهيئة وثائق الميزانية بشكل متناسق وتوضيح الاستراتيجيات القطاعية،⁷ كما من شأنها أيضا تكين المصالح اللامركزية من اعتماد مقاربة أفقية لتدبير النفقات العمومية، لأنها تسمح بتفويض سلطة تدبير الاعتمادات الموسوعة رهن إشارة هذه المصالح للمؤسّل الترابي عنها، بالإضافة إلى كونها الآلية الحقيقة التي يمكن من خلالها:⁸

تحسين نجاعة الإدارية.

¹ - Driss el Bassri,* L'agent d'autorité*, imp. Royale, Rabat, 1973, p.19

² - M. Chafiki, * Les réformes, l'évaluation des politiques publiques et le rôle du ministère de l'économie et de finances*, Revue AL maliya, n° 43, août 2008, p.26

³ - Abdellatif Benani, * Les grands enjeux de la réforme budgétaire*, Revue française de finances publiques, n° 19, Juillet- septembre 2008, p.34

⁴ - زاري رشيد،* المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية بين التجربتين المغربية والفرنسية*، مقال منشور بالموقع الإلكتروني لجريدة العلم Al alam.ma

⁵ - التقرير الاقتصادي والاجتماعي المرفق بمشروع قانون المالية لسنة 2009، ص.86

⁶ - Wiam Aboulhouma, * La nomenclature budgétaire au service de développement*, mémoire de D.E.S.A., Faculté de droit Agdal- Rabat, 2005-2006, p.65

⁷ - Abdelatif Benani, *Reforme budgétaire au Maroc, vers le renforcement de la performante de la dépenses publiques*, Revue Marocaine d'audit et de développement, n° 25, 2008, p. 62

⁸ - Samir Tazi,* Introduction de la performance de la dépense publique, ministère de finances et de la privatisation, direction du budget, 2004, p. 5

تحسين برمجة وتنفيذ ومراقبة النفقات العمومية.

وتعتبر تقنية شمولية الاعتمادات من ضمن التعديلات التي تدخل في إطار إستراتيجية الإصلاحات المادفة إلى توفير المناخ القانوني والإداري الكفيل بإنعاش الاستثمار، ومساهمة الهيآت التراثية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وخلق التكامل بين مختلف الفاعلين والشركاء الاقتصاديين والاجتماعيين¹ وبالتالي توسيع مسؤولية المشرفين على المصالح اللامركزية في اتخاذ القرارات الإدارية أو المالية، حيث يصبح بإمكانهم من جهة القيام بالتعديلات الضرورية في استعمال الإمكانيات الإجمالية الموضوعة رهن إشارتهم، لملائمة برامجهم ومشاريعهم مع الأهداف الخدمة لتحقيق التنمية دون الرجوع إلى مديرية الميزانية قصد الترخيص بتحويل الاعتمادات، ومن جهة ثانية إعادة برمجة الاعتمادات المالية التي تم تفويضها لاستعمالات أخرى².

إذا كان وزير المالية يتمتع بسلطة واسعة فيما يخص تغيير الاعتمادات بالمواد والقرارات داخل كل فصل من فصول الميزانية العامة، وذلك بقرار لوزير المالية وباقتراح من الوزراء وكتاب الدولة المعنين، فالمادة 17 المكررة من المرسوم رقم 401-98-3 أكدت على أنه * لا يجوز للوزير المكلف بالمالية الإذن للأمراء بالصرف والأمراء بالصرف المساعدين، بقرار يتخذ بناء على اقتراح من الأمراء بالصرف المعنين في أن يغيروا بمقررات المخصصات المدرجة في السطور بنفس الفقرة داخل أبواب الميزانية العامة، مما يتيح للأمراء بالصرف أو الأمراء بالصرف المساعدين حرية تغيير الاعتمادات ما بين سطور فقرات الميزانية العامة، دون الرجوع إلى تأشيرة مديرية الميزانية، وهو ما يعفيهم من الرجوع إلى وزير الميزانية فيما يخص اتخاذ بعض القرارات الطارئة والتي لا تتحمل الروتين الإداري، وللتوضيح أكثر:³

¹ - عبد النبي أضريف، مرجع سابق، ص.67.

² - منشور الوزير الأول رقم 12/2001 بتاريخ 9 شوال 1422 - 23 ديسمبر 2001- حول ملائمة برمجة ميزانية الدولة مع الالاتركيز، غير منشور.

³ - مرسوم رقم 401-98-2 الصادر في 9 محرم 1420 - 6 أبريل 1999- المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية، ج.ر. عدد 4688، بتاريخ 19 محرم 1420- 6 مايو 1999-

⁴- دليل إصلاح الميزانية، المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المركزة على النتائج والمدمجة لمقارنة النوع الاجتماعي، عمل مشترك بين كل من مديرية الميزانية وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، منشورات وزارة المالية والخصوصية، الرباط، 2005، ص.27.

<p>1 - المادة الأولى</p> <p>1.1 - الفقرة الأولى</p> <p>1.1.1 - السطر الأول</p> <p>1.1.2 - السطر الثاني</p> <p>1.1.3 - السطر الثالث</p> 	<p>إلغاء تأشيرة مديرية الميزانية على تحويل الاعتمادات بين سطور نفس الفقرة داخل مواد الميزانية المتعلقة ب:</p> <ul style="list-style-type: none">- نفقات المعدات المختلفة- نفقات الاستثمار- مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة.- الحسابات الخصوصية للخزينة
--	---

ضرورة توفر شرطين أساسين للاستفادة من هذه المرونة:

1/ تحسين تقديم الميزانية بإعادة هيكلة الكراسة الموازنتية بشكل يجعل من الفقرات السندي الأساسية لإنجاز برنامج أو مشروع أو عملية محددة.

2/ تحديد مؤشرات مرئية بالنسبة للأهداف، تسمح بالربط بين:

- الاعتمادات المخولة للعمليات أو البرامج أو المشاريع المسطرة.

- النتائج المتوقعة من استعمال تلك الاعتمادات.

وقد استفاد من استعمال هذه التقنية قطاع واحد سنة 2005، ثم 5 قطاعات سنة 2004، و14 قطاعاً سنة 2005، لينتقل العدد إلى 25 قطاعاً سنة 2006، ثم 32 قطاعاً سنة 2007، و37 قطاعاً سنة 2009،¹ ليصل العدد إلى 39 قطاعاً سنة 2010.² مما يؤكد الاستجابة المتصاعدة لعدد القطاعات التي أصبحت تعتمد هذه التقنية في تدبير الاعتمادات المخولة لها، مما يوضح الرغبة الكبيرة والملحة للأمراء بالصرف والأمراء بالصرف المساعدين في تحمل المسؤولية والمشاركة الفعالة في تدبير الاعتمادات، والقدرة على تحديد البرامج والسياسات العمومية الحقيقة، والتي تستجيب للحاجيات الأساسية للمواطنين.

