

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 السادس : أبريل 2013

► من مواضيع العدد السادس : أبريل 2013 :

- قراءة في قانون إلزامية التعليم في المغرب .
- العنف المجتمعي والأسري والتغيير الحضاري .
- السياسة الجنائية وحماية حقوق الأحداث .
- التعويض عن الأضرار في القانون الدولي الإنساني .
- الصياغة القانونية للتعديل الدستوري في الجزائر .
- العاملات الإسلامية : الرابحة علميا وعمليا .

العدد السادس أبريل 2013

❖ 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 مليود 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

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لشخص للمجلة 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.

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد السادس : لشهر أبريل 2013

محتويات العدد :

- (1) قراءة في قانون إلزامية التعليم في المغرب : الأستاذ نجيب البقاش قاض و باحث في القانون الخاص خريج كلية الحقوق أكدال بالرباط.....40
- (2) العنف المجتمعي والأسري من معوقات تحقيق التغيير الحضاري : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد خلف بني سلامة كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية /الأردن مقدم للمشاركة في مؤتمر الأمن المجتمعي المنوي عقده في جامعة آل البيت.....17
- (3) المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري - إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور بن عمارة محمد أستاذ محاضر بجامعة ابن خلدون تيارات الجزائر - كلية الحقوق و العلوم السياسية.....26
- (4) الإدارة الأخلاقية والتنمية : محمد الجيني رئيس قسم الموارد البشرية والشؤون القانونية برئاسة جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال ، باحث في صنف الدكتوراه الوطنية وحدة القانون الإداري والعلوم الإدارية - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق - الدار البيضاء.....42
- (5) الصياغة القانونية للتعديل الدستوري في الجزائر من إعداد الباحث : كمال محمد الأمين باحث في صنف الدكتوراه قانون عام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.....62
- (6) المعاملات الإسلامية : المراجحة علميا وعمليا إعداد : سالم فال بن ابجيلا باحث من موريتانيا بمراكز تكوين الدكتوراه جامعة محمد الأول بوجدة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، مراجعة وتصويب د.سيدي محمد ولد محمد الشيخ / د محمد المختار ولد البشير.....76
- (7) السياسة الجنائية و حماية حقوق الأحداث في الجزائر إعداد : قميدي محمد فوزي أستاذ حامي متخصص في الأنثروبولوجيا الجنائية بجامعة تلمسان مدرس للقانون الخاص بجامعة التكوين المتواصل بجامعة سعيدة الباحث في مجال الجنائية عند الطفل متخصص أنثروبولوجيا الجنائية.....92
- (8) أسباب الإباحة في جرائم تقليد المصنفات الأدبية و الفنية في التشريع الجزائري الأستاذ : بن عمر ياسين جامعة الوادي ماجستير حقوق تخصص : قانون جنائي.....108
- (9) الصعوبات التي تعرّض قيام ميثاق عالي موحد لحماية الاستثمارات الأجنبية من تقديم بن صغير عبد المؤمن أستاذ مساعد قسم - ب- كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس.....122
- (10) التعويض عن الأضرار في القانون الدولي الإنساني (دراسة على ضوء الإجتهد القضائي لمحكمة العدل الدولية) : أ/ شوقي سمير أستاذ القانون الدولي لحقوق الإنسان بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سطيف - الجزائر.....141

- (11) السعي لتوحيد قواعد النقل الدولي البحري للبضائع " قراءة في قواعد روتردام" : عبد الحميد عيسى الساعدي باحث ليبي في صف الدكتوراه كلية القانون ،جامعة باريس 1 . فرنسا.....152
- (12) مقاربة قانونية لطبيعة الالتزام الناتج عن الأعمال والأنشطة الطبية الموكولة للمرفق الصحي : محمد بوکوطیس باحث في القضاء الإداري جامعة محمد الخامس السوسيي الرباط كلية الحقوق سلا.....179
- (13) الوضع القانوني للتراث الثقافي غير المادي في ظل قانون الملكية الفكرية : حاج صدوق ليندة باحثة في الدكتوراه في كلية الحقوق بين عكّون ،الجزائر.....182
- (14) الوسائل البديلة لحل نزاعات الامتياز التجاري-التحكيم نموذجا- : الشباني خديجة باحثة بصف الدكتوراه قانون خاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير.....195
- (15) إعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن الأضرار الحاصلة نتيجة العيب الخفي للسفينة : الأستاذة دريسى أمينة أستاذة مساعدة بكلية الحقوق جامعة سيدى بلعباس الجزائر.....206
- (16) شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - دراسة مقارنة : الأستاذ بن قادة محمود أمين أستاذ مساعد "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم.....226

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

قراءة في قانون الازمية النعيم في المغرب



د. نجيب البقاش : قاض وباحث في القانون
الخاص خريج كلية الحقوق - أكدال بالرباط

مقدمة :

يعكس القانون عادة القيم الأخلاقية ومستويات السلوك المتواضع عليها بين أفراد المجتمع الذي ينبع من منه، فالصياغة التشريعية ليست أكثر من صوغ القيم الأخلاقية التي ارتضى المجتمع الاحتكام إليها في شكل قواعد محددة من الحقوق والواجبات تنتظم الجزاء في أحوال الخروج عن هذه القيم¹.

لذلك لا بد لكي تكون قواعده نافعة و فعالة أن تتوافق مبدئيا مع البنية النفسية للأفراد المكونين له، اذ لا يمكن تصور تنزيل مقتضيات أو قواعد قانونية ما ،أبدى المجتمع رفضا واشترازا مسبقا منها،لذلك فان كل قانون لا يعبر عن مستويات السلوك السائدة والطموحات المشتركة والتي ارتضتها مجتمع ما، قد يظل حروفا ميتة بسبب المقاومة الايجابية أو السلبية له من قبل المواطنين برغم كل ما للعملية القانونية من قوة و فعالية².

وعنصر الجزاء هذا ، يعد بالنسبة للنظام القانوني شرط حياة و وجود ، صحيح أن القيم الأخلاقية تلعب دورا لا يستهان به في الضبط والتنظيم التلقائيين للمجتمعات بالرغم من خلوها من عنصري الاكراه والقسر، يصدق الأمر كذلك على القيم الدينية التي أمرت بها مختلف الشرائع السماوية وأكمل صياغتها الاسلام والتي يستند خطابها في أغلب الأحوال لاستمالة المؤمنين الى اكتسابها على الترغيب والترهيب الأخرى ،لكن وبالرغم من كل ذلك يبقى العامل المادي الجنائي الذي يتتوفر عليه القانون ويتميز به عن باقي الوسائل الأخرى التي تنظم المجتمع، هو الأكثر استنجادا به من طرف أولي الأمر أو القائمين على شؤونه، فالطبيعة البشرية خطاء و تأبى الانصياع تلقائيا للقوانين الجارية مهما عبر مشرعوه هذه القوانين عن أعلى مستوى من الحكمة والمعقولية ، وقد يها عبرت الحكمة الصينية عن ذلك قائلة: "ان قانوننا واحدا مقتربنا بعقوبات شديدة لضمان تفريغه أفضل من كل كلمات الحكماء لحفظ النظام "³ أما من جهة ثقافتنا الاسلامية فقد أعلنها صراحة الخليفة عثمان بن عفان ، بعد

¹ - ن.ج.كولسون،في تاريخ التشريع الاسلامي،ترجمة وتعليق محمد أحمد سراج،طبعة الأولى،1992 ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص44.

² - دينيس لويد ،فكرة القانون ،سلسلة عالم المعرفة ،عدد 24 ص. 133.

³ - دينيس لويد، فكرة القانون ،سلسلة عالم المعرفة عدد 24 ، ص 15.

تجربة مريمة عاشها أثناء فترة ولايته أودت في نهاية المطاف بحياته، قائلاً: إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن¹، غير أن القانون من جهة أخرى، لم يوجد فقط ليكون مجرد قوة مفيدة لکبح نزعات الإنسان الشريرة كما يقول طوماس الاكويتي، بل يجب النظر إليه كعامل ايجابي يستخدم أداة للتقدم الاجتماعي و الرفاه¹ ، فالتجربة دلت على أن القانون هو إحدى القوى التي تساعد على التحضر الإنساني وعلى أن ثو الحضارة قد ارتبط على الدوام بالتطور التدريجي لنظام من القواعد الشرعية و جهاز يجعل تنفيذها فعالا و منتظما ،لذلك ليس يلزم من مشروع مجتمع متختلف مثلاً أن يقتصر، و هو يسن القوانين التي تنظمه أن يعكس فقط ما ارتضاه الأفراد المكونون لهذا المجتمع من قيم سلوكيّة تعبّر عن مستوى الثقافى المزيل ،بل على العكس فهو يعتمد باعتباره سلطة متنورة و حكيمة أن يسطر القوانين التي من شأنها أن تدفع به إلى الأمام مع العمل على تذليلها و إتباعها بعقوبات مجرية أو وسائل جبرية تضمن تنزيلها على أرض الواقع بطريقة فعالة و شرعية في نفس الآن.

هذه التوطئة كان لا بد منها للاقتراب رويداً من قانون جد طموح لتحقيق هذا التقدم، أصدره المشرع المغربي في بداية الاستقلال، لكن لم يعرف سبيله إلى التنزيل العملي على أرض الواقع بالرغم من محاولة إحيائه من جديد عند بداية الألفية الثالثة. يتعلق الأمر هنا بقانون إلزامية التعليم الصادر بتاريخ 13/11/1963 و المتم بظهير . 2000/05/19

و لعل المرء يتساءل من خلال مجرد قراءة عنوانه، كيف أمكن لقانون استراتيجي يتأسس عليه المصير العلمي والحضاري لأمة عريقة النسب المعرفي أن يلقى حتفه بمجرد ولادته، ليظل للأسف غائباً عن وعي الساهرين على تطبيق القانون و كذلك عن وعي الحاملين لهاجس الشأن التعليمي و محاربة الأمية، فلحد تاريخه لم يتم متابعة أي مواطن مغربي، أباً كان أو ولياً لأمر طفل بلغ سن التمدرس ، على خرق مقتضياته بالمواد ال罪ية المضمنة به ، بل أكثر من ذلك فان المشرع المغربي الذي أصدره، وأثناء وضعه للقواعد التي تنظم التزامات الآباء تجاه أبنائهم بمدونة الأسرة ذات المرجعية الدينية الإسلامية و منها الالتزام بتعليمهم، لم يستحضر إطلاقاً ظهيرنا هذا خاصة الجانب الجري منه بالرغم من ارتباطها به و تعوييلها عليه كوسيلة وحيلة تضمن تنفيذ هذه الالتزامات . يتعلق الأمر هنا بالفقرة السابعة من المادة 54 من مدونة الأسرة التي تنص على أن من حقوق الأطفال على أبويهما : التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لتابعه دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني. هذه المادة قد تبدو واضحة من قراءتها الأولى لكنها في الواقع تثير كثيراً من الغموض بالنظر إلى عدم وجود آية إشارة منها تحيل على المقتضيات العقابية المضمنة بالمادة السادسة من ظهير 19/05/2000 باعتبارها المؤيد الجزائي الوحيد الذي بإمكانه ضمان تنفيذ هذا الواجب الأبوى القانوني والشعري في نفس الآن تجاه الأطفال الذين يوجدون تحت مسؤوليتهم . بل أكثر من ذلك فان مشروع الدليل العملي لمدونة الأسرة الصادر شهر مارس 2004 عن وزارة العدل و التي رمت هذه الأخيرة من المجازة أن يكون مرجعاً لتقرير المفاهيم و توحيد التطبيق السليم لمقتضيات المدونة ، لم يشر إطلاقاً أثناء شرحه لمضمون المادة 54 خاصة الفقرة السابعة منها إلى النصوص القانونية و الزجرية المضمنة بظهير إلزامية التعليم، وهنا يحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت وزارة العدل باعتبارها مؤسسة مشرفة على تنفيذ السياسة الجنائية وتطبيق القانون الجنائي²، وقبلها اللجنة الاستشارية المكلفة بإعداد مشروع مدونة الأسرة، قد استحضرت فعلاً هذا القانون أثناء إعدادها له و الذي صيغت مواده تقريرياً بتزامن مع انطلاق التنزيل الفعلي لمشروع الميثاق الوطني

¹- دينيس لويد، نفس المرجع، ص 18.

²- المادتين 51 و 49 من قانون المسطرة الجنائية.

للتربية والتعليم سنة 1999 كمخطط فكري واستراتيجي عام لبنية المنظومة التربوية والعلمية و الذي جعل من أهدافه الكبرى تعميم تدرس جميع الأطفال المغاربة مع اعتبار عشرية 2000-2010 عشرية تعليمية بامتياز¹ ووضع قطاع التربية والتكوين كثاني أسبقية وطنية بعد الوحدة الترابية.²

لا نستطيع الجزم بذلك مادام أننا لا نملك مخابر الأشغال التحضيرية لمشروع المدونة.

غير أنه من جهة أخرى فإن بعض الدوريات الصادرة عن وزير العدل إلى مختلف محاكم المملكة، خلال سنوات تنزيل مقتضيات الميثاق، كشفت أن وزارة العدل لم تكن منشغلة بهاجس الأولوية الوطنية الثانية وإن التنسيق في هذا الشأن كان يجري فقط بين وزارة التربية الوطنية ووزارة الداخلية، وهذه المسألة لا تستدعي أي استغراب إذا علمنا بأن وزارة العدل، عكس القطاعات الحكومية الأخرى، غير ممثلة بأي عضو في مجالس الأكاديميات الجهوية للتربية والتكوين باعتبارها أجهزة ينطاط بها تطبيق السياسة التربوية والتكوينية التي وضع أساسها وغياراتها الكبرى الميثاق الوطني للتربية والتكوين، ذلك أنه بمراجعة لائحة الممثلين الحكوميين داخل هذه المجالس يلاحظ أنه تم استثناء من يمثل وزارة العدل بها³

هكذا أدى غياب من يمثل الوزارة الوصية على تطبيق القانون الجنائي والسياسة الجنائية داخل هذه المجالس والتي يفترض أن يكون هم ممثلوا النيابات العامة بالمحاكم الابتدائية، أن أصبحى الشأن و الهاجس التعليمي غائباً عن وعي الساهرين على تطبيق القانون ولعل هذا هو ما يفسر بكل تأكيد عدم متابعة أي مواطن مغربي على خرق المقتضيات الجزئية المضمنة بظهير 19-5-2000 منذ صدوره حتى اليوم.

غير أنه من جهة أخرى فإن إشكالية المادة 54 من مدونة الأسرة كمادة "قانونية" والتي أبان واضعوها عن نظرية جد مثالىة وهم يقومون بصياغتها في تغريب تام لما يؤيدتها جزائياً، ليست هي الوحيدة المتميزة بمثاليتها داخل المدونة ، بل يمكن اعتبار المسألة ظاهرة طبعت العديد من المواد المضمنة بهذا القانون ذي المرجعية الفقهية المالكية التي يستند إليها و ينهل منها ،ولعل الظاهرة هي التي سبق أن لمح إليها أحد الباحثين عندما تسأله عن جدوى ادخال مدونات الأحوال الشخصية ضمن القواعد القانونية ما دام أنها فاقدة لعنصر الجراء الذي تشرطه أي قاعدة قانونية نافذة.⁴.

هكذا أدى غياب المؤيد الجنائي عن الكثير من موادها إلى بروز حالات انتهكت فيها بجلاء مقتضياتها القانونية ، فاستمرار عقود الزواج مجرد قراءة الفاتحة خاصة في الأوساط القرورية و الفقيرة دون سلوك الإجراءات المسطرية المنصوص عليها و كذا استمرار ظاهرة تزويج القاصرات دون استصدار إذن القاضي المكلف بذلك و التفافا عليه و نفس الأمر بالنسبة للزواج بالتعدد الذي أصبح يقع التفافا على الإذن المشروط للمحكمة بعد تأكدها من أهلية الزوج المادية و النظر لمبرراته ، كلها ظواهر شهدتها المحاكم بعد صدور مدونة الأسرة ولا زالت تشهدها و ما كان

¹- البند 20 من مشروع الميثاق.

²- البند 21 من مشروع الميثاق.

³- المادة 4 من قانون 00-07 القاضي باحداث الأكاديميات الجهوية للتربية والتكوين المؤرخ في 19-5-2000 والمادة 1 من المرسوم رقم 2-00-1016 الصادر بتطبيقه بتاريخ 29-6-2001،

⁴- نقلًا عن د عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثانية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، ص 21 و 22.

يمكن أن تكون لو أن المشرع المغربي تدخل مسبقاً ووضع لانتهاك هذه المقتضيات نصوصاً زجرية موازية كفيلة لردع كل من تسول له نفسه الاستهتار عمداً بالقوانين الجاري بها العمل وهو الأمر الذي لا يوجد ما يمنع شرعاً وفقها اتخاذ حسب المذهب المالكي الذي يعد رائد المذاهب السنية الأخرى في هذا الباب كما سنوضح في مقال لاحق. وقد وضعت هذه الظواهر الجديدة محكماً الأسرة في حرج حقيقي بين أن تعتبر هذه الزيجات المنافية للقانون كان لم تكن وبين الواقع اليم ومصير غامض لأطفال نتجوا عنها ومن ثم لا بد من إيجاد تسوية وحل لوضعيتهم الغريبة التي لم يكن حصولها يخطر على بال المشرع المغربي بالرغم من أن ذلك سيتم على حساب المقتضيات القانونية السارية المفعول.

ستترك الحديث لاحقاً عن الخلفيات المعرفية والاجتماعية الضاربة في أعماق التاريخ، التي جعلت على الخصوص، واضعي ومشروع قوانين ومدونات الأحوال الشخصية الصادرة في المغرب حتى اليوم، مشبعين بالنظرية المثالية التي جسدها بجلاء وضعية المادة 54 وكذا المواد الأخرى التي لحنا لاشكالياتها أعلاه، فالكشف عن الجذور التاريخية الفقهية لـ "أم الاشكاليات" التي تعاني منها هذه المدونات، وهي اشكالية تسببت إليها عبر تبنيها لأحكام الفقه الإسلامي عموماً والماليكي المتأخر على الخصوص، يتطلب بحثاً مستقلاً لا تشكل بالنسبة إليه وضعية الفقرة السابعة من المادة 54 إلا أحدي تحلياتها، إذ هي بمثابة "الشجرة التي تخفي الغابة". فنصوص القوانين المنظمة للأحوال الشخصية ما هي إلا امتداد ثقافي عبر الزمن لهذا الفقه تنعكس حتماً طبيعة أحكامه على الحالات القانونية التي يستمد واضعوها نصوصهم منه، وهي مجالات ذات طبيعة عقائدية شخصية محضة، قد يبدو للكثير أن عملية ضبطها وإخضاعها يحسن أن تعتمد أكثر على الواقع الديني منه إلى المقتضيات الضرورية، لكن هنا على الخصوص أبدت بعض المواقف والاجتهادات الفقهية الصادرة عن جيل الصدر الأول للإسلام، روحًا جد قانونية في تنظيم مثل هذه الحالات الشخصية الدقيقة ربما هي التي افتقدتها إلى حد ما واضعوا مدونات الأحوال الشخصية في المغرب بما فيها مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004.

أما الآن فلنستعرض مضمون المواد المشكلة لكلا ظهيري الزامية التعليم الصادرين في كل من سنة 1963 و2000، سنحاول الكشف عن الأسباب التقنية و القانونية التي جعلت إمكانية تطبيقهما على أرض الواقع مستحيلة استحالة مطلقة و ذلك بالرغم من الحماسة الوطنية المفرطة التي أبداها القائمون على الشأن التعليمي في المغرب و المترجمة إلى مبادرات ومشاريع وخططات جادة أشهرها الميثاق الوطني للتربية و التعليم الصادر خلال سنة 1999 والذي جاء ظهير إلزامية التعليم المؤرخ في 19/05/2000 كانعكاس قانوني له.

أولاً: ظهير 1963/11/13 :

يمكن اعتبار الظهير الصادر بتاريخ 13/11/1963 أول قانون فعلي في تاريخ المغرب جعل مسؤولية تعليم الأبناء بتسجيلهم بالمؤسسات المدرسية تكتسي صبغة جزائية، فهذا القانون الذي صدر في السنوات الأولى لعهد الاستقلال جاء كامتداد قانوني للمبادئ الأربع للإصلاح التعليم التي أقرتها اللجنة الملكية المتشكلة لهذا الغرض بتاريخ 25/04/1958 و التي اعتمدها التصميم الخماسي 1960 - 1964 حيث حدد في جانبه الخاص بالتربية و التعليم على ضرورة تعميم التعليم على جميع الأطفال و رفع نسبة التمدرس مع توحيده و تعريفه، ذلك أن فترة الحماية تركت من ورائها حصيلة كارثية في هذا المجال تجلت في نسبة التمدرس لا تتجاوز 10% في المائة و في تكريس

ظاهرة الطبقية التعليمية باستثنيات مدارس خاصة بالأوروبيين و مدارس خاصة بأبناء الأعيان و النخبة المغربية و ذلك في مقابل مدارس مهنية خاصة بالعامة أو الطبقات الشعبية لتزويد سوق الشغل باليد العاملة .¹

وهكذا بعد أن جعل المشرع في المادة الأولى من هذا الظهير المكون من ثانوي مواد التعليم إجباريا بالنسبة لجميع الأطفال المغاربة ذكورا و إناثا ابتداء من السنة التي يبلغون فيها السابعة إلى غاية الثالثة عشر ، فقد اوجب في المادة الثالثة منه على كل شخص مسؤول عن طفل أبا كان أو أما أو وصيا، أن يطلب تسجيله بمؤسسة للتعليم في السنة التي يبلغ فيها سن السابعة، كما فرض عليه أن يسهر على تردهه بصفة منتظمة على المؤسسة، وكل تقدير من لدن الأشخاص المسؤولين عن هذه الالتزامات يؤدي حسب مقتضيات المادة السادسة منه إلى إنذاره من طرف السلطات المحلية مع معاقبته في حالة ثبوت تهاونه بغرامة تتراوح بين 12 و 120 درهم إذا لم يدل بعذر مقبول داخل الأجل المحدد، هذا و تتولى النيابة العامة بطلب من وزير التربية الوطنية أو ممثله المؤهل قانونا بالمتابعة عن المخالفات لمقتضيات هذا الظهير.

هذه بصورة مجملة مضمون المواد الثمانية المشكلة لظهور إلزامية التعليم الصادر بتاريخ 13/11/1963 و يمكن تسجيل عائدين رئيسين حالا بنيويا دون تطبيقه على ارض الواقع:

الأول: عدم صدور أي قرار عن وزير التربية الوطنية حسب ما أشارت إليه المادة الثالثة منه توضح كيفيات مراقبة تسجيل و تردد الأطفال على المؤسسات التعليمية حتى يتسعى متابعة المسؤولين عنهم قانونيا، مع الإشارة إلى أن هذا القرار التوضيحي صدر بعد أربعين سنة من صدور هذا الظهير²

الثاني: لم يتم تحديد هوية السلطة المحلية التي كلفها الظهير المذكور بتوجيه إنذار إلى كل شخص قصر عن الوفاء بالالتزامات المسطرة به و بالتالي انجاز محضر امتناع أو تقدير حتى يتسعى متابعته زجريا من طرف النيابة العامة بعد توصلها به . و لقد تعين كذلك انتظار مرور حوالي أربعين سنة أي بعد تعديله و تتميمه بمقتضيات ظهير 19/05/2000 ليصدر عن السلطات المعنية ما يوضح ويحسم في هوية السلطة المحلية التي تضاربت في تحديدها القرارات و الدوريات الصادرة بين أن تكون هذه الجهة هم مديرى المؤسسات التعليمية أو المصالح الإقليمية للأكاديميات الجهوية للتربية و التكوين³

هذا القانون إذن ولد ميتا منذ اللحظة الأولى التي رأى فيها النور فعدم استتباعه بالمراسيم و القرارات التي توضح تنزيله على ارض الواقع، جعل فعلا عقودا من الزمن تضيع من العمر المعرفي للمغرب بما بين صدوره سنة 1963 و صدور القانون المغير و المتمم له سنة 2000 و هي فترة ناهزت الأربعين سنة ظل واقع التعليم في المغرب يحصد النتائج السلبية تلو الأخرى بحيث أصبحت أجيال مغربية جديدة لا تعرف الأمية

¹- نفلا بتصرف عن أبيريك مزون،الميثاق الوطني للتربية والتتكوين و الممارسة البيداغوجية، الطبعة الأولى 2008 ، ص 11 وما يليها.

²- القرار عدد 1036.00 الصادر عن وزير التربية الوطنية بتاريخ 24-4-2003 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5144 وتاريخ 18-9-2003.

³- نفس القرار أعلاه.

ذلك انه بين سنة 1960 و 2004 انتقل عدد السكان الأميين من ستة ملايين إلى اثني عشر مليون فرد فيما بلغ عدد الأطفال الذين غادروا المدرسة قبل استكمال التعليم الإلزامي حوالي مليوني طفل¹.

ولقد عبر المرحوم الملك الحسن الثاني عن هذا الواقع الكارثي الذي آلت إليه الوضع التعليمي و الذي كشف عنه صدور البنك الدولي عن أوضاع المغرب العامة سنة 1995 حيث صرخ في خطابه الافتتاحي للدورة البرلمانية لتلك السنة قائلا "لقد قرأنا هذه التقارير فوجدنا فيها فصاحة موجعة و أرقاما في الحقيقة مؤلمة تجعل كل ذي ضمير لا ينام"²

ولعل هذه التشخيصات الموجعة و المقلقة كانت بمثابة إنذار قوي لأصحاب القرار للفكر جديا في الأخطر الخدقة بالمجتمع و الدولة و هو ما حدا بالتفكير في مداخل جديلة لإصلاح تعليمي شامل و منهج أسفر بعد سنوات قليلة عن ميلاد ما يسمى بـالميثاق الوطني للتربية و التكوين و الذي اعتبر آنذاك حدثا تاريخيا و تحولا جوهريا و جذريا داخل مسار المنظومة التربوية لبلادنا ذلك أنه ولأول مرة في المغرب أصبح النظام التعليمي يملأ وثيقة توافقية تضع بوضوح مبادئه الأساسية³

و هكذا جاء ظهير 19/05/2000 المتتم و المغير لظهير 13/11/1963 بشان التعليم الإجباري و الذي صدر بنفس السنة التي انطلق فيها العمل بـالميثاق كتقنين مسطري وجزائي لتنزيل مقتضياته .

ثانيا : ظهير 19/05/2000 بين الحماسة المفرطة و الإخفاق من جديد :

من مميزات هذا الظهير الذي صدر عند بداية الألفية الثالثة أنه ولد عقب أجواء تميزت بالحماسة والانشغل الوطني العام بقضية التعليم⁴ و هي أجواء أكدت الانشغال المذكور وأعلنت ضرورة إصلاح نظام التربية و التكوين⁵، ولقد اعتبرت التوجيهات السامية الواردة في الرسالة الملكية الموجهة بتاريخ 2/2/1999 لرئيس اللجنة الوطنية الخاصة بال التربية و التعليم بمثابة الدليل المنهجي لبلورة مشروع إصلاح تعليمي شامل منسجم وفعال هو الذي سيسفر عن خلق الميثاق الوطني للتربية و التكوين الذي تم إقراره من طرف صاحب الجلالة في أكتوبر 1999 منيطا باللجنة المذكورة تتبع عمليات تطبيقه و تقويم نتائجه و إغنائه.

وعلى هذا الأساس و بهدف المثابرة على ضمان أوفر حظوظ النجاح لإصلاح شأن التعليمي بادرت اللجنة بأعمال و أنشطة و بتسيير مكثف مع جميع القطاعات الحكومية المشرفة على التربية و التكوين، وقد كان من بين هذه الأعمال إبداء رأيها في مشاريع القوانين المتعلقة بتطبيق بنود الميثاق وذلك بهدف ضمان ملاءمة مقتضيات النصوص القانونية الصادرة للتوجهات الكبرى المسطرة في الميثاق الذي أعلن بـان عشريـة 2000_2010 وطنية للتربية و التكوين و تكون قطاع التربية و التكوين يعد أسبقية وطنية بعد الوحدة الترابية و يجعل المتعلم

¹- المغرب الممكن تقرير الخمسينية، مطبعة دار النشر المغربية 2006 ص 108.

²- نقلـا عن ذـ.أبرـيكـ أـمزـونـ ، نفسـ المرـجـعـ أـعلاـهـ، صـ 21ـ.

³- عدم التمدرس في المغرب، دراسة من انجاز عبد الرحمن برادة و نور الدين العوفي سنة 2007 بتعاون مع منظمة اليونيسف، ص 19 .

⁴- تعيين حكومة التناوب، خطاب العرش 1998، التصريح الحكومي أبريل 1998

⁵- ذـ.أبرـيكـ أـمزـونـ، صـ 27ـ.

بوجه عام و الطفل بوجه خاص في قلب الاهتمام و التفكير و الفعل خلال العملية التربوية مع جعل التعليم إلزاميا ابتداء من تام السنة السادسة من العمر إلى تام الخامسة عشر تبعا لتقديم إرساء الميكل و الشروط التربوية الكفيلة بإعطاء هذه الإلزامية محتواها العملي.¹

اذن ما هو الجديد الذي حمله ظهير 19-5-2000 و هل استطاع أن يتجاوز المعوقات البنوية التي حالت دون تطبيق سلفه ظهير 13-11-1963 وهل فعلا سيكون رهانا قانونيا حقيقيا للأهداف الكبرى المسطرة بالمياثق الوطني للتربية و التعليم خاصة في الجانب المتعلق بعميم التمدرس و مراقبة المواظبة أم انه سيظل كذلك رهينا لعدم الاكتراث به سواء من طرف القطاعات الإدارية الأخرى التي تتوقف عليها عملية تنزيله أو من طرف القائمين على الشأن التربوي والتعليمي أنفسهم؟

قراءة للنصوص الستة المشكلة لظهير 19-5-2000 :

يمكن رصد مجموعة من التغيرات والإضافات التي تميز بها نوعا ما هذا الظهير عن سالفه ولعل الجديد الذي جاء به هو أنه حاول أن يكون محكم الصياغة و الإجراءات المسطرية التي تتطلبه عملية التسجيل ومراقبة المواظبة وأن يتفادى حالة القصور البنوي التي وقع فيها سلفه من جهة وان يكون من جهة أخرى متوفقا هذه المرة مع التوجهات الكبرى لميثاق التربية و التكوين كإطار فكري عام للشأن التعليمي و التربوي . هكذا تتلخص المتغيرات في النقاط التالية :

1- خفض سن التمدرس الإجباري إلى ست سنوات بدل سبع سنوات (المادة 1) وذلك ليتماشى مع مقتضيات البند 26 من الميثاق الوطني مع إلزام الآباء والأولياء بتنفيذ حق الأطفال في هذا التعليم الأساسي إلى حين بلوغهم سن الخامسة عشر.

2- تحويل كل شخص مسؤول عن الطفل بلغ سن الرابعة من عمره واجب التصريح به لدى أقرب مدرسة عمومية من مكان إقامته في أجل أقصاه ستة أشهر².

وذلك حتى يتسمى للمصالح التعليمية تتبع هذا الطفل منذ ولادته وعما إذا كان سيقع تسجيله عند بلوغه سن السادسة من طرف المسؤول عنه، كما يتعين عليه كذلك السهر على تردهه بصفة منتظمة على المؤسسة التي وقع تسجيله بها . هذا وقد أشارت المادة الثالثة من الظهير أن تحديد شروط التسجيل و كيفيات مراقبة المواظبة سيكون بموجب قرار لاحق سيصدره وزير التربية الوطنية.³

3- تحويل ضباط الحالة المدنية الموجودين بدائرة نفوذ نيابة وزارة التربية الوطنية مسؤولية موافاة هذه الأخيرة بقائمة التصاريح بالولادة المسجلة لديهم خلال السنة المنصرمة وذلك خلال الفترة الممتدة من فاتح يناير إلى الواحد

¹- البند 26 من الميثاق الوطني.

²- المادة 3 مكررة.

³- صدر القرار بعد ثلاثة سنوات.

و الثلاثين من شهر مارس، كما يقومون كذلك ووفق نفس المسطورة بموافاتها بقائمة الأطفال المقيدن لديها سجلات الحالة المدنية و الدين بلغوا سن الربعة عند متم الواحد و الثلاثين من دجنبر من السنة المنصرمة¹

وذلك حتى يتسمى لنفس الجهة تتبع العدد الإجمالي للأطفال الذين سيبلغون سن التمدرس ومن ثم توفير ظروف تعليمهم ومراقبة عملية تسجيلهم²

4- رفع مبلغ الغرامة كعقوبة وحيدة في حالة عدم تقييد الأشخاص المسؤولين بالتزامات تسجيل الأطفال بالمؤسسات التعليمية وتتبع مواظبتهم على الدراسة بجعلها مائة وعشرين درهما كحد أدنى وثمانمائة درهم كحد أقصى مع الإشارة إلى أن هذه العقوبة يسبقها إنذار يوجه إلى الشخص المسؤول من طرف السلطات المحلية³

هذه هي أهم المستجدات الموضوعية والإجرائية التي حاول من خلالها المشرع المغربي ومن ورائه واضعو الميثاق أن يكون ظهير 19-5-2000 محكما في تنظيمه و ضبطه لعملية تسجيل و مراقبة و تتبع تنفيذ الآباء والأولياء للتزاماتهم في تعليم الأطفال المسؤولين عنهم إلى بلوغهم سن الخامسة عشر حسب ما تقتضيه المادة الأولى منه، غير أنه بالرغم من كل هذه الإضافات التي تبدو في مظهرها جادة و حازمة فقد أبانت محاولة تنزيله على ارض الواقع منذ صدوره إلى حدود اليوم عن استحالة شبه مطلقة و تعود أسباب ذلك إلى مجموعة عوامل:

أولا:تهاون ضباط الحالة المدنية في توجيه قوائم التصاريح بالولادات المسجلة لديهم وكذا قوائم الأطفال الذين بلغوا سن الرابعة إلى النباتات الإقليمية لوزارة التربية الوطنية كما تقتضيه المادة الثالثة المكررة من قانون إلزامية التعليم وذلك بالرغم من توجيه عدة دوريات تنبه وتحث على ذلك سواء من طرف وزارة الداخلية⁴ أو من طرف وزارة التربية الوطنية⁵.

ولقد عبرت إحدى الدوريات الصادرة عن وزارة التربية الوطنية بتاريخ 8-5-2003 تحت عدد 47 و بعد ثلاث سنوات من صدور ظهير إلزامية التعليم و انطلاق العمل بمشروع الميثاق الوطني عن ضعف هذا التنسيق بين مديرى المؤسسات التعليمية و السلطات الجماعية وهو ما أدى ، تقول الدورية إلى عدم ضبط الأعداد الحقيقة للأطفال البالغين سن التمدرس وبالتالي تدني مستوى التسجيل وتأخره.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المغربي لم يرتب أي مساعدة تأديبية أو زجرية لضباط الحالة المدنية الذين يتقاعسون عن إعداد قوائم الأطفال وتوجيهها، إلى المصالح التربوية وبالرغم من أنهم يخضعون إداريا لوصاية وإشراف السلطات المحلية لوزارة الداخلية و التي يفترض أن تحاسبهم عن كل إخلال بواجب إداري أنيط بهم قانونا، فإنه

¹- المادة 3 مكرر.

² إعداد الخريطة المدرسية.

³ المادة 6

⁴- مذكرة 100 موجهة بتاريخ 26-6-2000 نحو عمال وولاة الأقاليم باعتبارهم مراقبين لأعمال أقسام الحالة المدنية.

⁵ مذكرة 58 وتاريخ 4-6-2000 ، مذكرة 62 بتاريخ 25-3-2002 ، مذكرة 108 بتاريخ 24-9-2002 نحو مديرى الأكاديميات بضرورة التنسيق مع هذه الأقسام لموافاتها بهذه القوائم وذلك لما تكسية من أهمية بالغة حسب ما أومنا إليه إحدى هذه المذكرات.

عرض ذلك فان هذه الجهات تفضل سلوك أساليب الحث و الترغيب و الايهاب لاستمالتهم للقيام بعمل يفرضه عليهم القانون¹

وهكذا فان استناد الأكاديميات الجهوية في ضبط الأطفال الذين بلغوا سن التمدرس و الذين لم يعمد المسؤولون عنهم الى تسجيلهم ،على القوائم التي من المفروض قانونا أن تعدّها أقسام الحالة المدنية، يعد اتكلات على قطاع إداري يشكو جله من ضعف الإمكانيات البشرية و المادية ومن طريقة عمل تعاني من المخالفات المسطرية و القانونية وذلك بسبب ضعف المراقبة و التأطير من طرف الأجهزة التي يخولها القانون ذلك خاصة المفتشين الإقليميين لمكاتب الحالة المدنية وهو ما أفصحت عنه إحدى الدوريات الصادرة عن وزير الداخلية حين احتجت بطريقه غير مباشرة على هذه المكاتب التي لا تعمد إلى بعث لوائح الأطفال إلى النيابات الإقليمية التابعة لوزارة التربية الوطنية تطبيقا لأحكام هذا القانون²

هذا و تجدر الاشارة الى أن الأكاديميات الجهوية للتربية والتقويم باعتبارها الجهة المشرفة على تطبيق السياسة التربوية والتقويمية في اطار مقتضيات الميثاق الوطني ،لا يوجد من ضمن الأعضاء المكونين لمجلسها رؤساء الجماعات المحلية باعتبارهم ضباطا للحالة المدنية³.

وقد كان بالأولى جعلهم كذلك لتوقف عمليه تعميم تمدرس كافة الأطفال على اللوائح التي يتعين عليهم قانونا ارسالها للأكاديميات الجهوية وذلك حتى يتسمى اطلاعهم عن كثب على أهمية هذه اللوائح ودورها في ضبط الأعداد الحقيقية للأطفال الذين لم يتم تسجيلهم بالمدرسة ومن ثم امكانية استدعاء المسؤولين عنهم قانونا ولعل غيابهم عن تكوين المجلس هو من بين الأسباب التي تجعل أقسام الحالة المدنية لا تكترث بإعداد القوائم المنصوص عليها في المادة الثالثة مكرر من قانون الزامية التعليم.

- ثانيا : أشارت المادة الثالثة من قانون إلزامية التعليم على أن الإدارة هي التي تتولى التسجيل التلقائي للأطفال الذين تقاعس المسؤولون عنهم عن تسجيلهم دون تحديد هوية هذه الإدارة وقد أوضحت إحدى مذكرات وزير التربية الوطنية صدرت بعد ستين من بدء العمل بقانون الزامية التعليم⁴ .

وكان ذلك في انتظار صدور القرار النهائي الذي سيوضح الأمر، أن مديرى المدارس الابتدائية أو المجموعات المدرسية هم المقصودون بعبارة الإدارة إذ أناطت بهم مهمة التسجيل التلقائي للأطفال بعد التعرف على سنهم و هوبيتهم، ثم جاء بعد هذه المذكرة بحوالي سنة قرار آخر عن وزير التربية الوطنية⁵.

¹ - راجع الصياغة الوصائية التي كتبت بها مثلا الدورية 68 المؤرخة في 10-6-2006.

² - دورية وزير الداخلية عدد 2009 المؤرخة في 10-3-2008.

³ - المادة 4 من ظهير احداث الأكاديميات الجهوية للتربية والتقويم والمادة 1 من مرسوم تطبيقه الصادر بتاريخ 29-6-2001.

⁴ - مذكرة 62 بتاريخ 25-3-2002.

⁵ - قرار عدد 1036 مؤرخ في 18-9-2003.

عهد بهذه المهمة إلى المصالح الإقليمية الجهوية للتربية والتكوين التي تتسلم من ضباط الحالة المدنية قوائم الأطفال المستوفين أربع سنوات، أما مديرو المدارس فقد أننيط بهم فقط موافاة هذه المصالح بقوائم الأطفال المصرح بهم لديها والبالغين أربع أو خمس سنوات دون المبادرة تلقائيا بتسجيلهم كما كان الأمر في السابق، وهكذا يكون القرار قد حسم نهائيا في تحديد الجهة المخولة لها وحدتها انجاز هذه العملية، ونشير إلى أن الغموض الذي أحاط بتحديد هوية الإدارة جعل سنوات تضيع من عمر المخطط الوطني يجعل عشرية 2000-2010 عشرية تعليمية بامتياز.

ثالثاً - جاء في المادة الثالثة من ظهير 19-5-2000 أن توضيح شروط تسجيل الأطفال بالمؤسسات التعليمية وكيفيات مراقبة ترددhem بصفة منتظمة عليها سيكون بموجب قرار سيصدر لاحقاً عن وزير التربية الوطنية ولقد صدر فعلاً هذا القرار لكن بعد مرور حوالي ثلاثة سنوات من نشر قانون إلزامية التعليم وهو ما يعني أن أعواض اصوات من عشرية التعليم مadam أن هذا القرار جاء كتفسير وتوضيح ملخصاً ملخصاً في المواد الستة المشكلة لقانون إلزامية التعليم

ونشير كذلك أنه بالإضافة إلى تأثر صدور هذا القرار التوضيحي فلقد ألقى بدوره بنوع من الغموض على أهم مقتضيات قانون الزامية التعليم وهي المادة السادسة منه، إذ في الوقت الذي نصت فيه هذه المادة على أن تقصير الأشخاص المسؤولين عن الوفاء بالالتزامات الناجمة عن مقتضياته يؤدي إلى إنذار من طرف السلطة المحلية التي فسرها قرار 1036 بكون نائب وزارة التربية الوطنية هو المقصود بها، فقد اقتصر القرار المذكور على الإشارة إلى هذا الإنذار دون بيان ما سيرتب عنه من إجراءات يتوجب سلوكها في حالة عدم الانضباط به، علماً أن نائب وزارة التربية الوطنية لا يتوفر على الصفة الضبطية التي تخالوه انجاز محضر بذلك وسيظل التساؤل عما إذا كان يقتصر دوره على إبلاغ أو مراسلة النيابة العامة بالإخلال بظهير إلزامية التعليم دون إجابة مادام أنه لحد اليوم لم تتم متابعة أي مواطن مغربي عن مخالفته وبالتالي يتعدى معرفة الكيفية التي بلغ إلى علم النيابة العامة ارتكاب هذه المخالفات.

-رابعاً: بغض النظر عن تقاعس ضباط الحالة المدنية في توجيه قوائم الولادات وكذا قوائم الأطفال الذين بلغوا سن التمدرس إلى المصالح التعليمية المختصة، فإن وجود صعوبات بنوية في تعليم التسجيل بالحالة المدنية على سائر المواطنين المغاربة وهي وضعية تورق منذ مدة مختلف السلطات الوطنية، جعل إمكانية هذا التوجيه أساساً غير ممكنة وذلك لعوامل كثيرة أشارت إليها إحدى الدوريات المشتركة بين وزير العدل ووزير الداخلية¹.

أهمها عدم توفر عقد الزواج وتعذر إثبات الزوجية باعتبارهما وثائق يلزم الإدلاء بهما للتسجيل بالحالة المدنية، والبطء في تصفية قضايا الحالة المدنية ودعوى الزوجية المرفوعة أمام المحاكم، وغير خاف أن مجهودات كبرى تبذل من ظرف الجهات المختصة بهدف تحقيق تعميم شامل لنظام الحالة المدنية وإخضاع جميع المغاربة له وغالبا ما تعمد هذه الجهات إلى سلوك أساليب تكرس بطريقة غير مباشرة فوضى دائمة يعيشها هذا القطاع ونفصّل بالذكر هنا أسلوب الحملات التي تدهشناها مصالح وزارة الداخلية والتي تكون عادةً ظرفية ومؤقتة ثم يعود القطاع للحالة التي كان عليها بعد انتهاء الحملة وذلك في انتظار بدء أخرى.

¹ - دوريه 19 س 2 مؤرخه في 29-7-2008.

- خامساً : رغم الحماسة الوطنية التي أبدتها واضعوا ميثاق التربية و التكوين لتحقيق أعلى نسبة التمدرس بين الأطفال وتقليلص أدنى نسبة من الهدر المدرسي، فقد أخفق المشرع المغربي في ترجمة هذا الحماس إلى نصوص وعقوبات زجرية رادعة يضرب لها الحساب من طرف كل مسؤول عن طفل تراخي عن تنفيذ الالتزام بالأولوية الوطنية الثانية، ذلك أنه مقارنة بالقانون الجنائي الفرنسي الذي يعاقب كل تقدير في هذا الشأن من جانب الأبوين أو أي شخص له سلطة أبوية على الطفل في تسجيله داخل الأجل المحدد قانوناً بمجموعة مدرسية ودون عذر مقبول بستة أشهر حبساً وغرامة تقدر بسبعين ألف وخمسة وأربعين ألف درهم مغربية.¹

فإن العقوبة التي ارتضاها المشرع المغربي تقتصر فقط على الغرامة التي تصل إلى مبلغ ثمانمائة درهم وهي عقوبة لا يخفى وهنها إذ لا تشكل إطلاقاً رديعاً زجرياً جدياً ولا تعكس نهائياً حقيقة تصدر الشأن التعليمي للأولويات الوطنية الأولى.

هذه بصورة بجملة العوائق البنوية التي حالت دون تنزيل مقتضيات ظهير إلزامية التعليم على أرض الواقع وهي عوائق تبدأ من مكاتب الحالة المدنية و تنتهي بالعقوبة الواهية التي خصها المشرع المغربي لمحالفي هذا الظهير الذي يبدو أن واضعي الميثاق الوطني باعتبارهم منظرين للشأن التعليمي بالغرب ، كانوا يضمرون مسبقاً نية عدم تفعيله، مadam أنهم حبذوا منذ البداية سياسة الترغيب والاستمالة والحفز المعنوي للأباء وأولياء أمور الأطفال في تسجيل أبنائهم في المؤسسات التعليمية عوض جبرهم جزاءياً على ذلك وهو ما عبر عنه بكل صراحة ووضوح البند 26 من الدعامة الأولى للميثاق الذي اعتبر أن تنفيذ إلزامية التعليم في المغرب يستند أساساً على الجذب والحفز المعنوي ، وهي كما يبدو أساليب لا تخفي مثاليتها وتعويتها على الواقع الأخلاقي للمواطنين ومدى تقديرهم لأهمية التعليم و الذي مختلف من شخص لآخر، أما الوسائل القسرية المشروعة الأخرى التي لا تمثلها سوى المقتضيات الزجرية المضمنة به فلا يقتصر عليها ولا يلتجأ إليها إلا بصورة استثنائية ولعل هذا هو ما يفسر بخلاف عدم اكتراث السلطات القائمة على الشأن التعليمي بمقتضياته وعدم متابعة أي مواطن مغربي على مخالفته.

هذا ولقد كان من نتائج اهمال هذا الظهير الذي كان من شأن تفعيله أن يساهم بكل تأكيد في تقليلص نسبة اللاتمدرس وظاهرة الهدر المدرسي وأن يضفي على المسألة التعليمية حالة الصرامة والجدية التي يتطلبها كل نص قانوني بالرغم من وهن العقوبة المرصودة لمحالفيه والتي كان يمكن في أي وقت مراجعتها وتشديدها أثناء سريانه، أن حصد الواقع التعليمي في المغرب مزيداً من النتائج السلبية، وبالرغم من البرنامج الطموح الذي وضعه وبشر بآفاقه واضعوا الميثاق الوطني بتعيم التمدرس الكلي للأطفال في سن السادسة ابتداء من سنة 2002 وتخفيض الأمية إلى أقل من 20% في المائة سنة 2010 مع محوها تماماً سنة 2015².

¹- المادة 227 من القانون الجنائي الفرنسي التي أحالها عليها الفصل 11-131 من مدونة التربية الفرنسية.

²- راجع البند 31 من الميثاق.

الا أن الاحصائيات كشفت أنه الى حدود سنة 2008 أي بعد ثمان سنوات من العمل باليثاق، لم تتجاوز نسبة التمدرس في التعليم الابتدائي 50 في المائة كما أن أكثر من 55 بالمائة من المغاربة اللذين هم في سن 25 فما فوق لا يستطيعون القراءة والكتابة أما نسبة المدر المدرسي فقد بلغت حوالي 400 ألف طفل سنويا¹.

ولقد اعترف فعلا البرنامج الحكومي المقدم أمام مجلس النواب بتاريخ 24-10-2007 عند حديثه عن تأهيل منظومة التربية والتكوين عن نواقص ومعوقات حالت دون التفعيل الأمثل لبعض بنود الميثاق الوطني للتربية والتكوين مما نتج عنها تأخر في تحقيق بعض الأهداف المسطرة له خاصة، يضيف التقرير، وأن عشرية الاصلاح الحالي (2000-2010) تقترب من نهايتها، لذلك وبهدف الرفع من وتيرة الاصلاح، بادر العمل الحكومي ويتنايسق مع المجلس الأعلى للتعليم الى اعداد برنامج استعجالي جعل من بين اهتماماته الخاصة العمل على تفعيل قانون الالزامية الذي يجسده ظهير 19-5-2000 وذلك بهدف اعطاء تعليم التمدرس مدلوله الحقيقي².

غير أنه للأسف لم يتم الاكترااث بتفعيل هذا القانون الذي لم يحظ ولو مرة واحدة و طيلة الاثنا عشر سنة من تاريخ صدوره بمناقشة لمضمونه وإشكالياته التطبيقية سواء من طرف القائمين على الشأن التعليمي أو من طرف الساهرين على حماية و تطبيق المقتضيات الجنائية المنصوص عليها في مختلف القوانين الجارية، وهكذا استمر مسلسل انتكاسات المنظومة التعليمية الى حدود اليوم وهو ما بدا جليا من خلال الاعلان الرسمي بتاريخ 25-7-2012 عن فشل المخطط الاستعجالي لإنقاذ المنظومة التعليمية الذي تم بلوورته وتنفيذ مقتضياته بدء من سنة 2009 الى سنة 2012.

خاتمة :

كانت هذه قراءة لما يمكن اعتباره بأهم القوانين التي قد يتشرف مشروع ما بوضعها، فالمسألة التعليمية أو العلم بالنسبة لأي مجتمع هو من الأهمية التي لا ينكر فضلها إلا جاهل كما كان يقول الامام الشاطبي، بل أكثر من ذلك فإن أهميته تزداد وضوحا عند سريان العملية القانونية بفضل ما يعيشه التعلم من وعي يتسرّب إلى أخلاق تتجسد في السلوك اليومي للمواطنين فيجعل امتنالهم للمقتضيات القانونية الصادرة يجري بصورة تلقائية، ليس بسبب حذرهم من عنصر الجزاء والقسر المضمن بها، بل لكون هذه المقتضيات هي في حد ذاتها وقبل كل شيء تكون عادة مقبولة وضرورية في نفس الان ، وقدما في جمهوريته الفاضلة، حلم أفلاطون بمجتمع مثالى يستقي أعضاءه مثالايتهم فيه من الانسجام الداخلي بفضل ارتقاء عقلهم الانساني والفضل في ذلك كله لنظام تعليم يكيف المواطنين ليكونوا مطعمين لحكامهم الفلاسفة. أما من جهة ثقافتنا الاسلامية فتصدر الأمر الوارد بطلب العلم لكل الأوامر الشرعية الواردة بالخطاب القرآني تعد اشارة كافية منه لاطلاق النظر وتدشين البحث في أهميته الاستراتيجية لبناء مجتمع مثقف و قوي ، فالعلم هو الطريقة الأكثر هدوءا لقهر الأعداء و هزمهم.

للأسف الشديد، لم تتعكس كما يجب "الارادة الالهية" بشكل حقيقي و كامل على المنظومة التربوية ببلادنا بالرغم من تمعنا بحكم مرجعيتنا الدينية الاسلامية، على حكم شرعي صريح و رصيد تاريخي ثقافي ومعرفي لطالما أشاد

¹ - حالة المغرب 2007-2008 منشورات وجهة نظر، كراسات استراتيجية عدد 4، ص 157.

² - التقرير الاستراتيجي المغربي 2006-2010، صدر عن مركز الدراسات والأبحاث في العلوم الاجتماعية، التقرير الناجع، ص 511.

بفضل العلم وضرورته، غير أن ما يمكن أن نسجله هنا، هو أن هذا الرصيد وقف في حدود الوعظ والارشاد ولم يتطور إلى أحكام آمرة ونافذة تجعل الأمر القرآني الوارد بطلب العلم يتكرس على أرض الواقع بشكل ظاهر وملموس، فلأحكام السياسة الشرعية التي كانت تعبر فيما مضى عن المنحى الجزائي والروح القانونية لأحكام الشريعة و الفقه الاسلاميين في تشكيلاتهما ومراحلهما الأولى، تخلو من أي حديث أو اشارة لنوع عقاب أو تعزير رصد في يوم ما لأحد مخالفي تنفيذ الأمر الالاهي الأول، فالأسباب اجتماعية و معرفية أصولية سنووضحها لاحقا، ظلت فريضة طلب العلم في الثقافة الاسلامية مجرد موعظة يحدث بها الفقهاء الناس لخوالة استعمالهم دينيا للامثال لها، وهكذا ظل هاجس التعليم في ضمير هذه الثقافة شأنها موعظيا خالصا لم ينعكس فقط على وعي واضعي المدونة من خلال طريقة صياغتهم المثالية للفقرة السابعة من المادة 54 ، بل كذلك على واضعي مشروع الميثاق الوطني للتربية والتعليم باعتبارهم منتمين فكريا لهذه الثقافة، ولقد بما ذلك جليا من مضمون البند 31 منه الذي فضلوا من خلاله ، وكطريقة لجعل التعليم الزاميا ، سلوك أساليب الحفز والجذب المعنوي للمواطنين بدل ارغامهم على ذلك بواسطة المقتضيات الاجرية التي يسمح بها على عنته ظهير 19-5-2000 وحده .

العنف المجتمعي والأسرى من معوقات تحقيق التغيير الحضاري



مقدم من فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد خلف بنى سلامة

كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية /الأردن

مقدم للمشاركة في مؤتمر الأمن المجتمعي المنوي عقده في جامعة الـبيـت

المقدمة :

شهد الأردن في الآونة الأخيرة تصاعداً كبيراً في ما يسمى بظاهرة العنف المجتمعي بشتى أنواعه ما بين قتل وانتحرار وما يطلق عليه جرائم الشرف إضافة إلى اشتباكات عشائرية وأخرى بين المواطنين وقوات الأمن العام ، الأمر الذي يشكل قلقاً كبيراً لدى المسؤولين ومدعاه لوضع الخطوط الوقائية والعلاجية .

وبحسب المفوض العام للمركز الوطني لحقوق الإنسان فإن الدلائل تشير إلى إزدياد العنف في الكثير من الدول ومنها الأردن ، فقد فقد سجلت في عام 2007 (1065) حالة قتل أو شروع في القتل أو إيذاء بليغ، وفي عام 2008 سجلت (1040) حالة ، وفي عام 2009 سجلت (1053) حالة، وفي عام 2010 سجلت (1055) حالة ، فضلا عن الوفيات الناجمة عن حوادث السير والتي كانت 979 و 740 و 676 حالة للأعوام 2007, 2008, 2009 على التوالي .

وقد ارتأيت تقسيم هذا البحث على النحو التالي :

المبحث الأول : العنف المجتمعي ماهيته وأسبابه وطرق علاجه

المطلب الأول : معنى ظاهرة العنف المجتمعي

المطلب الثاني : أشكال ظاهرة العنف.

المطلب الثالث: أسباب العنف المجتمعي.

المطلب الرابع : رأي علماء النفس والمجتمع في هذه الظاهرة.

المطلب الخامس : طرق التصدي لهذه الظاهرة.

المبحث الثاني : العنف الأسري

المطلب الأول : أسباب ظاهرة العنف الأسري.

المطلب الثاني : أشكال ظاهرة العنف الأسري.

المطلب الثالث: العنف الأسري من معوقات تحقيق الأمن المجتمعي.

الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول : العنف المجتمعي ماهيته وأسبابه وطرق علاجه :

المطلب الأول : معنى ظاهرة العنف :

العنف كأي ظاهرة مجتمعية هو بحاجة إلى تعريف دقيق وتحديد علمي والوقوف على مسبباته وعوامله ومبرراته .

تعريف العنف لغوياً¹ :

العنف في معناه اللغوي ضد الرفق ، وعنوان الشئ أوله ، وهو في عنوان شبابه أي قوته ، وعنده تعنيفاً لامه وعتب عليه ، مما يعني أن العنف ضد الرأفة شخص آخر ، فقال ﷺ (إن الله رفيق يحب الرفق ، ويعطي على الرفق ما لا يعطي على العتق) .

فالعنف في اللغة هو كل قول أو فعل ضد الرأفة والرفق واللين .

تعريف العنف في القانون :

في إطار التشريعات الجنائية ، تصدى فقهاء القانون الجنائي لتعريف العنف فقد عرفوه بأنه (هو كل مساس بسلامة جسم المجنى عليه ، من شأنه إلحاق الإيذاء والتعدى به)² .

العنف من منظور إجتماعي :

يعرف العنف بأنه الإيذاء باليد أو باللسان ، بالفعل أو بالكلمة ، في الحقل التصادمي مع الآخر ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون فعل العنف والإيذاء على المستوى الفردي أو المستوى الجماعي ، فلا يخرج في كلا الحالتين من ممارسة الإيذاء سواء باللسان أو اليد ، وعليه فإن العنف هو ظاهرة اجتماعية ، تاريخية ، ينبعها الفاعل الفردي أو الجماعي)³ .

¹ ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت 185\1

² موسوعة الجريمة والعدالة ص 225

³ - انظر د. حميد ، بشير ناطر ، ظاهرة العنف في المجتمع المعاصر ، مراجعة نظرية ، دراسات اجتماعية ، السنة 2009 ، ص 23

العنف والثقافة :

هناك ترابط عميق بين مظاهر العنف وأدواته المستخدمة ، والثقافة التي توجه الإنسان وتحكم في سلوكه الخاص والعام .

فالإنسان قادر على فعل العنف قادر أيضاً على عدم فعله وسلوكيه هذا مشروط ليس فقط بالقدرة على الفعل بل متوجه ومحدود أيضاً بالظروف التي تسمح بالفعل العنفي أو لا تسمح به .

فالفعل العنفي هو نتاج الحالات من التوتر الفردي أو الجماعي ، فالعنف ظاهرة إجتماعية له جذور الثقافية ، ومبرراته المعرفية ، لا يمكن معرفة هذه الظاهرة حق المعرفة إلا من خلال معرفة الجذور والحواضن الثقافية للعنف .

العنف والعدوان :

على المستوى الواقعي يتداخل مفهوم العنف مع مفهوم العدوان بحيث من الصعوبة تحديد التمايزات الدقيقة بين العنف والعدوان .

فالعدوان : هو مجموعة متنوعة من مظاهر السلوك تتراوح بين مجرد إغاظة الآخرين أو إبداء العداوة نحوهم إلى الإعتداء .

فمن هنا يمكن القول أن العدوان من المفاهيم العامة التي تستوعب غيره من أنواع السلوك الإنساني ، وبتعبير أدق فإن العنف هو السلوك البارز والظاهر ل Lil الإنسان بصفته الفردية أو الجماعية .

العنف والإرهاب :

من الصعوبة أيضاً إمكانية تحديد الفروقات الدقيقة بين مفهومي العنف والإرهاب ، إذ أن مضمونهما واحد . ولعل الفرق الوحيد بينهما يعود إلى الدوافع والأهداف المتواхدة من فعل العنف أو فعل الإرهاب غالباً ما يعرف الإرهاب على أنه (أفعال الجماعات المنشقة عن النظم السياسية أو التيار العام في المجتمع الذي يوجه أفعاله ضد نظم سياسية معينة من أجل إحداث تغيير يتفق مع أهداف هذه الجماعات) ،

ويشير الشيخ يوسف القرضاوي إلى طبيعة العلاقة بين العنف والإرهاب بقوله " ورأى أن بينهما عموماً وخصوصاً ، كما يقول أهل المنطق ، فكل إرهاب عنف ، وليس كل عنف إرهاب " ¹ .

المطلب الثاني : أشكال ظاهرة العنف المجتمعي :

(1) العنف الصحي :

ويقصد به حرمان الشخص من الظروف الصحية المناسبة له ففي الأردن مثلاً تحدث من (40 - 60) حالة وفاة بين الأمهات الحوامل لكل (100.000) حالة ولادة حية بسبب مضاعفات الحمل والولادة.

¹ - لمزيد من التفصيل انظر د. حميد ، بشير ناطر ، ظاهرة العنف في المجتمع المعاصر ، مراجعة نظرية ، دراسات إجتماعية ، السنة 2009 ، ص 23.

(2) العنف اللفظي :

يعد العنف اللفظي أشد أنواع العنف خطراً على الصحة النفسية مع أنه لا يترك آثاراً مادية واضحة للعيان إذ يقف عند حدود الكلام والإهانات وهو أكثر أنواع العنف شيوعاً،

(3) العنف الاجتماعي :

يكثُر العنف الإجتماعي في الثقافات التي تحول دون المساواة بين الزوج والزوجة ، وعده الزوج هو صاحب الحق والقرار في الأسرة ومن مظاهر هذا العنف مثلاً ، حرمان الزوجة من العمل ، ومتابعة التعليم وحرمانها من زيارة الأهل والأصدقاء والأقارب وحرمانها من إبداء رأيها.

(4) العنف الجسدي :

يُعد من أكثر أنواع العنف وضوحاً ، ويتم بإستخدام الأيدي أو الأرجل أو أي أداة من شأنها ترك آثار واضحة على جسد المعتدى عليه ، ويعاقب القانون الأردني على العنف الجسدي .

ومن أشكال العنف الجسدي الصفع والدفع والركل واللكم وشد الشعر والرمي أرضاً والعض والخنق والضرب بآدابة حادة .

(5) العنف الجنسي :

والذي قد يكون جسدياً ولفظياً أو عاطفياً ومن أحد أشكال العنف الجنسي سوء معاملة الزوجة جنسياً والنظر إليها للمتعة الجنسية فقط ، واتخاذ الطرق والأساليب الخارجية على قواعد الخلق والدين وذم أسلوبها الجنسي لإذلالها وتحقيق شأنها ، كما يجب أن نعلم أيضاً أن الأطفال هم عرضة دائماً للعنف الجنسي سواء كانوا بنين أو بنات فقد أظهرت الأبحاث في بعض دول العالم أن واحداً من كل أربعة أطفال قد يتعرض للعدوان الجنسي والأطفال الصغار خاصة من هم في العاشرة يكونون أكثر عرضة للعدوان الجنسي.¹

وتشير احصائيات المركز الوطني للطب الشرعي في الأردن انه في عام 2010 بلغ عدد الحالات التي راجعت عيادة الطب الشرعي المتعلقة بالعنف الجنسي (2137) حالة تبين أن 36% منها كانت لنساء تعرضن للعنف الجنسي من قبل أزواجهن أو أشقائهن أو أبنائهن و57% كانت لأطفال تعرضوا للعنف الجنسي أو للعنف الجنسي أو للإهمال، و6% من مجمل الحالات كانت لنساء تعرضن للعنف الجنسي إن كان من داخل الأسرة أو خارجها.²

1 - لمزيد من التفصيل انظر د.العواودة ، أمل سالم ، العنف ضد الزوجة في المجتمع الأردني ، دراسة إجتماعية لعينة من الأسر في محافظة عمان ، جامعة اليرموك التطبيقية ، السلط ، السنة 2002.

2 - لمزيد من التفصيل انظر ، احصائيات المركز الوطني للطب الشرعي ، الأردن ، السنة 2010.

إن العنف بكل مستوياته وأشكاله، ليس ولد المصادفة وإنما هو نتاج عوامل وأسباب عديدة من أهمها¹:

(1) الأسباب الدينية والثقافية:-

فالجماعات الدينية التي كفرت الدولة في المجتمع، وحاربت الجميع بحجة أنهم جميعاً خرجنوا عن مقتضيات الصراط المستقيم هي جماعات تحمل رؤية أحادية وضيقة للمجتمع والحياة بكل حقائقها ووقائعها، كما أن الثقافة السياسية والإجتماعية التي تبذر حق الإختلاف وتحارب التنوع بعيداً عن مقتضيات الحق، هي أيضاً بنية خصبة لإنتاج ظاهرة العنف في المجتمعات العربية.

(2) الأسباب السياسية:-

إن المشهد السياسي العربي، يعيش الكثير من المشاكل التي لا تؤثر على الراهن العربي بل على مستقبل الأمة و مكاسبها .

وبسبب هذه الأزمات والمشكلات التي يعانيها المشهد السياسي العربي ، تعمد الكثير من المؤسسات على ممارسة أنواع العنف .

ولا شك إن إنعدام الحياة السياسية الوطنية السليمة وغياب أطر ومؤسسات المشاركة الشعبية في الشأن العام ، ولد مناخاً إجتماعياً وثقافياً وسياسياً ، يزيد من فرص الإنفجار الاجتماعي ، ويساهم في إقناع العديد من أفراد القطاعات الإجتماعية المختلفة بخيار العنف وهذا يقود إلى حقيقة أساسية وهي " أن العنف أداة يستعين بها القاهرون والمقهورون ، بمقادير مختلفة ولغایات متباعدة " .

(3) الأسباب الاقتصادية والاجتماعية²:-

لو تأملنا في واقع العنف في المجال العربي ، لاكتشفنا وبدون صعوبة أن إخفاقات التنمية والتفاوت الصارخ في مستويات المعيشة والبطالة وتدني مستويات الحياة والعيش الكريم ، من الحقائق التي تساهم في بروز ظاهرة العنف في المجال العربي ، فالتدحرج الاقتصادي يقود إلى تصدعات إجتماعية خطيرة بدورها توفر كل مستلزمات بروز ظاهرة العنف في الفضاء الإجتماعي ، التي يمكن أن تتحول إلى قنبلة قابلة للإنفجار .

(فماذا ننتظر من ذلك الإنسان الذي لا يمتلك أدنى ضرورات حياته ، ويفتقرب إلى نظام الرعاية والحماية الإجتماعية ، ودولاب الحياة المتسرع يزيد من ضنكه وصعوباته) .

المطلب الرابع : رأي علماء الاجتماع والنفس في هذه الظاهرة :

(أكد بعض علماء النفس والاجتماع أن " العنف الاجتماعي يظهر بسبب فقدان الوعي لدى أفراد معينين أو جماعات ناقصة المجتمعية ، بحيث ينجم عنه سلوك لا عقلاني يتمثل بالوجوه غير المشروع للقوة ، سواء في الدفاع عن حقوق الفرد أو الغير " .

¹ الشبكة العنکوبیتیة

² للمزيد انظر : دمناع ، هيثم ، الاصولية والعنف في المجتمعات العربية والاسلامية ، المجلة العربية لحقوق الانسان ، السنة 1996 ، ص211

وأوضحوا أن هذا العنف " يعتبر درجة متقدمة من أشكال السلوك العدواني كاللجوء إلى أعمال الشعب والتخريب واستخدام الأسلحة والأدوات الحادة والضرب المبرح " ، داعين إلى ضرورة عدم التهاون معه وتجاهله .

كما أكد إختصاصيو الإرشاد النفسي في مديرية تربية عمان أن " أسباب العنف المجتمعي يجتمع أشكاله، ناجمة عن ظروف إجتماعية تعتبر دافعاً لممارسة فعل العنف وتمثل بمستوى الأسرة الإقتصادي المتدني وانتشار أمية الآباء والأمهات بالإضافة إلى ظروف الحرمان الإجتماعي والقهر النفسي والإحباط ، مما يجعل المرأة غير متوافق شخصياً واجتماعياً ونفسياً مع نفسه والبيئة الخارجية كما أكدوا أن الآثار الاجتماعية للعنف، تعتبر كارثية سلبية ومدمرة من الناحية المادية والاقتصادية والاجتماعية والنفسية، مما يتطلب جهوداً جبارة وخلاصة لكافحته، بحيث تبدأ من الأسرة أولاً بتنمية وصقل شخصية الطفل، ثم المؤسسات التربوية والتعليمية والاجتماعية، وذلك عبر تربية النشء وتحقيق الهدف العام للتربية، وإعداد الفرد للحياة ليكون مواطناً فاعلاً ومنتجاً وإن خير وسيلة لتحسين المجتمع من أشكال الإنحراف والسلوك السلبي، هي أن تسير التنشئة الاجتماعية والعملية التربوية جنباً إلى جنب بشكل سليم في البيت والمدرسة لتكون المخرجات ايجابية")¹.

المطلب الخامس : طرق التصدي لظاهرة العنف المجتمعي² :

معالجة ظاهرة العنف المجتمعي تحتاج إلى عمل ملخص ومكثف من أجل إنهائها والقضاء عليها وهي تتطلب ما يأتي :

- 1 إعادة تدعيم ثقافة القانون ، وخضوع الجميع للقانون .
- 2 محاربة الواسطة والمحسوبية سواء أكانتا من داخل المؤسسة أم من خارجها .
- 3 تطبيق الأنظمة والتعليمات بدقة وعدالة ، وتفعيل تقييم قرارات بعض المسؤولين ، و مساءلتهم إن إقتضى الأمر .
- 4 تدعيم مفاهيم الأخلاق الكريمة في المعاملات وحسن التعايش ، والتسامح ، واحترام الآخر ، واتباع لغة الحوار لحل المشكلات ، واحترام حق الآخر في الحصول على احتياجاته بكفاية مناسبة تحفظ له كرامته ، ووقته ، ومساعره .
- 5 العمل على توظيف طاقات الشباب بكل الوسائل المتاحة لبناء النادي الرياضي والمقاهي الثقافية وذلك من أجل استغلال طاقاتهم المخزونة بالوسائل المشروعة والمتاحة .

المبحث الثاني : العنف الأسري :

ظاهرة العنف ظاهرة قديمة قدم الإنسان وهي من الظواهر القديمة في المجتمع الإنساني إلا إن مظاهر وأشكال العنف تطورت مع تطورات الحياة المختلفة وكان منها العنف الأسري والذي يكون ضد المرأة والأطفال والمسنين.

وقد أخذت هذه الظاهرة بالازدياد على مستوى العالم وخاصة في أعقاب انتشار وسائل الإعلام والفضائيات وتعتبر هذه الظاهرة من ابرز الظواهر التي تؤثر على المجتمع واستقراره لما ينجم عن هذه الظاهرة من أخطار اقتصادية واجتماعية .

¹ amer.khatatbeh@alghad.jo ، تاريخ 6/3/2011

² www.alsiasi.com ، تاريخ 5/3/2011

وقد عُرِّف هذا العنف بأنه (استخدام الضبط أو القوة استخداماً غير مشروع أو غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة فرد ما)¹.

وقيق بأنه (سلوك يصدره فرد من الأسرة صوب فرد آخر ينطوي على الاعتداء بدنياً عليه بدرجة بسيطة أو شديدة بشكل متعمد أملته مواقف الغضب أو الإحباط أو الرغبة في الانتقام أو الدفاع عن الذات أو لإجباره على إتيان أفعال معينة أو منعه من إتيانها قد يترب عليه إلحاد أذى بدني أو نفسي أو كليهما)².

وقد أثبتت العديد من الدراسات أنه ما بين عام 1967 و 1973 ارتكبت (17500) جريمة قتل بحق النساء والأطفال ارتكبها رجال يمارسون العنف العائلي وأن نسبة 60% من هذه الجرائم وقعت في الولايات المتحدة وفي عام 1994 وقعت أكثر من أربعة ملايين جريمة عنف عائلي وكان 20% منها قد أدى إلى إصابات بليغة³.

وفي معلومات نشرها مكتب الإحصاء التابع للأمم المتحدة إن امرأة واحدة من كل أربع نساء في البلدان المتقدمة قد تعرضت للضرب من شريك حياتها.

ويتضح أن أسباب هذه الظاهرة يعود إلى :

- 1-الأسباب المجتمعية كالعنف المنتشر بسبب التطور الحاصل في وسائل الإعلام.
- 2-الأسباب الاجتماعية والاقتصادية كالفقر أو نمط الحياة والمعيشة.
- 3-الأسباب الذاتية وهذه تتعلق بشخصية المتعمد للعنف.
- 4-اضطراب العلاقة الزوجية.

وقد جرّم قانون العقوبات الأردني جميع الأفعال والجرائم التي ترتكب بحق الإنسان والجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال وقد فصلها قانون العقوبات الأردني.

علامات العنف⁴ :

- 1- فقد السيطرة على الأعصاب .
- 2- الشجار بالأيدي .
- 3- النزعة التخريبية.
- 4- النزعة التفكيرية المستمرة في اقتراف العنف.
- 5- الإفراط في استخدام العقاقير والكحوليات..
- 6- حمل السلاح بأنواعه.
- 8- الإقدام على السلوك المتهور.

¹ انظر : بدوي ، احمد زكي ، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية ، بيروت ، ص 75

² انظر : دلناقو ، اليسا ، العنف العائلي ، ترجمة نوال لايقة ، دمشق ، ص 9

³ المرجع السابق نفسه .

⁴ المرجع السابق نفسه .

9- استخدام العبارات الشفهية لتهديد الآخرين.

الأكثر تعرضاً للعنف الأسري

يتضح من الدراسات الموجودة أن الزوجة هي الأكثر تعرضاً للعنف الأسري والزوج هو المعتدي الأول ويأتي بعد الزوجة الأولاد والبنات وأن الرجل هو مصدر العنف بنسبة ٩٩٪.^١

أبرز النتائج المترتبة على العنف الأسري^٢:

1- نشوء العقد النفسية لدى المعنفين.

2- احتمالية اكتساب مثل هذا النهج من قبل من استخدم ضده.

3- تفكك الروابط الأسرية .

4- تهديد كيان المجتمع ككل.

المقترحات والحلول :

1- التربية الدينية باعتبارها من أهم الوسائل في حماية المجتمع.

2- تقديم الاستشارات النفسية والاجتماعية للأسرة المعرضة للعنف الأسري من خلال التواصل المستمر بين الجهات المهمة والأسر المعنفة.

3- العمل على تكوين المؤسسات التي تهتم بشؤون الأسرة

4- الحد من استخدام العقاب البدني للأطفال والبحث عن طرق أخرى للعقاب.

5- القضاء على البطالة والفقر وتوفير الرعاية للأسر.

6- نشر الوعي بين أفراد المجتمع.

وقد كشفت إدارة حماية الأسرة في مديرية الأمن العام في الأردن أنها تعاملت خلال العام ٢٠١١-٢٠٠٧ مع (٩١٠) حالات للعنف الأسري منها (٨٩) حالة اعتداء جنسي و(٩٣) حالة إيذاء جسدي وفي ورشة عمل أقامتها نقابة الأطباء الأردنيين بعنوان (الوقاية من العنف الأسري في الأردن الواقع والتحديات) فقد أكد نقيب الأطباء أن المسئولية تقع على الأطباء وبالذات الأطباء الشرعيين في الكشف عن حالات العنف الأسري باعتبار العنف مشكلة صحية ودعا المتحدثون إلى تعزيز دور الأطباء في الكشف عن حالات العنف الأسري وتوفير الحماية الالزمة والضرورية لهم لتشجيعهم على التبليغ عن حالات العنف الأسري وأن الحد من هذه الظاهرة يندرج تحت إطار المسؤولية الاجتماعية والوطنية لكافة مؤسسات الدولة.

فالعنف الأسري يمس كافة الطبقات الاجتماعية وأن الوقاية من هذه الظاهرة أصبح أمراً ضرورياً للحد من تفاقم هذه المشكلة وآثارها وإن الأمر يستدعي المشورة وال الحوار ووضع برامج فعالة للوقاية من العنف الأسري تعتمد على التنسيق والمشاركة المجتمعية والمؤسسية.^٣

^١ دلماقو، مرجع سابق ، ص 105

^٢ الشبكة العنكبوتية .

^٣ صحيفة السبيل ، السبت ، 12 تشرين ثاني 2011 ، ص 7 .

الخاتمة والتوصيات :

من كل ما تقدم يتضح لنا أنه لابد لنا من العودة لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم لنتتمكن من محاربة العنف.

التوصيات :

- 1- الوعظ والإرشاد الديني المهم لحماية المجتمع من مشاكل العنف الأسري.
- 2- إن محاربة العنف - كحالة إنسانية وظاهرة اجتماعية - عملية متكاملة تتآزر فيها أنظمة التشريع القانوني والحماية القضائية والثقافة الاجتماعية النوعية والنمو الاقتصادي والاستقرار السياسي الديمقراطي.
- 3- لابد من اعتماد سياسة التنمية البشرية الشاملة لصياغة إنسان نوعي قادر على الوعي والإنتاج والتناغم والتعايش والتطور المستمر.
- 4- تفعيل دور النخب الوعائية في صناعة حياة تقوم على قيم التسامح والأمن والسلام، وفي هذا الإطار يجب التنديد العلني بالعنف الذي تتعرض له المرأة.
- 5- إيجاد صلة بين الضحايا وبين الجهات الاستشارية المتاحة وذلك عن طريق إيجاد خطوط تواصل بين هذه الجهات يمكنها تقديم الاستشارات والمساعدة إذا لزم الأمر.
- 6- دمج الطلاب الذين يعانون عنفاً أسررياً تسبب في انطواههم أو عدوايتهم مع طلاب يتمتعون بمهارات اجتماعية قوية لجذبهم إلى المشاركة في نشاطات ايجابية بغية أن يتعلم منهم هؤلاء كيفية إقامة العلاقات والتفاعل الايجابي مع الآخرين.
- 7- إجراء دراسات موسعة حول حجم مشكلة العنف الأسري ومدى انتشارها وأسبابها وأثارها في الجنسين على المدى القريب والبعيد وفي مختلف الأعمار.

المراجع :

- 1- عبد الله عويذات وزيه حدي 1997 ، المشكلات السلوكية مجلة دراسات م 24 العدد (2).
- 2- حسين ، طه ، 2007، سيكولوجية العنف العائلي والمدرسي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية.
- 3- عبد الله بن دهيم www.annabaa.org
- 4- دعقيل العقيل www.almostshar.com
- 5- عبد السلام عبد الغفار وآخرون (1997) مظاهر إساءة معاملة الطفل المصري، أكاديمية البحث العلمي، القاهرة .
- 6- فائق الزغاري www.spneeds.org
- 7- حسين العادلي www.annsbaa.org/nbahome
- 9- ظاهرة العنف في المجتمع المعاصر، مراجعة نظرية /د. بشير ناظر حميد.
- 10- موسوعة الجريمة والعدالة .
- 11- العنف ضد الزوجة في المجتمع الأردني ، دراسة إجتماعية لعينة من الأسر في محافظة عمان ، جامعة البلقاء التطبيقية /د.أمل سالم العواودة .
- 12- إحصائيات المركز الوطني للطب الشرعي ، الأردن ، السنة 2010.
- 13- الأصولية والعنف في المجتمعات العربية و/أو الإسلامية، الدورية، المجلة العربية لحقوق الإنسان /د. هيثم مناع .
- 14- amer.khatatbeh@alghad.jo ، تاريخ 2011/3/6

.2011/3/6 ' تاريخ

www.jor1jo.com

- 15

- المعيار الذائي والموضوعي في القانون المدني الجزائري -



إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور بن عمارة محمد
أستاذ محاضر بجامعة ابن خلدون تيارت الجزائر
- كلية الحقوق والعلوم السياسية -

ملخص المقال :

إن فكرة المعيار القانوني فكرة جلبت أنظار المفكرين القانونيين إلى جانب أفكار ماثلة كالقاعدة القانونية و العدالة و هذا لأنها تتعلق بالمعرفة و فلسفة القانون (1).

و بالرجوع إلى القاعدة القانونية نجد أن وضعها غالبا ما يتأثر بما يحيط به من ظروف إجتماعية و إقتصادية و ثقافية وفق معايير معينة ، فالقانون أصلا يسعى إلى أمن و استقرار المراكز القانونية بين الأفراد ، و عند الكلام عن المعيار غالبا ما نضع نصب أعيننا الأخلاق و العدل و الضمير ، غير أن هذا غير صحيح على الاطلاق ، لأن المعيار مصادره عديدة و متعددة منها هذه الضوابط الأخلاقية(2).

للمعايير وسيلة معنوية يهتمي بها المشرع عندما يقوم بصياغة القاعدة القانونية ، كما يهتمي بها القاضي و هو بصد وضع الحكم القضائي بعدما يفرغ من إستقراء الواقع المطروحة عليه ، كما أنها توجه رجل الادارة و هو بصدق صياغة القرار أو العقد الاداري (3).

إن موضوع البحث الحالي ينطوي على دراسة مفهوم المعيار القانوني و عوامل ظهورو و الإجابة و لو جزئيا على التساؤل القديم الحديث ألا و هو : ما مدى أخلاقية القانون الوضعي؟.

إذا كان القانون يرمي في كل زمان و مكان إلى إقامة العدل و العدل يتقتضي وضع الشيء في موضعه فإن الإشكال الذي يطرح هل وضع هذا الشيء في موضعه؟

فإذا رأينا للأمر من جانب القاعدة القانونية لوجدنا أنها وضعت معايير عامة مثل العمومية و التجريد هدفها أمر الفرد أن لا ينطوي حتى لا يلحق أضرار بالغير و أن يتصرف بحسن نية غير أن هذا أيضا يحرنا لسؤال آخر مطروح و هو : متى يعتبر هذا الفرد مخطئا؟(4) و متى يكون حسن النية؟ و هذا ما لا يمكن للقاعدة القانونية الإجابة عنه و لا حتى القيام به لأنه مجال للمعيار القانوني القائم على أساس العدل القانوني.

فإذا قامت فكرة العدل هذه على أساس نموذج المجتمع تكون أمام معيار موضوعي قوامه الاعتداد بالوضع الظاهر ، أما إذا قامت على أساس الحالة الخاصة فنكون أمام معيار ذاتي عناصره داخلية و نفسية .

و عليه وجوب البحث في مفهوم المعيار القانوني و عوامل ظهوره ، و علاقة ذلك بأخلاقية القانون بصفة عامة ، و تطبيقات لام المعايير القانونية في القانون الجزائري .

Résumé en français :

l'idée de norme juridique a attiré l'attention des penseurs juridiques ainsi que des idées similaires à celles de la base de lois et la justice, et ce. En ce qui concerne la connaissance et la philosophie du droit

En référence à la primauté du droit, nous constatons que son auteur est souvent influencé par ce qui l'entoure de conditions sociales et économiques et culturelles en fonction de certains critères, la loi demandait initialement à la sécurité et à la stabilité de centres juridiques entre les individus, et quand on parle de la norme souvent conscients de la morale, de la justice et conscience, c'est que ce n'est pas vrai du tout, parce que beaucoup de sources multiples standards et morales de ces contrôles.

Critère et un guide moral la façon dont le législateur lors de la rédaction de la base juridique, comme guidés par le juge et est en train d'élaborer une décision judiciaire après avoir terminé l'extrapolation des faits devant elle, comme elle dessine un homme et de l'administration est en train d'élaborer une décision administrative ou d'un contrat.

Le sujet de recherche actuel porte sur l'étude du concept de la norme juridique et facteurs et réponses, et si en partie sur la vieille question parle seulement et est: norme du droit moral et légal.

Si la loi est destinée à tous moments et en tous lieux à l'administration de la justice et de la justice exige qu'une chose en place, la confusion qui surgit vous mettre cette chose en place ou non?

Si nous voyons l'ordre de la primauté du droit, nous le trouverons et mettre critères généraux tels que l'objectif public et abstraite est une personne qui ne se trompe pas afin de ne pas endommager des dommages à autrui et d'agir de bonne foi, c'est que ce nous conduit aussi à une autre question est la suivante: Quand est-ce mal particulier?

Et quand la bonne foi? Et cela ne peut être la base juridique et aucune réponse jusqu'à ce que fait parce que la zone de la norme juridique en vigueur sur la base de la justice légale.

Si l'idée de justice basée sur le modèle de la société sont contre signification critère de texture objectif apparent de la situation, mais si les éléments de base un cas particulier des éléments standards intérieur au critère subjectif.

Et il faut chercher dans le concept de la norme juridique et les facteurs de l'apparence, et la relation si la loi en général, et pour les applications les plus importantes des normes juridiques dans le droit algérien.

مقدمة :

اذا كان الهدف من إقامة الدولة إحترام القانون ، و القانون يرمي إلى إقامة العدل ، و العدل يهدف أساسا إلى اعطاء كل ذي حق حقه ، ووضع الامور في نصابها ، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما معيار ذلك ؟ فالقاعدة القانونية جاءت بمعيار يعرف بالعمومية و التجريد و الالزامية ، لكن كيف تكون العمومية ؟ و هل فعلا يتجرد المشرع و هو ي وضع القاعدة القانونية ؟ أو يتجرد القاضي و هو ينزل الحكم على الواقع المطروحة عليه ؟ أو يفعل ذلك رجل الادارة و هو يسلط القرار الاداري ؟ و هل فعلا تكون القاعدة القانونية ملزمة دوما ؟ (5) .

هذا ما لا يمكن للقاعدة القانونية الاجابة عنه لأنه فعلا مجال المعيار القانوني ، لأننا إذا كنا أمام تجريد فعلي نكون أمام معيار موضوعي أساسه الوضع الظاهر ، و إذا كانت الحالة خاصة نكون أمام معيار ذاتي أساسه عناصر داخلية نفسية (6).

فعبر العصور و منذ بداية القانون الروماني سعى رجال القانون دوما إلى صياغة قوانين تكون أقرب إلى العدالة و المساواة كما سعى القضاة إلى إزال أحکام عادلة مقبولة من الخصمين ، فإذا إعتمد المشرع على هذه المعايير وصل إلى مبتغاه ، و إذا أخذ بها القاضي أنصف في حكمه ، و بذلك يخرج الجميع من دائرة الظلم و التعسف (7). فما هي هذه المعايير ؟ و ما علاقتها بالأخلاق و العدالة و القاعدة القانونية ؟ و ما موقف المشرع الجزائري منها ؟ .

هذا ما سوف نجيب عنه في البحث الحالي في محورين ، نتطرق في المحور الاول الى ماهية المعايير القانونية ، و في المحور الثاني تطبيقات لام المعايير القانونية في القانون الجزائري .
المحور الاول : ماهية المعيار القانوني :

تلازم ظهور فكرة المعيار القانوني بفكرة الانصاف التي نادى اليها "ارسطو" بمناسبة عجز العدل القانوني عن معالجة الحالات الفردية المستعصية بموجب القانون الذي يتاز بالعمومية و هو ما لم يتحقق فكرة ادراك الحلول الملائمة و هذه الفكرة نفسها تطورت و ظهرت من خلال تطبيقات "البريتور" الروماني ، هذا الحاكم القضائي الذي ظهر في روما عام 367 ق م ، و الذي لم يكن تصرفه هذا الا ترجمة لتأثيره بالفلسفة اليونانية و كانت هذه النواة الاولى للنقلة النوعية للقانون الروماني من شكليته الجامدة القاسية الى مرحلة جديدة تمتاز بالمرونة و الحكمة خلفت قواعد جديدة و مناهج جديدة في احكام القانون لم يكن يعرفها الرومان من قبل ، و بقيام الجمهورية (509-130 ق م) تم تدوين الاعراف القديمة في قانون الالواح الاثني عشر بناءا على طلب ملح من جانب العامة التي كانت تجهل حقوقها و واجباتها (8).

أولا : تعريف المعيار القانوني و خصائصه و تمييزه عن الانظمة المشابهة له :
1) تعريف المعيار القانوني :

لكل علم غاية و معيار ، فإذا كانت غاية علم المنطق التفكير الصحيح و معياره الصواب ، و غاية الاخلاق إنضباط الانسان سلوكيها و معياره العدالة و الفضيلة ، فان غاية القانون إقامة العدل و ضبط الروابط و معياره هو الواجب البحث (9) .

و بالنظر للتقسيم العام للعلوم نجدنا تقبل القسمة على قسمين إثنين ، علوم تقريرية مثل الرياضيات و الكيمياء و التي تكمن متهمنتها في البحث عما هو كائن وفق مبدأ النسبية ، إذ أن لكل سبب نتيجة حتمية عامة لا يختلف عليها إثنان لأن قوانينها لا تخربق " أبدا " لأننا لا نستطيع أن نجعل مما هو كائن ما لا يكون " (10) و هذا لا تحتاج إلى معايير .