ويتضح من خلال اعتماد تقنية شمولية الاعتمادات، أن المشرع المغربي أصبح يتطلع إلى ترسيخ البعد التشاركي في تدبير اعتمادات الميزانية، وذلك من خلال تلمس العلاقة بين الأمراء بالصرف والأمراء بالصرف المساعدين من جهة ووزارة المالية من جهة أخرى، من خلال تخلص الساهرين على تنفيذ الميزانية من بطء المساطر والروتين الإداري، لأنّه لا فائدة من الرجوع إلى الإدارة الوصية في كل الأمور ولا سيما الطارئة منها، ومادام أن بعض النفقات لا تتحمل المسطرة الإدارية العادية، لدى فتلافي الواقع في الروتين والرغبة الأكيدة في خلق المرونة أثناء التسيير المالي، أعطى للأمراء بالصرف والأمراء بالصرف المساعدين صلاحيات أكبر في تغيير الاعتمادات، والتي حصرت لحد الآن في الاعتمادات التي تتضمنها السطور، تمهدًا لاستقلالية أكبر في تصريف الاعتمادات المدرجة في الفقرات والفصول والأبواب، أي الوصول إلى جعل الأمر بالصرف المتصرف الوحيد في كل الاعتمادات المخصصة لمصلحته،³ وهذا ما صار عليه المشرع الفرنسي، والذي منح للأمراء بالصرف والأمراء بالصرف المساعدين حرية التصرف في الاعتمادات المخولة لهم، ليس فقط داخل نطاق شمولية الاعتمادات، ولكن كذلك على مستوى مساطرها وأبعادها.

2- الإرساء التدريجي لنظام التدبير المندمج لنفقات الدولة :

اتسم تدبير نفقات الدولة بتنوع مساطره والمتدخلين فيه، مما أثر سلباً على فعالية النفقات العمومية، وحد من مردوديتها، فضلاً عن صعوبة التحكم في المعطيات الحاسبية المتعلقة بتنفيذ الميزانية، لاختلافها من متدخل لآخر، الأمر الذي أثر سلباً على وثيره تهيئة قوانين التصفية بسبب ما يتطلبه ضبط هذه المعطيات والتحقق منها.

وتفادياً لهذه الوضعية، باشرت السلطات العمومية خلال السنوات الأخيرة إلى فتح مجموعة من الأوراش الهدف إلى تحسين مستوى كفاءة الموارد البشرية للإدارة والتحكم الجيد في إعداد الموظفين، وإعادة هيكلة الجهاز الإداري للحد من المركزية المفرطة، وتطوير أدائه ارتباطاً بالفعالية والأخلاقيات والسرعة على مستوى التنفيذ والعمل، ومن بين هذه الإجراءات المتخللة في هذا الإطار، تطوير العلاقات بين المتدخلين العموميين، وتبسيط الإجراءات من حيث طرق العمل، عن طريق إدماج تكنولوجيا المعلومات،⁴ ولসايرة هذه التطورات التكنولوجية وتوظيفها في تحسين التدبير المالي، تبنت الحكومة من خلال المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية، فكرة العمل بنظامة للتسيير المندمج للنفقات، والتي تبني على إدماج مجموعة من التدابير المشتركة بين المتدخلين في النفقة، داخل نظام معلوماتي وحيد يسمح بتعزيز التواصل بين مختلف الأنظمة المعلوماتية للمتدخلين في مسلسل تفزيذ النفقات العامة.⁵

¹ - Rapport sur la nouvelle approche budgétaire axée sur les résultats, ministère de l'économie et de finances, direction de budget, 2009, p.12

² - Mohamed Hadad,* L'expérience Marocaine en matière de réforme budgétaire*, publication de ministère de l'économie et de finances, direction de budget, 2010, p.20

³ - عبد النبي اضريفي، * التدبير الاستراتيجي للنفقات العمومية، مقاربة قانونية*، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، عدد 7، 2006، ص.72.

⁴ - بو زياني بورحو، * دمج التكنولوجيا الحديثة للإعلام من أجل عقلنة تدبير النفقات العمومية*، جريدة الصحراء، عدد 31، مارس 2005.

⁵ - Groupe de travail du ministère de finances et de la privatisation au Maroc et de la banque mondiale, étude de l'évaluation de la gestion des systèmes de finances publiques, Mars 2007, p.40

ويدخل هذا الإصلاح في إطار حركة إصلاحية واسعة في مجال الحكامة الجيدة للتدبير العمومي،¹ ويروم بلوغ مجموعة من الأهداف يبقى أهمها:²

الإسراع في معالجة الإجراءات المرتبطة بالنفقة، في نطاق احترام التشريع الجاري به العمل.

ترشيد وتبسيط مسالك ومساطر تنفيذ النفقات العمومية، عن طريق مبدأ الإدخال الوحيد للمعلومة وتبليغها للشركاء المعنيين.

المطابقة الآنية بين محاسبات مختلف المتدخلين في مسلسل إعداد مشاريع قوانين التصفية.

التتابع الحازم لوثيرة تنفيذ قوانين المالية بفضل وضع لوحات القيادة.

ولتطبيق هذا النظام وتعديمه على مختلف المتدخلين في مسلسل تنفيذ النفقات، أحدثت وزارة المالية لدى الخزينة العامة للمملكة وحدة مشروع تطبيق هذا النظام، يتولى مهام قيادته وتتبع تنفيذه مجلس استراتيجي ولجنة قيادة، وقد أسفرت أشغال مختلف هذه الأجهزة إلى غاية متم سنة 2006، عن إعداد برنامج عمل تحور حول:³

إنجاز خريطة للبيئة الإعلامية الخاصة بتنفيذ النفقة العمومية.

ربط أنظمة المعلومات المتعلقة بتنفيذ النفقة فيما بين كل من الأمراء والأمراء بالصرف المساعدين، والأدوات الإعلامية التي تستجيب لاحتياطهم العاجلة في مجال تدبير النفقة.

وقد ساهمت هذه الإستراتيجية في الاستبدال التدريجي للمراقبة القبلية الجاري بها العمل، بمراقبة بعدها تعتمد على تقييم الأداء وتبسيط مسلسل المراقبة، وتقليل آجالها وكلفتها،⁴ ومراقبة حسن الأداء على مستوى الإدارات بمشاركة مع كافة المتدخلين في مسلسل النفقة العمومية، من أجل افتراض مدى فعاليتها ونجاحتها.

وفي إطار المجهودات الرامية إلى تحسين التواصل وإدماج المواطن كذلك في مراقبة مسار تدبير اعتمادات الميزانية، وتكرис الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور الجديد للمملكة المغربية،⁵ خاصة الحق في الولوج إلى المعلومة، أصدرت وزارة الاقتصاد والمالية لأول مرة *ميزانية المواطن*⁶ سنة 2012، وتوخى الوزارة من هذه الوثيقة التي أصبحت تصدر بشكل سنوي، التعريف البسيط بميزانية الدولة، ومراحل إعدادها، وكذا تسلیط الضوء على السياق الوطني والدولي لقانون المالية، مع التركيز على مؤشرات الاستقرار والأداء المالي كعجز الميزانية ومستوى الدين العمومي، مع إعطاء أهم المعطيات المرقمة الخاصة بالموارد والنفقات، وكذا توزيعها حسب نوعية الموارد ومركز الإنفاق ووفق أرقام مدققة، مما يتيح للمواطن بأن يكون عنصراً جوهرياً ضمن المقاربة التشاركية لتدبير اعتمادات الميزانية، من خلال متابعة مدى التزام المتدخلين في مسلسل النفقة بالمعطيات الموجدة ضمن هذه الوثيقة.

¹ - Abdelatif Loudiyi,* Eclairage sur la réforme du contrôle de la dépense publique*, Revue AL MALIYA, n° spécial 3, février 2007, p.10

² - منشور الوزير الأول رقم 7/2005 المتعلق بأهداف نظام التدبير المندمج للنفقات ومبادئ تطبيقه، 20 أبريل 2005، غير منشور.

³ - محمد حنين،* المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية*، بدون دار نشر، الطبعة الأولى 2007، ص.7

⁴ - مذكرة حول برنامج الإصلاح الجيري للسلطات العمومية، وزارة الاقتصاد والمالية، مديرية الميزانية، قسم إصلاح وتنمية الميزانية، مصلحة إصلاح الميزانية، 2007، ص.15

⁵ - ظهير شريف رقم 91-11-1 بتاريخ 27 شعبان 1432- 29 يوليوز 2011- بتنفيذ نص الدستور المراجع، ج.ر. عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان- 30 يوليوز 2011-

⁶ - *ميزانية المواطن*، دليل المواطن لقانون مالية 2012، الموقع الإلكتروني لوزارة الاقتصاد والمالية: www.finances.gov.ma

وفي إطار التدبير التشاركي لاعتمادات الميزانية العامة، نجد أيضاً مجموعة من الآليات الأخرى، والتي يتم من خلالها تجسيد هذه المقاربة في تدبير اعتمادات الميزانية العامة، وهذه الآليات تأخذ إما طابعاً تعاقدياً، أو عبر إقامة شراكات.

١١- دعم آليات التعاقد والشراكة في تدبير اعتمادات الميزانية العامة

في إطار تقوية المقاربة التشاركية في تدبير اعتمادات الميزانية، قامت السلطات العمومية بتبني بعض الآليات لدعم هذا التوجه، وهذه الآليات تتجسد في أرض الواقع إما عن طريق إبرام تعاقديات، أو عبر إقامة شراكات مع الفاعلين المحليين.

١- تدبير اعتمادات الميزانية العامة عبر آليات تعاقدية :

يعتبر التعاقد **La contractualisation**، أداة رئيسية لتحديد نوعية العلاقات بين الإدارات المركزية ومصالحها اللامركزية، تعزّزاً لعملية اللاتركيز الإداري، وذلك بإدخال علاقات تدبيرية جديدة ترتكز على تحسين الأداء والنتائج واللاتركيز، وتوسيع مجال مبادرات المدبرين من خلال إبرام عقد بين طرفين:

الإدارة المركزية من جهة.

مصالحها اللامركزية من جهة ثانية.

وبالتالي فالتعاقد يمكن اعتباره الآلية التي من خلالها يمكن تكييف مسلسل الميزانية مع اللاتركيز، من خلال النهوض بوضعية المصالح اللامركزية، عبر إشراكها في إعداد البرامج والمشاريع التابعة لمناطق نفوذها، ونقل اختصاصات واسعة لفائدها وتعزيز الوسائل الموضوعة رهن إشارتها، من أجل تمكينها من أداء مهامها الجديدة على أكمل وجه.

فالتعاقد إلى جانب تقنية شمولية الاعتمادات، تشكلان الدعامات الجوهرية لتعزيز لاتركيز تدبير اعتمادات الميزانية العامة، وذلك عبر دعم مسؤولية المديرين اللامركزيين في تحقيق الأهداف/النتائج، من خلال منح استقلالية أكبر للمسيرين المحليين وتغويض الوسائل إليهم، وتقدير نتائجهم.¹ فهي تقنية تسمح للمصالح اللامركزية بأن تلعب دوراً محورياً، يجعلها شريكاً فعالاً في وضع السياسات العمومية، وتحديد الأهداف والوسائل الضرورية لتنفيذ هذه الأهداف والنتائج المتوقعة من تدخلاتها،² وبالتالي فالتعاقد بين الإدارة المركزية ومصالحها اللامركزية يروم تحقيق ثلاثة أهداف رئيسية:³

خلق نوع من الالتزامات المتبادلة بين الطرفين.

توفير هامش من الحرية للمصالح اللامركزية لتنفيذ الأهداف والمهام المنوطة بها، وتفعيل سياسة القرب.

مراقبة الإدارة المركزية لمصالحها اللامركزية، عن طريق تقارير تجزئها هذه الأخيرة حول أنشطتها.

¹ - Abdessalam Ben Abou,* Réforme budgétaire axée sur les résultats intégrant de performance dans la gestion budgétaire*, ministère de finances et de la privatisation, direction de budget, 28 mai 2007, p.8

² - A. Benani,*La réforme budgétaire au Maroc, levier et accélérateur de la réforme de l'Etat*, Revue AL MALIYA, n° 21, Août 2008, p.14

³ - Elhassania Eiden, * La réforme budgétaire au Maroc : cadre juridique et institutionnel*, publication de REMALD, n° 21, Décembre 2005, p.44

وفي هذا الإطار صدر منشور الوزير الأول¹ يحث مختلف الوزارات بإعداد تصاميم مديرية تحدد: الاختصاصات والقرارات الإدارية المزعزع نقلها، وتلك التي ستحتفظ بها الإدارات المركزية. جرد الموظفين والأعوان والوسائل المالية والمالية التي تحول للمصالح الخارجية.

وهي تدابير عملت على تنظيم العمل، وتوزيع أمثل للمهام والوسائل بين مسؤوليات كل طرف، ويحفز المدير المحلي على الانخراط الإيجابي في تدبير اعتمادات الميزانية العامة، وتخفيض العبء عن المصالح المركزية.

ومن بعض الأمثلة على اعتماد تقنية التعاقد، التعاقد بين وزارة الصحة وبعض المستشفيات الإقليمية المسيرة بصورة مستقلة، في إطار برنامج إصلاح تمويل وتدبير القطاع الصحي²:
مثال للتعاقد بين وزارة الصحة وبعض المستشفيات الإقليمية :

المسيرة بصورة مستقلة

الأهداف العقدية	الاعتمادات المعينة	الأهداف السنوية	مؤشرات التتابع
توفير خدمات العلاج الضرورية لضمان السير الفعال للمركز الإستشفائي بتحسين: آليات التدبير	*سنة 1 *سنة 2	*تعزيز التخطيط والتقييم الذاتي للعلاجات المقدمة .	*عدد العمليات الجراحية المنجزة .
*الخدمات للمرضى		*تحسين جودة التكفل بالمرضى بصالح المستعجلات	* عدد أيام الإقامة بالمستشفى .
		*تحسين جودة التكفل بالمرضى بصالح المستعجلات	*معدل عدد أيام الانتظار للحصول على موعد للاستفادة من خدمات المستشفى.
			*عدد مرات نفاذ مخزون الأدوية.
			*عدد الاستقبالات بصالح المستعجلات

وتندرج هذه المشاريع في إطار خطط عمل تعمل على تفعيل السياسات العمومية في القطاع المعنى، وتلتزم الإدارة المركزية بتقديم وسائل في شكل منح للتسيير والاستثمار.

¹ - منشور الوزير الأول رقم 12/2001، مرجع سابق.

² - دليل إصلاح الميزانية....، مرجع سابق، ص. 31

وفي إطار التعاقد أيضاً يمكن أن ندرج الشركات والمقاولات كمشارك فعال في تدبير اعتمادات الميزانية العامة، وذلك عبر إبرام صفقات يتم بموجبها القيام بجموعة من الأشغال العمومية، من خلال إبرام عقود بين الإدارات اللامركزية ومصالحها اللامركزية من جهة والقطاع الخاص من جهة أخرى، في إطار علاقة تعاقدية متوازنة، يتونى منها إنجاز أعمال بجودة عالية وبتكلفة مناسبة.

وبالرغم من أن مشاركة القطاع الخاص في تدبير اعتمادات الميزانية العامة بالغرب هي مسألة متعددة في التاريخ، وتختلف أشكالها وطرق إبرامها وفق الحرية المطلقة للإدارة في الطريقة التي تعتمد لها لإبرام الصفقة و اختيار الشريك المناسب، إلا أن المشرع المغربي عمل على تحسين هذه الآلية، لأن متطلبات التحديث وحسن الحكمة والفتح الاقتصادي، اقتضت ضرورة التوفير على نظام فعال للصفقات العمومية، يأخذ بعين الاعتبار ترسيخ الشفافية والحفظ على مصالح الإدارة والقطاع الخاص.