و لكن على خلاف ذلك فهناك علوم إنسانية أو معيارية كما يسميها البعض فإنها تبحث فيما يجب أن يكون وفق مبدأ الاسناد أي العلاقة بين القاعدة الاجتماعية و الجزاء الذي ينبغي أن يخصص لها ، و هذه يمكن أن تخرج و عليه يجب وضع لها معيار(11).

فللمعيار في اللغة يفيد معنى القياس ، كما يفيد أيضا معنى القانون ، فهو القياس الذي نقيس به عمل الانسان و التمييز بين صحيحه و باطله ، و لهذا يعرف القانون على أنه " مجموعة قواعد معيارية تبين ما هو جائز و ما هو غير جائز " (12).

يعرف الاستاذ السنهوري المعيار القانوني بقوله : " المعيار القانوني ليس عبارة عن إتجاه عام يقيد القاضي بل يهتدي به عند الحكم ، و يعطيه فكرة عن غرض القانون و غايته " (13).

غير أن هذا التعريف اعتراض عليه العالمة " هوريو" و قال أن الاستاذ السنهوري أخلط بين المعيار و الاتجاه و بما أمران مختلفان تماما ، لأن الاول وسيلة لعرفة الثاني ، و يعرف المعيار مثل مزولة الملاح التي يستعملها في عرض البحر من أجل تحديد اتجاه البحرة ، فحسب الاستاذ " هوريو" نجد أن الاتجاه عبارة عن نتيجة للمعيار الذي يتبعه القاضي من أجل الوقوف على معرفة العوامل المختلفة لما هو معروض عليه (14).

و بناءا عليه يعرف المعيار بقوله : " المعيار القانوني وسيلة تحضيرية للتنظيم القانوني تتيح للقاضي معرفة و تنظيم كل المعطيات الخاصة بالمسألة المطلوب حلها ووضعها بشقة و تأكيد (15).

و يعرف العميد " روسكوباوند " المعيار على أنه : " عبارة عن مقياس لنهج إجتماعي سليم " ، غير أنه يعترف بصعوبة وضع تعريف دقيق للمعيار لأنه يرتكز على أفكار عامة متعلقة بأصول التعامل المدني للإنسان ، و هذه المعاملات يصعب حصرها (16).

و لأجل توضيح أكثر لتعريفه يقدم مجموعة ملائج معايير في القضاء الانجليزي مثل معيار الرجل العاقل ، و معيار الخدمة العقلولة ، ثم يعود و يؤكّد على أنه لا مجال للبحث عن المعيار الثابت بل مجال التقدير الذي يتضمنه المعيار ، لأن كل حالة تختلف عن الأخرى باختلاف القائمين بها (17).

و من جهته يعرّفه الاستاذ " ستاتي " : " المعيار القانوني هو الاسلوب الذي يفرض على القاضي أن يأخذ في الاعتبار النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لفئة التصرفات التي يراد الحكم فيها (18).

كما يرى الدكتور شريف أحمد أن المعايير القانونية : " عبارة عن صيغ غامضة يقتضيها فن الصياغة التشريعية لحكم حالات معينة و لكي تؤدي مهمتها بشكل سليم لابد من الرجوع في تفسيرها إلى المنهج الاجتماعي السائد و إلى روح القانون و هدفه لا إلى قواعد اللغة و المنطق فحسب " (19).

و لعل أبلغ صورة للمعيار القانوني هي تلك التي رسّها لها " أرسسطو " و هي على شكل فتاة معصوبة العينين و هي تحمل ميزان ، و هذا معناه أن المعيار رمز العدالة و النزاهة و عدم التحيز (20).

2) - خصائص المعيار القانوني :

يتميز المعيار القانوني عن غيره من الأنظمة المشابهة بجملة من الخصائص التي لا يمكن حصرها لأن الامر يتعلق بفلسفه و ليس بعلم غير أن ذلك لا يمنعنا من محاولة حصر بعضها :

الخاصة الاولى: يتميز المعيار القانوني بصفة الاخلاقية ، فالمعيار له صلة وثيقة بسلوك الانسان و منهجه ، فخلال حياته العملية يتحتم عليه أن يكون معقولا حتى يوصف بالرجل العادي ، فيكون عادلا خاصة في التوزيع و التقسيم ،

و يكون يمتاز بالأمانة و الصدق و الحكمة ، كل ذلك يستمد من الاخلاق و هنا تكمن العلاقة بين الاخلاق و القانون(21).

الخاصية الثانية: عدم تطلب المعيار القانوني معرفة قانونية خاصة ، بل يعتمد فقط على قدرة الشخص و تجربته السابقة و تقديره للأمور ، وهذا يستدعي سعة الاطلاع على كل جوانب الحياة اجتماعية و اقتصادية و ثقافية .

الخاصية الثالثة: يمتاز المعيار بالنسبة فهو ليس مطلق ، لأنه يتغير من شخص لآخر ، ومن حال إلى حال ، ومن قضية إلى قضية ، وهذا يؤدي إلى اختلاف النتائج المتوصلا إليها ، فما يعد اليوم عادلا قد لا يكون كذلك غدا ، فالمعيار يتغير و يخضع لما يحيط به من محيط اجتماعي (22).

(3) - تمييز المعيار القانوني عن الانظمة المشابهة له :

أ- المعيار و العدالة : إن فكرة العدالة من الافكار التي شغلت الفكر القانوني منذ أمد بعيد ، و المعيار القانوني من ضمن إهتمامات هؤلاء ، لأنه وسيلة من وسائل البحث عن العدالة .

فرأى رواد الفلسفة اليونانية أن العدالة تقوم على معيار عددي حسابي بين الفعل و المعاملة ، أي بين الفعل و الثواب أو العقاب ، فكل ذلك تعادل تبادلي .

أما السفسطائيون (23) فقد تبنوا معايير ذاتية في الحكم على الاشياء فرأوا أن لكل إنسان نظرته الخاصة للحقيقة فالإنسان عندهم معيار كل شيء و لا وجود للحقيقة الموضوعية ولا حتى العدالة المطلقة بل هي نسبية و متغيرة و قد قال في ذلك " كانت " (24) " العقل البشري معيار الاشياء .

أما أرسطو فقد قال أن القاعدة القانونية علاج للمجتمع و القانون يسمى على إرادة الأفراد ، و هذا ما جعل القانون يمتاز بصفة العمومية فهو أساس العدالة و المساواة (25) .

و بتمعن أكثر لما وصل إليه أرسطو في فكرة المعيار ، عندما إهتم بصعوبة تطبيق التشريعات المجردة على الحالات الواقعية التي تختلف من وضعية إجتماعية لأخرى و هذا ما يؤدي حتما إلى التطبيق الظالم للقواعد القانونية دون مراعاة هذا الجانب ، و هو ما جعله يقول بفكرة العدل الخاص المتمثل في الانصاف و الملائمة و العدالة .

و هكذا فإن عدالة الملائمة عند أرسطو هي معايير لتطبيق القوانين و يمكن بسبها أن يختلف الحكم من حالة لأخرى و شبه العدالة بمقاييس يحتوي على مادة لزجة تسمح بمتتابعة تاريχ الاشياء .

فالعدالة حسب أرسطو، تقابل الظلم فالسلوك العادل هو السلوك المشروع المأمول للقوانين والذي يكفل لكل ذي حق حقه تبعاً لتناسب رياضي في حين أن الفعل الجائز هو الفعل غير المشروع المنافي للمساواة والذي يقوم على عدم التناسب وعدم التوسط بين الإفراط والتغريب .

فالقوانين شكلية و مجردة ، و تطبيقها العادل يحتاج إلى قدر من الملائمة ، و من هنا انطلق فكر العدالة يتمحور في شكله الجديد .

أما الفقه القانوني الحديث فميز بين العدل الشكلي (القانوني) و العدالة (العدل الجوهرى) ، فالعدل يفيد معنى المساواة و هي مساواة مرتبطة بالدور الاجتماعي ، فمن المفترض أن يطبق القانون بمساواة جميع الأشخاص و يكون ذلك بشكل جاف مجرد و بدون محاباة ، فيقتصر دور العدل الشكلي هنا على تطبيق القانون ، فلا فرق بين من يسرق لإطعام نفسه و من يسرق لمرض في نفسه ، فالعبرة هنا بالوضع الظاهر (26) .

أما العدالة فتعني الشعور بالإنصاف و هو شعور كامن في النفس ، يوحى به الضمير النقى و يكشف عنه العقل السليم من خلال مجموعة من القواعد تعرف باسم قواعد العدالة ، مصدرها المثل العليا الهدافة إلى خير الإنسان ، تراعي الظروف الخاصة بالناس و العدالة بهذا المعنى هي معيار أخلاقي (27) .

يتضح من خلال ما تقدم أن لفظي العدل و المساواة متادفان ، كما أن لفظي العدالة و الانصاف متماثلان ، وأن ثمة فارق هام بين العدل و العدالة يصلح أن يكون معيارا للتمييز بينهما وإن قامت فكرتهما على أساس المساواة ، هو أن فكرة العدل تقوم على أساس المساواة الحقيقة التي تعبأ بالظروف الخاصة و الجزئيات الواقعية (28).

ب - المعيار و القاعدة القانونية :

لقد أجمع العديد من فقهاء علم القانون و فلسفته مثل الدكتور السنهوري ، والاستاذ "هوريو" ، والاستاذ "حامد زكي " ، على أن الفرق بين القاعدة القانونية و المعيار القانوني يكمن في زوايا مختلفة من الناحية الفلسفية و الطبيعية و مجال التطبيق.

من الناحية الفلسفية: تعتبر القاعدة القانونية تكليف بواجب ، ولا يمكن تعين الواجب إلا من خلال تقويم الواقع ، أي أن القاعدة القانونية إنما تفترض أولا واقعا يراد تعين ما يجب منه و ما لا يجب ، فالواقع يعرف بالمشاهدة و التجربة ، فهو يدخل في إطار نطاق المحسوس ، أي أنه يخضع لمنهج علمي تجربى دقيق ، و ثانيا تقويم الواقع و تعين الواجب بشأنه فلا يتصور إلا بالقياس و يكون القانون هو الوسيلة إلى تحقيقه .

و هذا مفاده أن تطبيق القاعدة القانونية يعتمد على الذكاء أى العقل ، في حين تعتمد سلطة التقدير على تطبيق المعايير القانونية على حسن الادراك أى الحدس ، و هو نوع من المعرفة السابقة للاستنباط العقلي ، فهو إدراك مباشر لا يحتاج إلى إستدلال منطقي أو استنباط يأتي مرة واحدة و مباشرة إلى الذهن و بصورة كاملة من أول لحظة إلهام و الإدراك إن وجد لدى الناس جميعا ، إلا أن أحسن إدراك يتطلب تجربة من نوع خاص تنقل و تعلم عن طريق الوصف (29).

من حيث الطبيعة: تعتمد القاعدة القانونية على الثبات و فرض معين لواقعه ستقع في الحياة الاجتماعية و إيجاد لها حل ، فقيام القاضي بتطبيق القاعدة القانونية على هذه الواقعه إنما هو عمل مای و ألياذ أنه يبحث عن العناصر المكونة ل الواقعه و يبحث لها عن تكيف قانوني خاص بها ، فيطبق عليها القاعدة القانونية المناسبة .

أما المعيار القانوني فينظر لكل واقعة منفردة عن الآخرى ، إذ أنه يوجه القاضي و لا يقيده ، فالشرع يرشد القاضي للبحث عن المعيار القانوني خارج القانون ، مثل سلوك الرجل المعتمد و النظام العام و العدالة ، و هذا ما نجد له أثر في مجال التعويض المناسب عند حصول الضرر ، فالمعيار عامل يوجه القاضي للبحث عن القاعدة القانونية المناسبة و تطبيق الحكم المناسب لها ، و بالنظر لطبيعة القاعدة القانونية نجد أنها جامدة و لا تستجيب لكل واقعة على حدا ، خلافا للمعيار الذي يمتاز بالمرونة فهو يستجيب للمواقف الجديدة و كل حالة مستقلة عن الآخرى .

من حيث مجال التطبيق : يراعى عند تكوين القواعد القانونية الاستقرار و الثبات للمراكم القانونية و هذا ما لا يمكن تحقيقه إلا من خلال توحيد الحلول غير المتناهية عند توافر الشروط و هذا ما يؤدي حتما إلى تحقيق العدالة مثل شروط الملكية و سن الرشد ... الخ.

أما المعايير القانونية فتعتمد على قاعدة تفريذ العدالة و البحث عن كل حالة منفصلة عن الآخرى للوصول إلى تكيف أكثر عقلانية للقانون مع الوضاع الجديد و التي توصلنا حتما إلى حلول متحركة مختلفة من مكان لأخر و من زمان لآخر ، فعمل القاعدة القانونية عمل ألى و متكرر مثل حقوق الارث و الاوراق التجارية ، و عمل المعيار القانوني إحترافي يتطلب فيه الامر نوع من التقنية و الدقة فلا يتطلب الامر تكرار لعمل معين بل لدقة منفردة و لا تتكرر (30).

فالقاعدة القانونية المرنة عادة ما تشير إلى تطبيق معيار من مثل الرجل المعتمد والاستغلال المألف فالقاعدة لا تشير مباشرة إلى تطبيق معيار معين ولكنها تتضمن فكرة أو مفهوم معياري وهنا يحتاج القاضي إلى تحديد مضمون هذه المعايير الواجب أن تستمد من أصول غير القانون كالنظام العام .

المعايير القانونية الرئيسية :

أولاً : المعيار الذاتي :

يقصد بالمعايير الذاتي (المرن) كل موجه عام ، يمكن للقاضي ، بما فيه من مراعاة الظروف المختلفة المحيطة بالمسائل أو الواقع المعروضة على المحكمة ، بحيث يصل عن طريق المعيار إلى الحكم العادل و المناسب للملابسات الواقعة المطروحة (31).

و على هذا ، يكون المعيار الذاتي هو المعيار الذي يعتمد أساسا على أمور شخصية أو ذاتية ، يراعى في تطبيقها حالات نفسية ، يقوم القاضي بفصل كل شخص على حدا (32).

و على هذا الاساس فان المعيار الذاتي مستمد أصلا من المسؤولية الاخلاقية ، لأن الانحراف على المعيار الذاتي يكون في إلحاد في السلوك يمثل إعتداء على الأخلاق أساسا .

و عليه لا بد من البحث على الاساس الذي يقوم عليه المعيار الذاتي و مقوماته .

1)- الاساس الذي يقوم عليه المعيار الذاتي :

تزامن ظهور المعيار الذاتي بالقاعدة الأخلاقية حتى قيل أنه ليس إلا تجسيدا لهذه القاعدة لا غير ، و بالرجوع للقانون الروماني نجد أنه قانون شكلي أصلا لم يعرف في عهوده الأولى إلا معايير موضوعية، فلم يعرف العوامل الشخصية التي تتحقق الارادة مثل حسن النية و عيوب الارادة و هذا عائد لكون هذا القانون لا يؤمن بإنشاء الالتزامات إلا في إطار شكلي وفق إجراءات رسمية مثل إتباع حركات معينة أو التلفظ بلفاظ معينة (33).

لكن بدخول الرومان في علاقات تجارية مع الشعوب الأخرى ، تطور معها الالتزام من حيث الإنشاء و أول بداية عرفها ، كانت وجوب مراعاة الارادة التي يجب أن لا تكون مشوبة بعيوب إرادي ، ثم عرفت ضرورة حماية الأطراف من الغش و الإكراه ، و هذا بتأثير واضح من الأخلاق و الدين و العدالة الطبيعية خاصة في العصر الامبراطوري .

و قد ظهرت آثار القانون اليوناني بشكل واضح في الفقه الروماني الذي تبناه ، فاتسنم بشيء من المرونة و النظرة الذاتية ، فجعلته أكثر ملائمة مع المقتضيات الاجتماعية ، مثل مبدأ حسن النية و الغش المفسد ، و التعسف في إستعمال الحق ، فكان القاضي في كل هذا ينظر إلى الباعث .

و أما في القرون الوسطى فقد تأثر رجال الكنيسة بفكرة القانون الوضعي ، فمزجت مع تعاليم الدين المسيحي على يد القديس " توما الأكويني " ، و الذي إكتسب منه الفكر الاغريقي و خاصة تعاليم السيد المسيح (34).

و قد ظهر جليا في النظرة المسيحية في إجراء تخفيف تدريجي و إنساني لأنظمة متعددة مثل رد الاعتبار إلى مبدأ حسن النية و منع مهنة الجلادين و السفلين ، و في القرن الرابع عشر أخذ القانون الكنسي بمبدأ الرضائية كأصل عام و مبدأ سلطان الارادة و معياره ذاتي (35).

و مع مطلع القرن التاسع عشر يتسع مبدأ سلطان الارادة فاقتربن بالمسؤولية المدنية القائمة على أساس إفتراض خرق نظام أخلاقي يتمثل في الاخلاص بواجب الفرد تجاه مجتمعه و على هذا قالوا بقيامتها على عنصر رئيسي واحد و هو الخطأ الأخلاقي و هو معيار ذاتي أصلا (36).

مقومات المعيار الذاتي :

يقوم هذا المعيار على المقومات التالية :

1) - عوامل ذاتية محضة : مفاد ذلك أن المعيار الذاتي لا يجب أن يقوم به الفرد على أساس نموذج نفسي متوسط للرجل المعتمد من حيث الحال و الغرض و إنما يجب أن يوزن على أساس الشخص محل الاعتبار وفق الظروف الشخصية الخبيطة به ، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار عند الفحص تقدير السلوك الذاتي للشخص محل الاعتبار ، مع الاهتمام بكل الظروف الشخصية الخاصة ، وكل ظرف يؤثر عليه بشكل مباشر حتى وإن كان الظرف لا يؤثر على غيره من الناس .

2) - القصد و النية : من مقومات المعيار الذاتي أيضا الاعتداد بنية القائم بالسلوك و ما خالج النفس من نزعه ، و هذا من صميم الفكرة الأخلاقية ، فمثل هذا المعيار يستلزم تقصيا ذاتيا ينفذ إلى داخل الشخص المراد تقويم سلوكه و البحث في نفسيته و ضميره لإثبات أنه قصد إحداث الضرر أو على الأقل توقع حدوثه بحكم ظروفه الذاتية (37)

3) - تدرج الخطأ : عرفنا فيما سبق أن المعيار الذاتي أساسه قواعد الأخلاق ، و هذه الأخيرة تقتضي الاعتداد بجسامته الخطأ من حيث الجزاء ، فيجب أن يتحدد الجزاء ب مدى ما تعمده المسؤول أو توقعه من ضرر أو ما تجاوزه القصد أو التوقع الذاتي للمسؤول ، فإنه يتناقض مع الفكرة الذاتية للخطأ الأخلاقي ، و يجب إستبعاده من مدى المسؤولية ، فالخطأ الأخلاقي يوجب الاعتداد ب مدى جسامته الخطأ و فيما إذا كان تافها أو جسيما .

4) الغاية و التطبيق : يستند المعيار الذاتي على البحث على العناصر الذاتية التي تحكم سلوك الشخص ، بالإضافة إلى العناصر الخارجية التي تؤثر في السلوك ، هدفه الوصول إلى الحقيقة الذاتية للسلوك محل البحث ، و مثل هذا المعيار يستلزم تقصيا ذاتيا ينفذ إلى دخائل الشخص المراد تقويم سلوكه إستخلاصا لصفاته الذاتية و إستدلالا على ما دار في ذهنه أو مجال خيالته أو ما دار في ضميره عند إقدامه على التصرف القولي محل التقويم فيوجه هذا الاستدلال و ذلك الاستخلاص إلى تصور ما يجب عليه سلوكه في تلك الاحوال من التصرفات.

فللمعيار الذاتي يستلزم النظر إلى شخص الفاعل لا إلى الفعل ذاته أو نحن ننظر إلى الفعل من خلال شخص الفاعل ، فنبحث في ما إذا وقع منه يعتبر بالنسبة إليه و إنحرافا في السلوك ، فإن كان على درجة أكبر من اليقظة و حسن التدبير فإن أقل إنحراف في سلوكه يكون تعديا و إذا كان دون المستوى العادي من الفطنة و الذكاء فلا يكون متعديا إلا إذا كان الإنحراف في سلوكه إنحرافا بارزا (38).

تطبيقات المعيار الذاتي في القانون المدني الجزائري :

1) - معيار الغلط الجوهري :

إن معيار الغلط في القانون المدني الجزائري معيارا ذاتيا ، ينظر فيه إلى مدى تأثير الغلط على إرادة العائد نفسه ، و أساس ذلك يكمن في نص المادة 81 و التي تنص : " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله " .

و جاءت المادة 82 لتفسر المادة 81 فنصت : " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يتعذر معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهريه ، أو يجب إعتبارها كذلك لشروط العقد و حسن النية .

إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاتيه ، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد " (39) .

و هذا المعيار هو نفسه الذي يأخذ به الفقه و القضاء في فرنسا ، فيما يتعلق بالغلط في الشيء و الغلط في الشخص ، و هو نفس المعيار الذي أخذ به المشرع المصري في المواد 134 و 194 من القانون المدني (40). فللمشرع الجزائري يأخذ بمعيار الغلط الجوهري و هو معيار ذاتي ، له علاقة مباشرة بإرادة المتعاقد ، فيكون جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامنة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، فالعبرة دائما هي بعمره أثر الغلط في دفع الإرادة و توجيهها إلى التعاقد ، فإذا وقع الغلط في صفة للشيء ، فإن هذه الصفة يجب أن تكون جوهريا في نظر المتعاقدين ، أما إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو إحدى صفاتاته ، فإن تلك الذات أو هذه الصفة يجب أن تكون السبب الرئيسي في إبرام العقد .

إن الأخذ بالمعايير الذاتي يقتضي أن يكون المعيار متعلقا بحالة نفسية قد يصعب الكشف عنها في بعض الحالات ، لذلك إنذاق القانون قرينة موضوعية لتتم هذه الحالة النفسية فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهريا ، ليس فحسب إذا إعتبرها المتعاقدان جوهريا وفقا لما إنطوت عليه نيتها بالفعل ، بل إذا وجب أن يكونا قد إعتبراها جوهريا وفقا لما لابس العقد من ظروف و لما ينبغي في التعامل من حسن نية ، فالظروف الموضوعية للعقد و وجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان إلى التعرف على نية المتعاقدين .

معايير الاكراه :

تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري : " يجوز إبطال العقد للإكراهإذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق .

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعىها أن خطاها جسيما مهددا بهده ، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه ، و سنه و حالته الاجتماعية و الصحية ، و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامنة الإكراه .

طبقا لنص المادة المذكورة و لكي يتحقق الإكراه يجب أن يكون أحد المتعاقدين حس أن الغير بعث رهبة في نفس المتعاقد الآخر ، و أن تكون هذه الرهبة هي التي حملته إلى التعاقد و دفعته إليه ، و أن تكون قد بعثت فيه ذلك بدون وجه حق ، و المعيار في هذا المجال ذاتي تبناه المشرع الجزائري .

فيجب أن تكون الرهبة التي قامت في نفس المتعاقد المكره رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية و لا خيار له فيما أراد ، و هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد و دفعته إليه دفعا ، و هي التي أفسدت إرادته ، فالرهبة هي المسالة الجوهيرية التي يجب الوقوف عندها ، إذ ليس المظاهر المادي في الإكراه هو المطلوب ، بل النتيجة التي يؤدي إليها من قيام الرهبة في النفس ، و هذا هو المقصود من الأخذ بالمعايير الذاتي في الإكراه .

و في هذا الإطار ينبغي على القاضي و هو بصدق تحليل وقائع النزاع أن يتتحقق من وجود رهبة قامت في نفس المتعاقد المكره دفعته إلى التعاقد ، و لا بد من تقدير هذه الرهبة بالنظر إلى حالة المتعاقد المكره و الظروف التي أحاطت به ، فيراعي في ذلك جنس من وقع عليه الإكراه و سنه و حالته الصحية و الاجتماعية ، لأن الانثى غير الذكر و الصبي الصغير غير الشاب القوي و غير الشيخ الهرم ، و القروي غير المدني المتحضر .

كما يجب الاعتداد أيضا بجانب الحالة الشخصية و الظروف و الملابسات ، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد و هو في جهة نائية بعيدا عن الناس.

معايير التدليس الجسيم :

تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري : "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي بحالها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامنة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بذلك الواقعه أو هذه الملابسة " .

فالتدليس يقتضي وجود عنصرين هامين ، أولهما إستعمال الطرق الاحتيالية ، و ثانيهما العنصر النفسي و مؤده أن الطرق الاحتيالية يجب أن تحمل على التعاقد ، و هذه الطرق الاحتيالية لها جانبان ، جانب مادي و هو الوسائل التي تؤثر على إرادة المتعاقدين عليه ، و جانب نفسي أو معنوي و يتمثل في نية التضليل التي تستهدف تحقيق غرض غير مشروع ، فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب بل كثيرا ما يصاحب الكذب أعمالا ماديتا لإخفاء الحقيقة عن المتعاقدين ، و يجب أن تكون هذه الأفعال كافية للتضليل حسب كل متعاقدين فللعيار هنا ذاتي (41). و عليه يمكن القول أن معيار التدليس الجسيم إنما هو معيار ذاتي ، يخول للقاضي سلطة واسعة عند تحديد مدى توافر هذا التدليس ، الامر الذي يساعد على تحقيق فكرة تفرييد العدالة في المجال المدني .

معايير فسخ العقد لنقص المبيع أو زيادته :

تنص المادة 365 من القانون المدني الجزائري : "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضى به العرف ، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا ثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع .

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد ، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة ، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابلا للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ، ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا كالم يوجد اتفاق يخالفه " .

كما ورد في المادة 366 من نفس القانون : "إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة ، فإن حق المشتري طلب إنقاذه ، الثمن ، أو فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكميله الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي ستة من وقت تسليم المبيع تسلیها فعليا ."

يظهر من خلال النصين المذكورين أن معيار فسخ عقد البيع يكون لنقص المبيع من جهة أو زيادته من جهة أخرى .

ففي حالة نقص المبيع أو زيادته ، يجب البحث أولا عن ارادة المتعاقدين ، فإذا كان هناك إتفاق وجب إعماله ، و إلا وجب تحكيم العرف التجاري ، فإن كان العرف جرى على التسامح فلا حق للمشتري في الرجوع على البائع ، أما إذا كان النقص يتتجاوز النسبة المسموح بها من العجز ، فإن البائع يكون مسؤولا عن النقص ، و يكون للمشتري الخيار بين طلب فسخ العقد أو طلب إنقاذه ، وهذا معناه أن معيار فسخ العقد لنقص المبيع أو زيادته هو معيار ذاتي بحت ، يبلغ حدا من المرونة يحول دون القول بتقييده بأية ضوابط موضوعية (42) .

معايير حسن و سوء النية :

تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان العقد باطلأ او قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

تنص المادة 107 من نفس القانون : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية " .

و تنص المادة 141 من نفس القانون : " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما يستفاد من العمل أو الشيء " .

و تنص المادة 187 من نفس القانون : " إذا تسبب الدائن بسوء نيته ، و هو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضى به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " .

يظهر من خلال هذه النصوص أن مبدأ حسن النية يخضع لمعيار ذاتي ايضا ، يختلف من شخص لآخر فالقاضي له سلطة التقدير في الرجوع على المتعاقدين نفسه لمعرفة حسن او سوء نيته ، ويفهم ذلك من خلال نظرية تحول العقد كان يكون بيع فيصبح عقد هبة ، او نظرية تفسير العقد التي تخضع للعرف او مبادئ العدالة على ضوء حسن النية .

ثانياً : المعيار الموضوعي :

يقصد بالمعيار الموضوعي مجلة القواعد العامة التي يشيد بها المشرع ، قابلة للتغيير و مؤكدة مستمدلة من الملاحظة العامة و المجردة للسلوك المتوسط (43).

و الانحراف على مستوى المعيار الموضوعي يتمثل في انحراف في السلوك على المستوى الاجتماعي المؤلف المتوسط المتخذ كنمط ثروجي في مجال معين و لغرض معين و لو لم يشكل هذا السلوك المنحرف في حد ذاته انحرافا مأولاً من الناحية الأخلاقية (44).

و من هنا يمكن القول أن فكرة المعيار الموضوعي أصبحت في الوقت الحاضر شرعا وفقها و قضاءا من قواعد المسؤولية المدنية و تغطي معظم الحالات التي تتناولها إلا أنه لا يحل محل المعيار الذاتي .

1) الاساس الذي يقوم عليه المعيار الموضوعي :

عرفنا فيما سبق أن ظهور المعيار الذاتي تزامن مع القاعدة الأخلاقية حتى قيل أنه ليس إلا تجسيدا لها ، و هذا ما جعل البعض يشك في ملائمة المعيار الذاتي ذي الاساس الأخلاقي للحياة المعاصرة .

و على هذا عدل الفقه و القضاء عن المعنى الأخلاقي للخطأ و قالوا ان الخطأ ليس سوى فكرة إجتماعية في أساسه و يقتضي ذلك أنه بدلا من مواجهة الخطأ بمعايير الرجل المعتمد من الوجهة الأخلاقية أن يواجه من وجهة النظر الاجتماعية ، و هذه تعتمد بالإرادة الظاهرة و ليس الباطنة من حيث كون الفعل المؤلف وغير المؤلف لتقدير مدى مشروعيته ، و هذا يقتضي أن يكون المعيار اجتماعيا و موضوعيا لا ذاتيا (45) .

و الاخذ بالمعيار الموضوعي يقتضي الفصل التام بين الخطأ القانوني و الخطأ الأخلاقي .

و لهذا فإنه من المقرر في باب المعيار الموضوعي أن السلوك الفردي يعد خطأ قانونيا و لو لم يكن السلوك ملوما من الناحية الأخلاقية متى كان هذا السلوك يعد خطرا و ضارا من وجهة النظر الاجتماعية .

فالخطأ القانوني يتحقق بمخالف الخطأ الأخلاقي و لو كان الفاعل بليدا او كان سريع التأثر أو خجولا ، و لا يتصرف في الظروف الطارئة وفقا للمعيار الذي يتصرف بموجبه الرجل الحريص في مثل هذه الظروف و من ثم يسمح للمدعى عليه في مثل هذه الحالات بإظهار الطبيعة التي فطر عليها و تأخذ في الاعتبار صفاته الأخلاقية و المزاجية الخاصة (46) .

ففي مجال العقد يكون المعيار الموضوعي الجرد للخطأ العقدي هو مجرد عدم تنفيذ المدين لما التزم به بموجب العقد حينما يكون التزامه التزاما بتحقيق نتيجة .

وفي مجال الفعل الضار نقارن سلوك المدعى عليه بسلوك رجل اخذ كنمط نموذجي للسلوك ، فان قصر في بلوغ مستوى ذلك النموذج المعياري فقد تعدى مهما يكن من امر فطنته او يقظته (47) .
مقومات المعيار الموضوعي :

يقصد بمقومات المعيار الموضوعي ضبطها خاصة في الظروف الاعتيادية و اذا ما طرأت ظروف غير عادية فإنها يمكن ان تؤثر على مدى هذه الواجبات زيادة او نقصان وفقا لمعايير معين (48) .

و لتحديد مقومات المعيار الموضوعي يقتضي اعتماد سلوك و صفات شخص من البيئة الاجتماعية العامة او ف الوسط المهني كنمط نموذجي لبيان مدى الواجبات القانونية المطلوبة و من ثم بيان مدى مطابقة او اخراfs سلوك المدعى عليه بالقياس الى ذلك النموذج الاجتماعي العام او لتحديد مدى اخراfه عن متطلبات النموذج المهني بالنسبة لسلوكه المهني (49) .

و لتحديد صفات الشخص النموذج ظهر اتجاهان فقهيان احدهما متشدد و الآخر معتدل :
الاتجاه المتشدد : و يتزعمه كل من " كولان ، كابت ، هنري و مازو " ، مفاده ان العنصر المادي للخطأ يتحقق عند مجانية المرء المسلح الذي يجب ان يسلكه الرجل اليقظ المتبصر ، فمعيار السلوك الذي سيتبعه الشخص المتبصر المعنى بأموره لو وجد في مركز الفاعل (50) .

فللمرء يجب عليه ان يحرص على عدم الاضرار بالغير و عليه ان يسلك مسلك الرجل المتبصر لا مسلك الرجل المتوسط ، فان اخذ كل وسائل الحيطة و الحذر فلا مسؤولية عليه (51) .

فمن خلال ما سبق ذكره نجد ان هذا الاتجاه قد عمد للأخذ بمعيار عالي غير ان هؤلاء لم يحددوا هذا المعيار تحديدا دقيقا ، و لم يوضحوا كيف تكون المماطلة بين فعل المدعى عليه و الرجل اليقظ المتبصر ، اهي مماطلة في الزمان و المكان و الحقوق و الواجبات ام في جميع الظروف الاخرى مثل السن و المستوى الثقافي و المهارة .

الاتجاه المعتدل : و مفاده معيار الرجل المعتاد المتوسط ، فهذا المعيار يقتضي تحديدا لمقوماته و الاستهداف بالأفكار المشتركة بين الناس و الشعور العام الذي يساورهم اثناء ممارستهم لحياتهم و ما يتوقعونه من سلوك من يتعاملون معهم (51) .

فانصار هذا الاتجاه يحددون مقومات المعيار الموضوعي في ضبط الاخراf على اساس سلوك الشخص المعتاد المجرد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية دون الاكتئاث من وقع منه الفعل الضار (53) .

و المقصود بالشخص المعتاد هو الشخص من نفس طائفة الفاعل متوسط في جميع الصفات فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع الى القمة و لا هو محدود اليقظة حامل الهمة فينزل الى الحضيض.

و الشخص المجرد تخريشه من ظروفه الشخصية و نفترض احاطته بنفس ظروف الفاعل الخارجية كظرفي الزمان و المكان .

بعض التطبيقات للمعيار الموضوعي في القانون المدني الجزائري :

ان اهم التطبيقات في هذا الصدد ، فكرة الشخص المعتاد و بعض المفاهيم الاجنبية منها مثل الجهد المعقول و الغاية المقصودة .

عنابة الرجل المعتاد : إن معيار الرجل المعتاد معيار قديم ، ترجع اصوله الى القانون الروماني ، و قد تبناه المشروع الجزائري بنص المادة 172 من القانون المدني و التي جاء فيها : " في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتلوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا

بذل في تنفيذه من العناية كا، ما يبذل الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم."

أوجب النص الملزم بالمحافظة على الشيء وإرادته، تونخي الحيطة والحدر في تنفيذ ما التزم به، أي ما يتصل الالزام فيه بسلوك الملزم و عناته ، و الاصل في العناية أن تكون ماثلة لما يبذل الشخص المعتمد ، و على هذا يكون معيار التقدير معيارا عاما و مجرد ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية .

- أهم تطبيقات معيار الرجل المعتمد :

1)- على المستأجر أن يبذل عنية الرجل المعتمد في استعمال العين و المحافظة عليها: جاء في المادة 495 من القانون المدني الجزائري : " يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذل الرجل العادي " .

و هذا يعني أن النص تبني معيارا موضوعيا يقيس به القاضي مدى التزام المستأجر ببذل العناية في استعمال العين المؤجرة من جهة و المحافظة عليها من جهة اخرى ، و هذا المعيار هو معيار الرجل المعتمد و ليس عنية المستأجر له ، فالتزامه في هذا الصدد هو ببذل عنية و ليس تحقيق نتيجة ، و لهذا فإن المستأجر يكون قد وفى متى بذل عنية مطلوبة و لو لم يتحقق الغرض المطلوب من هذه العناية في سلامه العين المؤجرة .

2)- على المستعير في عقد العقارية أن يبذل على الأقل عنية الرجل المعتمد في المحافظة على الشيء محل العارية :

جاء في المادة 544 من القانون المدني الجزائري : " على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن يكون إهتمامه به أدنى من عنية الرجل المعتمد " .

تبني المشرع الجزائري من خلال هذا النص معيارا موضوعيا و هو معيار الرجل المعتمد رغم أنه مقرون بمعيار آخر شخصي و هو ما يبذل المستعير من عنية خاصة تفوق عنية الرجل المعتمد ، بمعنى أن المستعير يحاسب على أساس معيار شخصي هو ما يبذل من العناية و المحافظة على ماله هو ، ان كانت هذه العناية تفوق عنية الرجل المعتمد و لما كان إثبات ذلك عسير إن لم يكن مستحيلا ، فلن يبقى أمام القاضي سوى المعيار الموضوعي لكي يحاسب المستعير على أساسه.

3)- التزام الحراس القضائي أو الاتفاقي ببذل عنية الرجل المعتمد :

جاء في المادة 607 من القانون المدني الجزائري : " يلتزم الحراس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها و بإداره هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل المعتمد " .

يتضح من هذا النص أن معيار العناية التي يبذلها الحراس في الحراسة القضائية و الاتفاقي هو معيار الرجل المعتمد، حتى لو كانت هذه العناية تفوق عناته الشخصية مأجورا كان أم غير مأجور .
مقارنة ما بين المعيارين الذاتي و الموضوعي :

يستند المعيار الموضوعي إلى فكرة المصلحة العامة ، و الموضوعية هي المحافظة على الإرادة الظاهرة ، و هذا من أكبر عوامل الاستقرار فهو يرتبط بالوضع الظاهر و يحميه و يعتمد بالنية الظاهرة و السلوك المألوف للشخص المعتمد عند تقييم افعال الافراد .

أما المعيار الذاتي فيقوم على فكرة الاقتصاد الحر و سلطان الإرادة و هي جموعاً عوامل تقوم على القصد و النية ، و في ذلك محافظة على الإرادة الباطنة ، و تعبير اصدق عن النية الحقيقة لأنها تعتمد بالعناصر الذاتية و الشخصية للأفراد ، فيقوم لها وزنا كبيرا عند تقييم سلوكهم اذ الهدف هو تحقيق العدالة (54) .

للمعيار الموضوعي يهدف الى تحقيق الموازنة بين فكرة العدالة و دواعي الامن و الاستقرار في المجتمع ، بل حتى انه يضحي بالعدالة و يغلب أمن المجتمع و مصلحته .
ولما ان المعيار الموضوعي يجد مجاله في مختلف فروع القانون العام ، فهذه القوانين تقوم على فكرة المصلحة العامة و النظام العام و هي في اغلبها معايير موضوعية .

خاتمة :

توصلنا من خلال بحثنا الى النتائج التالية :

- 1)- أن المعيار القانوني أصبح من الادوات التقنية التي وصل اليها الفكر القانوني ، إذ وصل إلى مرحلة توجيه القاضي في إصدار حكمه ، و توجيه المشرع في سن القوانين تماشيا مع التطور الاجتماعي .
- 2) كما عرفنا أن المعيار القانوني أهم وسيلة إنتقادية لعدالة القانون المطبق قياسا على مدى ملائمته لهذه المعايير و هو بهذا نوع من الرقابة الأخلاقية للقاضي عند إصدار حكمه و ضمان حقوق الإنسان من خلال مرونة هذه المعايير الذاتية التي تقضي ببحث كل حالة على حدا.
- 3)- دراسة المعيار القانوني تسمح بتوحيد القوانين في العالم لوحدة المرجعية من معيار الرجل المعتمد و ضمان العيب الخفي و الظروف الطارئة .

إلا انه و رغم ذلك لم يسلم المعيار القانوني من النقد وأهم ما قيل في ذلك :

- 1)- أن الاعتداد بالمعايير القانونية اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات فقد قيل أن الاباحة للقاضي في تطبيق المعايير القانونية معناه إعطاء سلطة تشريعية له ، و وبالتالي تجتمع لديه السلطات التشريعية و القضائية و في هذا مخاطر كبيرة بحق المواطن .
- 2)- أنه يؤدي الى تحكيم القضاء فقد وصفت سلطة القضاء التقديرية التي تنطوي على استخدام المعايير القانونية بانها بمثابة " قانون الطغاة " و بانها هوائية تختلف من شخص لآخر و بانها متقلبة و تتوقف على المزاج .
- 3)- و قيل أيضا أنه يؤدي إلى إنعدام النظام و الانسجام اللازمين في الحياة القانونية، كاما أنه يؤدي إلى حلول كلها خاصة بأحوال معينة بالذات و بعيدة عن بعضها البعض .

و الحقيقة أن القاضي يتأثر بأمر المشرع و لا يقوم بهام المشرع ، و في أحوال دقيقة جدا و محسوبة ، فالمعيار القانوني هو أصلا من خلق المشرع بصورة عامة و بنص القانون ، إذ يحيل القاضي عادة إلى معايير مرنّة لتوسيع سلطته التقديرية و هذا لتحقيق افضل للعدالة و لاستقرار الوضائع القانونية .