وقد تم إعداد المرسوم الخاص بالصفقات العمومية لسنة 1,2007¹ بالموازاة مع المنظور الجديد لتدبير المالية العامة، وقد عمل هذا المرسوم على وضع مجموعة من المعايير الناجعة والشفافة لاختيار الشريك قادر على التدبير الجيد للأشغال العمومية، والأجدر بأخذ ثقة الإدارة وثقة الشعب في تدبير الأموال العمومية بالشكل الأمثل، وبالتالي اختيار الشريك قادر على المشاركة في تدبير الاعتمادات المنوحة له وفق الأهداف المتوجة من تحويل هذه الأموال.

كما قام المشرع أيضاً بتنظيم التعاقد من الباطن² سواء من خلال المادة 78 من مرسوم 1998، وفي المادة 84 من المرسوم المعمول به حالياً، وهو بمثابة عقد مكتوب يعهد بموجبه صاحب الصفقة إلى الغير تنفيذ جزء من صفقتها، ويختار صاحب الصفقة بحرية المتعاقدين معه من الباطن، شريطة أن يبلغ صاحب المشروع بطبيعة الأعمال التي يعتزم التعاقد بشأنها من الباطن وهوية المتعاقدين المذكورين وعنوانينهم التجاري أو تسميات شركائهما، مما يتيح لنا شريك آخر يساهم بدوره في تدبير اعتمادات الميزانية العامة، غير الشريك الأصلي المتعاقد مع الإدارة.

عموماً، ساهم التعاقد بين الإدارات المركزية ومصالحها اللامركزية من جهة، وهذين الآخرين والقطاع الخاص من جهة أخرى، في تدعيم آلية التعاقد في تدبير اعتمادات الميزانية العامة، وبالتالي وضع مقاربة تشاركية لتدبير الأموال العمومية، وذلك وفق اتفاقيات تحدد بوضوح حقوق وواجبات كل الأطراف، وبالتالي فالعلاقات التعاقدية تترجم إرادة الدولة في دعم اللاتركيز الإداري، باعتباره خياراً استراتيجياً لتفعيل سياسة القرب، الرامية إلى تلبية حاجيات المواطنين وتحسين جودة المرفق العام.

2- إشراك الفاعلين المحليين في تدبير اعتمادات الميزانية العامة :

يمكن تعريف الشراكة، كونها عبارة عن *إطار منظم للعلاقات بين شريكين أو أكثر، لإنجاز عمل أو مشروع معين، حيث أن مضمون هذه الشراكة يحدد بوضوح التزامات كل طرف فيما يخص تنفيذ وتقدير ما تم الاتفاق عليه، ويتم الاتفاق على هذه الالتزامات عن طريق التفاوض بين الأطراف، وحينما يحدث التوافق حول هذه الالتزامات يتم

¹ - مرسوم رقم 388-2-06-2 صادر في 16 محرم 1428 - 5 فبراير 2007 - لتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة، وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومرافقتها،
² - يمكن للإدارة صاحبة المشروع أن ترفض هذا النوع من التعاقد، خصوصاً عندما لا يستوفي المتعاقدون من الباطن الشروط المطلوبة، وبظل صاحب الصفقة مسؤولاً شخصياً عن جميع الالتزامات الناجمة عن الصفقة سواء حيال المشروع أو إزاء العمال والغير، كما أن صاحب المشروع لا يعترف بأي علاقة قانونية له مع المتعاقدين من الباطن، ومن أجل ضمان عدم تلاعيب المقاول عن طريق تقويت الصفقة، وضع القانون سقفاً لا يجب تجاوزه في حالة التعاقد من الباطن، حيث لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتجاوز 50% من مبلغ الصفقة.

التوقيع عليها من طرف مختلف الشركاء، هذا التوقيع يلزم الأطراف الموقعة على الشراكة بتنفيذها والوفاء بالتزاماتها.*¹

وتعتمد السياسة الجدية للشراكة بين مصالح الدولة ومختلف الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين المحليين، على علاقات للشريك والمساهمة والاستغلال المشترك للموارد البشرية والمادية والمالية، لتقديم خدمات تبقى في غالب الأحيان اجتماعية، وإنجاز مشاريع تنمية، فالشراكة تتجسد من خلال العلاقات الجيدة مع مختلف الفاعلين المحليين، بناءً على حوار مباشر ووجه نحو التعاون والتنافس في تدبير مشكلات تنمية،² فهي إحدى النتائج الطبيعية لسياسة القرب، وتهدف بالأساس إلى ضمان مشاركة جميع الفاعلين المحليين في مسلسل التنمية المحلية،³ وتمكن الفاعلين المحليين أيضاً إشراك الفاعلين العموميين أو الخواص في أنشطتهم، ضماناً لجودة المرفق العام.⁴

والأمر يتعلق هنا بمقاربة تشاركية جدية، الهدف منها تحقيق التنمية المندرجة، وتنبئي على إشراك مختلف الفاعلين المحليين إلى جانب الدولة في إنجاز مشاريع تنمية، في إطار للشراكة يراعي مبادئ الحكومة، وينهض بالديمقراطية المحلية كممارسة، ويفعل سياسة قرب تستجيب حاجيات السكان.⁵ وفي هذا الشأن صدر منشور للوزير الأول رقم 2003/7،⁶ يحث المصالح الإدارية المركزية واللامركزية على إبرام شراكات مع الجمعيات، وينظم كذلك طرق إبرام هذه الشراكات، ويتم ذلك عبر:

وضع إطار جديد للشراكة أكثر ليونة، ومطابق لمبادئ الحكومة الجيدة.

تحسين التنسيق والمراقبة، من خلال إطار توافقي محكم بمنطق النتائج.

تحريك ترابية الشراكات كمسار لتوطيد اللامركزية واللامركز.

إرساء نموذج جديد للشراكة، قائم على التشاور والتنسيق والثقة المتبادلة، مع توضيح مهام الشركاء المحليين.

رصد الخبرات في مجال تدبير المشاريع.

الرفع من مستوى نجاعة تدخل الدولة وشركائها من أجل تعبئة أفضل لكل الموارد المتاحة، وتدبير أنجع للمشاريع وترسيخ مقاربة النتائج.

جعل الشراكات مرتبطة بانشغالات واحتياجات المواطنين والمواطنات، وفاعلة في مجال تطوير السياسات التنموية المحلية.

تطوير ديناميات محلية، بإرساء أنشطة تشاركية عبر التراب الوطني، في إطار تعزيز اللامركزية واللامركز.

وي يكن توضيح أهم معالم هذه الشراكات من خلال الجدول التالي:⁷

¹ - لحسن مادي، * محاربة الأمية مدخل للتنمية البشرية، منشورات مجلة علوم التربية، الرباط، عدد 6، الطبعة الأولى 2006، ص 91

² - Pierre Teisserenc, * Les politiques de développement local*, collection des collectivités territoriales, économica, paris, 2 ème édition 2002, p.163

³ - Abdellali Gour, * La décentralisation et le développement local, expérience Marocaine*, Atelier international, Décentralisation et développement local en zones arides, Marrakech, 13-16 avril 2006, p.18

⁴ - Mohamed el yaagoubi, * Réflexions sur la démocratie locales au Maroc*, Ed. El maarif Al Jadida, Rabat, 2007, p.401

⁵ - El hassania Eiden, Op. Cit. , p.45

⁶ - منشور الوزير الأول رقم 2003/7 حول الشراكة بين الدولة والجمعيات.

⁷ - دليل إصلاح الميزانية...، مرجع سابق، ص. 38

<p>وضع سياسة شراكة من أجل إنجاز مشاريع تنمية هادفة، وتفعيل سياسة القرب كعمل مندمج.</p>	الأهداف
<p>التجربة الناجحة للجمعيات، وما تعبّر عنه من ديناميكية وقدرة على التعبئة، ومن تغطية ل مجال واسع اجتماعياً واقتصادياً.</p>	المنطلق
<ul style="list-style-type: none"> - محاربة الفقر والإقصاء الاجتماعي. - دعم النساء والأطفال في وضعية هشة. - محو أمية الكبار ودعم التربية غير النظامية. - الأنشطة المدرة للدخل والإدماج المهني للشباب. - البنية التحتية والخدمات الاجتماعية الأساسية. 	القطاعات ذات الأولوية بالنسبة للشراكات
<ul style="list-style-type: none"> - علاقات جديدة بالجمعيات، تقوي قدرتها على التدخل مع تدقيق الإطار القانوني وتبسيط المساطر للاستفادة من المساهمة المالية للدولة. - إبرام اتفاقية كلما فاقت المساهمة 50000 درهم، مع تكيف الاتفاقية مع الحالات التي تتسع فيها الشراكة لفاعلين محليين آخرين (جماعات ترابية، قطاع خاص....). - حذف تأشيرة وزارة المالية على الإعانات المنوحة من الوزارة إلى الجمعيات. 	الآليات

وبما أن وزارة المالية قامت بإلغاء تأشيرة مديرية الميزانية على قرارات منح مساهمات عمومية للجمعيات، في إطار مشاريع الشراكة المبرجة بينهما وبين الفاعلين العموميين، فإن منح هذه المساهمات يتم على أساس معايير موضوعية

شفافية ومحدة في دليل المساطر الذي تحرره كل مديرية تكون الحسابات معللة، كما أن المديريات المعنية تتبع تقييم وتنفيذ هذه المشاريع على المستوى المالي والمادي والمحاسبي، عبر تحرير تقارير موسمية.¹

وفي إطار إشراك الفاعلين المحليين في تدبير اعتمادات الميزانية العامة، يمكن أن ندرج أيضاً مشاركة الجماعات الترابية، من خلال الاختصاصات المنقولة من الدولة لصالح هذه الوحدات،² والتي تتركز بالأساس في مجال الإنهاز والصيانة في الميادين التالية:

- إنهاز وصيانة مؤسسات التعليم الأساسي والمراكمز الصحية.

- إنهاز وصيانة مراكز التكوين والتأهيل المهني.

- إنهاز وصيانة البنيات التحتية والتجهيزات ذات الفائدة الجماعية.

- تكوين الموظفين والمنتخبين الجماعيين.

- إنهاز برامج التشجير وتحسين وصيانة المنتزهات الطبيعية الموجودة داخل النفوذ الترابي للجماعة.

ولتفعيل الاختصاصات المذكورة ينص الميثاق الجماعي على ضرورة تحويل الموارد الالزمة لمارستها، وفق النص التشريعي والتنظيمي الملائم، إذ أن أي تحويل مقررون وجوباً بتحويل الاعتمادات الالزمة لتغطية ذلك الاختصاص المنقول، بالإضافة إلى منح مساهمات مالية للجماعات الترابية تندمج في إطار الشراكة بين الدولة وهذه الجماعات، من أجل إنهاز مشاريع محددة على المستوى المحلي، وهو ما ساهم بشكل كبير في تخفيف العبء عن الإدارات المركزية، وعزز مفهوم اللامركزية، وعمل على تقوية دور الفاعلين المحليين في المشاركة في تدبير اعتمادات الميزانية العامة بشكل فعال ومكثف، وتحمل المسؤولية والمشاركة في تدبير الشأن العام.

تخرج عام :

عمل المغرب على اتخاذ مجموعة من التدابير للتخفيف من التكريس المركزي لتدبير اعتمادات الميزانية العامة، هذه التدابير همت بالأساس بتبسيط شروط تحويل الاعتمادات من خلال اعتماد تقنية شولية الاعتمادات، والإرساء التدريجي لنظام التدبير المدمج للنفقات، وإصدار "ميزانية المواطن" في إطار من الشفافية وتكريس الحق في الولوج إلى المعلومة، بالإضافة إلى تعزيز مشاركة المصالح اللامركزية والقطاع الخاص في تدبير المال العام، من خلال تعاقبات توضح بجلاء حقوق وواجبات كل الأطراف، وتقوية مساهمة الفاعلين المحليين في تدبير اعتمادات الميزانية العام، من خلال خلق شراكات بين الدولة ومصالحها اللامركزية من جهة، والجمعيات والجماعات الترابية من جهة أخرى.

كلها تدابير قد تظهر للعديد من الباحثين في الشأن المالي غير كافية لتحسين مردودية تدبير اعتمادات الميزانية العامة، إلا أنها أثبتت لوجود مقاربة تشاركية في تدبير المال العام، عملت على توسيع حجم المتدخلين في تدبير الاعتمادات، وخففت من القيود التي كانت مفروضة سابقاً، مما ساهم بشكل كبير في تحقيق التدبير الاستراتيجي للنفقات العمومية، ويوضح بجلاء أن مسألة تدبير المال العام مسؤولية مشتركة بين جميع مكونات المجتمع المغربي.

¹ - محمد حنين، مرجع سابق، ص. 111

² - تنص قوانين الجماعات الترابية بالمغرب على أن نقل الاختصاص من الدولة لفائدة الجماعات الترابية، يكون مقررونا بنقل الاعتمادات الالزمة لتغطية ذلك الاختصاص.

- المادة 43 من قانون 00/78، المعديل والتمم بقانون 17/08 من الميثاق الجماعي.

- المادة 37 من قانون 00/79 المنظم للعمالات والأقاليم.

- المادة 8 من قانون 96/47 المنظم للجهات.

Le régime applicable aux auteurs des infractions de dédouanement en droit marocain.



Docteur EL MENOUALI Fathallah

Doctorat en Droit Privé (droit des affaires)

Université de Perpignan – France

Conformément aux principes généraux du droit et du code des douanes, les infractions liées à l'opération de dédouanement mettent en cause deux types de responsabilité : la responsabilité pénale et la responsabilité civile.

A- La responsabilité pénale.

Lorsque l'administration cherche à réprimer une infraction liée au dédouanement des marchandises, elle doit connaître les personnes pénalement responsables selon leur degré de participation à la fraude. Les textes du code des douanes consacrés à ces personnes ont subi des aménagements qui visent à faciliter la recherche et la poursuite de ces auteurs ainsi que d'élargir la responsabilité pénale à d'autres personnes dont le lien avec l'auteur principale en tentant de préserver les droits de ces personnes qui intervient comme auteurs, comme complices ou comme intéressés.

a- Les personnes pénalement responsables.

La responsabilité pénale est précisée de façon formelle par le législateur douanier. Les précisions nécessaires sont prévues par l'article 222 du code des douanes et des impôts indirects : « sont pénalement responsables :

-les signataires de déclarations, pour les omissions, inexacititudes et autres irrégularités relevées dans leurs déclarations ;

-les commettants des faits de leurs employés, pour les opérations en douane effectuées sur leurs instructions ;

-les soumissionnaires en cas d'inexécution des engagements souscrits par eux... ».

D'après ce texte, le législateur va non seulement rendre responsable celui qui le plus immédiatement, devait déclarer la marchandise parce qu'il est l'auteur du transfert, parce que c'est son action individuelle qui va matériellement créer la dette douanière, mais encore va rendre responsable tous ceux qui auraient dû déclarer, ou même et par extension tous ceux qui ont tiré profit de l'absence ou l'inexactitude de la déclaration faite en douane.

1-Le déclarant en douane.