الهو امش :

- 1)- فارس حامد عبد الكرييم العجرش الزبيدي ، المعيار القانوني ، رسالة ماجستير ، بغداد 2002 ص 12
- 2) عبد الله مصطفى ، علم اصول القانون ، مطبوعة الجمع العلمي العربي 1995 ص 53
- 3)- منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مطبوعة الجمع العلمي العربي 1995 ص 60
- 4)- حامد زكي ، التوفيق بين القانون و الواقع ، مجلة القانون و الاقتصاد ، مصر المعاصرة 1995 العدد 2 ص 350
- 5)- انظر: د. حامد زكي ، مصدر سابق، ص 252-253. عن مقالة للعميد "روسکو باوند" بعنوان: American (The administrative application of legal standard) وهي منشورة في (Bar Association Reports, 1919

- 6- حامد زكي ، التوفيق بين القانون و الواقع ، مجلة القانون و الاقتصاد ، مصر المعاصرة 1995 العدد 2 ص 350
- 7- انظر عبد الله مصطفى، علم اصول القانون، ط1995، ص53
- 8- انظر بصدق اراء ارسسطو ، د. سهر تناغه ، مصدر سابق ، ص 149-152 ،
- كلمه " البريتور" تعني الحاكم الشرعي وهي مستحدثة في العصر الروماني لتنظيم التقاضي في الأمور المدنية
- 9- فارس حامد عبد الكري姆 العجرش الزبيدي ، المعيار القانوني ، رسالة ماجستير ، بغداد 2002 ص 34 .
- 10) - انظر عبد الله مصطفى، علم اصول القانون، ط1995، ص53
- 11) - منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مطبوعة الجمع العلمي العراقي 1994 ص 60
- 12) منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، المرجع نفسه ص 61
- 13) - الاستاذ السنهوري في رسالته للدكتوراه بالفرنسية ، القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل في القانون الانكليزي سنة 1925، ص 23 ، اشار اليها د. حامد زكي ، مصدر سابق، ج2، ص 250-252 .
- Maurice Hauriou (1856-1929), juriste, doyen de la faculté de Toulouse
- 14) - حامد زكي ، التوفيق بين القانون و الواقع ، مجلة القانون و الاقتصاد ، مصر المعاصرة 1995 العدد 2 ص 352

Nathan Roscoe Pound (né à Lincoln, Nebraska, le 27 octobre 1870 --(16 30 juin 1964) est un juriste américain, doyen de la *Harvard School of Law*. Il serait aux Etats-Unis le juriste le plus cité du xx^e siècle ¹

- (R.Pound, An Intro.OP.Cit.P 69-70) (M.O.Stati. OP.Cit. P.43) (R.Pound, An Intro.OP.Cit.P.58)
- وكذلك انظر د. حامد زكي، مصدر سابق، ص 254-2455 ، وكذلك انظر د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص 149-150.
- 19) - محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة ، 1982 ص 112
- 20) - أرسطو أو ارسطوطاليس (384ق.م.ق.م.فيسوفيونانى قديم كان أحد تلاميذ أفلاطون و معلم الإسكندر الأكبر) كتب في، مواضيع متعددة تشمل الفيزياء، والشعر، والمنطق، وعبادة الحيوان، والأحياء.
- 21) - فارس حامد عبد الكريمة العجرش الزبيدي ، المعيار القانوني ، المرجع نفسه ، ص 34
- 22) - فارس، حامد عبد الكريمة العجرش، الزبيدي ، المعيار القانوني ، المرجع نفسه ص 34
- 23) - السفسطة كما تشير أغلب الكتب هي مذهب فكري-فلسفى نشأ في اليونان بـان نهاية القرن السادس وبداية القرن الخامس ق.م. في بلاد الإغريق (اليونان حالياً)، بعد الخسار حكماؤه ولغير شيبة الأقلية) و ظهور طبقة حاكمة جديدة ديمقراطية تمثل الشعب ، وقد ظهر السفسطائيون كممثلي الشعب وحاملين لفكرة وحرية منطقه ومذهبة العقلى والتوجه المذكور هذا هو الذي كلفهم كل ما تعرضوا له من هجوم حتى ليصدق القول بأن السفسطائيين كانوا من أوائل المذاهب الفكرية التي تعرضت للتنيكيل والنفي والقتل مجرد كونها تخدم مصلحة الضعفاء والمساكين
- 24) - انظر د عبد الله مصطفى، علم اصول القانون، ط1995، ص53
- 25) - محمد شتا ، مجلة مصر المعاصرة ص 262 ع 6

- (26) انظر بصدق اراء ارسطو ، د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص 149-152 ، وانظر كذلك د. محمد شتا ابوسعد، السلطة التقديريّة للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، مجلة مصر المعاصرة، ص 262
- (27) عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ط.5، 1966 ص 44
- (28) - فارس ، حامد عبد الكريم العجرش الزبيدي ، المعيار القانوني ، المرجع نفسه ، ص 67
- (29) - فؤاد زكريا ، سلسلة عالم المعرفة ، ط 3 1988 ص 93
- (30) _ افلاطون ، الجمهورية ، ترجمة حنا خباز ص 232
- (31) - محمد شتا ، مرجع سابق ص 150
- (32) - المرجع نفسه ، ص 151
- (33) - جبرائيل البنا ، دروس في القانون الروماني ، ج 2 1948 ص 16
- (34) - مدونة جوستينيان في الفقه الروماني ، ترجمة عبد العزيز فهمي ، 1946 ص 372
- Jacques FLOUR , Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Les obligations, I, -(35)
L'acte juridique, 10 éd., Armand Colin, Paris2002, n°94
- (36) - ثروت انيس الاسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها - دراسة في سوسيولوجيا الفكر القانوني - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، يوليو 1966.
- (37) - حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع ، مجلة القانون والاقتصاد ، مصر ، س1 ع5 وس2 ع2
- (38) - المرجع نفسه ص 45
- (39) - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 .
- (40) - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
- (41) - محمد شتا ابو سعيد ، مرجع سابق ص 154 و 155
- (42) - محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الجزائر 1980 ص 22 الى 25
- (43) -- فارس حامد عبد الكريم العجرش الزبيدي ، المعيار القانوني ، المرجع نفسه ، ص 67
- (44) - فارس حامد المرجع نفسه ص 77
- (45) - عبد الله مصطفى ، علم اصول القانون بغداد 1995 ص 56
- (46) - ميشيل قيلية ، القانون الروماني ، 1964 ص 78
- (47) - فارس حامد عبد الكريم العجرش الزبيدي ، المعيار القانوني ، المرجع نفسه ، ص 82
- (48) - فارس حامد عبد الكريم المرجع اعلاه ص 82
- (49) - عبد الرحمن بدوي، ربیع الفكر اليوناني ، ط 4، 1969 .
- (50) - هنري باتيفول فلسفة القانون ، ترجمة د. سموحي فوق العادة ، منشورات عويدات ، بيروت ، ط 1، نيسان 1972
- (51) - هنري باتيفول المرجع نفسه ص 57.
- (52) - هنري باتيفول المرجع نفسه ص 58.
- (53) - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ط.5، 1966 ص 87
- (54) - فارس حامد عبد الكريم المرجع اعلاه ص 89.

الإدارة المحلية والتنمية



محمد الجنبي 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

إن الإدارة المحلية تسمية تطلق للتعبير عن اللامركزية الترابية أو الإقليمية كأسلوب للتنظيم الإداري اللامركزي، ويقصد بها الهيئة التي تتولى إدارة المرافق المحلية في جزء من إقليم الدولة، كما يقصد بها ذلك النشاط المتعلق بالإدارة المحلية في تشغيل هذه المرافق، فالمعنى الأول يطلق على المعنى العضوي أو الشكلي ، في حين أن التسمية الثانية يشار إليها بالمعنى المادي، ويقصد بتعبير الإدارة المحلية كذلك دراسة الإدارة المحلية وبحث أنظمتها أي علم الإدارة المحلية¹.

ولعل انخراط المغرب ضمن هذا المسلسل قد أدى به إلى التعامل مع هذه المتغيرات بمقاربة سماتها التدرج والتصاعد والتكييف، وكل ذلك في ضوء خصوصيات وطبيعة الوضعية السياسية والاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بصدور الموثيق، ومستوى التقدم الذي تحقق في الوعي الجماعي بالنظام اللامركزي.

ذلك أن التنظيم الجماعي الأول الصاد رفي 23 يونيو 1960 عمل على تكريس النهج اللامركزي لدعم الديمقراطية المحلية، غير أن التنظيم الجماعي لـ 1976 اعتبر الجماعات - الحضرية والقروية - مسؤولة عن التنمية الاقتصادية والاجتماعية وهذا الميثاق تزامن مع متغيرات وطنية ودولية، تمثل التغيير الأول في توسيع صلاحيات الجماعات المحلية وإشراكها في مسلسل التنمية المحلية والوطنية.

أما التغيير الثاني فتمثل في تراجع الدولة عن تدخل وتوجيه الاقتصاد مع التوجه الليبرالي الجديد في نهاية السبعينيات وبداية السبعينيات، حيث جعل الدولة تتراجع وتترك المبادرة في ذلك للقطاع الخاص والجماعات المحلية.

¹ الإدارة المحلية بين اللامركزية وعدم التركيز: مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد 1- 1997 الإسكندرية- ص 5.

بيد أن ظهير 30 سبتمبر 1976 عرف إصلاحا من خلال القانون رقم 78.00 بتاريخ 3 أكتوبر 2002، هذا الميثاق الذي جاء ضمن الإصلاحات التي عرفتها الدولة المغربية خلال ربع القرن الأخير، والتي تسارعت وتيرة إصدارها مع نهاية القرن الماضي وبداية القرن الحالي، وهي تعكس التطور الذي عرفه المغرب في العهد الجديد.

وتكون أهمية دراسة الإدارة المحلية من الناحية السوسيولوجية في محاولة الكشف عن مختلف المشاكل والعوائق التي تقف في وجه التنمية المحلية ، و في المقابل البحث عن الحلول الناجعة التي تمكنا من تنمية مستدامة للإدارة المحلية بالغرب .

وبالتالي فالإشكالية المخوية والتي ستكون محور مناقشتنا لهذا الموضوع هي كالتالي :

- ما هي الوسائل القانونية والمالية والبشرية المتوفرة للإدارة المحلية ؟ وما هي العوائق التي تعيق التنمية وما هي الحلول الممكنة لتجاوز هذه المعوقات؟

للإجابة عن هذه الإشكالية سنقسم موضوعنا إلى قسمين هما :

المبحث الأول : واقع ومعيقات التنمية بالإدارة المحلية.

المبحث الثاني : مقاربة استراتيجية لتنمية الإدارة المحلية.

المبحث الأول : واقع ومعيقات التنمية بالإدارة المحلية :

لقد ارتبطت عوائق تنمية الإدارة المحلية بالغرب بالكشف عن مشاكل ذات طبيعة موضوعية (المطلب الأول) ، و أخرى ذات طبيعة ذاتية مرتبطة بالإدارة نفسها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : العوائق الموضوعية :

اتخذت المشاكل ذات الطابع الموضوعي توجها ماليا صرفا ارتبطت بالتمويل المحلي بشكل خاص وما يطرحه من مشاكل للإدارة المحلية بالغرب» (الفرع الأول) هذا من جهة ومن جهة أخرى منها من ارتبط بالجانب القانوني والإداري من الناحية التدبيرية خاصة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : العوائق المالية :

تتجلى هذه العوائق من خلال حدود الإصلاح الجبائي في تدعيم الاستقلال المالي للإدارة المحلية (الفقرة الأولى) ووضعيته الأملك الجماعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حدود الإصلاح الجبائي في تدعيم الاستقلال المالي للإدارة المحلية :

لقد كانت من بين أهداف الإصلاح الجبائي الجديد الرفع من الموارد الجبائية، ومن تم دعم الموارد الذاتية للجماعات باعتبار أن هذه الموارد تشكل دعامة أساسية لتحقيق اللامركزية.

لكن رغم التأثيرات المالية للإصلاح الجبائي الجديد، فإن حجم الموارد الجبائية الذاتية ظل ضعيفا مقارنة مع الموارد المالية الأخرى، وهذا ما يعكسه حجم الجبايات المحلية في تمويل ميزانيات الجماعات.

فمبلغ الجبايات المحلية لا يناهز إلا نصف حصيلة الضريبة على القيمة المضافة التي تأتي في المرتبة الأولى¹.

¹ محمد السنوسى معنى: مالية الجماعات المحلية، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش- 1992.

ومن جانب آخر، فإذا كان المشرع قد وضع نصب عينيه الرفع من مردودية الموارد الجبائية ودعم الاستقلال المالي للجماعات، فالواقع المالي لهذه الوحدات قد أظهر قصور هذا الإصلاح في التكريس الفعلي لهذا الاستقلال. فالإصلاح الذي مثل الجبائية المحلية لم يعم على تعزيز موارد الجماعات المحلية إلا بشكل جد نسي، إذ أن الجماعات القروية لم تستفد كثيراً من هذا الإصلاح الذي ركز بشكل أساسي على دعم الموارد الجبائية للجماعات الحضرية¹.

فالجماعات القروية لم تكن استفادتها من الضرائب والرسوم المقررة بمقتضى الإصلاح الجبائي الجديد استفادة كلية وشاملة، ومردوديتها بهذه الجماعات ضعيفة بسبب غياب بعض الأوعية الضريبية وضعف الأنشطة الاقتصادية والتجارية التي تفرض عليها الرسوم، مما يجعل مردودية هذه الرسوم بالجماعات القروية ضعيفة، الأمر الذي يجعلها تعتمد على الدعم المادي للدولة مما يفقدها استقلالها المالي.

أما بخصوص الجماعات الحضرية ومدى استفادتها من ضرائب ورسوم الإصلاح الجبائي، فإن استفادة الجماعات الحضرية الغنية هي استفادة أكبر وأوسع من استفادة الجماعات الفقيرة، وذلك يرتبط على الخصوص بالمستوى العمراني وأهمية الأنشطة التجارية والصناعية الموجدة بالجماعة، والتي تسمح طبعاً بتوفير الأوعية الضريبية الضرورية لفرض الضرائب والرسوم.

ومن جهة أخرى، فإن القانون الجبائي الجديد أعطى حق الاستفادة من بعض الرسوم المحلية المخصصة أصلاً بمقتضى المادة الثانية لفائدة الجماعات الحضرية ويتعلق الأمر بـ:

- نصف حصيلة رسم النظافة.
- حصيلة رسوم الذبح في المجازر.
- حصيلة الرسم المفروض على وقوف العربات المعدة للنقل العام للمسافرين.
- حصيلة الرسم المفروض على البيع في أسواق البيع بالجملة وأسواق السمك.
- حصيلة الرسم المترتب على إتلاف الطرق، إذا قامت الجماعة الحضرية بإصلاحها.

فعملية السلب هاته قد حرمت الجماعات الحضرية من الاستفادة من مدخول جموع رسومها، الأمر الذي أثر سلباً على تمويلها الذاتي. فالجبايات المحلية الجديدة ظلت بعيدة كل البعد عن تدعيم الاستقلال المالي للجماعات.

ومشكل التمويل الذاتي مازال مطروحاً بالنسبة للجماعات خاصة وأن عملية إسناد مسؤوليات جديدة للجماعات في ميادين الصحة والتعليم والإنشاش القروي... الخ ، والتي كانت أصلاً من اختصاصات الدولة لم يصاحبها تمويل موازي للموارد الضرورية للقيام بالمسؤوليات الجديدة. الأمر الذي فتح المجال لوسائل التمويل الغير الذاتي والذي كان من نتائجه المس بالاستقلال المالي للجماعات ، وهذا ما سوف نراه في فقرة ثانية.

الفقرة الثانية : ضعف موارد أملاك الجماعات وتأثيره على نظام التمويل الذاتي :

تحتل موارد الأملك الجماعية أهمية خاصة داخل الميزانية الجماعية ولاسيما على صعيد القسم الخاص بالموارد الخصوصية، وينقسم الملك الجماعي إلى نوعين:

- الملك الجماعي العام والملك الجماعي الخاص، فالأملك الجماعي العامة يمكن أن تشمل:
- الأزقة والطرق والمساحات العمومية (والحدائق العمومية، والأثار التاريخية كالتماثيل والتجهيزات المعدة)
 - المياه المعدة لاستهلاك المدن، وكذا القواديس والقنوات ومجاري المياه والأحواض المجتمعية فيها المياه لتوزيعها

¹ المرجاني عبد الحق: حدود التمويل الجبائي المحلي للتنمية المحلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 2/3، يناير 1993. ص 87

وغير ذلك من التجهيزات.

أما بخصوص الأموال الجماعية الخاصة، فهي تتكون من:

- العقارات أو الأبنية التي اشتراها البلديات أو بنتها على نفقتها، لتخصصها بإدارة ذات مصالح بلدية أو لشغلها بقصد مستفادها.
- قطع الأراضي الازمة للتجربة بداخل منطقة المدينة والتي تكون قد تخلت عنها الدولة من ملكها الخاص للبلديات بعوض.

إلا أن وضعية مداخيل الأموال الجماعية تتسم بالضعف ومن جهة نلاحظ أن القوانين الحالية المنظمة للأموال الجماعية هي قوانين لم تعد تساير متطلبات وحاجيات الجماعات المتزايدة، ومن جهة ثانية نلاحظ أن مساهمة مدخول هذه الأموال في ميزانيات الجماعة تعد مساهمة جد ضعيفة وذلك يرجع إلى ضعف مداخيلها وكذلك إلى قلة أملاكها العقارية.

فمداخيل الأموال البلدية وإن كانت تعد مورداً مالياً ذاتياً وتشكل أداة تمويلية بالنسبة لميزانية البلدية، فإن هذا المورد مازال يتصف بضعف مداخيله وبعدم تطوره.

ويظهر ذلك من خلال أن مردودية الأموال البلدية تتميز بالضعف، حيث أنها لا تشكل إلا قسطاً ضئيلاً بالنسبة للموارد المالية البلدية.

وقد ساهمت عدة عوامل في إضعاف الأموال العقارية للجماعات من بينها على سبيل المثال ظاهرة التفويتات التي تتم عادة بثمن رمزي فقط بالإضافة إلى ذلك فإن جل الجماعات تجهل أغلب ممتلكاتها.

الفرع الثاني: العوائق الإدارية والقانونية :

تجسد العوائق الإدارية في تعقد المساطر القانونية عامة وخاصة ما يتعلق منها بجلب الاستثمارات التي تتوجه نحو تنمية الإدارة المحلية (الفقرة الأولى) ثم إن عمق المشاكل القانونية التي ترتبط فيها الإدارة المحلية عامة والجماعات المحلية خاصة تتحذز مظاهر متعددة من الناحية التي يكون لها الآثار السلبية على التسيير العادي للمصالح الإدارية المحلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : علاقة الإدارة بالمستثمر :

تأسس طبيعة العلاقة بين الأجهزة الإدارية المتدخلة في مسار المستثمر وبين المستثمر كفاعل أساسي في تحقيق التنمية بناء على طبيعة الإجراءات والمساطر التي تتيح للمستثمرين الحصول على الرخص والوثائق الإدارية الضرورية لإتمام مراحل إنجاز مشاريعهم الاستثمارية.

فارتباطاً بمرونة أو تعقيد تلك الإجراءات ووضوح أو غموض تلك المساطر يتحدد نمط النسيج الاستثماري، فيصبح الجهاز الإداري أداة لجلب واستقطاب الاستثمار أو عائقاً في وجه المشاريع الاستثمارية والمستثمرين.

ويكن اعتبار إعلان الرسالة الملكية الموجهة للوزير الأول عن إنشاء المراكز الجهوية للاستثمار بمثابة ثورة في العقليات والآليات الخاصة باستقبال المستثمرين،

فرجال الأعمال المغاربة كانوا دائمًا ينادون بضرورة تبني سياسة تبسيط الإجراءات الإدارية الخاصة بالاستثمار وتحديث القوانين الخاصة بها، وكانت هذه المناداة تواجه بوعود بلا فعالية.

والرسالة الملكية تحدد في خطوطها العريضة السياسة والوقت المخصصين للتطبيق، حيث أن سياسة اللامركزية فيما يخص الاستثمار ستصبح واقعاً من خلال أعمال المراكز الجهوية للاستثمار والتي ستعمل على تشجيع الاستثمار وحل مشاكل المستثمرين.

فبعد أن كانت العلاقة التي تربط المقاولات بالإدارة علاقة التبعية، تجعل المقاولة المستثمر تابعين للإدارة وخاضعين لمتطلبات المقرر العمومي الذي يعمل على تعقيد الإجراءات وإيقافها كلما رفض المستثمر الاستجابة لضغوطاته الشخصية وتلبية مصالحه الخاصة شكلت الإدارة العمومية في المغرب، وفي العديد من البلدان النامية، الأداة الأساسية لترجمة التوجهات الأساسية للدولة على المستوى الاقتصادي، الاجتماعي، السياسي، كما اعتبرت الأداة المفضلة لحل المشاكل المستعصية.

وفي مقابل هذه الأدوار التي أسندت إلى الجهاز الإداري لم يحدث تغيير عميق على أنماط العلاقة بينه وبين مكونات المحيط الخارجي الذي يتفاعل معه، علما بأن العلاقات الرسمية القائمة مع العموم تعتبر مؤثراً في تحديد طبيعة النظام الإداري.

وتبقى أهم اختلالات التنظيم الإداري في تعدد المتدخلين حيث يصطدم التنفيذ العقلاني للإجراءات والمساطر الإدارية التي يخضع لها المستثمرون بتنوع كبير على مستوى الإدارات وطرق أكثر من أربعين باباً بغية إتمام الإجراءات التي تخوّلهم الاستثمار بالغرب، وبالنظر إلى كون تلك الإجراءات لا تدرج ضمن دليل عملي يسترشد به المستثمر، فإن تعدد الأجهزة يساهم في إفراز ظاهرة سلبية في الأداء الإداري تمثلت في الانفصال الذي وقع بين الإدارات المتدخلة، فأصبحت كل إدارة تستغل فقط في نطاقها الضيق، وذلك في غياب استراتيجية موحدة تؤطر عمل الإدارات المكلفة بتنفيذ سياسة الدولة في مجال الاستثمار، علماً أن هذا المجال يشكل إطاراً لتقاءع العديد من الأجهزة من مستويات مختلفة، فهناك الوزارات على المستوى المركزي، المصالح الخارجية، ثم الجماعات المحلية.

إضافة إلى اللجان العديدة التي يتم تشكيلها والتي لا تؤدي سوى إلى إعادة إنتاج التضخم على مستوى البنيات الإدارية.

فرغم المحاولات العديدة التي استهدفت تنسيق الجهود الإدارية، يمكن القول بأن العمليات الإدارية داخل الإدارات لازالت تصطدم بالتكرار، الازدواج، التضارب، والتعارض. وترجم هذه الاختلالات بشكل واضح على مستوى تواصل الإدارات فيما بينها سواء عمودياً أو أفقياً من جهة وعلى مستوى تواصل هذه الأخيرة مع محيطها الخارجي من جهة ثانية، وفي هذا السياق ترتبط عرقلة الاستثمارات وتعقد علاقة الإدارة بالمستثمر بغياب التنسيق في هذه الإدارات المتدخلة، بل وبين مصالح الإدارة الواحدة مما يؤدي إلى صعوبة تنفيذ هذه المصالح الموكول إليها تنفيذها، كما يؤدي إلى صعوبة تداول المعلومات التي تسهل تنفيذ تلك الإجراءات.⁷⁴

إن المتفحص لمستوى التفاعل الجدي القائم بين المستوى الاقتصادي والمستوى الإداري يجده تفاعلاً يسفر إلى حد بعيد عن أحد الأسباب الكامنة وراء تعثر السياسات الاقتصادية عامة، وتقلص وهزالة حجم الاستثمارات، إذ يلمس المتأمل مستوى الوضع المتردي الذي يعني منه جهازنا الإداري، وذلك سواء على مستوى بنائه الهيكلي والقانونية (المركبة في اتخاذ القرار، تعقد المساطر الإدارية، تداخل الاختصاص...).

⁷⁴ عبد الحميد شقرنون . المرجع السابق . ص : 56

أو على مستوى بنيته البشرية (العقلية المتحجرة، السلطوية، انعدام الضمير، ضعف التكوين...).

لنكون أمام جهاز إداري يطبعه سوء التدبير، والبطء، والروتين. وتلك نتائج تؤدي في معظمها إلى اختلالات وظيفية تؤثر بشكل سلبي على النسق الاقتصادي.⁷⁵

إن التعقيد الذي يميز إجراءات ومساطر خلق المقاولة أو اقتناص العقار أو التهيئة وغيرها يرتبط في الكثير من الأحيان بسلوكيات إدارية منحرفة، وعقليات لا تستند في حالات متعددة إلى أي سند قانوني أو تنظيمي أو أية اعتبارات تملتها ضرورة المصلحة.⁷⁶

و ضمن هذا السياق لا بد من التأكيد على أن تعقد المساطر والإجراءات الإدارية التي تخضع لها المرتفقون تعتبر سبباً رئيسياً لانتشار ظاهرة الرشوة، وحضورها على مستوى السلوك الإداري.

أمام ضرورة ترسیخ الثقة بين المستثمر والإدارة كان لابد من إرجاع حبل التواصل من جديد وانقطاع خلال حملة التطهير لسنة 1996، وهو ما بدأته بالفعل هذه الإجراءات التي تم الإعلان عنها. والتي جعلت العلاقة بين المستثمر والإدارة مبنية على أساس تعاقدي.

فيبناء على التعاقد الذي يجمع بين الإدارة والمستثمر، تعمل هذه الأخيرة على إنجاز جل الإجراءات في مطبوع موحد، يسلم للمستثمرين مقررونا بالتراخيص التي تؤهلهم للمشروع في تنفيذ مشاريعهم في أقرب مدة ممكنة.

فبدلاً من المقاولة التابعة للإدارة، عملت سياسة التدبير اللامتمركز للاستثمار على جعل الإدارة في خدمة المستثمر بناء على أساس تعاقدي.

الفقرة الثانية : كثرة العوائق القانونية :

من بين العوائق التي يطرحها الميثاق الجماعي الجديد في هذا الإطار نجد مسألة الهيمنة المطلقة للرئيس على المجلس الجماعي، ذلك أن هذا الميثاق تراجع عن الفصل 7 من قانون 1976 المتعلق بإمكانية إقالة الرئيس من طرف ثلثي الأعضاء بعد مرور سنتين على انتخابه، بالإضافة إلى أن الرئيس يتحكم في وضع القانون الداخلي والحساب الإداري وتنفيذ الميزانية، ووضع جدول الأعمال، كما يحق له طرد كل عضو من أعضاء المجلس "يخل بالنظام ويعرقل المداولات"، ويحق له أيضاً تعيين بعض الموظفين دون أية مراقبة لكتفاهاتهم، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى القيام بعمارات لا علاقة لها بالعمل الجماعي ولا يمكن أن تكون فيها فائدة للجماعة.

من جهة أخرى حافظ هذا الميثاق الجديد على الطابع المتشدد لسلطة الوصاية، سواء وزارة الداخلية أو العمالية، بحيث لا تكون مقررات المجلس الجماعي قابلة للتنفيذ إلا إذا حظيت بموافقة السلطة الوصاية التي غالباً ما تمارس الوصاية القبلية مما يؤدي إلى رفض العديد من مقررات المجلس (المواضيع 59، 61، 70، 77).

على صعيد آخر نجد من بين العوائق التي ترتبط بتسخير الإدارة المحلية مشكل كثرة عدد الموظفين مما يشق كاهل الميزانية المحلية على المستوى المادي، حيث يذهب قسط كبير في توفير الأجرور في ظل التوظيفات التي عرفتها

⁷⁵ مقال جريدة العلم "التفاعل الجدلـي القائم بين المستوى الاقتصادي والمستوى الإداري" العدد 16159. الأربعاء 30 أكتوبر 2002 (صفحة المجتمع والقانون)

⁷⁶ شنفار عبد الله "الإدارة المغربية ومتطلبات التنمية" دراسة سوسيو-قانونية وتحليلية. منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتربية بسلسلة مؤلفات جامعية. العدد 19 2000 ص: 62

الإدارة الخلية بالمغرب من أجل حل أزمة التشغيل بالغرب، مع العلم أن جل الموظفين لا يؤدون مهامهم بالشكل المطلوب، فهم في راحة تامة ولا يحترمون أوقات العمل (باستثناء بعض المصالح الحيوية، كمصلحة الحسابات، والممتلكات الجماعية، المكتب الصحي...).

المطلب الأول : العوائق الذاتية :

إن الحديث عن المشاكل الذاتية للإدارة الخلية بالمغرب يرتبط بالكون البشري الذي يعتبر حلقة مهمة في التنمية المستدامة للإدارة الذي يعمل بها ، سواء تعلق الأمر بالمنتخب الجماعي وما يشوبه من ضعف في التكوين أو المستوى الثقافي (الفرع الأول) أو تعلق الأمر بالموظف باعتباره الأداة الضرورية لإعداد وتنفيذ مقررات المجلس التدابلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : العوائق المرتبطة بالمنتخب الجماعي :

عرف التنظيم الجماعي الجديد في ظل القانون رقم 78.00¹ حيث رسم المشرع في ضوئه صورة متقدمة للامركزية الجماعية، ويدخل التنظيم الجماعي الجديد في إطار مسلسل الانتقال الذي يعرفه المغرب قصد تطوير وتحديث اللامركزية الخلية بجعلها أكثر قربا واستجابة لتحقيق الحاجيات والانتظارات، وجعلها أكثر وعيًا بالمشاركة والديمقراطية الخلية.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه باللحاج هو: إلى أي مدى يسمح المستوى التعليمي الذي حدده المشرع المغربي للمستشارين الجماعيين للقيام بالمهام المنوط بهم؟ (الفقرة الأولى) ، بمعنى هل المنتخبون المحليون مؤهلون للاضطلاع بالمسؤولية المنوطة بهم، وضمان استقلاليتهم اتجاه السلطة المركزية، والمساهمة بشكل فعال في تنمية الإدارة الخلية؟(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضعف المستوى المعرفي :

إن الدراسات الإحصائية التي قامت بها وزارة الداخلية بشأن الانتخابات الجماعية، والتي تناولت المستوى المعرفي لأعضاء مجالس الجماعات، أظهرت أن هذه الأخيرة لا يتوفّر أعضاؤها على المستوى التعليمي للمنتخب الجماعي في كل فترة انتخابية، إذ أن نسبة أصحاب المستوى الضعيف مازالت مرتفعة (55,34%)، الشيء الذي ينعكس سلبا على مردودية المجالس ويحول دون تحقيق الأهداف المت厚ثة من التنظيم اللامركزي.

فإذا كانت المجالس الجماعية، على هذه الصورة فإن واقع رؤساء هذه المجالس ليس بالأفضل، وبالخصوص في الجماعات القروية الشيء الذي يقف حاجزا في طريق تحديد اللامركزية.

¹ "ففي ظل ظهير 1960، كان المنتخب الجماعي يقوم بدور محدود وصوري في مجال إدارة شؤون الجماعة، وكان رجل السلطة هو المهيمن على هذا النطاق، غير أن مشروع قانون 1976 منح المجالس المنتخبة ورؤسائها اختصاصات هامة وحملهم مسؤولية الرفع من المستوى الاقتصادي والاجتماعي للجماعة" . انظر السعيد مزروع فاطمة - الإداره المحلية اللامركزية بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2003، ص 299.

الفقرة الثانية: ضعف المستوى الثقافي للم منتخب الجماعي :

إن وظيفة المستشارين الجماعيين لا ترتبط بتمثيل السكان بالأساس بل ترتبط بالدور التدبيري المحلي، الذي ينبغي أن يلعبه الم منتخب للرفع من مستوى الجماعة "فالقصد بالكفاءة هو حد أدنى من الدراسة والخبرة في الشؤون العامة وهذه فعلا ليست وقفا على المثقفين"¹.

فالتحلف الثقافي يعد حاجزا رئيسيا للممارسة الفعلية لاختصاصات وبسبب التكوين الغير الكافي، فمن الممكن أن يتجرد أعضاء الهيئة الم منتخبة من أي اختصاص على مستوى الواقع، وعدم القدرة على الفهم والعجز عن إيجاد الحلول المناسبة بسبب جهل المستشارين الجماعيين للنصوص القانونية، وعدم درايتهم بأمور التسيير والتدبير للشأن المحلي.

وأمام رئيس أو منتخبين غير مكونين، فممثل السلطة المركزية يستطيع أن يحل محلهم، وأن يوجه هؤلاء حسب رغبته، وبالتالي تت弟兄 استقلالية المجلس في تدبير اختصاصاته.

وعموماً تبقى ميزة التجارب الجماعية هي ضعف تكوين الم منتخب، وذلك راجع لعدة أسباب من أهمها تفشي الأممية في أوساط المجتمع المغربي، حيث تمس نصف ساكنة البلاد، إضافة إلى السبب القانوني الذي يتمثل في كون المسروع المغربي لم يقيد الترشيح بمستوى معين من التعليم والدراسة².

فالإصلاح الجماعي ومدونة الانتخابات، كان ينبغي أن يستكملا بمقتضيات قانونية في هذا الاتجاه، باعتبار أن الم منتخب سيتمتع بـاختصاصات ذات أهمية بالغة في مسلسل تحديد التدبير الجماعي.

وهذه المهمة لا يمكن الإفلات بها من دون حد أدنى من المعرفة والتكوين، اللذين يؤهلان الم منتخب لفهم الاختصاصات والصلاحيات، ولدراسة جدول الأعمال أثناء الدورات، وللبحث عن السبل الكفيلة بتحقيق تنمية محلية تشاركية مع مختلف الفاعلين المحليين.

الفرع الثاني : المشاكل المرتبطة بالموظفين :

يعتبر الموظفون المحليون الأداة التنفيذية في مجال التسيير الإداري المحلي وميادين التنمية وكل الأشغال المتعلقة بالقضايا المحلية كيما كانت طبيعتها، ومن هنا تبدو أهمية الدور الذي يلعبونه.

فتتطور الجماعات يبقى رهينا بمدى توفرها على رأس المال بشرى مؤهل للإفلات بما يعهد إليها من وظائف ومهام، لعل أبرزها تحقيق منجزات التنمية المحلية على أرض الواقع، وبالرغم من الجهود المبذولة من خلال سياسة التوظيف واعتماد مسطرة الإلتحاق وكذلك مجهودات وزارة الداخلية في مجال تكوين الأطر. فإن الواقع قد أظهر أن الموظفين الجماعيين، ليسوا في المستوى المرغوب، من حيث الكفاءة والتكوين، ومن حيث الأداء.

كما أن الأجر المخصص للموظف الجماعي لا يحفز هذا الأخير على استكمال التكوين لتحصيل الكفاءة، ولا يحفزه كذلك على الإبداع وبذل المجهود المضاعف أثناء قيامه بهاته داخل الإدارة المحلية.

¹ سيفوب مسعود - أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، ص44/45.

² غير أنه، إذا كان من الصعب تصور فرض مستوى معين على المرشحين الجماعيين بالنسبة للمغرب، باعتبار أن الأممية تمثل ما يزيد عن نصف سكان البلاد، وأن إجراء كهذا، سيحرم أكثر من نصف المجتمع من المشاركة السياسية في الانتخابات المحلية، فهذا لا يمنع من فرض على الأقل ضرورة إلمام العضو بالقراءة والكتابة، وتمتعه بالقدرة على متابعة ما يجري في اجتماعات المجلس وعلى فهم القرارات المتخذة، وعلى المساهمة في صياغة المشاريع المحلية للنهوض بالمجتمع المحلي وتنميته".

- انظر السعدي مزروع فاطمة - مرجع سابق، ص303.

من هذا المنطلق ستنظر المشاكل المرتبطة بالموظفين، من خلال ضعف الكفاءة والتوكين (الفقرة الأولى) وضعف الأجور (الفقرة الثانية).

الفقر الأولى : ضعف الكفاءة والتوكين :

من المعروف أن التأثير البشري يعرف مواطن ضعف حرجة سواء على مستوى المنتخبين أم على مستوى الموظفين المحليين، فالإدارة المحلية تفتقد لموظفين جيدين بالنظر للمسؤوليات التي أصبحت تقوم بها.

فالقانون الأساسي للوظيفة العمومية الترابية لم يكتمل بعد ويعاني من الغموض الذي يكتنفه ومن عجزه عن الإثارة والجذب. إن هذه الوضعية تشكل مفارقة غريبة في وقت قررت فيه الدولة تحويل صلاحيات إضافية إلى الجماعات، ومن ثم لم تعمل على توفير الوسائل البشرية، زيادة على الوسائل المالية الضرورية لنقل هذه الصلاحيات. ومن أجل ذلك تبدو ضرورة إعادة زرع الحيوية في التسيير المحلي، وإحداث وظيفة عمومية ترابية مشابهة لما تتمتع به الدولة.

وفي غياب قطاع منافس، وجد متتطور تبقى الدولة هي أكبر مشغل، حيث تشغله حوالي 400 ألف موظف، ويترجم هذا الرقم المجهود الحالي التي تمثله رواتب الموظفين، والأعوان ضمن نفقات الدولة، وهو ما يبرز إنجاز أعمال للتحديث، تهدف إلى تلiven تسيير الموارد البشرية لتقريرها من التغيرات التي يعرفها محياطها، غير أن سياسات الوظيفة العمومية كما هو معلوم تخضع لحالة المالية العمومية والاختيارات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى (وخاصة سياسة تقلص النفقات العمومية) وللحوار الاجتماعي.

إن مشكل العدد الزائد عن الحد للموظفين يقلص من فعالية الوظيفة العمومية وخاصة منذ 1970، حيث تأثرت سياسة العاملين بالوظيفة العمومية بالخيارات الاجتماعية (الإصلاح الإداري) والضغوط الاقتصادية والمالية.

فالإعداد الضخمة للموظفين لها تأثيرات خطيرة على سير الإدارة المحلية، فهي تعمق عجز الميزانية وتؤثر سلبا في معنيات العاملين وتحبط المجهودات، كما تستحوذ على موارد كان بالإمكان استغلالها في شراء الأدوات، التي تحتاج إليها الإدارة لتشغل بشكل جيد.

إن الاستمرار في التوظيف من أجل امتصاص التأثيرات السلبية للبطالة يعمق من مصاعب الإدارة المحلية ويصل على الأمد الطويل إلى تدهور الأجور الفعلية التي لم تعد تساير الواقع تكلفة العيش والتضخم، مما يساهم في ترسیخ الممارسات التقليدية داخل الإدارة المحلية كالرشوة والزبونية والمحسوبيّة، الشيء الذي يؤدي إلى تعطيل التنمية وعرقلتها على المستوى المحلي ويعطي انطباعا عاما بعدم فعالية الإدارة المحلية.

إن اتباع سياسة "الكم" على حساب النوع تؤدي إلى تقهقر الإدارة وتحصر الموظف في وضعية من السلبية والأمر الواقع والجمود، غير أن تجديد الإدارة المحلية، يفترض اليوم وجود أعون أكفاء ذوي تكوين أفضل ذوي أجور جيدة، وهم محفزات وقدرين على المساهمة في تنظيم وسير الإدارة، الشيء الذي يفترض احتراما للوظيفة العمومية وتسييرها أكثر دقة وأكثر عقلانية للموظفين والوظائف ويستلزم هذا إذن مراجعة مقتضيات القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المتعلقة بأشكال التوظيف (الفصل 22 من المرسوم الملكي 1997/6/22) باتجاه تطبيق أكثر صرامة لمبدأ الانتقاء، تبعاً لمعايير الكفاءة ولتوفر الشروط المطلوبة في المرشحين فقط.

وما ينبغي التأكيد عليه هو ضرورة توفير الإدارة المحلية على جهاز كفء من الموظفين، بحيث يكون قادراً على معالجة جميع المسائل المتخصصة التي تواجه المجالس المحلية، وذلك عن طريق تقديم المشورة لهم، سواء في مجال وضع السياسة المحلية أو مجال تنفيذها بكفاءة عالية، وما لا شك فيه أن تكوين الموظف الجماعي ينعكس على مستوى الخدمات المقدمة للمواطنين من طرف الجماعة، فاعتماد الإدارة المحلية على موظفين أكفاء يسمح بالرفع من مستوى خدمات الجماعة وتطوير مردوديتها أما اعتمادها على موظفين بدون مؤهلات فلن يعمل سوى على تعقيد المهام المنوطة بها.

ومن جهة أخرى فإن ضعف كفاءة الموظفين ينعكس سلباً على استقلالية الإدارة المحلية، فأمام النقص الحاصل في الأطر الكفالة تلجأ الجماعة بالضرورة إلى طلب المساعدات التقنية من الدولة، بحيث لا يمكن الحديث عن الاستقلالية في الوقت الذي تلجأ - في المجال التقني خصوصاً - أغلبية الجماعات إلى المساعدات الخارجية أي مصالح الدولة.

ومهما كانت المجهودات المبذولة من طرف وزارة الداخلية في ميدان التكوين، فللحافظ على مستوى الواقع أن الجماعات وبالخصوص القروية ما زالت تعاني من نقص في الأطر المؤهلة والكفالة، الأمر الذي يجعلها تضطر لإسناد الأعمال الإدارية والتقنية والمالية لموظفي يفتقدون التكوين الضروري والملائم، الأمر الذي ينعكس سلباً على مردوديتها وعلى استقلاليتها اتجاه الدولة.

الفقرة الثانية : ضعف الأجرور :

إن المشكل الجوهرى هو مشكل الأجر، الذي يعتبر أهم رافعة للتحفيز وعنصراً لا يمكن التملص منه في الإنارة بالمسؤولية، كما يشكل الإطار الأول للتفاوض والتحضير للتحديث.

ويجب التأكيد هنا على مدى حساسية الفرد اتجاه التقدير وتلبية حاجياته¹ المادية والفيزيولوجية والنفسية. غير أن الإدارة تنزع إلى إهمال هذا الجانب الأساسي عند الموظف، إذ تبدو في الغالب الأعم لأعوانها كمشغل مجهول، غير حساس لحاجياتهم وغير مبال لطموحاتهم وخاضع لقوانين غير مفهومة أو لمتطلبات ميزانية ومحاسبية تناقض الإنصاف والفعالية الإدارية. فالموظف لا يتقادى أبداً كافياً على العموم، الشيء الذي قد يؤدي إلى ردود فعل للتعبير عن عدم الرضى وعدم الحماس، بل وعدم الاهتمام.² فالموظف عندما يكون شاباً، وديناميكياً يعاني من انسداد الأفق وانعدام الحماس، عندما يصبح ذخيرة يتم إحباطه في تفانيه أو قدراته في العمل، وعندما يريد المبادرة يصطدم بالانتظار وقلة الإمكانيات.

إن تطوير الموارد البشرية في الإدارة المحلية، يستلزم مراجعة عميقة لعلاقات الشغل، ولنظام الأجرور حتى يتم النهوض بالمهمة الإدارية في شروط مغایرة للشروط القائمة حالياً.

ويجب أن تتم مراجعة نظام الأجرور في الوظيفة العمومية المغربية باتجاهين اثنين، من جهة الحد من الفوارق الأجرية بين الأطر العليا، وكذا بين أجور موظفي نفس الإطار الذين ينتسبون لمختلف الوزارات، وذلك بالزيادة طبعاً

¹ تعتبر نظرية ماسلو أن البشر أجساد "لها حاجيات" أساسية متراتبة عددها خمس (الحاجيات الفيزيولوجية، الحاجة إلى النجاح، الحاجة إلى الحب، الحاجة إلى التقدير، الحاجة إلى الاكتمال الشخصي) - علي سدجاري: الدولة والإدارة بين التقليد والتحديث - طبعة 1994 ،الرباط، ص108.

² يمكن حصر نتائج عدم الرضى على الأجر: الغياب، مواقف ساخطة، قطائع في الاتصال، عدم الرضى اتجاه العمل، البحث عن عمل آخر، الإضراب، غياب التحضير، اللامبالاة، انعدام الحماس.. الخ.

- علي سدجاري - مرجع سابق، ص109

في الأجور المنخفضة وفي الحالتين، فإن هذه الفوارق في الأجر لا يمكن أن تبرر بالفوارق بين مستوى الإنتاجية أو مردودية الموظفين.

ومن جانب آخر يجب التفكير في أشكال إقامة نظام حقيقي للأجر المستحق والممنوح بواسطة تشجيع المبادرة والخلق مع قبول مواجهة المصاعب التي يمكن أن تقوم في وجه هذا التوجه، كما بينت ذلك تجربة شخصنة الأجور التي قامت بها المقاولات الخاصة في فرنسا، لأن الأمر يتعلق بإجراء قادر على تحفيز مبادرة الموظفين.

كما يجب الإشارة أيضا إلى المراجعة الضرورية لبعض مقتضيات القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية كالالفصول 27 و32 و43، التي ما زالت تستعمل مصطلح الأجر الأساسي والذي يكون في غير صالح الموظف خلال التطبيق لا يشكل إلا جزءا بسيطا نسبيا بالمقارنة مع مكونات الأجر الآخر، كالتعويضات القارة مثلا.

كما لا ننسى سوء تحسين وتوسيع الخدمات الاجتماعية الممنوحة للموظفين وعدم الأخذ بعين التقدير لميكانيزمات تحفز الكفاءة وتحفيز التشجيعات التي يمكن أن تترجم بامتيازات غير مالية، جماعية كانت (توفير تجهيزات اجتماعية، مبادرات ذات طبيعة ثقافية وطنية..) أو شخصية (الخبرة المهنية، الذهاب إلى التدريب، منح للدراسة... الخ).

إن على النظام الأجري أن يرتكز على مبادئ الانسجام والشفافية والتنافسية، ولا ينبغي أن توجد فوارق في الأجر، إلا تلك الناتجة عن مميزات خاصة بعمل كل مجموعة، وسيصبح النظام بذلك تنافسيا تجاه القطاع الخاص بشكل يسمح بتوظيف واستقرار إطار تقنية عالية التأهيل.

ومن أجل ذلك، فإن القاعدة الذهبية التي يجب أن توجه مبدأ الأجر، هي الحفاظ على علاقة التفاوض التي قد تسمح بتقويم الأجور بعدها لتتطور التضخم، وارتفاع تكاليف العيش.

المبحث الثاني : مقاربة استراتيجية لتنمية الإدارة المحلية :

تقوم هذه المقاربة على استغلال مختلف الإمكانيات التي تتتوفر عليها الإدارة المحلية بالغرب سواء ذات الطبيعة الموضوعية (المطلب الأول) أو ذات الطبيعة الذاتية (المطلب الثاني) قصد البحث عن آفاق جيدة لتنمية الإدارة المحلية.