En matière de dédouanement, les signataires des déclarations sont responsables des omissions, inexactitudes et autres irrégularités relevées dans les déclarations, sauf leurs recours contre leurs commettants. Ainsi, est également responsable, le signataire d'une fausse déclaration et cela :

-même s'il s'est rigoureusement conformé aux instructions reçues de son mandat ;

-même si la fausseté de la déclaration a été reconnue à postériorité ;

-même si la déclaration n'est fausse que par suite de l'application de certains documents que le signataire croyait authentique (fausses factures..).

La responsabilité du transitaire pour les opérations effectuées par ses soins découle du fait que, connaisseur en la matière, sa mission ne consiste pas seulement à recueillir la déclaration verbale de son client et la reproduire pour accomplir une déclaration régulière en toute connaissance de cause et après avoir effectué les vérifications nécessaires. Il s'agit la encore d'une solution traditionnelle justifiée par l'idée que le déclarant est bien l'auteur personnel de l'infraction. C'est donc contre lui et non contre son mandant que sera prononcée la condamnation, même si le déclarant s'est borné à exécuter d'une manière tout à fait passive les instructions de ce dernier.

De même l'article 395 du code des douanes français énonce que les signataires de déclarations sont responsables des omissions, inexactitudes et autres irrégularités relevées dans les déclarations, sauf leur recours contre leurs commettants. Le texte ajoute que, lorsque la déclaration a été rédigée en conformité aux instructions données par le commettant, ce dernier est passible des mêmes peines que le signataire de la déclaration¹.

Cependant, le législateur français a constitué un assouplissement par l'introduction d'un article 35 bis, CD : selon ce texte, il doit être produit à l'appui de la déclaration en détail une attestation de l'importateur mentionnant les éléments relatifs à la détermination de la valeur en douane. Or, lorsque la valeur déclarée est inférieure à la valeur en douane, sans que ladite attestation soit entachée d'inexactitude ou d'omission en ce qui concerne les points de fait, le déclarant ou son commettant seront seulement tenus au paiement des droits et taxes compromis ou éludés, cela à condition qu'ils n'aient commis aucune faute².

Suivant ce qu'on a dit auparavant, ceux qui sont de premier chef responsables devant la douane ceux qui ont accompli l'obligation déclarative c'est-à-dire ceux qui ont porté l'information auprès de l'administration des douanes, ceux qui ont dit à l'autorité publique sur quoi portait le transport de la marchandise et comment elle devait être interprétée au regard des normes tarifaires énoncées par le tarif douanier. Cette responsabilité est complète et entière, elle est l'expression de la logique des contentieux douanier et l'expression de l'option presque philosophique du régime déclaratif de dédouanement. Cette responsabilité ne se partage pas, puisqu'elle a pour postulat que celui qui s'adresse à la puissance publique accomplit, là, un devoir citoyen qui indétectable de loyauté qu'il suppose.

2-Le commettant.

Selon l'article 222-b du CDII marocain, le commettant est une personne physique ou morale qui charge une tierce personne d'exécuter certains actes de dédouanement pour son compte. En douane, cette personne est donc citée pénallement responsable des actes commis par ses employés sur instruction du commettant.

¹ BERR (J C) et TREMEAU (H), *le droit douanier communautaire et national*, 6^e édition, ECONOMICA, Paris, 2006. p. 467.

² BERR (J C) et TREMEAU (H), ouvr. Cité, p. 300.

En matière des infractions douanières, les commettants en tant que personnes pénallement responsables, ne sont passibles de la peine privative de liberté qu'en cas de faute personnelle et intentionnelle¹. En droit pénal, l'intention réside dans la connaissance chez la personne qu'il accomplit l'infraction douanière. Pour requérir la peine d'emprisonnement, ce dispositif suppose donc la constatation d'une faute personnelle commise en toute connaissance de cause.

Pour les transitaires, les peines d'emprisonnement édictées par le code des douanes ne leur sont pas applicables s'ils apportent la preuve qu'ils se sont limités à reproduire les renseignements qui leur ont été communiqués par leur mandant et qu'ils n'avaient aucune raison valable de mettre en doute la véracité de ces renseignements. Cependant, en cas de faute intentionnelle et personnelle la responsabilité pénale du transitaire demeure entière.

3-Les soumissionnaires.

Le problème de la responsabilité pénale des soumissionnaires n'est pas sans liens avec celle de déclarant. Il est fréquent, en effet, que le déclarant souscrive pour le compte de son commettant un engagement tel qu'un acquit-à-caution dans le cadre d'un régime suspensif. Si ce déclarant est bien responsable pénallement, en tant que signataire, des inexactitudes de sa déclaration, il ne sera pas en revanche personnellement inquiété si les engagements souscrits ne sont pas tenus.

De même, le code des douanes français stipule suivant son article 397 que seuls les soumissionnaires sont pénallement responsables de ces engagements, sauf leur recours contre les transporteurs et autres mandataires. Cependant, les soumissionnaires pourront se dégager de la présomption qui pèse sur eux selon la jurisprudence française, s'ils justifient s'être trouvés dans l'impossibilité de satisfaire à leurs engagements par un événement qu'ils ne pouvaient ni prévoir ni conjurer, tel que le vol des marchandises, à condition encore qu'il soit constaté par un jugement condamnant le voleur et qu'il présente les caractères de la force majeure². En effet, le soumissionnaire demeure donc pénallement responsable de façon indépendante de celui même qui a souscrit l'engagement.

¹ Art. 222 CDII marocain.

² Cass. Crim. 14 juillet 1951, doc. Cont., n° 971, du 19 mars 1957. Comp. CJCE, 25 Février 1999, affaire, C-86/87, Rein Wolmann et Hauotzollamt Potsdam, REC. P. I-1065.

A cet égard, Le code des douanes marocain¹ a employé le terme « engagement », qui traduit à la perfection cette notion contractuelle qui transcende le droit douanier et qui résulte de la déclaration en douane. En revanche, cette indépendance dans les responsabilités a pour des conséquences d'offrir à l'administration des douanes une possibilité de poursuivre le soumissionnaire indépendamment du déclarant, qu'il soit un tiers agréé ou non. Il s'agit là d'un véritable pouvoir d'opportunité des poursuites, l'administration l'exerçant avec discernement selon qu'il apparaît que la responsabilité de l'inexactitude dans la déclaration en douane incombe à l'un ou à l'autre. Il ne demeure pas moins qu'il n'échappera pas que, si le partage de la responsabilité peut faire l'objet en douane d'une discussion, voir d'un débat judicaire public qui subit le préjudice n'a pas, en effet, à entrer dans cette discussion de savoir qui est fautif, la faute elle-même n'est pas l'objet de la discussion².

b- Les personnes présumées pénalement responsables.

Ayant le bras long, le législateur marocain a élargi le champ de la responsabilité pénal pour les infractions liées au dédouanement sur d'autres personnes présumées responsables. Ces dernières sont citées nommément par l'article 223 du code des douanes. Selon ce texte sont présumés responsables, les détenteurs, les transporteurs de marchandises de fraude et les capitaines de navires, bateaux et embarcations ainsi que les commandants d'aéronefs pour les omissions et inexactitudes relevées dans les manifestes, et, d'une manière générale, pour les infractions douanières commis au bord de leurs navires, bateaux, embarcations et aéronefs.

Le code des douanes fait peser sur ces personnes ayant pu commettre un acte permettant le plan de fraude, même si elles n'ont pas la conscience de participer à un plan de fraude, des présomptions irréfragables de culpabilité tout à fait contraires au droit pénal commun.

¹ Art. 222-c CDII marocain.

² BODAHRAIN (Abdellah), *le droit douanier marocain : A l'épreuve de la gouvernance du marché*, édition Dar Assalam, Rabat, 2007, p. 413.

1- La responsabilité du détenteur.

Selon l'article 223 CD le détenteur est celui qui détient matériellement la marchandise qu'il en soit ou non propriétaire. La détention à laquelle se réfère ce texte doit être entendue dans son sens le plus extensif. Aucun élément moral ou intellectuel, aucun animus particulier n'est requis par la jurisprudence. La détention est conçue comme un pur lien physique entre la personne et la marchandise¹. Il n'est même pas indispensable que la personne ait eu conscience d'être détentrice. Peu importe ainsi à plus forte raison que le détenteur ne soit ni propriétaire, ni possesseur, ni qu'il ait ignoré être détenteur². A ce titre, le service des douanes n'a pas besoin d'apporter la preuve que le détenteur ait participé à la fraude où qu'il soit propriétaire de la marchandise ; elle se limite à prouver la détention.

Cette responsabilité ne peut disparaître que devant la justification d'un cas de force majeure (Art. 224 CDII). La preuve contraire, la bonne foi du détenteur, encore moins son ignorance de l'existence de la fraude ne suffisent pas pour écarter sa responsabilité.

L'originalité de l'article 223 CDII ne se situe d'ailleurs pas véritablement à ce niveau. Elle réside bien d'avantage dans le fait que le service des douanes est en général dispensé d'établir le fait même de la détention qu'elle ne peut prouver directement que dans les cas où la personne prévenue a été trouvée porteuse « à corps ou la main » de la marchandise de faute. Ordinairement, la détention elle-même sera présumée à partir de la situation de la marchandise et cette présomption est à son tour pratiquement irréfragable.

En France, cette présomption irréfragable (article 392 du code des douanes) qui vise le détenteur de marchandise de fraude, a retenu l'attention de la commission pour l'amélioration des rapports entre les citoyens et l'administration fiscale et douanière³, cette attention a visé d'apporter des adoucissements à la rigueur de ce texte en estimant qu'il convenait de remplacer les présomptions irréfragables de culpabilité par des présomptions simples en substituant aux mots « sont réputés » les mots « sont présumés » dans l'article concerné.

¹ BERRADA (Ahmed Rziwel) ouvr. Cité, p. 217.

² Cass. Crim. 15/03/1956, doc. cont, n° 1161.

³ Cette commission a été présidée par AICARDI (M), en juillet 1986.

D'une manière générale la commission a suggéré que les contrevenants auront ainsi la possibilité de démontrer devant l'autorité judiciaire qu'ils ont agi sans intention coupable¹.

Malheureusement, l'article 223 du code des douanes et impôts indirects marocain n'a pas connu un tel assouplissement comme celui de l'article 392 du CDF, puisque ce texte continue d'exprimer un double présomption, d'imputabilité matérielle et de culpabilité. Imputabilité matérielle parce que le fait de détention constaté, on sera dispensé d'établir une quelconque participation personnelle du prévenu à l'acte qui a conféré à la marchandise un caractère frauduleux (importation en contrebande par exemple). Présomption de culpabilité ensuite dans la mesure où la découverte de la détention implique nécessairement l'existence d'une faute pénale à la charge du détenteur, et cela peut être contraire aux droits de l'homme.

Par contre, le code des douanes² a limité les peines d'emprisonnement pour ces personnes qu'en cas de faute personnelle et intentionnelle et après contrôle documentaire et/ou vérification physique des marchandises. Dans le cas contraire, elles pourront seulement être condamnées à des sanctions pécuniaires. Ceci permet de souligner le rôle important de l'administration des douanes en matière de contrôle qui sera déterminant quant à la teneur des infractions commises, d'autant plus qu'il sera difficile de remettre en cause leurs procès-verbaux de constatation ou d'enquête devant les tribunaux répressifs qui suivent souvent à la lettre les données et conclusions de ces documents. Mais avant l'intervention de ces juridictions, c'est d'abord le parquet de première instance qui n'hésitera pas à engager les poursuites requises par la douane contre les auteurs des infractions et leurs complices.

Finalement, on peut dire que l'article 222 du CDII contient des règles sévères sur le détenteur des marchandises en cas des infractions douanières ; cette sévérité s'exprime encore par l'extension de la responsabilité pénale à d'autres opérateurs économiques ou usagers en rapport avec cette administration.

2- La responsabilité des transporteurs.

¹ L'amélioration des rapports entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières, rapport au ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, collection des rapports officiels, Paris, 1986, P. 60.

² Art.222 CD.

En matière de dédouanement, les transporteurs sont aussi réputés pénalement responsables des marchandises qu'ils détiennent (Art. 223 CDII) car la circulation d'une marchandise fraudée fait peser présomption de détention sur celui qu'il est convenu d'appeler le « proposé à la conduite ». Le proposé à la conduite est défini comme étant la personne qui conduit le véhicule, le surveille et préside au chargement et à la livraison des marchandises transportées qu'il s'agisse de transport public ou privé¹.

La responsabilité du transporteur est établie dès lors que les marchandises de fraude sont découvertes à bord de son moyen de transport sans qu'il soit nécessaire d'établir à sa charge un acte de participation personnelle à la fraude. Cette responsabilité se justifie par l'obligation du proposé à la conduite de vérifier son chargement et de refuser le transport de marchandises suspectes. A l'exception des charges légales ci-après indiquées, les présomptions légales ne fléchissent que devant la force majeure².

En effet, tout détenteur ou transporteur de marchandises en situation irrégulière peut dégager sa responsabilité pénale en faisant la preuve d'un cas de force majeure, c'est-à-dire d'un événement contraignant, indépendant de sa volonté qu'il lui était impossible de prévoir et d'écartier.

L'article 223 du CDII permet aux transporteurs la décharge de la responsabilité s'ils prouvent avoir rempli régulièrement leurs obligations professionnelles en établissant que les marchandises de fraude ont été dissimulées par autrui en des lieux échappant normalement à leur contrôle, ou expédiées sous le couvert d'un envoi apparemment licite et régulier ou lorsqu'ils mettent la douane en mesure d'exercer utilement des poursuites contre les véritables auteurs de la fraude, notamment au moyen de l'identification des expéditeurs et des destinataires des marchandises dont ils assurent le transport, sont déchargés de cette responsabilité.

¹ BARRADA (Ahmed Rziwel), *définition et commentaire du code et réglementation douanière et impôts indirect*, 2ème édition, Dar Nachre et Maarifa, Rabat, 2000, (ouvrage en arabe), p. 219.

² Art. 224 CDII.

Il est vrai que le code des douanes¹ a introduit certaines dérogations importantes en faveur des transporteurs des marchandises en cas des infractions douanières qui permettent à ces derniers de décharger de leurs responsabilités en cas de leur bonne foi mais cette possibilité reste comme nous avons vu auparavant, conditionné par la réalisation de certaines règles qui se caractérisent par leurs diversités et leurs complexités.

On voit mal comment on peut se débarrasser de certaines dispositions irréfragables à l'encontre des auteurs des infractions de dédouanement, avec la rigueur de certaines normes juridiques douanières qui laissent sans doute un peu de chance aux personnes poursuivies pour les infractions de dédouanement d'éviter leur condamnation au pénal comme accessoire au civil sans que les juridictions compétentes puissent être taxées de partialité.

B- La responsabilité civile.

A côté de la responsabilité pénale que nous venons d'évoquer très succinctement, il convient de rappeler que la responsabilité civile peut être mise en cause par une action répressive douanière. Cependant, cette responsabilité civile en droit douanier répressif se distingue nettement de la responsabilité civile en droit commun.

a- La responsabilité de tierce personne.