المطلب الأول : الآفاق الموضوعية لتنمية الإدارة المحلية بالغرب :

تتخذ الآفاق الموضوعية لتنمية الإدارة المحلية توجها اقتصاديا تنمويا (الفرع الأول) ، بينما تتخذ الأخرى توجها ذو طبيعة إدارية/قانونية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الآفاق الاقتصادية التنموية :

إن تنمية الدور الاقتصادي للإدارة المحلية يجب أن يبني على عناصر موضوعية تدفع بالعجلة التنموية هذه الوحدات الإدارية، وعلى رأسها النهوض بالاستثمار المحلي الخالق لمناصب الشغل (الفقرة الأولى) ، ثم العمل على تقوية المالية المحلية آلية ناجعة لتنمية الإدارة المحلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الاستثمار أداة التنمية الاقتصادية المحلية :

إن التخلف حالة، والتنمية فعل لتجاوز هذه الحالة، وكل جهد تنموي حقيقي هو انتقال إرادي من واقع متخلَّف فعلا، إلى وجود ممكن، نكتسب شروطه الموضوعية والذاتية حين نرفض تخلفنا ونسعى إلى تجاوزه، سعيا نحو

به إمكانياتنا الكامنة، ونحرر به أنفسنا من تخلف مفروض ومفروض في نفس الوقت. لأنه لا عذر لنا بعد أن تحررت بلداننا، وأصبح لها حق اختيار أسلوبها في الحياة وطريقها إلى المستقبل من أن نتخد من التنمية هدفنا و اختيارنا العلمي والواقعي.

إلا أنه لوضع هذا الاختيار موضع التنفيذ ينبغي تحديد أسلوب بلوغه. هذا الأسلوب الذي نراه في الاستثمار كأداة نحو متميزة.

إن الأهمية القصوى التي يحظى بها الاستثمار اليوم لم يتأت له اكتسابها إلا مع علم الاقتصاد الحديث الذي جعل من الاستثمار العنصر القادر على الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية في الدول النامية، بالنظر إلى تأثيراته على النشاطات الاقتصادية، وبارتباطه بالإطار التأسيسي الاقتصادي والاجتماعي للدولة، إذ هو القادر على خلق مسلسل تغيير هيكلية لتنمية مستدامة.

فمعظم الاقتصاديات العظمى استمدت وجودها من المجهودات التقنية المتراكمة، والتي يمكن اقتباسها بصفة دائمة من تفاعلات النشاط الاستثماري، ومن تقاصي واستغلال فرص المشاريع الاقتصادية وتجسيدها باستثمارات حقيقة، وهو المعطى الذي ساهم في تسريع وثيرة المسلسلات الاستثمارية لهذه الدول.

وقد اعتبر محمل الملحقين الاقتصاديين أن رفع الاستثمار بالنسبة للإنتاج الوطني هو المعيار الأساسي للنجاح في بلوغ التنمية الاقتصادية.

وعموماً فإن معظم الكتابات حول التنمية توالي جل اهتمامها بالتنمية الاقتصادية باعتبارها مدخلاً للتنمية الاجتماعية والثقافية، وتولي اهتماماً أكثر بالمحاجس الاستثماري على اعتبار مدخلاً للتنمية الاقتصادية. وهو ما يجعل الاستثمار مدخلاً عاماً للتنمية الشاملة على جميع المستويات وقد جاء عن بعض المسؤولين عن السياسة الاقتصادية البعض الدول النامية، أن وسائل تشجيع الاستثمار تفرض نفسها كوسائل من شأنها إنعاش قيام الاستثمار في هذه الدول. إلا أن إحدى الاتجاهات الأكثر تواتراً للنظرية الاقتصادية الحديثة، ترى أن اقتباس الدول النامية لمسلسل التنمية الاقتصادية للدول المتقدمة يمثل نوعاً من حرق المراحل الذي يمكن أن تنتج عنه سلبيات مستقلة في جوهرها، عن نوعية النظام الاقتصادي. لذل فهي توجهات لا يمكن تطبيقها إلا في الظروف التي نشأت فيها. وإذا ما حاوينا تطبيقها دون تلك الاعتبارات فهناك خطر تعطيل هذا المسلسل لأنه إذا ما تعودنا على معانينة الحقيقة بتفاؤل كبير فإننا سنبقى طويلاً قادرین على مشاهدتها كما هي.⁸³

وعلى هذا الأساس فالتنمية الاقتصادية تعني تنمية إمكانيات الدخل الحقيقي في المناطق المختلفة عن طريق توظيف الأموال لإحداث تغيرات. ولزيادة الموارد الإنتاجية التي يرجى من ورائها الرفع من الدخل الإجمالي، وبهذا يلعب الاستثمار دوراً استراتيجياً في التنمية الاقتصادية الحديثة إذ له مرتبة مهمة في النظرية المعاصرة كشكل من أشكال التنمية والتطور، بمعنى أن الاستثمار شكل عنصراً أساسياً بالخيارات في مجال الإنتاج وخطط التنمية.⁸⁴

هذه إذن مجموعة من المعطيات العامة التي تحدد مفهوم الاستثمار كمحاجس نحو تحقيق التنمية المستدامة وكإشكالية تهم الدول النامية بالخصوص للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية. وفي المغرب يعتبر الاستثمار من بين

⁸³ : بلعoshi محمد "الاعفاءات الضريبية لتشجيع الاستثمار الصناعي بالمغرب" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا 1989-1990 الدار البيضاء ص: 23

⁸⁴ : بلعoshi محمد (مرجع سابق) ص: 19

الركائز الأساسية التي تقوم عليها السياسة الاقتصادية للبلاد اعتبار الدور الذي يلعبه في إرساء دعائم تنمية اقتصادية قوية ومستدامة محدثة للشغل كفيلة بتوفير الشروط الضرورية لتحقيق التنمية الاجتماعية والبشرية المنشودة، ومن هذا المنطلق أقر المخطط الخماسي 2000 - 2004 تشجيع الاستثمار من بين أولويات العمل الحكومي⁸⁵.

وعومما تبقى الإدارة شأنها شأن باقي الآليات المساهمة في التنمية، إذا لم توافق نسق التطور السريع، ستزيد من مختلف أوجه النقص والتأخير الملحوظ في شتى المجالات وستختلف عن القيام بدورها في دعم المجهودات الهدافة إلى تطوير الاقتصاد الوطني ودعم الاستثمار.

إلا أن المجهودات المبذولة في مجال إصلاح الإدارة المحلية من أجل تحقيق أهداف التنمية، وتأطير وتفعيل مختلف أوجه الأنشطة لاقتصادية واجتماعية وبالرغم من التحولات الإيجابية التي تم تحقيقها في هذا الجانب⁸⁶.

وباعتبار المغرب من الاقتصاديات الناشئة فلن تحقيق المزيد من التطور الإيجابي على المستوى التنموي رهين بتركيز المجهودات على المشاريع الاستثمارية على جميع المستويات. وعموماً فإن ما تتحقق يستحق الإشارة إليه، نظراً لأن المغرب خطوات هامة في مجال زرع بذور الاستثمار في مختلف جهات المملكة.

وإذا كان لنا أن نوجز في كلمات نوع التنمية الشاملة التي يحققها الاستثمار، وكما نراها نقول، إنها تنمية متوازنة ومستمرة ومعتمدة على ذات ومتكاملة ومحاطة وشعبية توزع أعباءها وعائداتها بالعدل، حيث نأخذ من كل حسب طاقته، ونعطيه قدر مساهنته. تنمية وطنية في أهدافها المرحلية والاستراتيجية تستهدف تحرير المجتمع من التبعية وبناء الرخاء الاقتصادي والرفاه الاجتماعي للمواطنين جميعاً، وتحقيق أفضل إشباع ممكن لحاجيات الإنسان الأساسية والاجتماعية، ولا بأس من بذل التضحيات من القادرين على بذله، على أن تكون حرية الإنسان الاقتصادية وأمنه وسلامته هي الهدف الأساسي الذي لا تفرط فيه الدولة باعتبارها قائدة لعمليات التنمية .

إلا أن إمكانية الوصول إلى قلّاع التنمية المحلية امتطأة لجود الاستثمار تبقى رهينة البنية الحداثية على المستوى الاقتصادي من خلال بذر هواجس العقليات المتخبطة وزرع بذور ثقافة الاستثمار المحلي واستثمار الثقافة.

الفقرة الثانية : تقوية المالية المحلية :

أمام هذا الزخم الكبير من المشاكل والعوائق التي تهم عدة جوانب في الحياة الإدارية المحلية وعلى رأسها الجانب المالي، كان لابد على كل جماعة ترابية أن تضع تصوراً شمولياً ذي بعد استشرافي مستقبلي للخروج من أزماتها المتكررة المستمرة.

وذلك بالعمل على ترشيد الإنفاق الجماعي وعقلنته، ولعل الممارسة المالية الجماعية قد أثبتت عن سلبية الانفاق الجماعي الإداري. ولا أدل عن ذلك من كيفية برجمة الفائض السنوي للميزانية وأيضاً النقطة التي تدرج في جداول الأعمال والتي وإن كانت بسيطة فآخرى مهمة لكنها تظل حبراً على ورق.

⁸⁵ : عبد الحميد عواد، وزير التروعات الاقتصادية والتخطيط (سابقاً)، جريدة العلم، العدد 19020، الخميس 13 يونيو 2002

⁸⁶ : منشورات المجلة المغربية لإدارة المحلية والتنمية، الإصلاح الإداري بالمغرب. الطبعة الأولى 2002 العدد 68 ص: 143 - 144

من هذا المنطلق وفي نظرنا لابد من تطبيق سياسة التكشف في نفقات التسيير الجماعية حيث توجد بنود يمكن الاستغناء عنها، أو التخفيض من حجمها، وذلك بالضغط عليها والتقليل منها دون أن يؤثر ذلك على مردوديتها.

مثلاً مصاريف متعلقة بتسهيل الإدارة المحلية مثل مصاريف مرتبطة بشراء الوقود زد على ذلك أن هناك عدد كبير من الموظفين الجماعيين (بطالة مقنعة + موظفين أشباح) يتلقون أجوراً دون القيام بعمل مهم، وهذا ما يقلل كاهل ميزانية الجماعة، لذلك من الأفضل توزيع نسبة من هؤلاء الموظفين على قطاعات أخرى كالصحة مثلاً.

ومن ثم فالأموال التي ستحصل عليها الإدارة المحلية من جراء تطبيق هذه الإجراءات ستعمل على توظيفها في ميدان التجهيز الجماعي.

هذا دون أن ننسى ضرورة وضع معيار موضوعي واقتصادي لتوزيع منتوج ضريبة الدخل والضريبة على القيمة المضافة والضريبة على الشركات، حتى يكون هناك نوع من العدالة والمساواة وتحقيق غرض ومتى يتحقق اللامركزية. وبالتالي تزويذ ميزانية الجماعة بموارد مالية من أجل الاستثمار والعمل على تطوير هاته الموارد لمواجهة احتياجات الطلب الاجتماعي، زد على ذلك استغلال الممتلكات الجماعية على أحسن وجه، وإتاحة الفرصة لتوظيف رؤوس الأموال الأجنبية والوطنية. وتوسيع اختصاصات الجماعات المحلية في ميدان إحداث وتدبير المرافق العامة الاقتصادية، والعمل على افتتاح المؤسسات المالية الخاصة وال العامة على الجماعات المحلية دون الاقتصار على جهاز اقتصادي وحيد "صندوق تجهيز الجماعات المحلية"، وذلك من خلال التفكير في خلق نوع من التعاقد بين الجماعات المحلية والمؤسسات المالية في مجال تمويل البرامج التنموية والتجهيزات الجماعية.

الفرع الثاني : آفاق إدارية و قانونية :

الجانب الإداري والقانوني هو الآخر كما سبق الذكر يعاني من علة صعوبات وعراقل تدفع به بعيداً عن تحقيق التنمية المحلية ، لذا كان من الضروري البحث عن حلول تتعلق بتقوية هذا الجانب بقصد مساهمته في النهوض بالجهود التنموية للإدارة المحلية عبر مجموعة من الوسائل على رأسها اتباع منهاجية الحكومة كآلية للتنمية المحلية بالإدارة المحلية (الفقرة الأولى) ثم نهج خطة استراتيجية للتنمية المحلية تعتمد على التخطيط لأحدالياتها الأساسية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : الحكامة كأداة للتنمية المحلية :

إن اعتماد الحكومة كأسلوب لإدارة المجتمع يتضمن 3 أبعاد متراقبة.

1/ بعد السياسي المتعلق بطبيعة السلطة السياسية و شرعية تمثلها.

2/ بعد التقني المتعلق بعمل الإدارة العامة و كفاءتها و فعاليتها.

3/ بعد الاقتصادي - الاجتماعي المتعلق بطبيعة بنية المجتمع المدني و مدى حيويته واستقلاله عن الدولة من جهة. وطبيعة السياسات العامة في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي و تأثيرها في المواطنين من حيث الفقر و نوعية الحياة. وكذا العلاقات التي تربطها مع الاقتصاديات الخارجية والمجتمعات الأخرى من جهة ثانية.

إن مفهوم الحكامة بأبعاده الثلاثة يتواافق وتطویر مفاهیم التنمية ذلك أن هذه المفاهیم قد تغيرت من التركیز على النمو الاقتصادي إلى التركیز على التنمية البشریة ثم التنمية المستدامة أي الانتقال من الرأسال البشري إلى الرأسال الاجتماعي وصولاً إلى التنمية البشریة.

ويلاحظ أن تطوير مفاهیم التنمية قد صاحبہ إدخال مفهوم الحكامة في أدبيات منظمات الأمم المتحدة و البنک الدولي وصندوق النقد الدولي والسبب في ذاك هو أن النمو الاقتصادي لبعض اللبلدان ومنها المغرب لم يرافقه تحسين مستوى عيش أغلبية السكان ذلك أن تحسن الدخل الوطني لا يعني تلقائياً تحسين نوعية المواطنين لذا فإن ارتباط مفهوم التنمية البشریة المستدامة بمفهوم الحكامة سببه كون هذه الأخيرة أداة ضرورية لتحويل نمو الاقتصادي إلى تنمية بشریة مستدامة والتي تدل حسب منظمة اليونسكو على غطٍّ تنموي يستجيب لاحتياجات الأجيال الحالية دون إلحاق ضرر في قدرة الأجيال القادمة على الاستجابة لاحتياجاتها الذاتیة.

وتجدر بالذكر أن تقارير التنمية التي بدأ برنامج الأمم المتحدة الإنگلیزي بإصدارها منذ 1990 قد رکزت على مفهوم نوعية الحياة ومحوریة الحياة في العملية التنمية كما درجت إلى تصنیف هذه الدول بناء على مفهوم التنمية البشریة المستدامة ومعاييرها كمؤشرات دالة نذكر منها مستوى دخل الفرد الحقيقي، مستوى الخدمات الصحية مستوى التحصیل العلمی.

ما يدفع إلى القول بأن النمو الاقتصادي ما هو إلا وسیلة لتحقيق التنمية البشریة المستدامة وليس غایة في حد ذاتها.

كما أن هاته التنمية هي تنمية دیقراطیة تهدف بناء نظم اجتماعية عادل لبلوغ ما أسماه تقریر التنمية الإنسانية العربية 2002 بالتنمية الإنسانية. حيث وسع مفهوم التنمية معتبراً أن توسيع الخيارات الإنسانية المرتبط محورياً بموضوعین متراابطین هما القدرات والفرص المتاحة، والفرص تتضمن الحرية بمعناها الواسع كتساب المعرفة وتوسيع الإطار المؤسساتي.

إن التنمية المحلية تشترک مع المفهوم الحكامة في أبعاده الثلاثة ويضفي على معنی استدامة التنمية ضمان عدالتها من خلال بعد الوطنی المتمثل في العدالة الاجتماعية بين طبقات المجتمع ومناطق البلد و كذلك بعد العالمي في ما يتعلق بالتوزيع ما بين الدول الفقیرة والغنية وكذلك في بعد ثالث وهو بعد الزمني المتعلق بصالح الأجيال الحالية واللاحقة مما يتطلب مشارکة¹ المواطنين من خلال عدة مستويات وذلك بعدة الانتخابات العامة لمؤسسات الحكم و عبر تعیيل دور الأحزاب السياسية وضمان تعددتها وتنافسها وعبر ضمان حرية العمل النقابي واستقلالية منظمات المجتمع المدني وهي صفات ومؤشرات تؤمنها الحكامة. مما يجعلنا نستنتج وجود علاقة جدلية تربط الحكامة بالتنمية و الدیقراطیة فثمة علاقة تأثير وتأثير بين العناصر الثلاثة فالحكامة في علاقتها بالتنمية تعد أهم عامل للقضاء على الفقر وتعزيز التنمية² بإنشاء مؤسسات سياسية وقضائية وإدارية كفاءة و خاضعة للمسئولة تتصرف بالشرعیة.

أما علاقة الحكامة بالدیقراطیة المحلية فإن المقارنة التنمية تستوجب قيادات سياسیة منتخبة على المستوى المحلي ودیقراطیات قادرة على تنظیم النشاطات الاقتصادية وتنمية الموارد بأسلوب فعال ومتوازن ومتعاون اجتماعیاً.

¹- التقریر السنوي لمرصد الانتقال الديمقراطی لسنة 2002-2003. التحول الديمقراطی بال المغرب: الرهانات و المعوقات والحدود ، طبعة 2003، ص 3.

²- حسن کریم، مرجع سابق، ص 50.

و بما أن التنمية تقتضي موازنة مستديمة بين الأولويات وإعادة التقسيم المستمر ل الاحتياجات و السياسات فأن دور الحكومة الصالحة وأهميتها في تعزيز التنمية أمران في غاية الأهمية وأن التنمية لابد أن تكون مجهودا دوليا فإن مسألة الحكم قد تتجاوز في أهميتها وتأثيرها على الحدود الوطنية لبلد بعينه¹ لتدخل في علاقات دولية.

الفقرة الثانية: اعتماد رؤية استراتيجية للتنمية المحلية :

لكي يكون أثر إيجابي لرؤية استراتيجية للتنمية المحلية على أرض الواقع يتشرط فيها أن تنطلق من معطيات واقع حقيقي و موجود، لأنها ترتبط ارتباطا وثيقا بالسياسة الاقتصادية والاجتماعية .

بحيث أن هذه الاستراتيجية لا تعني أن يوكل أمر التخطيط والتوجيه والتحقيق... من أجل النهوض بالواقع الاقتصادي والاجتماعي قصد تحقيق تنمية شاملة إلى موظفين تكنوقراطيين يفتقدون إلى إمام شامل ورؤبة متكاملة ونظرة استراتيجية، لأن هذا لا يؤدي إلا إلى اتباع سياسة برامج أكثر منها سياسة مخططات بحث أن هذه البرامج تكون مجردة من أبعادها الاقتصادية والاجتماعية.

إن المفهوم الإيجابي لهذه الاستراتيجية يرتكز على ضرورة وجود نظرة شاملة وذلك من خلال إحاطة عامة ومتكاملة بواقع الدولة وخصوصيات جهازها، ويتجلى هذا في التفكير لما هو حاضر والتخطيط لما سيأتي في المستقبل و التنبؤ لبناءه اعتمادا على منهجية حكيمة واستراتيجية قوية قائمة على العناصر التالية.

1- وجود رؤية اقتصادية واجتماعية واضحة، تسبق الاستراتيجية وتحكم بها، وترجمة هذه الرؤية إلى أهداف وغايات معينة ومحدة. فالاستراتيجية هي مسألة نهج يصعب توجيهها دون هدف أو أهداف، لذلك فإن فشل وتعثر التنمية في كثير من البلدان النامية إنما يرجع في جانب كبير منه إلى عدم وضوح الهدف أو الأهداف عند تصميم وإعداد مخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية في هذه البلدان.

2- وجود خيارات اقتصادية واضحة ترتكز عليها الخطة، وعليه لابد للإستراتيجية أن تحيط بجميع احتياجات المواطنين على المستوى المحلي، ومدى تطور تلك الاحتياجات وإمكانية تلبيتها، وكذلك معرفة الصعوبات والعوائق التي يجب تخطيها مع إيجاد حلول لها.

3- ضمان مشاركة الشعب الفعلية في تحقيق الخطة، إذ لابد أن يتم تحضير الاستراتيجية على مختلف مستوياتها على أساس مشاركة السكان عن طريق ممثلهم وبواسطة الهيئات السياسية والنقابية والاجتماعية.

4- تحسين الثقافة الاقتصادية أو إرساء الوعي الاقتصادي عند المواطنين، وذلك من خلال توعيتهم باحتياجاتهم المعيشية. ولاشك أن المجتمع الذي يستطيع أن يتبع احتياجاته يمكنه أن يتقبل ويستوعب التقنيات المستعملة لسد تلك الاحتياجات.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن هذه الشروط تحوز على أهمية خاصة ومع ذلك يبقى المشكل القائم هو تنفيذ مقتضيات تلك الاستراتيجية التي يتم وضعها وفق المعايير الموضوعية، لأن المشكلة الرئيسية في عملية التخطيط داخل الاستراتيجية هي عملية متابعة التنفيذ وعلى تحقيق الجداول الزمنية المحددة، وليس على عملية وضع الأهداف فقط، مع ضرورة العمل على تقييم النتائج تقييما شاملا قصد تجاوز الأخطاء والاستفادة منها.

¹- محمد غربي، مفهوم الحكم الصالح بين مثالية الخطاب الدولي وإكراهات الدولة في الجنوب، منشورات المجلة المغربية للتدقيق والتنمية سلسلة "التدبير الاستراتيجي" عدد 5، 2004.

المطلب الثاني: الأفاق الذاتية لتنمية الإدارة المحلية بالغرب :

إن إرساء تنمية فاعلة بالنسبة للجماعات المحلية يستوجب النهوض بوضعية العنصر البشري لهذه الوحدات الإدارية اللامركزية (الفرع الأول) و العمل على تحقيق تطلعات المواطن من الإدارة المحلية (الفرع الأول).

الفرع الأول : تأهيل الموارد البشرية للإدارة المحلية :

يتم تأهيل الموارد البشرية للإدارة المحلية بالغرب عبر النهوض بوضعية الموظفين من خلال إعادة النظر في القانون المنظم للوظيفة الجماعية (الفقرة الأولى) والعمل على الاهتمام بوضعية المتخصصين المحليين بالغرب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : عصرنة الوظيفة الجماعية وتتأهيل الموظفين الجماعيين :

إن أساس التنمية المحلية هو الرأس المال البشري إضافة إلى الرأس المال المالي وهذا مهم لكن الأهم هو كيفية تدبير هذا المورد البشري بشكل عام والموظف الجماعي بشكل خاص، بشكل يتناسب واستفادة الإدارة المحلية منه.

وفي هذا الإطار يدخل القانون الجماعي الجديد 2002 الذي أعطى للرئيس حق تعين الأطر العليا¹ (السلم 10، 11...)، رغم ذلك يجب إصلاح نظام الوظيفة الجماعية المحدثة بموجب مرسوم 27 شتنبر 1977، الذي لم يجعل الوظيفة الجماعية تميز بخصوصية متفردة، بل أخضعها لنفس القواعد والمبادئ القانونية المنظمة للوظيفة العمومية، الشيء الذي أدى إلى عدة سلبيات انعكست على مسار الحياة الوظيفية لكل الموظفين الجماعيين، وذلك راجع بالأساس إلى اختلاف واقع كل من الوظيفتين الجماعية والوطنية²، وكذلك عدم تنظيم الحياة الوظيفية للموظفين الجماعيين بطريقة تضمن الحركة وإمكانية الترقى بالنسبة للأعوان والأطر المتوسطة والعليا الشيء الذي يجعلها أقل جاذبية لافتقارها لعامل التحفيز والارتقاء³.

ولتجاوز هذه السلبيات يتبع إقرار وظيفة محلية مستقلة ومتوفرة على امتيازات خاصة، تتمثل في الرفع من مستوى الوظيفة الجماعية من أجل عصرنة الإدارة الجماعية بأخذ أساليب التحديث وإدخال الآليات التقنية والتكنولوجيا وعلى الأخص المعلوماتية.

ويحتل التكوين لدى الموظف أيضا مكانة هامة، كحل لجموعة من الإشكاليات المرتبطة بتنظيم وتحديث وتنمية القدرات المهنية للموظفين لتأهيلهم للتكييف مع التحولات التي يعرفها مجال التدبير المحلي⁴.

إن التدبير البشري للإدارة المحلية وإعطائه المكانة التي تليق به من تحفيزات وتعويضات، وتكوين مواكب للتطورات مناهج التعليم، سيخلق جو مناسب للعمل، وننتظر منه أن يبدع وينتج في إطار مقاربة مرنّة تجمع مابين مكونات العنصر البشري داخل الإدارة المحلية.

¹- المادة 54 من قانون رقم 78.00

²- محمد اليكوبى : «تأثير الاداري للجماعات المحلية»، مجلة الرؤاسات الادارية، كلية الحقوق، وجدة، العدد الأول، يونيو 1989، ص- 10 ← أورده جعفر علوى، منشورات م.م.إ.م. بـ «سلسلة مواضيع الساعة» عدد 32، 2001 ، ص- 114

³- جعفر علوى "تأهيل الموارد البشرية شرط اكتمال البناء الامركزي بالغرب" منشورات م.م.إ.م. «سلسلة مواضيع الساعة» عدد 32، 2001، ص- 114

⁴- جعفر العلوى، نفس المرجع، ص- 116

الفقرة الثانية: تكوين المنتخب المحلي:

تكتسي مسألة تكوين المنتخب المحلي أهمية كبرى، فلا يكفي تعديل القوانين أو تحينها وعصرتها بما يتلاءم وتطور المجتمع، إنما يستلزم الأمر تأهيل مطبيتها وتقويتها وتلقينهم مستجدات هذه القوانين¹، ذلك أن ضعف التدبير والتسيير الذي ميز التجارب السابقة للمجالس الجماعية راجع في جزء أساسي منه إلى كون المنتخب كان غير مؤهل للقيام بمهامه بسبب عدم إلمامه بحقوقه وعدم وعيه بواجباته ومسؤولياته، وعليه فالتكوين هو السبيل الناجع لتحسين أداء العمل الجماعي ليرقى إلى الطموحات.

فتكون المستشار الجماعي عنصر لاحيد عنه في كل إستراتيجية حقيقة للامركزية بإعتباره يكفل له الرفع من كفاءاته وتلقينه المعرفة الضرورية لكل تنمية محلية شمولية، كما أن تحسين مهارة المنتخب وإغناء تجاربه وتنمية مؤهلاته في التخطيط والتدبير².

وما يبين أهمية هذا الموضوع فإن المناظرة الوطنية السادسة للجماعات المحلية التي انعقدت بتطوان في يونيو 1994 تحت شعار «تكوين وإعلام المنتخبين» والتي خرجت بتوصيات مهمة (ويكن الإشارة إلى العدد الهائل للتوصيات الصادرة عنها وهو العدد الذي انتقل من 84 توصية سنة 1984 إلى 856 توصية سنة 1994)، مما يدل على تطور وعي المنتخبين بالمشاكل المحلية وضرورة مصاحبتها بتوصيات وحلول أكثر عددا وأكثر دقة³، لكن هذه التوصيات بقيت حبرا على ورق.

والميثلق الجماعي الجديد كان عليه إعطاء الأولوية للأحقية تكوين المنتخب، بالموازاة مع الدور الجديد الملقى على عاتقه، فحتى الفصل 28 من قانون رقم 78.00 الذي يقول «لا يجوز لأعضاء المجالس الجماعية الذين لا يتبعون توفرهم على مستوى تعليمي يعادل على الأقل مستوى نهاية الدروس الإبتدائية، أن يتذخروا رؤساء ولا أن يزاولوا هذه المهام بصفة مؤقتة»، فهذه الصياغة أثارت عدة مشاكل عند التطبيق فهناك عدة رؤساء انتخبوا و زوروا الشوادر الابتدائية والآن يقضون عقوبات حبسية⁴.

فالمنتخب الجماعي مطالب ليس فقط أن يتتوفر على مستوى ثقافي ودراسي معين، بل لا بد أن تكون له ثقافة تدبيرية وتكوين إداري وثقافة سياسية وبعد النظر، وإفتقاره لهذه الدراسة والتقويم يؤدي حتما إلى تقليل دوره وتحجيم أدائه وفعاليته. كما أن عدم نضج الفئات المنتخبة وعدم أهلية النخب المسيرة لم يرقى إلى درجة تقدم قانون التنظيم الجماعي لسنة 1976، حيث أن سلطات الوصاية تتدخل في تدبير الشأن المحلي بطلب من الجهات المنتخبة نتيجة جهلها بالمقتضيات القانونية⁵.

وبالتالي فإن التكوين على مستوى عال للمنتخبين يبدأ من معرفة المقتضيات القانونية مرورا بمواكبة آخر المستجدات العلمية والتنظيمية والتعاقدية... إلخ، وتبدو هنا أهمية إفتتاح الجامعة على محياها، ونذكر هنا تحين اتفاقية التعاون بين جامعة سidi محمد بن عبد الله والجامعة الحضرية بفاس الكبرى، وتوقيع اتفاقية تعاون أخرى بين جامعة سidi محمد

¹- أحمد أجيون "تكوين المنتخب الجماعي والميثاق الجماعي الجديد"، م.س، ص - 130

²- أحمد أجيون، مرجع سابق، ص - 130

³- عبد الله حارسي "إشكالية تكوين المنتخب الجماعي والنائب في المغرب" منشورات م.م.إ.ت.م «سلسلة مواضيع الساعة» عدد 32 / 2001، ص - 104

⁴- جريدة العلم، عدد، 19550، ص - 2

⁵- أحمد أجيون، مرجع سابق، ص - 132

بن عبدالله والوكالة الحضرية وإنقاد مدينة فاس¹. بالإضافة لذلك يجب على المستشارين التوفر على بعد إستشرافي للملدة الإنتدابية- ست سنوات- فالتدبير الجيد والتسهيل المتقن للمصالح الجماعية من طرف الفئات المنتخبة استوّعت فعلا حقوقها والإلتزامات الملقاة عليها، سيضع حداً لتدخل وتعسف سلطات الوصاية² ومنه فالكل متفق بضرورة التكوين وتبقي عملية تطبيقه وترجمته على أرض الواقع تستدعي تكافف الجهود وتحديد المسؤوليات (وسائل الإعلام، تأثير الأحزاب السياسية، الجامعة بتنظيمها لندوات تهدف التحسيس بمسؤوليات المنتخب بصفة عامة... إلخ) وتجدر الإشارة إلى أن أي استراتيجية تهدف تحقيق نتائج ملموسة في هذا الإطار تستلزم إحاطتها بالتمويل اللازم، فينبغي التفكير في تخصيص اعتماد خاص في ميزانية الجماعات سواء الحضرية أو القروية لغطية مصاريف تكوين مستشاريها³، ويجب على الدولة أن تقدم إعانات ومساعدات للجماعات التي لا تتوفر على موارد مالية كافية لتمويل حلقات التكوين وخاصة الجماعات القروية.

الفرع الثاني : الإدارة المحلية و تطلعات المواطن :

إن العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن يميزها التكامل ذلك أن الأولى تتوجه من الثاني التحلي بالعديد من المميزات (الفقرة الأولى) في حين يتطلع الثاني من الأولى تحسين علاقتها معه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : آفاق تنمية الإدارة المحلية المرتبطة بالساكنة :

منذ الولهة الأولى وبنظرة عابرة على دور وموقع المدار والمواطنين في هذه العلاقات المشابهة، يرى الفرد منا أنه مغلوب على أمره وأن لا يجد له فيما يحدث لكن هذا هو الخطأ الذي يرتكبه كل فرد منا داخل جماعته، لأن كل العوائق لا الذاتية ولا الموضوعية التي تكلمنا عنها سابقاً للفرد يد فيها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لكن قد يتبادر إلى الذهن أن هذا القول لا مجال له من الصحة.

لنؤكد على أنه لابد من تفعيل مشاركة السكان، وذلك من خلال خلق حوار مباشر بين المجلس الجماعي والسكان وتنظيم ندوات تحسيسية في هذا المجال، وينبغي أن تكون هاته الندوات بطريقة علمية ومدروسة تفادياً للسقوط في سلبيات الحوار.

وكذلك إشراك المواطنين من خلال لجان محلية مشكلة حسب الدوائر الانتخابية لمراقبة أعمال المجلس، وهذا سيساعد على معالجة ظاهرة التغور واللامبالاة التي يعرفها المواطنون في كل ما يتعلق بالمجلس الجماعي، هذا ولا ينبعى أن ننسى العمل الخطير الذي يقوم به كل واحد منا من خلال تغييه عن المشاركة في العملية الانتخابية إما كمرشح أو كمتصوت، لأن من شأن ذلك التغييب أن يترك فرصة لأصحاب الضمائر الميتة (بيع الذمم) بانتخاب أشخاص ذوي المصالح الخاصة ومن نحن في غنا عنهم.

من هنا ينبغي للشباب بالدرجة الأولى خوض غمار ومحرك الانتخاب لإصلاح الوضع وقطع الطريق أمام أصحاب المصالح الخاصة، وهدم أسس البيروقراطية الإدارية، وتحقيق الديمقراطية، اللامركزية، الشفافية ، النزاهة والتنمية ... إلخ وغيرها من الأشياء التي سبقتنا لها الدول المتقدمة، رغم ما في الطريق من عراقيل وصعوبات.

¹- جعفر العلوى "علاقة الجماعات المحلية بمحيطها السوسيو اقتصادي على ضوء مشروع تعديل قوانين التنظيم الجماعي" ، منشورات م.م.إ.م. بـ «سلسلة مواضيع الساعة» ، عدد 32 ، 2001 ، ص - 90

²- احمد أجعون. مرجع سابق، ص - 132

³- نشير في هذا الإطار الى التجربة في جماعة زواغة فاس التي عمدت على إدراج بند في ميزانيتها لهذا الغرض منذ سنة 1995 ، وقد صادقت الوزارة الوصية على اقتراحها، أحمد أجعون، مرجع سابق الهمش، ص - 34

الفقرة الثانية : تحسين جهاز الاستقبال :

يجب أولاً وقبل كل شيء لتحسين وتفعيل جهاز الاستقلال، يجب إلغاء أسلوب الشباك الوحيد، فهذا الأخير يعتبر حاجزاً مادياً بين المواطن والموظف، وهو أيضاً حاجزاً معنوياً إذا أخذنا بعين الاعتبار استهتار ولامبالاة أغلب الموظفين الحاليين وراء الشبابيك، ربما لإحساسهم بالأمان والاستعلاء، الذي يمنحه إياهم ذلك "القفص" الذي يحتويهم، ولاشك أن أغلب المتعاملين مع الإدارة المحلية قد أتيحت لهم فرصة ملاحظة أن موظفي الشبابيك أكثر "شراسة" وأكثر ميلاً لقمع المطالب بالخدمة، ولا يمكن للمواطن الذي يشعر أصلاً بالدونية إزاء الإدارة المحلية أن يتوصل أمام هذه الحاجز المادية والمعنوية حتى إلى شرح جوانب ملفه للموظف. وحتى تتم عملية التواصل في جو إنساني، يجب أن تتوفر جميع الإدارات على قاعات للاستقبال وأخرى للانتظار على أن تكون قاعات مجهزة بجعل المواطن يشعر بالارتياح من جهة. ويحسن باهتمام الإدارة المحلية من جهة أخرى. ويتعين على المسؤول عن قسم الخدمات الإرشادية أن يعامل الجميع على قدم المساواة خصوصاً وأنه يستقبل في اليوم أشخاصاً من مستويات اجتماعية وثقافية مختلفة لذا فيجب تعين موظفين متخصصين وأكفاء بالإطلاع بهم الاستقبال والإرشاد وأيضاً تنظيم الوقت المخصص للاستقبال تفادياً للتضييع بالإضافة إلى تنظيم أماكن الإرشاد.

فتحسين جهاز الاستقبال من شأنه الإسهام في تحسين تواصل المواطنين بالإدارة المحلية، لأن الاستقبال الجيد والمعاملة الحسنة يمكنها إعطاء المواطن نظرة حسنة وإيجابية عن الإدارة المحلية وعملها. وإعادة المصداقية للمواطن، عن طريق استرجاع الثقة والمصداقية في الإدارة المحلية يتوقف على نوعية الخدمات التي تقدم للمواطنين من طرف أجهزة متخصصة ومن بينها: "قيام وحدات إدارية محلية مختصة في استقبال المواطنين والإنصات لمشاكلهم وطلباتهم وإرشاداتهم ومساعداتهم على صعيد مختلفة الوحدات الترابية والمصالح اللامركزية..." والاستقبال بهذا المعنى يعني استقبال المواطنين من قبل عون مختص ويشترط فيه أن يكون من رجال الإدارة الملمين بكل المساطر القانونية الشكلية والجوهرية، وأن تكون لديه البدية وروح المبادرة في اتخاذ القرارات¹، أي لأن يحسن الإنصات والتوجيه والمساعدات وعلى الحصول على حق من الحقوق.

¹- مولاي إدريس الحلبي الكتاني، استقبال المواطنين في قطاع الوظيفة العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 34، 2000، صفحة 92.

الصياغة القانونية للتعديل الدستوري في الجزائر



من إعداد الباحث: كمال محمد الأمين

باحث في صف الدكتوراه قانون عام

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

Kamal_cat@live.fr

ينبغي أن نميز في دراستنا لموضوع الصياغة القانونية للتعديل الدستوري بين ثلاث مفاهيم، أولها الكتابة القانونية، التي تشمل الكتابة القانونية الأكادémie والقضائية والتشريعية.

ويتضمن المفهوم الثاني الصياغة القانونية، حيث ينطوي مفهومها على شقين رئيسيين، أحدهما متعلق بالشكل أو القالب، والأخر يتعلق بالأسلوب اللغوي. فمن حيث الشكل تختلف صياغة كل وثيقة قانونية عن غيرها من الوثائق، أما الأسلوب اللغوي الذي تصاغ به كل الوثائق القانونية فهو لا يتغير و يقصد به تلك الخصائص والتراكيب اللغوية المستخدمة في كتابة الوثيقة القانونية.

ويشمل المفهوم الثالث الصياغة التشريعية، بمعنى صياغة التشريعات، بداية بالتشريع الأساسي (الدستور)، فالتشريع العادي، ثم التشريع الفرعي. فالصياغة التشريعية ليست مجرد شكل من أشكال الصياغة القانونية، إنما تعتبر أصعب من الصياغة القانونية بسبب تعقد المشكلات التي تتناولها والنزاعات التي تصاحب عملية تبني التشريعات، وعدم المعرفة الكافية بالجمهور الذي تسري عليه تلك التشريعات وصفة الدوام التي تميزها.

ومن خلال موضوع البحث المعون بـ"الصياغة القانونية للتعديل الدستوري في الجزائر"، حيث نتطرق بالدراسة والتحليل للوثيقة الدستورية ومدى احترامها للصياغة القانونية المتعارف عليها من قبل الفقه.

المطلب الأول : عناصر الصياغة القانونية :

أولاً: المخاطب بالحكم القانوني (الفاعل القانوني) :

يقصد بالفاعل القانوني، الشخص المخول له حقاً أو امتياز سلطة أو يفرض عليه التزاماً أو مسؤولية. ومن المبادئ التقليدية في الصياغة القانونية أن يكون فاعل الجملة في صيغة المفرد بدلاً من صيغة الجمع، حيث يقول الفقيه "مارتينيو": "إن استخدام صيغة المفرد بدلاً من صيغة الجمع أمر مهم لعدة أسباب:

1- أن صيغة المفرد تجعل عملية التشريع أكثر بساطة لأنه لن يكون هناك داع للقلق حول الانتقال العارض بين المفرد والجمع في الأسماء أو الأفعال.

2- إن صيغة المفرد تخصيص أثر الحكم المصالح بحيث يسري ذلك الحكم على فرد بعينه بدلاً من أن يسري على مجموعة مجهولة الهوية.

3- إن صيغة المفرد توضح أن الحكم يسري على كل فرد في الفئة التي يطبق عليها الحكم وليس فقط الفئة كمجموعة منفصلة".

ورغم أن العديد من الصائجين الماهرين قد تبنوا منذ أمد طويل استخدام صيغة المفرد فإنه لا يزال هناك عدد من صائني التشريعات يستخدمون صيغة الجمع.

كذلك، يشترط أن يكون الفاعل منفي، فمن الشائع أنه لخطر القيام بعمل ما يستخدم صيغة الفاعل المنفي ومن أمثلة ذلك ما ينص عليه التعديل الدستوري الأمريكي الرابع حيث جاء فيه: "لا يجوز لأية ولاية أن تسن أو تطبق أي قانون ينتقص من الامتيازات والحقوق الممنوحة لمواطني الولايات المتحدة".

ومثال الفاعل المنفي في دستور 1996 ما قضت به المادة 4/42⁴: "لا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبنية في الفقرة السابقة...".⁽¹⁾

ويرى "ديكرسون" أن صيغة الفاعل المنفي، من الناحية الفنية، لا تعني سوى "ما من أحد عليه أن يفعل...." بينما يقصد من هذه الصيغة أن تعبر عن معنى: "يحظر على أي شخص أن يفعل...".

ويقترح الفقيه "ديكرسون" استخدام صيغة "ما من أحد" للتعبير عن الحظر.

ومنه، استناداً ينبغي تعديل الفقرة السابقة من المادة 42 لتصبح "ما من حزب سياسي أن يلجأ إلى الدعاية الحزبية....".

ويفضل أيضاً في الصياغة القانونية للتعديلات الدستورية، تجنب استخدام الصفات النكرة للفاعل إلا في حالات معينة ففي أغلب الأحوال، يجب استخدام أداة التنكير بدلاً من استخدام الصفات النكرة مثل "أي"، أو "كل" أو "ما من شخص" وغالباً ما تستخدم الصفات النكرة السابقة الذكر في حين يكون الأصح هو استخدام أداة التنكير.

كذلك ينبغي تجنب وضع أداة التعريف "الـ" قبل الفاعل المعرف، حيث تستخدم أداة التعريف قبل الاسم لتشير إلى شخص أو شيء سبق الإشارة إليه أو ذكره. إضافة إلى تجنب استخدام الضمائر، فقد يكون الفاعل في الجملة ضميراً، وفي هذه الحالة يجب على الصائغ القانوني أن يتونى الحرص بسبب احتمال حدوث غموض حول الاسم الذي يشير إليه الضمير.

وتطبيقاً لذلك، قضت المادة 3 بأن: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية" وكذلك المادة 3 مكرر: "تمازيغت هي كذلك لغة وطنية، تعمل الدولة لترقيتها و تطويرها بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني". ونصت المادة 7² على أن: "يأرس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها".⁽²⁾

ومن الأسباب الملحقة لتجنب استخدام الضمائر، وجود كلمات مميزة لكل جنس (ذكر أو أنثى) وحتى الآونة الأخيرة كان الصائغون يستخدمون بشكل شبه دائم ضمير المذكر فقط للإشارة إلى الجنسين⁽³⁾ ما لم يكن من غير الممكن أن يكون الفاعل مذكور، وفيما يلي بعض القواعد التي يمكن أن تكون مفيدة في هذا الخصوص:

1. استخدام المصطلحات المعايدة من حيث الجنس.
2. تجنب استخدام الضمير تماماً، وهو الخطأ الذي وقع فيه المؤسس الدستوري الجزائري، حيث تضمنت أغلب المواد الدستورية على ضمائر بالجملة.
3. تكرار استخدام الاسم بدلاً من الضمير.
4. استخدام الضمير المعايد، عندما يكون الاسم السابق يشير إلى كيان قانوني مثلاً البلدية، الولاية...

ثانياً: الفعل القانوني :

يعرف الفقيه جورج كود الفعل القانوني بأنه: "ذلك الجزء من الجملة الذي يعبر عن حق أو امتياز أو سلطة أو التزام أو مسؤولية تحول أو تفرض على الفاعل القانوني، و الذي يقال فيه أن شخصاً ما يجوز له أو لا يجوز له، أو يجب عليه أو لا يجب عليه، أن يفعل أو لا يفعل أي تصرف، أو يخضع لفعل ما".

ويرى الفقيه كود أن الفاعل القانوني و الفعل القانوني الكامل هما العنصران الجوهريان لكل جملة قانونية، و بدونهما لا يمكن كتابة أي قانون، وحتى يومنا هذا لا يزال رأي كود صحيحاً إلى حد كبير.

وتطبيقاً لذلك قضت المادة 101³ من الدستور الجزائري لعام 1996 على أن :

"....و يعين رئيس الجمهورية الثالث الآخر من أعضاء مجلس الأمة.....
الفعل القانوني الكامل

أما عن زمن الفعل القانوني فيرى الفقيه كود أن استخدام زمن المضارع البسيط في صياغة التشريعات يحقق ميزتين رئيسيتين، هما :

1/ تفادي الحاجة إلى استخدام تراكيب معقدة جداً عند توضيح الحالات والشروط التي يسري فيها الفعل القانوني، وهو ما يحدث غالباً في التراكيب الشرطية، وما تتضمنه من استخدام أزمنة المستقبل، والمستقبل التام، والماضي.

2/ يقتصر استخدام زمان المضارع البسيط على الواقع بينما تخصص صيغة "يجب" للتعبير عن الالتزامات القانونية فقط.

ومن بين المزايا الأخرى لاستخدام زمان المضارع البسيط في الصياغة القانونية، أنه يجعل من السهل على القارئ فهم التشريع الأساسي (الدستور) أو القاعدة القانونية دون الحاجة إلى الانتقال الذهني من صيغة المضارع إلى صيغة المستقبل، كما أن استخدام زمان المضارع سيجعل التشريع الأساسي أو القاعدة القانونية أقصر لأنها ستستخدم كلمات أقل من صيغة المستقبل، وفي معظم الحالات يمكن تفادي استخدام الفعل في زمان الماضي أو المستقبل.

وعادة، لا يميل الصائغ القانوني إلى استخدام زمان الماضي في اللغة القانونية لكنه يتعرض لإغراء شديد لاستخدام زمان المستقبل، ومن الطبيعي أن يفكر الصائغ القانوني من منظور المستقبل لأن كل ما يكتب اليوم لن يؤثر إلا على أحداث تقع في المستقبل، وحتى إذا كان الصائغ يفكر من منظور الإجراء الذي ستتخذه الجهة الوصية، فإنه عندما تتصرف تلك الجهة فإنها ستفعل ذلك في يوم معين لتنظيم أفعال في المستقبل بعد ذلك اليوم، ولا يعد استخدام زمان المستقبل أمراً صحيحاً لأنه يتجاهل المبدأ الأساسي القاضي بأن التشريع حسب نوعه دائماً يتحدث في الوقت الذي يطبق فيه على وقائع محددة، وبالنسبة للتشريع فإن ذلك الوقت هو دائماً "الآن" لأي حكم نافذ.

وعندما يضع الدستور أو القانون شرطاً لتحقيق الحكم القانوني فإنه لا داعي لاستخدام أزمنة متعددة لتوضيح هذا المعنى.

فمن بين المبادئ الهامة في الصياغة القانونية، استخدام صيغة المبني للمعلوم ويعود استخدام هذه الصيغة أساسياً ما لم تكن هذه الصيغة غير ملائمة، لكن لماذا يعتبر استخدام المبني للمعلوم أمراً مهماً في الصياغة القانونية؟

الإجابة تمثل في أن صيغة المبني للمعلوم تحقق مزايا من بينها تحديد الفاعل القانوني وإجبار الصائغ القانوني على أن يدرس الفعل في الجملة الذي ينشئ الميزة أو العبء، أما الميزة الأخيرة فهي أن استخدام صيغة المبني للمعلوم عادة، تكون فيها الكلمات أقل من صيغة المبني للمجهول.

كما ينبغي على الصائغ القانوني استخدام صيغة الإيجاب بدلاً من النفي، بقدر الإمكان، فهناك كلمات تسبقها مقاطع بادئة تفيد معنى النفي بطبيعتها مثل ذلك: ينكر، يحرم، يرفض، يحظر، ويوضح الفقيه "ويديك" أن استخدام صيغة النفي بينما يمكن استخدام صيغة الإيجاب يتضمن عادة استخدام صيغة النفي المتعددة، بمعنى استخدام أداة النفي "لا" قبل كلمة تفيد معنى النفي بطبيعتها، ومن أمثلة ذلك ما قالت به المادة 13 من الدستور الجزائري لعام 1996: "لا يجوز البتة التنازل أو التخلّي عن أي جزء من التراب الوطني".⁽⁴⁾

ثالثاً: وصف الحالة :

نادراً ما يسري الحكم القانوني على جميع الأوضاع والظروف، وإنما يسري الحكم القانوني عادة على حالة معينة. ويعتبر تحديد هذه الحالة وإدراجها في الحكم القانوني جانباً هاماً من عمل الصائغ القانوني.

ويقصد بالحالة، الظروف التي ينطبق عليها الحكم والتي عند التعبير عنها بوضوح في الجملة تجعل القانون أكثر وضوحاً ودقة.⁽⁵⁾

وتطبيقاً لذلك، نصت المادة 51 من دستور 1963 على أن: "إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الآجال المخصوص عليها فإن رئيس المجلس الوطني يتول إصدارها".

فواضح من خلال عبارة "إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الآجال المخصوص عليها"، الظروف التي يمكن أن تؤدي إلى عدم إصدار القوانين من طرف رئيس الجمهورية. ففي حالة فرضية عدم وجود هذه الظروف، لن يتول المجلس الوطني إصدار القوانين.

وتقضى المادة 117 من الدستور الجزائري لعام 1976 المعدلة بالقانون 79-06 بأن: "إذا استحال على رئيس الجمهورية أن يمارس مهامه بسبب مرض خطير مزمن، تجتمع اللجنة المركزية للحزب وجوباً، وبعد التأكد من حقيقة هذا المانع...".

كذلك، تنص المادة 82 من دستور 1996 على أن: "إذا لم تحصل من جديد موافقة المجلس الشعبي الوطني، ينحل وجوباً...".

فواضح أن الحالة المذكورة في المواد الدستورية أعلاه، تعبر عن خلفية جوهرية أو سياقاً للأوضاع التي تسرى فيها الحكم القانوني، ومن ثم يساعد على تحديد الأوضاع وال الحالات التي يكون فيها الحكم القانوني نافذاً، ولا يتم التعبير عن الحالة إلا عندما يكون أداء الفعل القانوني مقتضاً على ظروف معينة.

وللتعبير عن الحالة تستخدم صيغة "إذا" في اللغة القانونية، بصيغة رئيسية لوصف الحالة، وأداة الشرط للزمان غير الجازمة "متى" التي تستخدم لوصف الحالة، بالإضافة إلى استخدام عبارة "في حالة" لوصف الحالة في الحكم القانوني خاصة قبل العبارة الاسمية.

وتطبيقاً لذلك قضت المادة 3/88 من دستور 1996 بأن: "...وفي حالة استمرار المانع بعد (45) يوماً، يعلن الشغور بالاستقالة وجوباً حسب الإجراء المخصوص عليه..." وتضيف الفقرة الرابعة: "...وفي حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته، يجتمع المجلس الدستوري وجوباً ويثبت الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية...".

ويفضل لوصف الحالة في النصوص الدستورية واللغة القانونية بصفة عامة، استخدام صيغة "إذا"، وينصح الفقيه كود بضرورة التعبير عن الحالة في بداية الجملة لأن كتابة حكم يوحى بأن تطبيقه سيكون عاماً ثم تقييد هذا الحكم بعبارات مقيدة للمعنى أو عبارات شرطية من شأنه أن يضلّل القارئ، إذ أن القارئ لن يكتشف إلا في نهاية المادة ما إذا كان هذا الحكم واجب التطبيق أم لا، وإذا اكتشف أن الحكم غير واجب التطبيق فإنه سيكون قد أضاع وقته، فكلما كان المقصود من القانون ألا يسري إلا في ظروف معينة، فإن هذه الظروف يجب وصفها قبل التعبير عن أي جزء آخر من التشريع، وبالتالي فإن مراعاة هذه القاعدة تمكن من تجنب تسعة عشر العبارات الشرطية والعبارات المقيدة للمعنى التي تشوّه القاعدة القانونية.

وعومما، يلتزم أغلب الصائغين القانونيين تقريباً بهذه القاعدة العامة، حيث جاء في نص المادة 93 من دستور 1996: "يقرر رئيس الجمهورية حالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامتها ترابها...".

كذلك، تتضمن النصوص القانونية صيغ الشرط الواجب تحقيقها قبل أن يصبح الحكم القانوني نافذاً و يتم التعبير عن الشرط في اللغة القانونية بالأدوات التالية:

1. صيغة الجملة الشرطية إذا.
2. صيغة التقيد الشرطي اللاحق "بشرط أن"، "شريطة أن"، "على أن".
3. صيغة "رهنا بـ".
4. صيغة الشرط المنفي "مالم".

وتطبيقاً لذلك نصت المادة 169 من دستور 1996 على أن: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداءً من يوم قرار المجلس".

ويكن تحليل عناصر هذه المادة على النحو التالي:

الحالة: إذا ارتأى المجلس الدستوري.

الشرط : أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري.

الفاعل القانوني : المجلس الدستوري.

ال فعل القانوني : يفقد هذا النص أثره، ابتداءً من يوم قرار المجلس.

المطلب الثاني : الصيغ الآمرة وبناء الجملة القانونية :

أولاً: الصيغ الآمرة :

يقصد بالصيغ الآمرة الصيغ التي تستخدم في الوثائق القانونية لتحديد الواجبات وفرض الالتزامات وحظر القيام بأعمال معينة و تحويل السلطة التقديرية ومنح الحقوق والاختصاصات.

فمن المهم دراسة هذه الصيغ لمعرفة القواعد الصحيحة لاستخدامها وتجنب الاستخدامات الشائعة الخاطئة لها، بصفة عامة فإن صيغ الإلزام في اللغة العربية تشمل ما يلي:

- 1- صيغة "يجب على فلان أن يفعل".
- 2- صيغة "يلتزم فلان بأن يفعل" أو "فلان ملزم بأن يفعل".
- 3- صيغة "يعهد فلان بأن يفعل".
- 4- صيغة "يتعين (ينبغي) على فلان أن يفعل".
- 5- صيغة "يفعل فلان".

من ذلك، صيغة المادة 40 من دستور 1963: "يؤدي رئيس الجمهورية قبل مباشرته لمهام وظيفته القسم أمام المجلس الوطني بالعبارات التالية...".⁽⁶⁾

كذلك، صيغة المادة 75 من دستور 1976: "يجب على كل مواطن أن يحمي بعمله وسلوكه، الملكية العمومية ومصالح المجموعة الوطنية، ويحترم مكتسبات الثورة الاشتراكية، ويعمل حسب مقدرته لرفع مستوى معيشة الشعب".⁽⁷⁾

ومن ذلك أيضاً، صيغة المادة 63 من دستور 1989: "يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة، و مصالح المجموعة الوطنية ويحترم ملكية الغير". والمادة 72 من دستور 1996: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة السامية في المحدود المثبتة في الدستور".

وتتضمن أيضاً الصيغ الآمرة، صيغة منح و إبطال السلطة التقديرية و يقصد بها تخويل الفاعل القانوني حرية التصرف في أن يؤدي الفعل القانوني أو لا يؤديه. و تستخدم في اللغة القانونية بصفة عامة الصيغ التالية:

- يجوز لفلان أن يفعل.
- مسموح لفلان أن يفعل.
- فلان حر في أن يفعل.
- لفلان أن يفعل.

و تعتبر صيغة "يجوز لفلان أن يفعل" أكثر الصيغ شيوعاً وأكثرها دقة. و فيما يلي أمثلة على صيغ منح السلطة التقديرية في الدستور الجزائري لعام 1996:

- نص المادة 7 فقرة 4: "لرئيس الجمهورية أن يلتتجئ إلى إرادة الشعب مباشرة".
- نص المادة 84 فقرة 4: "للوزير الأول أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني تصويتاً...".
- نص المادة 116 فقرة 3: "يجوز للمجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة أن يعقدا جلسات مغلقة بطلب من رئيسها، أو من أغلبية أعضائهما الحاضرين أو بطلب من الوزير الأول".

كذلك، من بين الصيغ الآمرة نجد أيضاً صيغ الحظر، حيث تنص المادة 9 من دستور 1996 على أن: "لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي:

- الممارسات الإقطاعية، و الجهوية، و المحسوبية،....".

بالإضافة إلى استعمال صيغة "محظور"، "ليس"، "غير مسموح"، "يمتنع على"، "يمتنع"، و اختيار هذه الصيغ تتعلق بالملائمة مع السياق أكثر مما يتعلق بالمعنى، و تعتبر صيغة "لا يجوز" الأنسب عندما لا يكون الفاعل محدداً في الجملة.

كذلك، نجد صيغ تخويل السلطة أو الاختصاص وصيغ الاشتراط. من تطبيقات ذلك ما قضت به المادة 77 من دستور 1996: "يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إليه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية...".⁽⁸⁾

أما عن صيغ الاشتراط فهي التي تفيد أن هناك متطلباً ما ينبغي تلبيته، قبل تحقق الفعل القانوني، صيغة "يشترط فيمن يفعل أن يكون...".

ومن بين الصيغ الغامضة لاستخدام الصيغ الآمرة، صيغة "لفلان أن يفعل"، فالأصل في استخدام هذه الصيغة، أنها تخول للفاعل سلطة تقديرية لتنفيذ الفعل القانوني من عدمه، فصيغة "لفلان أن يفعل" هي اختصار لصيغة "يجوز لفلان أن يفعل"، حيث نصت المادة 126 فقرة 2 من دستور 1976: "للمجلس الشعبي الوطني في نطاق اختصاصاته، سلطة التشريع بكلمة السيادة...، وتعني عبارة "للمجلس الشعبي الوطني" تخويل المجلس سلطة التشريع ومن ثم يجوز للمجلس الشعبي الوطني التشريع في كل الحالات.

لكن هذه الصيغة يعتريها الغموض في كثير من الأحيان، وتفسر بمعاني مختلفة قد تخرج عن المعنى المراد من استخداماتها و كثير ما يساء استخدام هذه الصيغة لتشير إلى إعطاء حق، و ليس سلطة تقديرية للفاعل ومن تطبيقات ذلك:

المادة 50 من دستور 1996: "لكل مواطن تتتوفر فيه الشروط القانونية أن ينتخب و يُنتخب".

المادة 55: "لكل المواطنين الحق في العمل...."

في المثل الأول: تعني هذه الصيغة أن للمواطن الحق في أن ينتخب و يُنتخب، و ليس مجرد أن للمواطن حرية التصرف في أن ينتخب و يُنتخب أو العكس.

والإشكال الذي طرحته استخدام صيغة "لفلان أن يفعل" في إمكانية بمعاني مختلفة عن المعنى الذي قصدته المؤسس الدستوري، ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة 84⁴ من دستور 1996: "للوزير الأول أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني تصويتاً بالثقة وفي حالة عدم الموافقة على لائحة الثقة يقدم الوزير الأول استقالة حكومته".

إن هذه الفقرة لا يمكن تفسيرها، وفقاً للمعنى الشائع لصيغة "لفلان أن يفعل"، على أن الوزير الأول حر في أن يطلب أو لا يطلب تصويتاً بالثقة، وإنما المقصود هنا أن الوزير الأول مختص وحده دون غيره بطلب التصويت بالثقة، ويمكن صياغة الفقرة السابقة من المادة 84 على النحو التالي:

- "يختص الوزير الأول وحده دون غيره بطلب التصويت بالثقة من طرف المجلس الشعبي الوطني...".

فأي الصياغتين أوضح؟ إن مقارنة بين الصياغتين السابقتين تقودنا إلى مقارنة صيغة "لفلان أن يفعل" المستخدمة في المادة 84 السابقة، بصياغة المادة 137 من دستور 1989 و التي تنص على أن: "يختص القضاة بإصدار الأحكام...."

وكما نلاحظ من صياغة المادة 137 المذكورة أعلاه، استخدمت صيغة "يختص" لتفيد الاختصاص ولا نظن أن أحداً بإمكانه أن يساوره الشك حول المعنى المراد التعبير عنه في هذه المادة.

وفي المثال التالي استخدمت صيغة "لفلان أن يفعل":

المادة 124¹: "رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان...".

وفي المثال دلالة قاطعة على أن لصيغة "لفلان أن يفعل" وبالتالي يكون أمامنا خياران، الأول تفسيرها بمعنى حق رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان.

والثاني، تفسيرها حسب معناها المتعارف عليه المتضمن إعطاء الفاعل السلطة التقديرية لأداء الفعل، وسواء فسرناها حسب المفهوم الأول أو الثاني، يكون المعنى أن "رئيس الجمهورية الحرية في أن يشرع أو لا يشرع بأوامر"، وبالطبع لا يمكن قبول هذا التفسير وإنما المعنى المقصود هنا، أن رئيس الجمهورية يتولى التشريع بأوامر، وبمفهوم مغاير فإن الحكم القانوني المنصوص عليه هنا تقدير لقاعدة وليس إعطاء سلطة تقديرية للفاعل (رئيس الجمهورية).

كذلك، يرى الفقهاء أن صيغة "لفلان أن يفعل" صيغة مبهمة، ومن الأفضل عدم الإسراف في استخدامها لأنها قد تحمل أكثر من دلالة وبالتالي تشير الغموض حول المقصود منها، ونظرًا لعدم وضوح هذه الصيغة فإنها قد تؤدي إلى توريط الصانع القانوني في استخدامها في غير المعنى المقصود بها.

وإذا كان الغرض من استخدام هذه الصيغة إعطاء سلطة تقديرية للمخاطب بالحكم القانوني، فإن صيغة "يجوز لفلان أن يفعل"، تؤدي هذا الغرض بكفاءة كبيرة وبوضوح تام، وإذا كان المقصود منها تخويل الحق أو الاختصاص من الأفضل تحديد ذلك بصراحة، كما هو الشأن في صيغة "لفلان الحق في" أو "يختص فلان بعمل"، ولا داعي إطلاقاً استبدال صيغة واضحة بصيغة مبهمة.⁽⁹⁾

ثانياً: بناء الجملة القانونية :

يمكن تلخيص السمات التي تميز الجملة القانونية في الأغلب الأعم من خلال ما يلي:

- طول الجملة القانونية بشكل مبالغ فيه واعتمادها دائمًا على تراكيب معقدة.
 - التباعد بين أجزاء الجملة التي تكون في الجملة العادية عادة، بجوار بعضها البعض على سبيل المثال التباعد بين الفاعل والفعل.
 - استخدام العبارات المقيدة للمعنى بشكل مفرط لتقييد أجزاء معينة في الجملة أو لتقييد الجملة كلها.
 - ازدحام الجملة عادة بتفاصيل تجعل من الصعب اختراقها والتوصيل إلى العلاقات بين أجزائها.
- وتطبيقاً لذلك قضت المادة 95 من دستور 1996 بأن: "إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسماً نصت الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة...".

والملاحظ أن هذه المادة تندرج ضمن ما يسمى بالجملة المعقّدة التي تتضمن عبارة تابعة وأخرى رئيسية، فالأولى تقوم بدور إعطاء معلومات حول العبارة الرئيسية، وعادة ما تبدأ بأداة إسناد، و يمكن وضع العبارة التابعة قبل العبارة الرئيسية أو بعدها أو حتى في داخلها.

وكما هو مبين في نص المادة 95 أعلاه، فالمتوقع أن تكون لدينا عبارة تابعة (فعل الشرط) تبدأ بأداة الشرط "إذا"، وعبارة رئيسية (جواب الشرط). ويوضح الشكل التالي بناء الجملة الشرطية:

إذا + فعل الشرط ← جواب الشرط

ولشرح ذلك نورد المثال التالي :

المادة 176 من دستور 1996: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرি�تها، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع (4/3) أصوات غرفتي البرلمان".

فالملاحظ في هذه المادة، صعوبة التعرف بسهولة على الأجزاء الرئيسية للجملة (أداة الشرط: فعل الشرط، جواب الشرط) بسبب تباعدها عن بعضها البعض.

والسؤال المطروح لماذا هذا التباعد بين الأجزاء الرئيسية للجملة عن بعضها البعض؟

السبب في ذلك حسب رأينا، إدخال العبارات المقيدة للمعنى فيما بينها لتقيد معانٍ أجزاء معينة في الجملة، وإذا قمنا بإحصاء عدد العبارات المقيدة في المادة 95 أعلاه، فإننا نجد عددها 4 عبارات:

- 1 - يعلن رئيس الجمهورية الحرب.
- 2 - بعد اجتماع مجلس الوزراء.
- 3 - الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن.
- 4 - استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة.

وهو نفس الحال الذي ينطبق على المادة 176 أعلاه.

فتعقد بناء الجملة القانونية غير متعلق بالتركيبة المعقّدة التي تستخدم في بناء الجملة، وإنما التفاصيل المفرطة التي تزدحم بها الجملة والتي تستخدم لتقيد أجزاء معينة في الجملة.

وقد يلجأ الصائغ القانوني إلى استخدام كل من أسلوب الإسناد وأسلوب العطف معاً في نفس الجملة القانونية ومثل ذلك:

المادة 134 من دستور 1996: "يمكن أعضاء البرلمان أن يوجهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى أي عضو في الحكومة. ويكون الجواب عن السؤال الكتابي كتابياً، خلال أجل أقصاه ثلاثون (30) يوماً. وتتم الإجابة عن الأسئلة الشفوية في جلسات المجلس.

إذا رأت أي من الغرفتين أن جواب عضو الحكومة شفويًا كان أو كتابيًا يبرر إجراء مناقشة، تجري المناقشة حسب الشروط التي ينص عليها النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، تنشر الأسئلة والأجوبة طبقا للشروط التي تخضع هل نشر مخاضر مناقشات البرلمان."

ما سبق يتضح لنا أن هناك ثلاثة أساليب رئيسية تستخدم في بناء الجملة القانونية وتؤدي إلى تعقد بناءها، وهذه الأساليب هي: الإسناد والعطف والفصل بين الأجزاء الرئيسية للجملة، لكن ما هي الأسباب التي تؤدي إلى حدوث هذه الظاهرة، وتجعل الجملة القانونية تبدو معقدة في أغلب استعمالاتها؟

يمكن تلخيص الأسباب التي تكمن وراء ذلك إلى:

1. صعوبة المشكلات التي يتعامل معها التشريع أيا كان نوعه، وعلى حد قول "دريدر": "إن الحاجة إلى سن القوانين تنشأ أحياناً للتعامل مع مواقف صعبة جداً ومن الواضح أنه ما من أحد يمكنه أن يفهم القانون التشريعي ما لم يفهم هذه المواقف".

2. اختلاف جمهور اللغة القانونية :

يصاغ التشريع بخلاف أنواعه، لعلاج مشكلة قائمة أو لتجنب حدوث مشاكل محتملة. وقد تطرح فكرة التشريع من الفئة المهمة بموضوعه أو الحكومة أو البرلمان، وعند اقراره يحال الأمر إلى المختصين بالصياغة القانونية ثم يعرض على الأحزاب والمنظمات المدنية لشرح مضامونه.

3. التقليد المتواتر في الصياغة القانونية :

توارث صائغو اللغة القانونية على مر العصور عادات وموروثات معينة في صياغة الدساتير أصبحت تمثل لهم طوقاً يصعب الخروج منه، من بينها، عادة الحرص أن تكون الجملة مكتفية ذاتياً، ومن هنا يحرص أغلب ——— لم نقل كل الصائغين ——— على أن تتضمن الجملة القانونية كل ما يتصل بها، من هنا نشأت عادة تقيد وحشو معاني أجزاء الجملة بكل التفاصيل التي تتعلق بها.

4. سوء الصياغة :

تنشأ أحياناً، التركيبة المعقدة للجملة القانونية بسبب سوء الصياغة، وتمثل نص المادة التالية، نموذجاً للجملة القانونية المعقدة :

المادة 42 من دستور 1996: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة."

وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي.....

ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة.

يحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعة للمصالح أو الجهات الأجنبية.
لا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتهما أو شكلهما.
يحدد التزامات وواجبات أخرى بوجوب قانون".

هذه المادة جاءت بالكثير من التقييد في المعنى للفاعل القانوني (الحزب السياسي)، وكان بالإمكان التغلب على سوء الصياغة ببساطة من خلال اللجوء إلى التبني لتصبح المادة كما يلي:
"حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون.

لا يكن التذرع بهذا الحق للمساس بـ:

- 1 الحريات الأساسية.
- 2 القيم والتكوينات الأساسية للهوية الوطنية.
- 3 الوحدة الوطنية.
- 4 أمن التراب الوطني.
- 5 سلامة واستقلال البلاد.
- 6 سيادة الشعب.
- 7 الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة.

وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور يحظر على الأحزاب السياسية ما يلي:

1. تأسيس الحزب السياسي على أساس ديني، لغوي، عرقي، جنسي، مهني، جهوي.
 2. اللجوء إلى الدعاية الخذلية التي تقوم على العناصر السابقة.
 3. كل شكل من أشكال التبعة للمصالح أو الجهات الأجنبية.
 4. استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتهما أو شكلهما.
- تحدد التزامات وواجبات أخرى بوجوب قانون".

والملاحظ، أن المادة أصبحت الآن أكثر وضوحا وأقل إجهاداً لذهن القارئ وكل ما حدث أن المادة قد نظمت بشكل جيد دون إجراء أي حذف أو إضافة كبيرة عليها.

أما عن الأساليب المستخدمة في بناء الجملة القانونية، الربط والإسناد، فال الأولى يقصد بها ربط أجزاء الجملة باستخدام أدوات الربط وهي حرف العطف "و" وحرف "أو" وعبارة "ولكن". أما الثانية (الإسناد) فيقصد به استخدام جملة تابعة لإضافة معلومات إلى جملة أخرى داخل الجملة الرئيسية.

ويغدو الصياغ القانوني إلى الاستخدام المفرط لهذه الأساليب داخل الجملة نفسها، كما يفعل ذلك بشكل متكرر ويتم استخدامها في كل الحالات، ويمثل هذا الاستخدام وجهاً للغرابة.

أما الأسلوب الثاني الذي ينبغي أن تتسم به الجملة القانونية، أسلوب التوازي والتراكيب المتوازنة، والكلمات التكرارية التركيبية.

والمقصود بالتوازي: "استخدام تركيبة مماثلة لتركيبة سابقة في الجملة. بمعنى تكرار كلمات شبيهة بنفس الترتيب الذي وردت فيه من قبل في الجملة"، أما التراكيب المتوازنة فيقصد بها: "استخداممجموعات من الكلمات متساوية في العدد أو لها نفس الطول تقريباً"، كذلك فالمقصود بالكلمات التكرارية التركيبية، تكرار أول كلمة في التركيبة المكررة في قالب متوازي أو متوازن.

ويلجأ الصائغون القانونيون مراراً و تكراراً إلى استخدام الأساليب السابقة لتوضيح المعنى في الجملة القانونية، خاصة عندما تحتوي الجملة على تفاصيل كثيرة و بدون استخدام هذه الأساليب تصبح الجملة صعبة الفهم.⁽¹⁰⁾.

وي يكن حصر أصول حسن صياغة القواعد القانونية من خلال ما يلي :

- 1 - تخصيص جملة لكل فكرة ولا تخصص أكثر من فكرة للجملة الواحدة.
- 2 - استخدام الجمل القصيرة ومتوسطة الطول، حيث يعتبر أفضل متوسط لعدد الكلمات في الجملة التي تتناول موضوعات معقدة أو فنية، 20 كلمة في الجملة، ورغم أن تنوع طول الجملة مطلوب لتفادي الإحساس بالرتابة والممل.
- 3 - استخدام التوازي والتوازن والكلمات التكرارية التركيبية.
- 4 - البدء بالفعل.
- 5 - وضع الكلمات التي تتصل بعضها البعض متجاوحة بقدر الإمكان.
- 6 - استخدام المبني للمعلوم.

والملاحظ في الوثيقة الدستورية لعام 1996 وتحديداً نص المادة 88 من الدستور، التي تتكلم حول حالة الشغور، فالمؤسس الدستوري حاول ضبط هذه المادة التي تشمل حوالي صفحة ونصف من الدستور، وهذا خلافاً لقواعد الصياغة القانونية المذكورة أعلاه. هذه المادة للأسف من حيث المضمون الذي اعتمدت عليه تتضمن تناقضات كثيرة، منها حالة المرض المزمن الذي يشمل رئيس الجمهورية فهنا لدينا مرض مزمن وقد يكون هذا المرض لا يحول دون ممارسة المهام ولدينا أيضاً مرض مزمن يمكن أن يحول دون ممارسة مهام رئيس الجمهورية.

مهما يكن من أمر المسألة التي طلبت أنه ينبغي على المجلس الدستوري أن يتثبت من الأمر بالإجماع، فكيف نعلق أمراً تكفي لإثباته شهادة طبية ووثائق رسمية تقول أن شخص رئيس الجمهورية يستحيل عليه ممارسة مهامه بإجماع المجلس الدستوري، ونعلقها أيضاً بموافقة 3/2 أعضاء البرلمان، فالشهادة الطبية كافية وحدتها دون أن نعلق الأمر لا بإجماع المجلس الدستوري ولا بالنسبة بأعضاء البرلمان.

ثم في اشتراط المدة الزمنية، فنص المادة 88 أعلاه تميز بين أمرين، الشغور المترتب عن المرض المزمن والذي علقه الدستور بـ45 يوماً بين الاستقالة المرتبطة بـ60 يوماً، فما هو المعيار بين 45 يوماً و 60 يوماً؟ الجواب لا شيء، لماذا المرض المزمن 45 يوماً، والاستقالة 60 يوماً؟ لابد أن تكون هناك مبررات موضوعية لحل هذا الإشكال وليس هناك أي مبرر يمكن أن نستمد منه من نص المادة.

ثم إن نص المادة 88 في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية، ثم الشغور المرتبط بالشغور، والشغور المرتبط بشغور الشغور، فدخلنا في فرضيات لا علاقة لها وكان بالإمكان حل هذه المسألة عن طريق إحدى الوسائلتين:

- 1 تعين نائب الرئيس.
- 2 في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية يتولى رئيس مجلس الأمة المنصب، وفي حالة شغور منصب رئيس مجلس الأمة يتولى رئيس المجلس الدستوري المنصب.⁽¹¹⁾

الهوامش:

- ¹ الفاعل في هذه المادة هم الأحزاب السياسية.
- ² أنظر المواد 8، 11، 12، 15، 17، 25، 30 من دستور 1996.
- ³ على سبيل المثال الضمير هو ليشير إلى المواطن أو المواطنة.
- ⁴ أنظر المواد 10، 13، 20، 21 من دستور 1996 والمواد 49، 50، 51 من دستور 1976.
- ⁵ محمود محمد علي صبرة: "أصول الصياغة القانونية"، دار الكتب القانونية، الحلقة الكبرى، مصر 2002، ص 112-19.
- ⁶ صيغة: "يفعل فلان".
- ⁷ في هذه المادة نجد صيغة "يجب على فلان أن يفعل" وصيغة "يفعل فلان".
- ⁸ نشير إلى أن هذه المادة عدلت بالقانون رقم 19-08 الموافق لـ 15 نوفمبر 2008 و المتضمن التعديل الدستوري.
- ⁹ محمود محمد علي صبرة، مرجع سابق، ص 230.
- ¹⁰ نفس المرجع، ص 279.
- ¹¹ بوغزة محمد الناصر: "الصياغة القانونية والتعديل الدستوري"، مجموعة أبحاث الملتقى الدولي حول التعديلات الدستورية في البلدان العربية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، أيام 5-6-7 ماي 2008.

المعاملات الإسلامية : المراقبة علميا وعمليا



إعداد : سالم فال بن ابجيدة باحث من موريتانيا بمركز تكوين الدكتوراه

جامعة محمد الأول بوجده كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

مراجعة وتصوير د. سيدى محمد ولد محمد الشيخ / د محمد المختار ولد البشير

مقدمة :

يعود أول ظهور لنشأة العمليات المصرفية الإسلامية إلى عام 1940 عندما أنشأت في ماليزيا صناديق للايدخار تعمل بدون فائدة ، وفي عام 1950 بدأ التفكير المنهجي المنظم يظهر في باكستان بوضع تقنيات تمويلية تراعي التعاليم الإسلامية¹، حيث تأسست في نهاية الخمسينات من القرن الماضي مؤسسة تستقبل الودائع لتقديمها إلى الفقراء من المزارعين، دون أن يتضمن المودعون أي عائد من ودائهم، كما لم تتضمن هذه المؤسسة أي عوائد على الأموال التي تفرضها، إلا أن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح لعدة أمور فنية، ولعدم الإقبال على إيداع الأموال فيها، وبالتالي أغلقت تلك المؤسسة في بداية السبعينات من القرن الماضي²، وبانتهاء هذه التجربة تلتتها تجربة أخرى في الأرياف المصرية، فتأسس بالدقهلية عام 1963 م أول صندوق ادخار محلي للعمل بأسس تتفق مع الشريعة الإسلامية ، حيث تم إنشاء وحدات مصرفية في كل قرية أو حي لتجمیع مدخرات الناس تحت إشراف المؤسسة العامة للايدخار وتوظيفها في خدمة احتياجاتهم في منطقتهم، ثم توقف العمل بهذه التجربة³، وجاءت المحاولة الثالثة حين قررت جامعة أم درمان تدريس مادة الاقتصاد الإسلامي في عام 1966 م بمشاركة مجموعة من العلماء، فخرج هؤلاء العلماء من خلال التدريس بشروع بنك بلا فوائد لإنشائه في أم درمان، وقدم المشروع إلى البنك المركزي السوداني لدراسته وتنفيذها، لكن حالت الظروف دون تنفيذه، وكانت المحاولة الرابعة بإنشاء بنك ناصر الاجتماعي عام 1971 م للقيام بقبول الودائع واستثمارها.

وقد شهدت فكرة إنشاء المصارف الإسلامية نقلة نوعية من تجارب متفرقة إلى حقيقة واقعية بعد انعقاد المؤتمر الثاني لوزراء مالية الدول الإسلامية بمكة في آب عام 1974 ، حيث تم صدور قراره التاريخي بالموافقة على اتفاقية إنشاء البنك الإسلامي للتنمية، ثم جاء التصريح، بتأسيس بنك دبي الإسلامي عام 1975، ثم بنكى فيصل السوداني والمصري

¹ دعائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2000 ، ص 220

² - سالم فال ابجيدة، الاعتماد المستندي دراسة قانونية مقارنة لتنظيمه في التشريع والعرف، جامعة انواكشوط الحرة 2011، ص 4

³ - د عبد السميع المصري ، نظرية الإسلام الاقتصادية ، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة ، 1972 ، ص 209

عام 1977¹، إضافة إلى إنشاء بعض من البنوك التقليدية لعدد من الفروع يقتصر نشاطها على التعامل وفق الأحكام الشرعية²، أو حتى نوافذ ضمن المقرات الرئيسية للبنوك التقليدية أو فروع معينة لها تقوم بمعاملات مالية إسلامية فقط³، مما أدى إلى إعادة النظر في الآليات المصرفية القائمة ومحاولة موائمتها مع الشريعة الإسلامية وذلك بتأصيل المعاملات المصرفية وقياسها على معاملات كانت قائمة ومعروفة في الفقه الإسلامي كالمشاركة والمضاربة المراجحة⁴ وقد لاقت هذه الأخيرة قبولاً واسعاً وحققت نسباً عالية في المعاملات المصرفية الأمر الذي جعلها تكاد تكون الجل الوحيد لنشاط هذه المصارف، ونظراً للمكانة التي احتلتها المراجحة في التعاملات المصرفية، والتحولات الكبيرة التي شهدتها القطاع المصرفي الوطني في السنوات الأخيرة؛ بالترخيص لمجموعة من المصارف الإسلامية، وعرض البنك التقليدية لمعاملات الإسلامية ضمن خدماتها الاعتيادية وما يثيره ذلك من إشكالات قانونية وفقهية؛ ستكون محور هذه الدراسة التي ارتأيت أن تكون مخصصة للمراجعة المصرفية من حيث المفهوم، الضوابط، التطبيقات، آلية الرقابة عليها، وذلك ضمن خطة ت merges بين النهج الوصفي والتاريخي بغية دراسة الجوانب المختلفة لها، لعلها تكون لبنة تسهم في تطوير البحث العلمي وتستثير غيري من الباحثين لاستكمالها بشكل أعمق.

أولاً: ماهية المراجحة :

يعتبر تحديد طبيعة المراجحة من المسائل التي شغلت الكثير من الفقهاء أو حتى المختصين في مجال العمل المصرفي من قانونيين وصيارة وذلك لما لهذه المعاملة من دور بارز خاصة في مجال التجارة الخارجية أو حتى الأنشطة الاقتصادية والتجارية الداخلية المتعددة وذلك لمرانتها وإمكانية تطبيقها على مسائل وحالات مختلفة وذلك بالرغم مما يثيره واقعها العملي من إشكالات فقهية جديدة وغموض قانوني كبير.

1: مفهوم المراجحة :

لقد حظى مفهوم المراجحة باهتمام كبير من لدن الفقهاء الأقدمين فقلما تجد من يتحدث منهم عن البيوع إلا ويقوم بوضع تعريف لهذه العملية وينظم لها الأمثلة والضوابط حتى يستجليها ويبعدها عن الحرمة وذلك للتشابه الذي يلاحظ بينها و عدد غير قليل من البيوع الحرام والتي بدون تلك الأمثلة والصور التي يقدمها الفقهاء قد يعسر الإتيان بها على الوجه الصحيح المباح وهو نفس الاتجاه الذي سلكه الفقهاء المعاصرون.

أ: التعريف :

ورد في لسان العرب أن المراجحة من ربح ربح، ويقال هذا بيع مربع إذا كان يربح فيه⁵، قوله تعالى (فما رجحت تجارتكم)⁶ أي ما ربحوا في تجارتكم لأن التجارة لا تربح وإنما يربح فيها، وعرف ابن رشد بيع المراجحة بأنه: البيع الذي يذكر

¹- للاستزادة من نشأة العمليات المصرفية راجع: محمد شيخون، المصارف الإسلامية، دار وائل، ط1، عمان الأردن 2002، ص 347

²- كان أول فرع لمعاملات الإسلامية هو فرع المصرف المصري 1980 راجع الإطار : سمير مصطفى متولى ، فروع المعاملات الإسلامية مالها وما عليها ، مجلة البنك الإسلامية ، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مصر ، العدد (34) ، فبراير 1984 م ، ص 21 .

³- كان مصرف Citibank الأمريكي من أوائل المصارف التي أسست نوافذ متخصصة في التمويل الإسلامي عام 1980م، للاستزادة من تاريخ النوافذ الإسلامية في المصادر التقليدية راجع: د. سعيد بن سعد المرطان، تقويم المؤسسات التطبيقية للاقتصاد الإسلامي (النوافذ الإسلامية للمصارف التقليدية)، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، الصفحة 9

⁴- د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستدبة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى 1996 ص 101

⁵- ابن منظور ، لسان العرب ، مادة ربح، دار إحياء التراث - بيروت، الطبعة الأولى 1988 ، 103/5

⁶- سورة البقرة الآية

البائع للمشتري الثمن الذي اشتري به السلعة ويشرط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم¹، أما ابن جزي فقد عرفها بقوله: "فأما المراجحة فهي أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحاً إما على الجملة مثل أن يقول اشتريتها عشرة وترجحني ديناراً أو دينارين وإما على التفصيل وهو أن يقول ترجحني درهماً لكل دينار أو غير ذلك"² وعرفها الأحناف بأنها: نقل ما ملكه بالعقد الأول وبالثمن الأول مع زيادة ربح³، وعند الحنابلة بيع المراجحة هو: البيع برأس المال وربح معلوم⁴، ويشرط فيه علم البائع والمشتري برأس المال، فيقول رأس مالي فيه، أو هو علي بمائة بعلك بها وربح عشرة، وعند الشافعية فيقول أبو الحسن الماوردي: "وأما بيع المراجحة فصورته أن يقول أبيعك هذا الشوب مراجحة على أن الشراء مئة درهم وأربح في كل عشرة واحد"⁵ والمراجحة هي بيع السلعة بثمنها الذي قامت به مع ربح، وإن بيعت بدون بدون زيادة ولا نقص سمي ذلك البيع تولية وهو البيع بالثمن الأول، وإن بيعت بزيادة سمي البيع مراجحة، وإن بيعت بأقل من الثمن الأول سميت وضيعة أو حطيبة، وقد تعددت تعريفات بيع المراجحة عند الفقهاء، ويمكن أن نستنتج منها أن بيع المراجحة يدور حول مفهوم واحد: هو بيع بالثمن الأول وزيادة معلومة لطرف العقد كما جاء في كتب الفقه المختلفة.⁶

وقد عرف قانون البنك الإسلامي الأردني بيع المراجحة للأمر بالشراء بأنها: "قيام المصرف بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه المصرف كلياً أو جزئياً وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء"⁷

ب- الضوابط التي تحكم المراجحة:

إن الحاجة إلى بيع المراجحة ماسة، إذ يستفيد منه الخبير بالبيع مع الربح وغير الخبير الذي لا يحسن التجارة، فمتي توافرت في هذا العقد شروط الجواز الشرعية كان صحيحاً، ويستدل عامة الفقهاء على مشروعية بيع المراجحة من القرآن بالأيات الدالة بعمومها على مشروعية البيع مثل قوله تعالى: (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخطىه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا)⁸ وحمل الاستدلال في الآية قوله تعالى (وأحل الله البيع) وهذا من عموم القرآن، يعني أن الله أحل كل بيع إلا ما قام الدليل على فساده واستدل الفقهاء على مشروعية بيع المراجحة بعموم قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁹ والأية فيها نهي عن تعاطي الأسباب الخرمة في اكتساب الأموال، ومن السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث أبي سعيد الخدري أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: "إنما البيع عن تراض"¹⁰، وعن

¹- أبو الوليد محمد بن احمد المعروف بابن رشد الحفيظ، بداية المهدى ونهاية المقتصد ، طبعة دار الفكر ومكتبة الخانجي، 2/ 178.

²- ابن جزي، القوانين الفقهية، دار القلم - بيروت ص 17

³- برهان الدين المرغيناني، الهدایة: شرح بداية المبتدىء ، دار التراث العربي - بيروت، 6/ 122

⁴- ابن قدامة المقدسي الحنبلي: ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة سنة 1968، 4/ 136

⁵- أبي الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي معرض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى 1994، 5/ 279

⁶- الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار إحياء الكتب العربية بمصر جـ3، ص159، صالح عبد السميم الآبي الأزهري، جواهر الإكليل على شرح مختصر الشيخ خليل، ج 2 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص 55 – 56، الزر قاني، شرح الزر قاني على مختصر خليل، ج 3 ، ص 173

⁷ قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار من منشورات البنك، 1985، كما ورد عند: د. محمود إبراهيم مصطفى الخطيب، من صياغ الاستثمار الإسلامية المراجحة الداخلية في البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار واللاحظات عليها وكيفية تجنبها ضمن الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، ص 5

⁸- سورة البقرة الآية 275

⁹- سورة النساء الآية 29

¹⁰ رواه ابن ماجة وابن حبان والبيهقي وصححه الألباني أنظر : محمد ناصر الدين الألباني ،إرواء الغليل في تحرير أحاديث منار السبيل ، الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامي بيروت، 5/ 125

حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال البيع بالخيار ما لم يتفرق أو قال حتى يتفرقا فإن صدقا وبينما بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا محققت بركة بيعهما¹. وفي هذين الحديثين دلالة عامة على جواز البيع مادام عن تراضٍ بين عاقديه، والخوض على الصدق فيه خاصة أن بيع المراجحة من بيع الأمانات، وعن أبي المنھال أنه قال سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فقالا كنا تاجرين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصرف فقال إن كان يدا بيد فلا بأس وإن كان نساء فلا يصلح²

ومعنى الحديث أنه إذا اختلفت الأجناس جاز فيها التفاضل إذا كانت يدا بيد، وإنما يدخلها الربا إذا كانت نسيئة، فقوله صلى الله عليه وسلم: "فلا بأس وإن كان نساء فلا يصلح" صريح في إباحة البيع عموماً وبيع المراجحة داخل فيه ما لم يتطرق إليه ربا، وأجاز هذا البيع جماهير العلماء من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب منهم سعيد ابن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي من الأحناف وابن المنذر، ورويت كراحته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار، وحملت هذه الكراهة على أنه إذا لم يبيّن الثمن وعلته فيما ذهب إليه هو الجهلة برأس المال، إذ العلم به من شروط بيع المراجحة، أما إذا ذكر البائع رأس المال وحصل بينه وبين المشتري اتفاق حول الربح فالبيع صحيح³ وهي عملية مباحة في المذهب المالكي وإن كانت خلاف الأولى⁴; والمراد بخلاف الأولى بيع المساومة، والفرق الأساسي بين بيع المراجحة وبيع المساومة هو اشتراط الإخبار برأس مال السلعة في الأول دون الثاني وذلك واجب يقع على البائع و به يصير أميناً، و غالباً ما يعقد بعض الفقهاء موازنة بين أسلوب المساومة والمراجحة وأغلب هؤلاء يفضلون بيع المساومة على بيع المراجحة، مع جواز البيع عندهم، وسبب التفضيل في تقديرهم هو أن المراجحة بيع مؤسس على رأس مال السلعة المباعة بمعنى تكلفتها، وهذا يحتاج لبيان كثير من الأشياء التي قد لا يتيسر دائماً للبائع ضبطها لسبب أو لآخر، وبما أنه مؤمن لأداء هذا الواجب فقد يخل بحقوق هذه الأمانة في أيام، في حين أن بيع المساومة يخلو من هذا الالتزام، مما جعل ابن رشد يقول: "البيع على المكايضة و المماكسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم"⁵ لأن بيع المراجحة بيع أمانة فيجب أن تنفي عنه كل تهمة وخيانة، ويتحرج فيه من من كل كذب، وفي المدونة: "قلت لعبد الرحمن بن القاسم أرأيت المراجحة للعشرة أحد عشر، وللعشرة اثنا عشر، وللعشرة اثنا عشر وما سمى من هذا وللعشرة خمسة عشر وللعشرة تسعة عشر وللدرهم درهم وأكثر من ذلك أو أقل جائز في قول مالك؟" قال: نعم⁶، واعتبر الشوكاني أن المراجحة بيع أذن الله سبحانه به بقوله: (تجارة عن تراض)، ويقوله: وبقوله: (أحل الله البيع وحرم الربا) وهذا يشمل كل بيع كائناً ما كان إذا لم يصحبه مانع شرعي أو يفقد فيه التراضي⁷ التراضي⁷، ولقد أجبت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري عن حكم بيع المراجحة للأمر بالشراء⁸ بلزوم شراء الواعد من المصرف إذا اشتري السلعة بناء على وعده⁹، وهو نفس الرأي الذي انتهى إليه مؤتمر المصرف

¹ الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر ، نسخة للشاملة ، المجلد الأول، كتاب البيوع، رقم الحديث 1955

² صحيح البخاري، المجلد الأول، كتاب البيوع، مرجع سابق، رقم الحديث 1976

³ ابن قدامه – المفتى – مكتبة الجمهورية – جـ 4 ص 199 وما بعدها.