Compte tenu de la nature des infractions liées au dédouanement, le lien d'autorité sera rarement celui qui unit le père de famille à son enfant mineur ou celui qui existe entre l'instituteur et ses élèves, l'artisan et ses apprentis. En principe, la subordination résultera donc d'un lien de préposition tel qu'on l'entend en droit commun. A propos de l'article 85 DOC, rien ne s'oppose à une application des règles ordinaires de la responsabilité dans le domaine douanier². Mais, ces règles connaissent certaines limites considérées comme incompatibles avec les exigences propres du droit douanier ; le code des douanes a été conduit à mettre en œuvre, parallèlement au droit commun, un régime dérogatoire³.

¹Article 223 CDII.

² Art. 229 CDII.

³ BOUDAHRAIN (Abdellah), ouvr. Cité, p. 416.

La généralité des termes de l'article 85 DOC permet son application en droit douanier sans difficultés particulières. Encore faut-il que les conditions posées par ce texte soient bien réunies, c'est-à-dire notamment que l'on puisse établir un lien de préposition et que les actes délictueux aient été accomplis par le préposé dans l'exercice de ses fonctions.

L'établissement du lien de préposition ne donne guère lieu à difficultés. Il découle en général d'un contrat de travail, lequel donne l'employeur la qualité de commentant. Mais il pourrait résulter de toute forme d'autorité selon les critères du droit commun¹.

L'application des règles du droit commun suppose en revanche que le préposé ait agi dans l'exercice de ses fonctions, ou tout au moins à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Cette règle est rigoureusement entendue à deux points de vue. Tout d'abord, il importe peu que l'acte délictueux lui-même soit étranger auxdites fonctions, il suffit que l'exercice des fonctions ait permis son exécution. Dès lors, le commettant ne saurait être exonéré pour la raison que l'infraction de son préposé a été commise à son issu ou contrairement à ces instructions. Ce que l'on reproche précisément au commettant, c'est d'avoir failli au devoir de surveillance qui lui incombaît. Il s'ensuit que la responsabilité du commettant est engagée aussi bien pour des faits strictement personnels du préposé que pour des inexactitudes dans les déclarations qu'il était chargé de rédiger. Mais heureusement que l'aspect de l'article 85 DOC limite la portée de la présomption ; aucune responsabilité n'est encourue lorsque le préposé a agi en dehors de l'exercice de ces fonctions.

En France, la jurisprudence était claire dans ce point, elle a considéré que « le fait dommageable ne se rattache par aucun lien à l'exécution du mandat confié au préposé »², on conçoit aisément qu'il s'agit là d'une question de fait.

¹ Mekaoui (Adan), « infractions douanières », *Lamy, bulletin des transports et de la logistique : assurances* n° 3018, 2004, p. 12.

² Cass. Crim. 20 novembre, doc. Cont., n° 1020. Du 20 mai 1984, - pré. De même, il n'est pas possible de considérer qu'une société anonyme est responsable du fait de ses représentants légaux, qui n'ont pas la qualité de préposés au sens de l'article 1384, al. 5 C. civ. : Cass. Crim. 14 juin 1982, JCP 1982, I, 10963 ; édition JCP, 1983, ADG, 11254, n° 37, obs. BERR (J.C) et VIGNAL (G) ; GAZ. Pal. 1982, 2, 635. Note COSSON (J).

Toutefois, à supposer que le lien entre l'infraction et l'exercice des fonctions ne puisse être établie, le commettant risque parfois de voir sa responsabilité engagée en raison de l'existence d'un système propre au droit douanier et dérogatoire au droit commun. Ceci montre jusqu'à tel point la douane pourra s'assurer de la condamnation d'un tiers en le tenant pour civillement responsable du simple fait qu'il avait une autorité sur l'auteur de la fraude au moment de la commission du délit ou du quasi-délit¹. Ce qui permet à l'administration des douanes de faire jouer les règles de solidarité pour récupérer des indemnités et autres réparations civiles.

b- La responsabilité solidaire.

Il est en effet prévu de faire appliquer le principe de la solidarité devant les juges répressifs en matière d'infractions liées au dédouanement des marchandises mais avec des conséquences essentiellement civiles.

S'agissant des responsables de l'infraction liée au dédouanement, que ce soit le rédacteur de la déclaration, le commissionnaire, le soumissionnaire, la caution ou ceux qui entrent dans la catégorie des intéressés à la fraude, le code des douanes marocain n'opère pas une dilution des responsabilités mais un partage, une solidarité entre tous ceux qui auront été déclarés coupables d'un même fait. Il faut insister sur ce point qu'il ne saurait y avoir de partager la responsabilité, mais de solidarité qu'à l'occasion d'un seul et unique fait qualifié d'infraction douanière et soumis, à ce titre, à la juridiction du tribunal².

¹ BOHDARHARAIN (Abdellah), ouvr. Cité, p. 416.

² BALLAG (Hakima), « le contentieux douaniers à la lumière de la jurisprudence marocaine », mémoire master II droit comparé des états francophones, sous la direction de Mr le doyen BLANC (F P) et le professeur BOUKNANI (S), université de Perpignan, 2007, p. 89.

Cette solidarité est destinée à permettre à l'administration des douanes de réclamer à l'un quelconque des débiteurs la totalité des sommes qui sont dues, celui qui a payé pour les autres pouvant se retourner contre eux pour alléger sa propre contribution. Si ce mécanisme apparaît, de prime abord, comme une simple garantie de nature civile accordée au créancier, il faut bien admettre que le transfert de risque d'insolvabilité sur l'un des condamnés constitue en quelque sorte une privée qui va s'ajouter à la dette principale. Prise sous cet angle, la question a évolué en droit commun pour éviter précisément ce phénomène d'aggravation indirect de la répression alors que l'article 109 du code pénal marocain est venu à réduire ce champ de cette solidarité aux seules restitutions et aux dommages intérêts. L'article 231 CDII demeure inchangé, expressément exclu dans le cas de refus de soumettre aux injonctions des agents.

Il faut surtout comprendre que la solidarité est liée au fait que normalement, une seule condamnation pécuniaire est prononcée à l'encontre de l'ensemble des condamnés, seules les sanctions pénales faisant l'objet d'une ventilation selon les intéressés. Cette particularité est traditionnellement liée à la nature partiellement réparatrice des amendes douanières qui justifierait, comme c'est le cas pour les dommages-intérêts encore aujourd'hui en droit commun, le jeu de solidarité¹.

Les doutes régnant encore quant au maintien ou à la disparition des circonstances atténuantes en matière douanière ne peuvent dispenser d'évoquer les dispositions consacrées par le code des douanes à leur incidence sur le jeu de la solidarité.

L'interprétation de ce régime par le code des douanes marocain est compliquée, dont les justifications sont loin d'être claires et permet d'affirmer qu'en toute hypothèse, les dépenses continuent à être infligés de manière solidaire et les circonstances atténuantes n'ayant aucun effet à leur égard.

¹ FEDIDA (Jean Marc), « le contentieux douanier », que sais-je, *presses universitaire de France*, 1^{ère} édition, mai 2001, p. 53.

Finalement, on peut dire que si l'abrogation de certains articles du codes des douanes et les modifications des autres concernant la responsabilité civile ou pénale autour des infractions liées au dédouanement en particulier ainsi que le concept de l'infraction de dédouanement en général, par la loi n° 02-99 qui peut être considérée comme annonciatrice d'une certaine flexibilité ou assouplissement, la sévérité et la complexité des dispositions répressives des infractions douanières continue à régner sur la plupart des articles du code des douanes et impôts indirects. Cela peut rendre la tâche difficile pour les auteurs des infractions douanières et surtout ceux de bonne foi pour protéger leurs intérêts et leurs droits en cas des poursuites judiciaires devant une administration douanière très puissante et bien placée.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st