⁴ لاحظ نص الشيخ خليل: " (فصل) وجاز مراجحة والأحب خلافه "

⁵ صالح عبد السميع الآبى الأزهري، جواهر الإكيليل على شرح الشيخ خليل، الجزء الثاني، دار الفكر ، ص 56

⁶ الإمام سحنون بن سعيد التوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الاصبحي، دار الكتب العلمية بيروت الصفحة 239 – 240

⁷ - محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى، السبيل الجرار المتذوق على حدائق الأزهر، دار الكتب العلمية، ج 2

⁸ كان د.سامي حمود أول من استخدم هذا المصطلح للمراجعة من خلال: ، تطوير الأعمال المصرافية بما يتنقق مع الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1976/06 بتوجيه من أستاذة الشيخ محمد فرج السنهوري

كما يذكر ذلك في بحثه: بيع المراجحة للأمر بالشراء مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 5 ج 2 ، ص 1092

⁹ - محضر اجتماع الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري المنعقد بتاريخ 29/3/1988م.

الإسلامي الأول في دبي المنعقد في مايو 1979، حيث أوصى بأن هذا التعامل "يتضمن وعداً من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها، ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقاً للشروط، وقد أوصى مؤتمر المصرف الإسلامي المنعقد بالكويت في مارس 1983 كذلك بأن "المواعة على بيع المراجحة للأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشترى حيازتها، ثم يبيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور هو أمر جائز شرعاً طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الملاك قبل التسليم وتبعه الرد فيما يستوجب الرد بغير خفي وإن الأخذ بالإلزام هو الأحوط لصلاحة التعامل واستقرار المعاملات وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل¹.

وقد اشترط الفقهاء شروطاً محددة لضمان تنفيذ المراجحة بالصيغة المباحة شرعاً وأهمها: أن يكون الثمن الأول معلوماً لطرف العقد وكذلك ما يحمل عليه من تكاليف، وأن يكون الربع محدداً مقداراً أو نسبة من الثمن الأول، وأن يكون العقد الأول صحيحاً.²

2 - صور وتطبيقات المراجحة المصرفية :

لقد عرف الفقه الإسلامي صورتين للمراجحة هما: الصورة العامة³ وصورة بيع المراجحة للأمر بالشراء⁴، وبالنظر في التطبيق المعاصر نجد أن الصورة الأولى والتي سبق عرضها نادرة الحدوث، وبما أن السلع متعددة ولا يعقل أن يتخصص البنك الإسلامي في سلعة معينة، وإلا لكان بذلك يضيق من دائرة نشاطه، كما لا يمكن اقتصادياً شراء جميع السلع وعرضها انتظاراً لطلبها لما يصاحب ذلك من تكاليف ومجهودات كبيرة لدراسة الأسواق، ولوجود مخاطر كبيرة تتمثل في عدم القدرة على تصريف البضاعة وتعطيل جزء من أمواله في المخزون السلعي، لذلك فإن صورة بيع المراجحة للأمر بالشراء هي التي تلقى قبولاً في التطبيق العملي، وهذه الصورة تقوم بالطبع على الفكرة الأصلية للصورة العامة حيث يقوم المصرف ببيع ما اشتراه مراجحة وإن كان يسبق ذلك طلباً من المشتري بشرائها مما يضمن معه البنك صرف السلع التي يشتريها، وبالنظر للإطار التطبيقي لهذه الصورة كما تحدث في البنوك الإسلامية نجد أنها تطبق بعدها أساليب حسب ما إذا كانت العملية داخلية أو خارجية أو من خلال توكيل المصرف لطالب المراجحة إما بالشراء للسلعة فقط أو بشرائها وبيعها لنفسه، ويتم ذلك من خلال أساليب متعددة: - أولاً: - عندما يتقدم العميل للبنك بطلب شراء سلعة معينة يحدد أوصافها ويقوم المصرف بالحصول عليها من أي مصدر ثم يبيعها مراجحة لطالبها، أو يتقدم العميل للمصرف بطلب شراء سلعة معينة يحدد أوصافها ومصدر توريدتها وكل البيانات المتعلقة بها ويقوم المصرف بشرائها بعينها من نفس المصدر وبيعها مراجحة لطالبها، وهذا الأسلوبان يطبقان في البنوك الإسلامية وهما جائزان شرعاً سواء حدد العميل سلعة بعينها أو حدد

¹ - الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي، بيع المراجحة للأمر بالشراء كما تراه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة 1987، ص 10 وما بعدها.

² - للاستزادة من تحديد الشروط التي وضعها الفقهاء لضمان صحة بيع المراجحة راجع: ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتضى - دار الكتب العربية - ج 2 ص 273 وما بعدها، ابن قدامة المغنى مرجع سابق ج 4 ص 198 وما بعدها ، الشرييني الخطيب - مغني المحتاج - مطبعة مصطفى الحلبي ج 2 ص 76 وما بعدها.

³ - وهي العملية الأصلية للمراجحة فكما أرأينا سابقاً: أن يشتري شخص ما سلعة بشمن ثم يبيعها لآخر بالثمن الأول وزيادة ربح، فهو هنا يشتري لنفسه بدون طلب مسبق ثم يعرضها للبيع مراجحة

⁴ - لقد أثارت هذه المعاملة جدلاً فقهياً كبيراً بين مجاز لها ومانع وبالرغم من أن الدراسة ركزت على الرأي المجاز لها والضوابط التي وضعها إلا أن ذلك لا يمنع من تبيان أن هناك فقهاء كثر من أئمة المذاهب وغيرهم من الأئمين والمعاصرين ذهبوا إلى تحرير بيع المراجحة للأمر بالشراء إذا كان التزامه لا فكاك له منه، وللإطلاع على تلك الآراء

مراجعة: د. محمد سليمان الأشقر، بيع المراجحة المصارف الإسلامية، دار النفاس، الطبعة الثانية ، عمان الأردن ، ١٤١٥

د. بكير بن عبد الله أبو زيد، المراجحة للأمر بالشراء بيع المراجحة، مجلة مجتمع الفقه الإسلامي، عدد ٥ ج ٢ ص ٩٦٥

د. رفيق المصري، بيع المراجحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مجلة مجتمع الفقه الإسلامي، عدد ٥ ج ٢ ص ١١٢٧

بيع المراجحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، مجلة الأمة القطرية، العدد ٦١، سبتمبر ١٩٨٥

أوصافها¹، و في حالة السلع المستوردة فعندما يكون المصرف في دولة تحكمها قوانين وقرارات استيراد تحدد لكل مستورد في الدولة حصة معينة للاستيراد وتصدر له رخصة بذلك فيتقدم المستورد بطلب إلى البنك ليقوم باستيراد السلعة وبيعها مراجحة، وبما أن رخصة الاستيراد تكون باسم المستورد فهي بيع المراجحة لابد أن تكون السلعة في ملك البنك أولاً حتى يكبه بيعها مراجحة، فإنه في هذه الحالة يتم تطبيق بيع المراجحة إما: - أن يقوم العميل المشتري بالتنازل عن رخصة الاستيراد للبنك حتى يمكنه شراء السلعة باسمه ثم بيعها مراجحة له وهذا ما يتم على سبيل المثال في البنوك الإسلامية العاملة بالسودان، أو أن تستخدم الموافقات أو الرخص الاستيرادية للعملاء لإتمام عملية الاستيراد وترتدى سندات الشحن باسم المصرف ويتم تظهيرها ناقلاً للملكية باسم العميل ويتم إبرام عقد البيع مراجحة معه وبذلك تدخل البضاعة إلى الدولة باسم المستورد، وهذا ما يحدث في البنوك التي تمنع قوانين الدول العاملة فيها الاستيراد على غير مواطنها، كما هو الحال في مصر.

أما طريقة توكيل المصرف لطالب المراجحة ليتولى تداول السلعة فيتم: إما بتوكيله بالشراء فقط أو بالبيع مع الشراء وذلك من خلال: - تولى البنك اختيار البائعين وتحديد سقف معاملاتهم معه في حدود مبلغ معين على أن يتقدم المشتري بطلب شراء للبنك، فيطلب من البائع عرض أسعاره للتحقق من مطابقتها للشروط ثم يشتري البنك البضاعة من البائع بموجب فاتورة صادرة باسمه ويتولى البائع بطريق الوكالة تنظيم عقود البيع مراجحة واستلام الدفعية الأولى وتنظيم الكمبليات وكفالتها، ثم يقدم البائع مستندات العملية للبنك الذي يدفع له قيمتها، وقد أفتت الهيئة الشرعية للبنك الأردني الإسلامي بجواز هذه العملية²، أما أسلوب توكيل المشتري بالشراء ثم البيع لنفسه فهي: أن يطلب شخص من البنك شراء سلعة معينة لبيعها له مراجحة فيتفق معه البنك على توكيله في عملية الشراء ثم توكيله ثانية في بيعها لنفسه مراجحة³، وتتبين عدم صحة هذا الأسلوب سواء تم بتوكيل فعلي أو بدونه، وذلك أنه لا يجوز في عقود المعاوضات ومنها البيع أن يتولى شخص واحد العقد عن الجانبين ولذلك لم يجوز أن يكون الشخص الواحد وكيلًا عن الجانبين في البيع وأشباهه⁴، وبالتالي فإنه وإن صح توكيل المشتري مراجحة في إجراء الشراء الأول فلا يصح توكيله في البيع لنفسه مراجحة، كما أن في هذا الأسلوب شبهة التحايل لمعاملة ربوية حيث قد لا تكون هناك سلعة أصلًا وإنما تتم العملية يشكل صوري لحصول العميل على مبلغ الصفقة حالاً ورده آجالاً، بزيادة ذكر السلعة بينهما لتغطية العملية والله أعلم.

و قد صور الدكتور يوسف القرضاوي هذا البيع تصويراً مبسطاً في صورة واقعية عملية لشخص يريد معدات طبية عن طريق مصرف إسلامي⁵

ثانياً: آليات الرقابة على المصارف الإسلامية :

لا تختلف الرقابة التي تخضع لها المراجحة عن تلك التي تمارس على غيرها من المعاملات المصرفية فالمراجعة المصرفية وبالرغم من أهميتها الكبيرة فإنها تبقى عملية مصرفية تتم مراقبتها بنفس الطريقة التي تتم بها الرقابة على غيرها من المعاملات، وتنتمي الرقابة الشرعية على العمليات المصرفية من خلال نمطين من الرقابة يتمثل الأول منهما: - في رقابة

¹ راجع في هذا الإطار: الإمام الشافعي - الأم - الدار المصرية للتأليف والترجمة جـ 3 ص 33

² - البنك الإسلامي الأردني - الفتوى الشرعية جـ 1 1984م فتوى رقم 5، 14، 21.

³ ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي - المدينة المنورة ، ص 323 – 330 .

⁴ الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي 1976م، ص 406.

⁵ د يوسف القرضاوي - "بيع المراجحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية" مرجع سابق، ص 24-26

داخلية على المعاملات التي يجريها المصرف والنظر في مدى ملاءمتها مع الشريعة الإسلامية، وتتولى عادة هيئة شرعية¹ من داخل المصرف هذه الرقابة، وأخرى خارجية تمثل في الرقابة التي تقوم بها البنك المركزي أو مراجعى الحسابات أو عن طريق هيئة وطنية عليها تتولى متابعة و مراقبة الملاعنة الشرعية لجميع المعاملات الإسلامية وطنياً وبشكل يشمل جميع المصارف.

١ - الرقابة الشرعية الداخلية :

تم الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية من خلال وجود هيئة شرعية² داخلية تأسست لتواكب تجربة المصارف الإسلامية وتطويرها بهدف الملاعنة الشرعية بين العقود الحديثة في المعاملات المصرفية والأصول الفقهية التي استنبطها الفقهاء وتوافقوا عليها بحيث يكون نتاج هذه الملاعنة الشرعية استحداث تكيف شرعي للمعاملات المصرفية المعاصرة تحقيقاً لأهداف البنك الإسلامي في تسخير مزايا العلم المصرفى لتنمية وترقية الحياة الاقتصادية عبر المؤسسة المالية مع الاحتفاظ لها بنطاق تأصيلي ينأى بها عن المعاملات المصرفية بينة الحرمة كالربا، وقد أدى إنشاء التجربة في مراحلها الأولى إلى انصراف القائمين عليها والمستغلين بالقضايا الإسلامية إلى ثبيت نجاحها واقعياً وبحماس كبير باعتبارها تجربة في نطاق الشريعة الإسلامية في الحياة المعاصرة، ومن هنا وجدت دعماً معنوياً ومادياً يحسه كل من اتصل بها، أو تتبع تاريخها، وهذا الدعم يتعدى أولئك الذين تربطهم مصالحهم الوقتية بهذه المؤسسات (العاملين في مجال المصارف) إلى دعم معنوي من عامة الناس بداعي عقيدتهم ومحاسهم الديني، وإذا كان هذا الحماس مبرراً في مراحل البناء الأولى إلا أنه لم يعد ضرورياً وذلك بعد الانتشار الكبير الذي شهدته هذا القطاع وافتتاح العديد من الأطياف حتى غير الإسلامية عليه ورسوخه في التجربة إضافة إلى ضخامة حجم الأعمال التي يديرها وقوتها منافسته للمصارف التقليدية، فأصبح لزاماً تقييم هذه التجربة بشكل موضوعي من طرف المؤمنين بالفكرة والمخلصين لها والذين يعتقدون أن إعادة تقييمها المرة بعد المرة وتحديد أخطائها بشجاعة ونقد أوجه القصور فيها، وتحليل مكتسباتها من منظور علمي سيثيرها ويصحح مسارها، فالوظيفة التي تقوم بها هيئات الرقابة الشرعية للبنوك ذات دور محوري، وذلك لطبيعتها القانونية باعتبارها الجهة التشريعية الموكلا إليها وظيفة التأصيل الفقهى للمعاملات الإسلامية، وذلك في غياب قانون مصري إسلامي في العديد من الدول الإسلامية وبالطبع من ضمنها موريتانيا التي عرفت انتشاراً واسعاً لهذه الصيغة من المعاملات المصرفية في الآونة الأخيرة، رغم ما لهذه القوانين من أهمية في إلزامية البنوك بمارسات قائمة على تكيف شرعي أصيل وصياغة قانونية معاصرة، ورعاية للظروف والعرف في نطاق الشريعة، ويلاحظ هنا أن عقود تأسيس هذه البنوك أو نظامها الأساسي أو القوانين الخاصة التي تأسست بناءً عليها لا تغطي هذه الثغرة، ومن هنا انتقل الوعي التشريعي إلى هيئة الرقابة الشرعية، وتأكدت جسامتها مسؤوليتها.

فهل استطاعت هذه الهيئة الرقابية أن تقوم بهذا الدور على الوجه الأكمل؟

¹ - عرفت هيئة معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية هيئة الرقابة الشرعية في معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (١) بأنها "جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية الإسلامية، وله إمام بفقه المعاملات". لاحظ أ/ د محمد عبد الغفار الشريف، الرقابة الشرعية على المصارف والشركات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ، ص 4

² يختلف تشكيل هيئات الرقابة الشرعية من بلد إلى بلد ومن مصرف إلى آخر، وتتنوع الجهات التي تتولى تعيين أعضاء أو عضو الهيئة الشرعية ومدى الصلاحيات التي يتمتع بها وللاستزادة من معرفة تشكيل وصلاحيات هيئات الرقابة الشرعية ونشأتها التاريخية وتطورها الرجاء مراجعة: الأستاذ/ فيصل عبد العزيز فرج، الرقابة الشرعية

: الواقع والمثال، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ ، ص 6

يعتبر الغموض الذي يكتنف الطبيعة القانونية والرقابية للهيئات الشرعية في البنوك من أهم الصعاب التي تواجهها فهي لا ترافق إلا ما يعرض عليها من عقود أو معاملات، مما يعني أن إدارة البنك هي التي تحدد عملياً نطاق عملها، وفيما يتعلق برقابة الهيئة على المراجحة فإنه يتم وضع نماذج لها تعرض على هذه الهيئات فتجيزها¹، ومن ثم تصبح عقوداً نموذجية لا حاجة لعرضها مرة أخرى، وإنما هي عقود صالحة للتنفيذ، والواقع أن هذه النماذج لا تعني إنها موافقة للشرعية إلا شكلاً وقد يختلف أمر تنفيذها بعد ذلك، مما يثير السؤال بشكل موضوعي حول وظيفة الهيئة حينئذ؟ وما قيمة الفتوى التي تقدمها؟

إذا كان من المؤثر أنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له²، وأن الفتوى تحتاج إلى قوة في العلم وقوه في التنفيذ³ فإن الممارسة العملية تظهر أن تأثير فتوى الهيئة محدود إلى حد كبير فيما إذا قارنه بالقرارات الإدارية العادية النابعة من إدارة المصرف نفسه، مما يجعل دورها يتوقف على مدى التجاوب الإداري معها؛ بحيث ينقل هذه الفتوى إلى حيز القرار الإداري الملزم، وحتى لو تم هذا التجاوب فهذه قرينة تؤكد أن القرار الإداري هو المتحكم أولاً وأخيراً في نفاذ (الفتوى) أو الاجتهاد الشرعي للهيئة، مما يؤكّد أن قرارات الهيئة الشرعية لا تماثل في الحجية والإلزام مستويات الإدارة التنظيمية الأخرى (الخطيط، التنفيذ، الرقابة، التنسيق)، ولا تنسق مع هذه الآليات الإدارية ذات الفعالية التنظيمية المستقرة، وفي هذا المجال تواجه الهيئة الرقابية أزمة فعلية، لأن الوضع التنظيمي للهيئة مبهم وغير واضح ويتحدد بالفعالية الفردية لأعضاء الهيئة، وغيرتهم على تحقيق أهداف الهيئة، مما يؤكّد الدور الفعال لهيئات الرقابة الخارجية الأمر الذي يقتضي وجود هيئة شرعية وطنية تتمتع بالاستقلالية والفاعلية تمزج وتأخذ بكافة أساليب الرقابة التي تمارس على المصارف مهما كانت التسمية التي تتخذها.⁴

2 - الرقابة الخارجية :

تمارس الرقابة الخارجية على المصارف إما بواسطة البنك المركزي أو من خلال مفوضي الحسابات وتكون بشكل دوري ومنتظم لمتابعة مدى التزام هذه المصارف بالقوانين المعول بها من جانب، وحماية المدخرات والودائع خشية تعرضها للتحايل وسوء الاستغلال لما يسبب ذلك من أزمات كثيرة ما تعصف بالاقتصاديات الوطنية المهمة⁵، و تؤدي إلى زعزعة الثقة والأمان في النظومة المصرفية باعتبارها الرافد الاقتصادي الأهم، ونظراً للاهتمام المتزايد التي شهدته المعاملات المالية الإسلامية في السنوات الأخيرة، وزيادة الإقبال عليها بشكل كبير، وارتباطها معنوياً لدى الكثير من المتعاملين بها بالنظام المالي الإسلامي لما يتميز به من مبادئ وخصائص جعلت النظام المالي الغربي يلجأ إلى الاستفادة منه في أحيان كثيرة، بحيث يوفر العديد من صيغه للراغبين بالتعامل به - دون الخوض في الدوافع من وراء ذلك الانتشار خاصة من طرف مصارف غير إسلامية وما إذا كان مرده الإيمان بتميز الصيغ التي تقدمها المصارف الإسلامية وشموليتها ومستوى التنمية والأرباح الذي توفرها، أم مجرد استغلال رغبات وأمناني الزبناء في ممارسة عمليات تجارية مباحة وبالتالي عدم التركيز كثيراً على جوهر العملية مadam الزبون يعتبر العملية أفضل الموجود ويكفي بذلك - الأمر الذي يؤكّد على أهمية إدراج الرقابة الشرعية ضمن الآليات الرقابية للبنوك المركزية وضرورة إعادة تأهيل مراجعى الحسابات ليستوعبوا بشكل صحيح الضوابط الشرعية لمراجعة حسابات المصارف التي تدرج المعاملات الإسلامية ضمن الخدمات التي تقدمها إذ ليس من

¹ لاحظ الملحق الأول الذي يمثل بنموذج أجازته الهيئة الشرعية العليا السودانية ، الصفحة 25، ونموذج آخر أعده بنك الخرطوم السوداني، ص 29

² أبو عبد الله محمدالمعروف بابن القيم، أعلام المؤقنين عن رب العالمين، من كتاب عمر في القضاء إلى أبي موسى الأشعري، ، دار الجليل بيروت 1973، 85/1

³ - أبي عبد الله محمدالمعروف بابن القيم، أعلام المؤقنين عن رب العالمين، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد، طبع دار الجليل، بيروت 1973 ، 204/4

⁴ - للتسع في دراسة دور هيئات الرقابة الشرعية يرجى مراجعة: أ. د. عبد الحميد محمود البعل، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية ، د. عطية السيد السيد فياض، الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، د. محمد أمين علي القطان، الرقابة الشرعية الفعالة في المصارف الإسلامية، أبحاث مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى 1425هـ.

⁵ - سيدني محمد ولد محمد الشيخ، مراجعة حسابات الشركة خفية الاسم، أطروحة ماستر، جامعة أنواكشوط الحرة، موريتانيا 2010، الصفحة 63

ال الطبيعي أن تختلف أنواع العمليات المصرفية وتتنوع طبيعتها القانونية والشرعية دون أن تتغير آلية مراجعتها، وفي ظل غياب مثل هذه الرقابة على مستوى البنك المركزي الموريتاني الذي يعتمد في رقابته معايير موحدة تتمثل في الاحتياطي النقدي الإلزامي، السيولة القانونية، السقوف الائتمانية، إعادة الخصم والمقرض الأخير وغيرها من السياسات النقدية التي يطبقها البنك المركزي الموريتاني والتي تؤثر سلباً على المصارف الإسلامية وتنعكس وبالتالي على نسب توزيع الأرباح على حسابات الاستثمار لديها والتي تتسم عادة بطول الأجل، ويتولى القانون المغربي رقم 020/2007 بتاريخ 13/03/2007¹ تحديد المعايير القانونية التي يتبعها البنك المركزي الموريتاني في الرقابة التي يقوم بها، وبالطبع تخلو رقابته من أي تمييز بين المصارف رغم ترخيصه مؤخراً لمجموعة كبيرة من البنوك الإسلامية دون أن يدخل أي تغيير على هذا القانون أو على هيأكله الرقابية بحيث تنسجم مع الطبيعة الخاصة للمعاملات الإسلامية على غرار العديد من الدول العربية والإسلامية، ولن نستطرد فيتناول تلك الرقابة التي يمارسها البنك المركزي سواء من خلال الإدارة العامة للرقابة والتفتیش أو من خلال مراجع الحسابات، وفي ظل ما يلاحظ من نواقص قانونية في هذا المجال فإننا نعتقد أن إحداث هيئة وطنية علياً للرقابة الشرعية على غرار النموذج السوداني قد يسهم إلى حد كبير في سد تلك الثغرات لما يتميز به هذا النموذج في رأينا من ضوابط شرعية فعلية؛ حيث أنشأ هيئة عليا للرقابة الشرعية يتم تعينها بقرار من رئيس الجمهورية بالتشاور مع الوزير و تكون من عدد لا يقل عن سبعة أشخاص ولا يزيد عن أحد عشر شخصاً من علماء الشريعة وخبراء الاقتصاد والصيغة والقانون على أن تكون غالبيتهم من علماء الشريعة ويحدد القرار رئيس الهيئة ونائبه والأمين العام وتكون عضويتها لخمس سنوات قابلة للتجديد، وتكون الفتوى الشرعية التي تصدرها في أي نزاع سواء تعلق بالسائل الفقهية أو بالنشاط المغربي ملزمة للبنك والمصارف والمؤسسات المالية وواجبة التنفيذ مالم يطعن فيها الغير أمام القضاء.²

خاتمة ووصيات :

رغم الانتشار الواسع الذي شهدته المعاملات المالية الإسلامية في السنوات الأخيرة وما حظيت به المراحة المصرفية بالذات من اهتمام خاص جعل بعض الإحصاءات تذكر أن التمويل بها وصل في بعض البنوك إلى حوالي 90% من مجمل عملياته المصرفية، وكإحصائية عامة عن حجمها في البنوك تدور ما بين 40% إلى 75% فإنه وبعيداً عن الجدل القديم الحديث المنافق بشأنها وما إذا كانت عملية مباحة أم مجرد واجهة لتنفيذ عديد من الصيغ الربوية وبأرباح أكبر مما توفره تلك العمليات الأصلية في المصارف التقليدية، فإنه ينبغي على الجميع من متخصصين في المجال المغربي قانونيين أو اقتصاديين وفقهاء وكذا المهتمين بالنشاط الاقتصادي الإسلامي في موريتانيا إعطاء أهمية أكبر لهذه الصيغة ومحاولة استجلاء واقعها العملي بشكل دقيق ومعرفة مقدار وحجم العمليات التي تتم بها وتصنيفها إلى فئات محددة حتى يمكن إصدار الحكم الشرعي عليها بشكل دقيق وبعيداً عن التخمين والتقدير، وذلك لأنها أصبحت بمفردها حسبما يؤكّد عديد الباحثين والمتخصصين مركز الثقل والحاذب الرئيسي للاستثمارات في مجال المعاملات الإسلامية، فائي محاولة للرفع من مصداقية تنفيذها فوق حقيقته أو اعتبار تطبيقها وبشكل مطلق مخالفًا للضوابط التي تبيّنها، من شأنه أن يعرض تجربة المعاملات الإسلامية برمتها للخطر خاصة وأن الكثرين تنتابهم شكوك في شعارات تطبيق الشريعة الإسلامية خاصة في المجال المالي والأسس التي تبني عليها ومدى التزام رافعاتها بها، وهو أمر وإن كان التركيز عليه كثيراً وتهويلاً من شأنه نسف التجربة في مهدها إلا أن ذلك ينبغي ألا يعني إطلاقاً من مراقبة العمل المغربي الإسلامي ومتتابعة أنشطته والنظر في مدى ملاءمتها للشريعة الإسلامية وهو ما يستدعي وعلى وجه السرعة القيام بمسائل من أهمها:

¹- راجع المادة 47 وما بعدها من القانون المغربي الموريتاني 020/2007.

²- راجع قانون تنظيم العمل المغربي 2004 السوداني.

- سن قانون ينظم العمل المصرفي الإسلامي بموريتانيا.
- إيجاد هيئة وطنية عليا من كبار الفقهاء والصيادلة والقانونيين المتخصصين لتتولى تحديد الصيغ الإسلامية المسموحة بمارستها والإشراف على تنفيذها ومعاقبة غير الملائم بذلك بشكل حاسم.
- إلزام المصارف والفروع الإسلامية بتشكيل هيئات داخلية للرقابة على شرعية المعاملات التي تجريها تتمتع بالصلاحيات الفاعلية.
- إنشاء إدارة لدى البنك المركزي متخصصة في المعاملات الإسلامية تتولى المتابعة اليومية الدقيقة لجميع العمليات التي تقوم بها المصارف والفروع الإسلامية والنظر في مدى التزامها بالضوابط والصيغ التي تحدها الهيئة الوطنية العليا للرقابة الشرعية.
- تكوين وتدريب مفوضي الحسابات الوطنيين على محاسبة وتدقيق الأعمال المصرفية الإسلامية حتى تتجاوز مراقبتهم للمصارف مجرد الأرقام إلى ما وراءها.
- إلزام المصارف الإسلامية على تكوين طواقمها على المعاملات الإسلامية وبث روح التعامل الإسلامي وأهدافه التنموية والتكافلية لدى هؤلاء العاملين حتى ينفذوا السياسات والأهداف المحددة بروح إسلامية وبعيداً عن عقلية التحايل والخبط.

المراجع:

كتب :

القرآن الكريم: سورتا البقرة والنساء
الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسحاق البخاري، الجامع الصحيح المختصر ، نسخة الشاملة ، المجلد الأول، كتاب
البيوع،
الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الاصبغي،
دار الكتب العلمية بيروت
الإمام الشافعي - الأم - الدار المصرية للتأليف والترجمة ج 3
نص مختصر الشيخ خليل بن إسحاق
محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى، السيل الجرار المتدق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، ج 2
برهان الدين المرغيناني، المهدية: شرح بداية المبتدى، ج 6، دار التراث العربي - بيروت،
الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار إحياء الكتب العربية بمصر ج 3

صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل على شرح مختصر الشيخ خليل، ج 2 ، دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع

الزر قاني، شرح الزر قاني على مختصر خليل، ج 3

ابن قدامة - المفتى - مكتبة الجمهورية - ج 4

د سعيد بن سعد المرطان، تقويم المؤسسات التطبيقية للاقتصاد الإسلامي (النواخذة الإسلامية للمصارف التقليدية)، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة

ابن جزي، القوانين الفقهية، دار القلم - بيروت

ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتضى - دار الكتب العربية - ج 2 ابن الشربini الخطيب - مغني المحتاج - مطبعة مصطفى الحلبي ج 2.

أبو الوليد محمد بن احمد المعروف بابن رشد الحفيـد، بداية المـهـتدـونـ وـنـهـاـيـةـ المـقـتـضـىـ طـبـعـةـ دـارـ الفـكـرـ وـمـكـتـبـةـ الـخـانـجـيـ، جـ 2

محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، ج 2 مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي- القاهرة ، الطبعة الثانية 1966

ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة سنة 1968

د عبد السميم المصري ، نظرية الإسلام الاقتصادية، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة ، 1972

أبو عبد الله محمد المعروف بابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجليل بيروت 1973

الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي 1976 .م

سمير مصطفى متولى ، فروع المعاملات الإسلامية مالها وما عليها ، مجلة البنوك الإسلامية ، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مصر ، العدد (34) ، فبراير 1984 م

ابن منظور ، لسان العرب ، مادة ربح، ج 5، دار إحياء التراث - بيروت، الطبعة الأولى 1988

أ/ د يوسف القرضاوي، بيع المراجحة للأمر بالشراء كما تراه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة 1987.

أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي معرض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى 1994

د/ محى الدين إسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى 1996

د عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2000

محمد شيخون، المصارف الإسلامية، دار وائل، ط 1، عمان الأردن 2002

الرسائل :

د. سامي حمود ، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1976/06/

سيدي محمد ولد محمد الشيخ، مراجعة حسابات الشركة خفية الاسم، أطروحة ماستر، جامعة انواكشوط الحرة، موريتانيا 2010.

سالم فال بن ابجيدة، أطروحة ماستر بعنوان: الاعتماد المستند دراسة قانونية مقارنة لتنظيمه في التشريع والعرف، جامعة انواكشوط الحرة، 2011.

د سامي حمو، بيع المراححة للأمر بالشراء مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ٥ ج ٢
د بكر بن عبد الله أبو زيد، المراححة للأمر بالشراء بيع المواجهة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥ ج ٢
د رفيق المصري، بيع المراححة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥ ج ٢
د محمد سليمان الأشقر، بيع المراححة كما تجربه المصارف الإسلامية، دار النفائس، الطبعة الثانية ، عمان الأردن ، ١٤١٥

د رفيق المصري، بيع المراححة للأمر بالشراء كما تجربه المصارف الإسلامية، مجلة الأمة القطرية، العدد ٦١، سبتمبر ١٩٨٥

حضر اجتماع الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري المنعقد بتاريخ 29/3/1988م.
البنك الإسلامي الأردني - الفتوى الشرعية ج ١، فتوى رقم ٥، ١٤، ٢١، ٢١، ١٩٨٤م
ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي - المدينة المنورة .

أ. د. عبد الحميد محمود البعل، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ
أ/ محمد عبد الغفار الشريف، الرقابة الشرعية على المصارف والشركات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ

د. عطية السيد السيد فياض، الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ

د. محمد أمين علي القطبان، الرقابة الشرعية الفعالة في المصارف الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ
الأستاذ/ فيصل عبد العزيز فرح، الرقابة الشرعية : الواقع والمثال، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى ١٤٢٥هـ

المصادر :

القانون المصري الموريتاني 2007/020
قانون تنظيم العمل المالي 2004 السوداني
قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار

الملاحق :

نموذج 1: عقد بيع مراجحة للهيئة العليا للرقابة الشرعية السودانية على الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية
أبرم هذا العقد في : -

اليوم من شهر سنة 14 هـ

اليوم من شهر سنة 20 م

بين كل من : -

أولاًً : السادة / بنك فرع

ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالبنك بالطرف الأول

ثانياً : السيد / السادة

ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالطرف الثاني

بما أن البنك يمتلك وحيث إن الطرف الثاني طلب شراء البضاعة المذكورة أعلاه عن طريق بيع المراجحة فقد أبرما بينهما هذا العقد الذي

ينص على الآتي : -

/1 باع البنك للطرف الثاني

مبلغ

يمثل هذا المبلغ ثمن الشراء وقدره مبلغ

زائداً المصاروفات وقدرها مبلغ

زائداً الربح وقدره مبلغ

قبل الطرف الثاني شراء البضاعة المذكورة 2/

بالشمن المذكور.

/3 يقر الطرف الثاني بأنه قد عاين

ووجدها خالية من العيوب.

/4 يلتزم الطرف الثاني بدفع ثمن البيع المنصوص عليه في البند (1) من هذا العقد على النحو التالي : -

أ- يدفع (%) من ثمن البيع عند التوقيع على هذا العقد.

ب - والباقي على :

/1 قسط واحد مقداره

في يوم شهر سنة

2/أقساط كالآتي :-

القسط	المبلغ المستحق	التاريخ

تدفع الأقساط المذكورة أعلاه بموجب شيكات يحررها الطرف الثاني باسم البنك ويسلمها للبنك بعد توقيع هذا العقد مباشرة.

/5 على الطرف الثاني تقديم ضمان مصرفي / عقاري / شخصي ، مقبول للبنك يضمن قيام الطرف الثاني بسداد كل الأقساط المستحقة عليه للبنك في مواعيدها المحددة بموجب هذا العقد

/6 إذا فشل العميل في أي قسط من الأقساط تعتبر بقية الأقساط واجبة السداد ويحق للطرف الأول التصرف في الضمان.

/7 تؤمن البضاعة تأميناً شاملًا ضد كل الأخطار بواسطة الطرف الثاني لدى شركة تأمين مقبولة للبنك ولصلحته.

/8 إذا فشل أو امتنع الطرف الثاني عن تسلم البضاعة أو أي جزء منها بعد التوقيع على هذا العقد في مدة أقصاها يهله البنك مدة فإذا لم يتسلم

الطرف الثاني البضاعة في أثناء المدة يحق للبنك بيع البضاعة بسعر السوق وبالكيفية التي يراها لاستيفاء حقوقه بموجب هذا العقد كما يجوز له مطالبة الطرف الثاني بالتعويض عن أي ضرر يلحق به من جراء ذلك.

/9 إذا نشأ نزاع حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد يجوز برضاء الطرفين أن يحال ذلك النزاع إلى لجنة تحكيم تتكون من ثلاثة أعضاء يختار كل طرف عضواً منهم ويجتمع العضوان لاختيار العضو الثالث ليكون رئيساً لللجنة التحكيم ، وفي حالة فشلهما في اختيار العضو الثالث أو عدم قيام أحد طرفي العقد باختيار محكمه في ظروف سبعة أيام من تاريخ إخطاره يحال الأمر للمحكمة المختصة لتعيين الشخص أو الأشخاص المطلوب تعيينهم على أن تعمل اللجنة وتحكم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ونصوص هذا العقد ، وتكون قراراتها سواء اتخذت بالإجماع أو الأغلبية نهائية وملزمة للطرفين.

وقع عليه

الطرف الأول/ البنك

وقع عليه الطرف الثاني

الشهود

..... 1

..... 2

نموذج 2 : عقد بيع بالمراجعة لبنك الخرطوم السوداني :

تم هذا الاتفاق في يوم شهر سنة

الموافق: يوم شهر سنة م.

فيما بين:-

بنك الخرطوم (ويشار إليه بالطرف الأول)

وبين (ويشار إليه بالطرف الثاني).

بما أن الطرف الثاني طلب من الطرف الأول شراء:

(يشار إليها فيما بعد بالبضاعة) بموجب طلب الشراء الموقع بواسطته بتاريخ بيعها له فقد اتفق الطرفان على الآتي:

(1) وافق الطرف الأول على بيع البضاعة للطرف الثاني مقابل مبلغ

والذي يمثل قيمة شراء البضاعة زائداً المصروفات وقدرها

زائداً ربع الطرف الأول والبالغ.....

(2) وافق الطرف الثاني على شراء البضاعة التي حددها للطرف الأول.

(3) يتعهد الطرف الثاني بدفع ثمن البضاعة على النحو المتفق عليه.

(4) يقر الطرف الثاني بأنه قد عاين البضاعة وإنها خالية من كل العيوب.

(5) يكون هذا العقد نافذاً من تاريخ التوقيع عليه وتصبح البضاعة فور التوقيع ملكاً للطرف الثاني، وتعتبر البضاعة ومستنداتها مرهونة رهناً تأمينياً لصالح الطرف الأول حتى استيفائه لكامل الثمن المتفق عليه وله حق امتياز البائع.

(6) تخزن البضاعة لدى الطرف الأول لضمان سداد كل قيمتها بواسطة الطرف الثاني ولا يتم الإفراج عن أي جزء منها إلا بموافقة الطرف الأول الكتابية وبعد سداد قيمتها النسبية من القيمة الكلية التي وافق عليها الطرف الثاني في الفترة التي حددها الطرف الأول.

- (7) تؤمن البضاعة تأميناً شاملاً ضد كل الأخطار بواسطة الطرف الثاني لدى شركة تأمين مقبولة للطرف الأول لصالحه.
- (8) على الطرف الثاني تقديم ضمان مصري (رهن عقاري أو ضمان شخصي مقبول) للطرف الأول يضمن قيام الطرف الثاني بسداد كل المبالغ المستحقة عليه في مواعيدها المحددة بالإضافة لرهن البضاعة وتخزينها لدى الطرف الأول.

(9) إذا فشل أو امتنع الطرف الثاني عن استلام البضاعة أو أي جزء منها أو المستندات، يحق للطرف الأول بيعها بالسعر الذي يحصل عليه والصورة التي يراها مناسبة لاستيفاء حقوقه بموجب هذا العقد وأى مصروفات أخرى وان يرجع إلى الطرف الثاني ما بقي له في ذاته.

الطرف الثاني :

الطرف الأول/ بنك الخرطوم :

بحضور:

...../1 الاسم:

..... التوقيع:

...../2 الاسم:

..... التوقيع:

السياسة الجنائية و حماية حقوق الأحداث في الجزائر



إعداد : قميدي محمد فوزي fawzi006@yahoo.fr :

أستاذ محامي متخصص في الأنثروبولوجيا الجنائية بجامعة تلمسان
مدرس للقانون الخاص بجامعة التكوين المتواصل بجامعة سعيدة
الباحث في مجال الجنائية عند الطفل تخصص أنثروبولوجيا الجنائية

مقدمة :

كثيرا من الأفعال الإجرامية نجدها اليوم سائدة في التشريعات المختلفة لم يكن متعارف عليها من قبل في المجتمعات الأصلية، و لا ريب أن التغيرات التي تحدث في المجتمعات البشرية في النهاية هي التي تحدد اتجاهات السياسة الجنائية و مقدار تطورها و تفاعಲها مع تطور و تفاعل الظواهر الإجرامية . ومن بين هذه الظواهر المصاحبة للتطور و التغيير ظاهرة جنوح الأحداث ، بعوامل حدوثها المتعددة ، فالحدث يتمتع عادة بتكونه بيولوجي و نفسي خاص ، و يتمتع باتجاهات و قدرات و ميول مختلفة ، و لكنه يعيش في فضاء اجتماعي تسوده العلاقات الاجتماعية و الثقافية و الاقتصادية المتنوعة و التي تؤثر في تكوين شخصيته ، و على اعتبار الجزائر أن الحدث اليوم هو بناء الغد و رجل المستقبل التي تتطلع إليه في تحقيق آمالها و أهدافها المنشودة، ومن أجل، ذلك فقد كرست كل ما تستطيع من جهد و طاقة لتوفير الرعاية و الظروف الملائمة من الناحية الجسدية و النفسية و الثقافية و أهمها التشريعية، لنمو الأحداث فيها نموا سليما معافى و التركيز على الجانب الوقائي لا يعني بالحال إغفال الجانب العلاجي ، لدى فقد عملت الجزائر على وضع التشريعات و القوانين الخاصة بفئة الأحداث الجانحين، هادفة من وراء ذلك إعادة تكيف الحدث من جديد في مجتمعه . استقطب الحدث اهتمام القائمين على الحكومات الجزائرية منذ الاستقلال لما خلفه الاستعمار من دمار و مأساة في فئة الأطفال ، فالفقر والأمية و انعدام العناية الصحية و الظروف العائلية القاسية كل تلك الأسباب جعلت الجزائر تنتهج سياسة الهدف منها التقليل من آفة جنوح الأحداث ، إلا أن الدراسات تبين أن الانحراف في الجزائر بدأ يزداد ابتداء من العشريقة الثالثة بعد الاستقلال¹ مما يجعلنا نتساءل عن الأسباب و العوامل التي ساعدت على تفاقم الظاهرة عند الأحداث، كما أن هنا سبب هام و أساسى تهدف له هذه الدراسة ، العلاقة بالانحراف للأحداث و السياسة الجنائية، فماذا عن السياسة

¹ " في سنة 2001 تم إحصاء 3186 حدثا في خطر معنوي من بينهم 975 فتاة ، و في سنة 2002 تم إحصاء 3937 حدثا في خطر معنوي من بينهم 1086 فتاة" ، د. زبيدة درياس ، حماية الأحداث في القانون الإجراءات الجزائري ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2007 ، ص.09.

الجناية في الجزائر المسطرة، للحيلولة دون تفاقم ظاهرة جنوح الأحداث؟ و هل السياسة الجنائية في الجزائر كافية لحماية حقوق الحدث؟

و من خلال هذه المقدمة يمكن أن نعرج على محوران أساسيان هامان لدراسة هذه الظاهرة بالطرق إلى السياسة الجنائية و مفاهيمها، و جنوح الأحداث في الجزائر و تدابير حماية الحدث المسطرة لذلك.

المبحث الأول : ماهية السياسة الجنائية : تماشيا مع اتساع حركة الحياة الاجتماعية و الاقتصادية التي تتشعب يوما بعد يوم، ظهر مصالح متضاربة و متعارضة لا تخلو من التعقيد بصفتها نتيجة طبيعية لتنوع الحاجات الاجتماعية الضرورية. إلا أن الملاحظ و بشهادات أهل الخبرة و الميدان ، أن هذا التعارض بدأ يخرج عن المألوف لظهور كثير من النزاعات المستحدثة في نطاق الحياة المعاصرة لاسيما تلك التي طفت فيها النزعة المادية الأنانية، مما أدى إلى حصول انكماش في الجانب الاجتماعي و الأخلاقي و الإنساني و ارتفاع نسبة الجرائم بشكل غير متوقع¹ ، و تتجلّي ماهية السياسة الجنائية في :

المطلب الأول تعريف السياسة الجنائية : لم يكن المصطلح المركب السياسة الجنائية معروفاً أوائل القرن التاسع عشر ، إذ يعتبر الفقيه الألماني فيورباخ (FEUERBACH) سنة 1803 من أوائل من استعمل هذا التعبير و يرى أنها " مجموعة الإجراءات العقابية المتخذة من قبل الدولة ضد الجرم"²، إلا أن هذا التعريف يبقى محصور زمنه فيعتبر قاصراً عن تحديد المفهوم الحقيقي للسياسة الجنائية فلا يمثل كل الاتجاهات الفكرية و القانونية بتأثيره إلى حد بعيد بنظرة الفقه التقليدي إلى الجرم و الجريمة³. كما عرفها الدكتور منصور رحماني بأنها " الخطة التي تتبناها الدول لحماية بعض المصالح بالتجريم و العقاب ، و التعريف يحيى فيما يحيى السياسة العقابية و بداولها و السياسة الإجرائية ، مع الإشارة إلى أن هذه السياسة تختلف من دولة إلى أخرى"⁴ ، إلا أن هذا التعريف يبقى مبهماً بشموليته و عدم دقتها. و عرفها الدكتور محمد الرازيقي بأنها " مجموعة الإجراءات المقترحة على المشروع أو هي المبنية فعلاً من قبله في زمن و في بلد ما لمكافحة الظاهرة الإجرامية باعتبار أن هذا التعريف أكثر دقة من سابقيه ليوضح أن السياسة الجنائية اكتشاف لأنجع الحلول ل مختلف المشاكل التي تطرحها الظاهرة الإجرامية. و يمكن تعريف السياسة الجنائية حسب الدكتور فتوح عبد الله الشادلي بأنها " الخطة التي تتبناها الدولة لمكافحة الإجرام ، فهي تعني تنظيم وسائل مكافحة الإجرام في دولة معينة ، هذه الوسائل تتخذ أشكال متعددة و تهدف إلى غاية محددة ، هي مكافحة ظاهرة إجرامية"⁵ ، فلعل القول أن السياسة الجنائية المسار أو النهج الذي تسطره الدولة لمكافحة الجريمة، بتنظيم وسائل بأشكالها المختلفة و توفيرها لمكافحة الظاهرة الإجرامية، تمثله عليها دراسات أولية ميدانية علمية و التي تهدف إلى الحد من تفاقم الظاهرة الإجرامية.

المطلب الثاني فروع السياسة الجنائية : لعل ابرز الفروع المتفق عليها بالرغم من التباين في تحديد فروع السياسة الجنائية تتمثل في سياسة التجريم ، سياسة العقاب ، سياسة المنع و الوقاية⁶.

¹ أ.د محمد شلال العاني ، عولمة الجريمة رؤية إسلامية في الرقابة ، كتاب الآمة ، سلسلة دورية شهرية عن وزارة الأوقاف ، العدد 107، قطر ، ص 130.

² د. محمد الرازيقي ، علم الإجرام و السياسة الجنائية ، دار الكتاب الجديد المتقدمة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2004، ص 121.

³ د. محمد الرازيقي ، نفس المرجع ، ص 121.

⁴ د. منصور رحماني ، علم الإجرام و السياسة الجنائية ، دار العلوم للنشر والتوزيع عناية ، الجزائر ، 2006، ص 163.

⁵ د. فتوح عبد الله الشادلي ، أساسيات علم الإجرام و العقاب ، منشورات الطليبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 2006 ، ص 27.

⁶ نجد في بعض المراجع و في تحديد فروع السياسة الجنائية : علم العقاب ، علم تقويم المجرمين ، علم اجتماع العقاب ، بينما سياسة التجريم أدرجت في باب اتجاهات علم السياسة الجنائية ، لعل السؤال المطروح هو الفرق بين الفرع و الاتجاه في هذا الباب تكون أن سياسة التجريم فرع حسب حل المراجع الأكاديمية الخاصة بالسياسة الجنائية .

الفرع الأول سياسة التجريم: ترتبط نجاعة السياسة الجنائية في جزء مهم منها في سياسة التجريم ، فإذا انصب التجريم على مala ي يجب أن ي مجرم ، أو أهمل ما يجب أن ي مجرم، أو أنه وضع ما يجب أن يكون من الجنائيات في موضع الجناح والمخالفات أو العكس اختل نظام المجتمع¹، ذلك أن القانون لا يطبق نفسه بنفسه وإنما يطبق بقبول كل من شلهم القانون ،

الفرع الثاني سياسة العقاب : العقوبة لغة ترجع إلى معنى التعاقب، و العقبة جزاء الأمر ، و عقبه خلفه في أمر ما ، و أعقبه : أورثه ، و العاقبة آخر كل شيء² ، قال تعالى " و إن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به"³ ، أما اصطلاحا: جزاء مقرر أو يمكن تقديره لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع⁴ ، نشأت العقوبة مع بداية الخلق الأول، لارتباطها بالظاهرة الإجرامية، و الجريمة مرتبطة بوجود المجتمع البشري، و لذلك فهي قديمة قدم هذا المجتمع، ومنذ البدايات الأولى للتاريخ البشرية و حتى يومنا هذا ، لم تنته الجريمة في أي حضارة و لم تنحصر عن أي مجتمع على وجه الأرض و العقوبة لذلك قديمة قدم المجتمع الإنساني، باعتبارها تمثل رد فعل إزاء من خالف قواعد السلوك الاجتماعي⁵ ، و من تعريف السياسة العقابية التي تعتبر مجموعة من المبادئ التي يتوقف عليها تحديد العقوبات⁶ بالاستعانة بالنتائج التي توصل إليها علم العقاب و باختياره للجزاءات و طرق تنفيذها لمكافحة الظاهرة الإجرامية تكريساً للمادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري "لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغیر قانون "⁷

الفرع الثالث سياسة المنع و الوقاية : المهد من سياسة المنع هو محاولة نزع أو استئصال السلوكيات المنحرفة في المجتمع و الوقوف على العوامل و المسببات التي من شأنها تهيئة الأجواء لاستفحالها، كما ذهب الدكتور محمد بوساق في دراسته إلى اعتبار سياسة المنع تهدف إلى اجتناث العادات الانحرافية و القضاء على العوامل التي تهيئ الفرص لارتكاب الجرائم و أضاف أيضاً أن الجريمة ظاهرة اجتماعية تتغلغل في بنية و تركيب كل شعب من الشعوب في المجتمعات المختلفة بسبب خلل في بنية أو تركيب أو العلاقات الإنسانية و القيم الأخلاقية السائدة باعتبارها خطورة اجتماعية حسب ما عرفها "جاروفالو".

المطلب الثالث الاتجاهات المعاصرة للسياسة الجنائية : من النادر جداً أن نجد التشريعات الجنائية تعتمد على المبادئ الفقهية التي جاءت بها الاتجاهات الفكرية الفلسفية و التي تدعى أنها تستوحى، فالمذاهب الفقهية تبالغ دائماً في المنهجية و لا تهتم إلا بجانب واحد من المشكلة الإجرامية ، متဂاهلين شرط الملائمة التي يعتقدوها المشرعون في المقام الأول ، فالازمات الاقتصادية و الحروب و الثورات تدفع بأصحاب القرار إلى اللجوء إلى ما يسمى "قانون عقوبات الضرورة"⁸ ، الذي يتميز في محتواه بعودته إلى الأفكار التقليدية في التجريم و العقاب ، فيخلو من أي مبادرة علمية علمية مدققة مستقاة من الواقع المعاش و الذي يعكس الحالة الآنية للمجتمع و نجاعة الإجراءات التي تُستنبط من دراسات تحليلية للمجتمع ،

¹ د. منصور رحmani، نفس المرجع ، ص 175.

² الطالب محمد بن عثمان بن محمد آل عثمان ، "السياسة الجنائية في عهد عمر بن عبد العزيز" دراسة تأصيلية مقارنة" بحث لنيل شهادة الماجستير ، جامعة نايف الفقهية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2007 ، ص 57

³ القرآن الكريم ، سورة النحل ، الآية 126

⁴ الطالب محمد بن عثمان بن محمد آل عثمان ، محمد بن عثمان بن محمد آل عثمان ، "السياسة الجنائية في عهد عمر بن عبد العزيز" دراسة تأصيلية مقارنة" بحث لنيل شهادة الماجستير ، جامعة نايف الفقهية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2007 ، ص 57

⁵ د. فتوح عبد الله الشاذلي ، المرجع السابق ، ص 374.

⁶ أ. محمد الغيط ، أ.محمد الغيط ، السياسة الجنائية و حماية حقوق الحدث الجائع في المغرب " دراسة قانونية تربوية اجتماعية "، طوب بريس -الرباط ، المغرب ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 72.

⁷ الأمر رقم 156-66 المتضمن قانون العقوبات؛نفس المرجع السابق، المادة 01.

⁸ د. محمد الرازيقي ، المرجع السابق ، ص 173.

الفرع الأول السياسة الجنائية في النظام الجنائي الفرنسي : اعتمدنا النظام الجنائي الفرنسي باعتباره نموذجاً للقوانين الغربية الأخرى ، و السبب هو أن أفكار " بنتام الانجليزي و بيكاريا الإيطالي " ص طبقت لأول مرة في فرنسا عن طريق ثورة 1789 ، و المدّ النابليوني ساعد على فتح الفكر القانوني الفرنسي التقليدي خلال القرن التاسع عشر آفاقاً واسعة للتطبيق على الدول الأخرى الأوروبية. صدر قانون العقوبات الفرنسي سنة 1810 في ظروف سياسية و اجتماعية صعبة ، فأفكار بيكاريا و مونسكيو استوحاهما قانون الثورة سنة 1791 فترك آثاراً على القانون العقوبات النابليوني ، إلا أن ظروف الحرب و ما نتج عنه من اضطرابات و ردود فعل انتقامية ضد الكثير من الجرائم التي تهدد النظام العام ، تخوض عنه ضرورة الردع العام بالعقوبات الشديدة من الإعدام و السجن المؤبد... الخ . و للإلمام بأهم تطورات القانون الفرنسي يمكن حصرها في النقاط التالية: كان قانون العقوبات ينص على عقوبات ذات حد واحد كما سبق الإشارة إليه سنة 1791 تعديل بنصوصه على عقوبات ذات حدرين حسب قانون 1810، بحيث أصبح يعطي الحق في النطق بالعقوبة المناسب داخل مجال الحدين. أما عن عقوبة الإعدام و السجن المؤبد فالسلطة العدول عنها كانت غير كافية¹.

- مساهمة المدرسة التقليدية الجديدة سنة 1830 كان عبارة عن رد فعل بتعديلات معتبرة في التشريع العقابي و يظهر جلياً في قانون 1832/04/28 بـ تطبيق الظروف المخففة على كل أنواع الجرائم
- ظهور سلم للجرائم السياسية أقل قسوة
- إلغاء العقوبات الجسدية كالغلي و الكي
- التخفيف من قسوة العقوبات الأخرى
- مفهوم الإيلام خفف في مؤسسات الإصلاحية بيوتها إلى رد الاعتبار للجنة عن طريق إصلاح السجون
- إنشاء مصحات خاصة بالصغار
- نقل المحكوم عليهم إلى المستعمرات " من أجل إصلاح الإنسان بالأرض و إصلاح الأرض بالإنسان "
- قانون 1885/05/27 جاء متاثراً بالاتجاه الوضعي الإيطالي بظهور فكرة الإجراءات الوقائية فيما يتعلق بجرائم العود المطبقة على الجرميين بالعادة
- قانون 1891/03/26 استوحى من الاتجاه الوضعي عند تفرقته بين الجرم بالعادة و الجرم بالصدفة .
- قانون 1912/07/22 أكد على خصوصية جرائم الأحداث بإجراءات وقائية جديدة ، كما ظهرت العقوبات التبعية كلحرمان من الحقوق المدنية .
- حركة التجديد التشريعي فيما يتعلق بالإصلاح العقابي الذي بدأ سنة 1945 مؤكداً عليه قانون الإجراءات الجزائية 1959 تهتم بشخصية المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة عن طريق النصوص إنشاء قضاة خاصين بتطبيق العقوبات ، و متابعة تطور الجنة بعد عدد من الإدانات.
- الإصلاح الأكثر عمقاً للتشريع الجنائي بتاريخ 145/02/02 المتعلق بجنوح الأحداث، باختيار الإجراء المناسب وفقاً لشخصية الأحداث ، إجراءات تربوية بالنسبة لأحداث الأقل من 13 سنة ، إجراءات تربوية مختلفة بالنسبة لأحداث من 13 سنة إلى 18 سنة ، تطبيق العقوبة الفعلية في حالات استثنائية . إن تحين قانون العقوبات في الدول المتقدمة يتأثر بعده عوامل من شأنها أن تساهم في الإثراء أو الإلغاء في نصوصه و من بين هذه العوامل التي تأثر وبها القانون الفرنسي وسائل الإعلام المختلفة ، ترد السجناء، الفضائح التي تقع هنا و هناك، لتؤدي إلى خلل في التركيبة

¹ د. محمد الرازقي ، المرجع السابق ، ص 175.

الاجتماعية و غير ذلك من الأسباب التي تجعل المشرع يفكر جدياً في صياغة جديدة و آنية للقانون آخذًا بعين الاعتبار المعطيات الجديدة بما في ذلك تطور النظرة إلى بعض القيم السائدة في المجتمع الفرنسي¹. فمسيرة للتطور السريع في المجتمع الفرنسي و التغير في مفهوم القيم و إرضاء الرأي العام سُكّلت عدة بُلَجَانَ منذ بداية الجمهورية الخامسة ، لهدف إعادة النظر في قانون العقوبات ، و من أهم مشاريع القوانين التي نشرت المشروع الذي نشر في الشهر السابع من عام 1976 و مشروع قانون العقوبات الجديد المنصور سنة 1988.

الفرع الثاني: السياسة الجنائية في النظام الجنائي العربي: اللافت للانتباه و نحن نقرأ هذا العنوان، السياسة الجنائية في النظام الجنائي العربي ، "مصطلح العربي" ، إذ أن هذا المصطلح لا يعكس مضامين عقائدية ذات محتوى قانوني، فحينما ندرج النظام الجنائي الفرنسي أو الرأسمالي أو الاشتراكي فهي تعكس محتوى فكري معين ، بمعنى لها قيمًا اجتماعية مستقرة في وقت ظهور القاعدة القانونية لحماية القيم ذاتها . فمن الواضح معنى نظام جنائي إسلامي يعني الشريعة الإسلامية ذات أسس عقائدية و قيم ثابتة². إلا أن الحديث عن الواقع العربي في هذا المجال ضروري للتلميح إلى تعدد النظم الجنائية داخل الدول العربية و التي بات من الواجب دراسة كل نظام جنائي عربي على حدا، مما اصطلاح عليه بـ "الدراسة المقارنة للنظم العربية" المختلفة اختلاف إيديولوجيات و مشارب القائمين عليها، رغم المبادرات رجال الفكر و القانون و القضاة العرب الرامية إلى جمع مختلف التشريعات العربية و محاولة حصرها في موسوعات موحدة كموسوعة التشريعات العربية³ ، التي تضم جميع التشريعات العربية المعمول بها، و تفرقها "مجلدات بها جل التوجهات العالمية في مجال الأنظمة الجنائية خاصة بالدول العربية" ، نتيجة ابتعادهم عن قيم و ثوابت الأسس الإسلامية ، فالعرب لا يحصل لهم الملك إلا بصبغة دينية من نبوة أو ولادة أو أثر عظيم من الدين⁴ ، و الانسياق وراء أفكار غربية و توجهات دون أي دراسة مسبقة لذلك. فمما لا شك فيه أن واقع الدول العربية في الوقت الراهن نتاج عوامل تاريخية لا يمكن حصرها في هذا البند.

نبؤتها بتاريخ تقليد القانون العثماني سنة 1858 قانون نابليون لسنة 1810، متأثراً به القانون المصري بإصداره قانون العقوبات سنة 1883 ، و تلاها عدة مشاريع في مصر بنفس المسوال ، و أول منشور باللغة الفرنسية و الإنكليزية و المصطلح عليه "برونيوت" نسبة إلى اللجنة التي قامت بإعداده كان سنة 1921⁵ ذو أصل فرنسي . و في سنة 1904 اقتبس المشرع المصري أحكام قوانين كل من بلجيكا ، إيطاليا و الهند ، مع تعديلات سنة 1934 مقتبس من القانون الفرنسي لسنة 1934. إن هذه التواریخ تبيّن حقبة زمنية تأثر فيها القانون المصري باعتبار مصر أول دولة عربية تدخل حركة التقنيات لأسباب عدة خاصة بها و الدول العربية الأخرى. لتخطوا هذه الأخير حذو مصر و تدخل هي الأخرى حركة التقنيات في العصر الحديث و بهذا أصبحت بعيدة كل البعد عن المعطيات التراثية لمجتمعات الدول العربية و بخاصة الظواهر الإجرامية ولidea عمّق المجتمع، فهي قد طبّقت بعض النصوص القانون

¹ د. محمد الرازقي ، المرجع السابق ، ص 177.

² د. محمد الرازقي ، نفس المرجع ، ص 192.

³ تشريع الخدمة المدنية الجزائرية ، نظم وظيفية خاصة، مستخرج من موسوعة التشريعات العربية ، المعمول به 1401هـ-1981م ، جاء في المقدمة " صدرت موسوعة التشريعات العربية من إعداد نخبة من رجال القضاء و القانون العرب شاملة جميع التشريعات المعمول بها في الدول العربية ... تتولى في مسلسل يبدأ من رقم واحد بالنسبة لتشريعات دولة واحدة و رقم الآلف بالنسبة لتشريعات جميع الدول العربية ".

⁴ و السبب في ذلك أنهم لخلق التوحش الذي فيهم أصعب الأمم انقاداً بعضهم البعض للغلطة و الأنفة و بعد الهمة و المنافسة في الرئاسة... فإذا كان الدين بالنبوة أو الولاية كان الوازع لهم من أنفسهم و ذهب خلق الكبر و المنافسة منهم... ، العلامة عبد الرحمن أبو زيد ولـي الدين ابن خلدون، مقدمة العلامة ابن خلدون " المسماً ديوان المبتدأ و الخبر في تاريخ العرب و البربر و من عاصرهم من ذوي شأن الأكبر" ، نسخة محققة لونان بإخراج جديد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2004، ص 153.

⁵ د. محمد الرازقي ، المرجع السابق ، ص 192.

الجنائي بطابع إسلامي و لكن على استحياء . فالقانون الجنائي العربي أو بالأحرى الدول العربية لا يخرج من مضمونه عن التشرعات الجنائية الحديثة ، و يتجلّى ذلك في المبادئ العامة التي تحكمه " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص " ...

المبحث الثاني : جنوح الأحداث في الجزائر :

إذا كانت المجتمعات الغابرة والوسيطة لم تعرف ظاهرة جنوح الأحداث، كمشكلة اجتماعية ذات خطورة، فإن زيادة معدلات الجريمة التي يرتكبها الأحداث والأطفال منذ منتصف هذا القرن أثارت قلق غالبية المجتمعات المعاصرة بشكل أدى إلى اتخاذ بعض الإجراءات للتصدي لهذه الظاهرة و بهدف تطويق مضاعفاتها أو التخفيف من أخطارها. وظهرت أنماط جائحة خطيرة مستحدثة، أضافت إلى مشكلة الجريمة أبعاد ثقافية جديدة باتت تهدد اليوم مستقبل الأجيال الجديدة و التي تشكل طليعة المجتمع و مصدر طاقته البشرية، و لعل ما يضاعف اهتمام العلماء بدراسة ظاهرة جنوح الأحداث هو أن ملامح الشخصية الإجرامية تتشكل في مراحل مبكرة في حياة الشخص المنحرف ثم تتکامل في السنوات المعاقبة من خلال ظروف و مواقف إجرامية لاحقة. لذلك ينظر علماء الاجتماع و الأنثروبولوجيا إلى سلوك الجانح كظاهرة سلوكية - اجتماعية ، أو تعبير ظاهري للحدث، فيمكن إرجاعها إلى حصيلة قيم اجتماعية خاطئة ، أو تطبيقات قانونية غير مستحدثة، أو حتى نتيجة التأثير و العيش من خلال ثقافة جائحة ، كما ذهب البعض إلى إرجاع هذه الظاهرة عند الحدث إلى مراحل الطفولة المبكرة أين يلتمسون اضطرابات شخصية للطفل الجانح . و ما يهمُّنا ، الجانح تشعّي الذي يهدف إلى حماية الحدث الجانح في الجزائر تطبيقاً لسياسة جنائية مسيطرة ، و كما مدى نجاعة هذه السياسة على أرض الواقع ، من خلال الإشارة إلى عوامل جنوح الأحداث و سياسة التكفل بالأحداث في الجزائر .

المطلب الأول : عوامل جنوح الأحداث في الجزائر:

في سنة 2004 سجلت مصالح الأمن الوطني 10965 حدث متورط في شتى أنواع الجريمة . و قد ارتفع العدد مع نهاية العام . 2005 ليصل إلى 11302، حيث تأتي السرقة في مقدمة أنواع الجريمة المرتكبة من قبل أطفال بـ 4739 حدث متورط . تأتي بعدها جنحة الضرب والجرح العمدي حيث تورط فيها 2728 حدث. كما سجلت مصالح الأمن الوطني تورط 665 طفل في جنحة تحطيم أملاك الغير. الأخطر في كل هذا أن الأطفال متورطون حتى في قضايا القتل ، حيث سجلت ذات المصالح تورط 25 طفلاً في جرائم القتل العمدي. و تم إحصاء 13 طفلاً متورطاً في قضايا القتل العمدي العام 2004، ارتفع العدد خلال العام 2005 ليصل إلى 25 طفلاً¹. وفي هذا الصدد أحصت مصالح الأمن 3485 طفلاً بالشوارع تم توقيفهم من قبل مصالح الشرطة وفي العام 2005 بلغ عدد الأطفال الفارين من منازلهم 2411 طفلاً². و من بين عوامل جنوح الأحداث :

1- كما أحصت مصالح الأمن 3485 طفلاً مشرداً بالشارع ، أو قفظهم مصالح الشرطة خلال دورياتها ، و قامت بتسلیم عدد منهم لأسرهم ، لتصبح بذلك تمارس وظيفة اجتماعية بالموازاة مع المهام الأمنية المنوطة بها . ، و ما يصعب المهمة الأطفال الفارين من منازل عائلاتهم حيث يرفضون العودة إليها، ولهذا عند اقتيادهم إلى مركز الشرطة واستجوابهم ، يعطون عنوانين خاطئتين كي يظلوا رجلاً الشرطة وبالتالي لا يمكنوا من إعادةتهم إلى بيوتهم.

2- تبقى هذه الإحصائيات خاصة بمصالح مديرية الأمن الوطني ناهيك عن الإحصائيات الغير رسمية و إحصائيات خلايا حماية الأحداث الخاصة بالدرك الوطني .

- التسرب المدرسي و العمل في سن مبكرة
- البطالة في الجزائر .
- أطفال الشوارع العامة في الجزائر .
- العنف على الحدث في الجزائر .
- العنف في الإعلام و الطفل.
- الحدث و آفة المخدرات في الجزائر .

المطلب الثاني : سياسة التكفل بالأحداث في الجزائر: للتكفل و حماية الأحداث في الجزائر ، انتهت سياسات متعددة و التي تجسدت على أرض الواقع من خلال الهيأكل و هيئات التي تنظمها مجموعة من القوانين التنظيمية ، فسياسة الحماية يمكن توضيحها بتحديد أهم المعالم التشريعية و النظم الإدارية المحددة كالتالي :

الفرع الأول : معالم سياسة الجزائرية للتنمية وحماية الأحداث : أدرج هذا المطلب بهدف إظهار توجهات الجزائر من خلال الاتفاقيات الدولية و المعاهدات التي تعد من أهم مصادر التشريع الجزائري و من بين أهم معالم السياسة الجنائية لحماية حقوق الحدث في الجزائر

- **المواضيق الدولية :** صادقت الجزائر على اتفاقيات الأمم المتحدة الرئيسية السبع المعنية بحقوق الإنسان وهي:
 - العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية و الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1989)،
 - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1972) .
 - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" (1996).
 - اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة (1989)
 - واتفاقية حقوق الطفل (1993)
 - واتفاقية حماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (2005).
- صادقت على "البروتوكول الاختياري الأول" الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (1989).

صادقت الجزائر كذلك على اتفاقيات منظمة العمل الدولية الثمانى المعنية بحقوق الإنسان: "الاتفاقية رقم 105 (105) المعنيتان بالقضاء على السخرة والعمل الإجباري" (1962)، و"الاتفاقية رقم 29 (29) المعنيتان بالقضاء على السخرة والعمل الإجباري" (1969) على التوالي، و "الاتفاقية رقم 100 (100) المعنيتان بمنع التمييز في العمل وشغل الوظائف" (1962، 1969) على التوالي، و"الاتفاقية رقم 111 (111) المعنيتان بمنع استخدام الأطفال والقاصرين" (1984)، 2001 على التوالي¹.

اتفاقية حقوق الطفل: إعلان تفسيري بشأن الفقرتين الأولى والثانية من المادة (14) اللتان تتعرضان لحق الطفل في الفكر والوجدان والدين، واحترام حقوق وواجبات الوالدين في توجيه الطفل وفي ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدراته المتطورة، بحيث إن الالتزامات الواردة في هاتين الفقرتين سوف تفسر بالتوافق مع النظم القانونية الجزائرية وخاصة الدستور الذي ينص على أن دين الدولة هو الإسلام، والمواد (13 - 16 - 17) التي تتعلق بإمكانية حصول الطفل على المعلومات والمواد من كافة المصادر الدولية، بحيث تطبق مع الوضع في الاعتبار مصلحة الطفل وال الحاجة إلى حمايته، وفي هذا الإطار سوف تفسر الحكومة الالتزامات الواردة في هذه المواد واضعنة في اعتبارها القانون الوطني .

• الماثيق الإقليمية : وافقت الجزائر على :

- إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن مؤتمر وزراء خارجية الدول الإسلامية في العام 1990، وهو وثيقة إرشادية لا تحتاج إلى تصديق.
- انضمت إلى "الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب" (1983).
- وافقت على "الميثاق العربي لحقوق الإنسان/المعدل"، الذي اعتمدته القمة العربية في تونس في مايو/أيار 2004، ولكنها لم تصادق عليه شأن معظم البلدان العربية .

مؤسسات حقوق الإنسان : للجزائر ناطقان من مؤسسات حقوق الإنسان، وهما: المؤسسات الوطنية، والمنظمات غير الحكومية. وقد تم تأسيس "اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها" بموجب مرسوم رئاسي صدر في 25 مارس/آذار 2001، باعتبارها مؤسسة عمومية مستقلة تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، تضطلع بمهام استشارية تتعلق بالرقابة والإذنار المبكر والتقييم في مجال حقوق الإنسان، وتم تشكيلها على أساس تعددي، وتقوم بـ

¹ تحفظت الجزائر على أحكام بعض الاتفاقيات التي صادقت عليها، على النحو التالي :

- العهدان الدوليان بإعلان تفسير: تفسر الحكومة الجزائرية المادة (1) التي هي مشتركة بين العهدين على أنها لا تمس بأية حال حق كافة الشعوب غير القابل للتصريف في تقرير المصير، وفي السيطرة على ثرواتها الطبيعية، وترى أن ما يشار إليه في المادة (1/3) في كلا العهدين، وفي المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من إبقاء حالة التبعية لبعض الأقاليم يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة وأهدافها.
- تفسر الحكومة أحکام المادة (8) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والمادة (22) من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية تفسيراً يقضي بجعل القانون هو الإطار الذي تعمل الدول داخله فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الحق في إنشاء تنظيم.
- تعتبر الحكومة أحکام الفقرتين 3 - 4 من المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تمس بأية حال الحق في أن تنظم بحرية ظامها التعليمي . - تفسر الحكومة أحکام الفقرة 4 من المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن حقوق ومسؤوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه على أنها لا تمس بأية حال القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الجزائري .

- نشر ثقافة حقوق الإنسان .

-مراجعة التشريعات الوطنية من حيث توافقها مع مبادئ حقوق الإنسان،

-المشاركة في إعداد التقارير التي تلتزم الدولة بتقديمها إلى أجهزة الأمم المتحدة بموجب التزاماتها المتفق عليها.

- تقوم اللجنة بإعداد تقرير سنوي يتم رفعه إلى رئيس الجمهورية .

كذلك فقد شهدت الجزائر نشأة عدد من منظمات حقوق الإنسان تتبع اختصاصاتها؛ فبعضها يعمل باختصاص عام مثل :

- الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان (1987).

- الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان (1985).

وبعضها يتخصص في النهوض بحقوق فئات معينة مثل: "جمعية نور لحماية وترقية حقوق الإنسان" (2000)؛ وبينها فرع لمنظمة "العفو الدولية/ الجمعية الجزائرية" 1989

- الاهتمام بالأسرة في التشريع: أصدرت الجزائر في 16 مارس/آذار 2005 قانوناً يتيح لأبناء المرأة الجزائرية من زوج أجنبي الحصول على جنسية والدتهم، كما يلبي تحسين أوضاع النساء في العمل، ويضيف قيوداً على حق الزوج في تعدد الزوجات، وحذف شروط ولادة الأقارب في زواج النساء .

الفرع الثاني : النظم الإدارية و الجنائية الخاصة بحماية الأحداث في الجزائر : إنه من الجدير بالذكر أن الجزائر و غرار مثيلاتها اهتمت بالحدث و الحدث الجانح بتوفير جملة من التشريعات تجسّدت على إثرها مؤسسات و هيأكل من شأنها الحماية و الوقاية من الجنوح لدى الأحداث ، حماية حقوق الحدث الجانح تبدأ إذا صرحت التعبير قبل الجنوح بتوفّر مجموعة من الوسائل شرعاها القانون الجزائري لتفادي ازلاق الحدث وسط مشاكل يصعب حلها ، و تكون سابقة للانحراف و تتجسد في الحماية السابقة للانحراف و الوسائل المشرعة قانونا لحماية حقوق الحدث بعد الجنوح تتجسد في مجموعة من الإجراءات القانونية ، و يمكن أن تستهل وسائل الحماية في مطلبان :

أولا : حماية الأحداث السابقة للانحراف في الجزائر : من أهداف السياسة الجنائية الحديثة في كل دولة الشمولية فيما يتعلق بمختلف موضوعاتها، بحيث ينصب اهتمامها على الوقاية ، التجريم و العقاب ، فالوقاية هنا الوقوف للحيلولة دون وقوع الجريمة بتطبيق القانون ، ففئة الأحداث من أكثر الفئات حاجة للحماية ، فالظروف الاجتماعية و الاقتصادية للحدث قد تجعله عرضة للجريمة مرتكبا لها أم ضحية ، خاصة و أن الأحداث بحكم سنهم لا يدركون و لا يقدرون خطورة وجودهم في أماكن أو مواقف معينة . و كان لزاما على الدولة أن تلعب دور تقديم النصح و الإرشاد و الحماية بتخصيص شرطة إدارية خاصة بالأحداث يتم تكوينها تبعاً لاحتياجات و فئة الأشخاص الذين سيتم التعامل معهم ، و مهمة الشرطة الإدارية لا تخرج عن منع الأحداث من التجول في أزقة المدينة و الدخول في الحالات العامة المخصصة للكبار كالمقاهي و دور السينما و الأماكن المغلقة التي عادة ما يجتمع فيها ذوو الخلق الفاسدة¹. بل يدخل عملها في القيام بدورات تحسيسية وسط المؤسسات التعليمية و المهنية أو أولياء الأحداث للتربية و تفعيل التعاون الأسرة و المجتمع في هذا العمل الوقائي التحسسي . وفي الجزائر نجد أن المشرع قد أسنده عمل الوقاية

¹ د. زيدومة درياس ، المرجع السابق ، ص28.

السابقة من وقوع الجريمة إلى بعض الموظفين، بمنحهم صلاحيات ضبط الأحداث، فاستنادا إلى قانون حماية الطفولة و المراهقة¹ والأمر المتعلقة بإحداث مؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة²، فمن خلال مما سبق الموظفين المخول لهم الحماية و العمل للحيلولة دون وقوع الأحداث في أحوال الانحراف و المثلثين للشرطة الإدارية هم :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي: يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفة الضبطية القضائية استنادا إلى نص المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري³ و كذا المادة 68 من قانون البلدية رقم 08/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 و التي تنص على أن لرئيس المجلس الشعبي البلدي صفة ضابط الشرطة القضائية. كون أن من يتمتع بصفة الشرطة القضائية يتمتع أيضا بصلاحية الشرطة الإدارية⁴ و له كافة السلطات لحماية الأحداث من الانحراف

- والي الولاية : استنادا إلى المادة الرابعة من الأمر رقم 64/75 و التي تنص على : "بيد أنه يجوز للوالى أو لمثله في حالة الاستعجال أن يأمر بوضع الأحداث فيها "المؤسسات و المراكز" لمدة لا تتجاوز ثمانية أيام ... "، نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من سلطات الوالي في مجال ضبط الأحداث المعرضين للانحراف إلى درجة أنه سمح له أن يأمر بوضع الحدث مؤقتا في أحد المراكز المتخصصة، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد حالات الاستعجال الواردة في المادة المشار إليها سابقا ، فالوالى يتدخل في حالة عدم الوصول إلى علم الضبطية القضائية أو القضاء بأن الحدث في خطر و ضروري التدخل ، و للوالى دور هام في الوقاية حيث منح له المشرع الجزائري إصدار قرارات منع دخول الأحداث البالغ سنهم 18 سنة إلى المؤسسات التي تقدم تسليات و عروض تؤثر تأثيرا ضارا على أخلاق الشباب ،

- المندوبيين المكلفين بالإفراج تحت المراقبة : استنادا على النصوص التشريعية و خاصة منها ما يتعلق بحماية و وقاية الحدث من الانحراف ، ففي قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المادة 480⁵ " يختار المندوبيون الدائمون من بين المربيين الاختصاصيين "، و عند التمعن في هذه المادة يتبين أن هناك نوعان من المندوبيين فمن بين المندوبيين هناك المندوبيون الدائمون يعينهم وزير العدل يختارون من بين الاختصاصيين و يتتقاضون رواتب على حساب القضاء الجزائري ،

ثانيا : حماية الأحداث المنحرفين في الجزائر: إن عدم إضفاء الصفة التجريمية على بعض العمل التي يقوم بها الأحداث كالتشريد باعتباره في حالة خطر معنوي يثير نوعا من الالتباس باعتبار أن المبادئ التي يقوم عليها التجريم بالنسبة لأحداث تختلف عن المبادئ التي يقوم عليها التجريم بالنسبة للبالغين مما يعزز تسكنا بضرورة إعادة النظر في المعايير الجديدة تعامل مع تصرفات الأحداث خاصة و آن المبدأ بالنسبة للأحداث هو العلاج والإصلاح لا العقاب و الردع. من خلال عرض المؤسسات القائمة على حماية الحدث الجانح ، و كذا الإجراءات المتبعة لمكافحة الجريمة و في

¹ يختص قاضي الأحداث لمحل إقامة القاصر أو مسكن والديه أو الوالى عليه ، و كذلك قاضي الأحداث للمكان الذي وجد فيه القاصر في حال عدم وجود هؤلاء ، بالنظر في العريضة التي ترفع إليه من والد القاصر أو والدته أو الشخص الذي يسند إليه حق الحضانة على القاصر نفسه ، و كذلك العريضة التي ترفع إليه من الوالى أو وكيل الدولة أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة القاصر أو المندوبيين المختصين بالإفراج المراقب ، الأمر رقم 72/03 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1391 الموافق لـ 10 فبراير سنة 1972 يتعلق بحماية الطفولة و المراهق ، المادة 02.

² بيد أنه يجوز للوالى أو لمثله في حالة الاستعجال أن يأمر بوضع الأحداث فيها "المؤسسات و المراكز" لمدة لا تتجاوز ثمانية أيام ، الأمر رقم 64/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة ، المادة 02/04.

³ الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 ، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم ب القانون رقم 06/22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

⁴ د . زيدومة درياس ، المرجع السابق ، ص 29.

⁵ الأمر رقم 155/66 ، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم المرجع السابق ، المادة 480.

نفس الوقت ضمان حماية حقوق الحدث الجانح ، من خلال التطرق إلى الضبطية القضائية و اختصاصاتها في مجال الأحداث عامة لنختم المطلب إجراءات التحقيق و المحاكمة و مدى تماشي هذه الإجراءات و حماية حق الحدث الجانح في الجزائر

- الضبطية القضائية : ذهب بعض الأساتذة و الباحثين في هذا المجال إلى اعتقاد أن عدم تناول الفقهاء موضوع الضبطية في مجال الأحداث راجع إلى أم المشرعين في أعلى البيان لا يفردون نصوصا خاصة بالقصر في مرحلة البحث التمهيدي¹ إلا أن تناول هذا الموضوع في هذه المرحلة من التحقيق يجبرنا إلى الحديث عن الضبطية القضائية طبقا للقواعد العامة لأنعدام النصوص الخاصة بالضبطية عند الأحداث لينتقل إلى مرحلة الاتهام و التحقيق الابتدائي و المحاكمة ، و عليه فإن التطرق إلى الضبطية القضائية في مجال الأحداث يعكس الواقع المعاش على أرض الواقع . فأفراد الضبطية القضائية هم أول من يباشر البحث بعد وقوع الجريمة و مهامها اتخاذ جميع إجراءات التحري و البحث حول العمل المركب الإجرامي و البحث عن الجرم و التقديم إلى النيابة لمواصلة الإجراءات² فطبقا لقانون الإجراءات الجزائي في مادته 14 يشمل الضبط القضائي³:

- ضباط الشرطة القضائية
- أعوان الضبط القضائي
- الموظفين والأعون المنوط بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي.

- فرق حماية الطفولة : فقد ورد في الفقرة الرابعة من الصفحة الثالثة من منشور المديرية العامة للأمن الوطني ماليي : " إن توسيع مناطق المدينة و الكثافة السكانية هي من العوامل الجازمة التي ساعدت على ارتفاع جرائم الأحداث ، لذا تؤسس فرق الأحداث في البداية بالمصالح الموجودة في التجمعات الكبيرة و يمكن أن توسع في المستقبل إلى أمن ولايات الوطن ". و في الصفحة الثالثة من المنشور نص على " و يكون من الملائم بل من الضروري أن تلحق فرق القصر بالفرق الجنائية أو الأقسام القضائية ، و تنصب في حالات مستقلة عن المصالح الأخرى حتى يمكن تجنب الاختلاط ، نظرا للطبيعة الاجتماعية لحماية الطفولة الآثمة " و هو ما تناولته الفقرة الخيرية من الصفحة الثانية بأنه " من الضروري لكي يتسمى تجنب الاختلاط المضر بالجرميين الأحداث مع الكبار الشرار و لا سيما المتعودين منهم ، أن تنصب فرق القصر في أماكن منفصلة عن مصالح الشرطة الأخرى الموجودة .

- خلايا حماية الأحداث في جهاز الدرك الوطني : بمقتضى لائحة العمل الصادرة بتاريخ 24 جانفي 2005 تحت رقم 04/07/2005/ج إ/DEOR/د و الهدف منها التكفل بفئة المنحرفين من الأحداث المعرضين للخطر ، بالتنسيق مع الأسرة و المدرسة و المجتمع المدني ، و التحقيق و التحري في القضايا أين يكون أحد أطرافها قاصرا و تتشكل هذه الخلايا من مساعد أول و دركيين اثنين و إشراك العنصر النسوی عند الاقتضاء ، و تعمل في إطار البند الخامس من قانون الإجراءات الجزائية و الخاص بصفة الضبطية القضائية و كذا الأعون استنادا إلى المادة 19 من نفس القانون⁴ من مهامها

¹ د. زيدومة درياس ، المرجع السابق ، ص 24.

² الأمر رقم 155/66 ، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم ، المرجع السابق ، المادة 12.

³ لم يخص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية الأحداث بضبطية قضائية خاصة كما أنه تتعدم نصوص خاصة بالأحداث في مرحلة الضبطية القضائية و بالتالي فالضبطية القضائية العادلة هي التي تقوم بالبحث و التحري طبقا للقواعد العامة ضد الأحداث إلا أننا نشير في هذا السياق إلى المنشور الصادر من المديرية العامة للأمن الوطني في 15 مارس 1982 و مفاده إنشاء فرق لحماية الأحداث و الطفولة و أفراد هذه الفرق يتمتعون بصفة الضبطية القضائية طبقا للقواعد العامة.

⁴ الأمر رقم 155/66 ، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم ، المرجع السابق ، المادة 15 و المادة 19.

- سعى الحدث بحضوره وليه أو المسؤول القانوني عنه وفي حالة غيابهم مثل مديرية النشاط الاجتماعي بالولاية وترسل المخادر إلى وكيل الجمهورية وفق ما هو محدد قانوناً "القواعد العامة".
 - الوقاية والحماية بالتصدي إلى جميع أشكال استغلال الأحداث و التنسيق مع أفراد فرق حماية الطفولة
 - توعية و تحسين الأحداث عن طريق برامج خاصة بالمراكيز والمدارس و مراكز التكوين المهني وبالتعاون مع مديريات البيئة والشباب والرياضة، الصحة، الثقافة، وكل من له علاقة بجانب الطفولة والشباب.
 - إعادة الإدماج وذلك بالتنسيق مع مراكز إعادة التربية.
- إجراءات الضبطية القضائية والحاكمة في حماية حقوق الأحداث : يباشر ضباط الشرطة القضائية في الجزائر عملهم في قضايا الأحداث وفقاً للقواعد العامة متى وصل إلى علمهم أو تم اكتشاف جريمة أو تعرض إلى الأحداث أو الانحراف¹ ، من تلقي الشكاوى والبلاغات و جمع الاستدلالات من طرف فرق حماية الطفولة أو خلايا حماية الأحداث
- الأوامر الماسة بشخص الحدث : يصدر في حق الحدث مجموعة من الأوامر من قاضي الأحداث، قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث و كذا المستشار المنذوب لحماية الحدث على مستوى الجالس ، فتشمل كل من:
- الأمر بالإحضار: المادة 110 من قانون الإجراءات الجزائية و يتم عملياً ضد الحدث إلا في الحالات القصوى أين يتمنع الحدث أو وليه الحضور ،
 - الأمر بالقبض : المادة 119 من قانون الإجراءات الجزائية و عادة فالأمر بالقبض تكون نادرة التطبيق للطبيعة الموضوع المتعامل معه و مستوى تفكيره الفتى إلا إذا كان هروبه بمساعدة وليه هنا تكون أمام إجراءات خاصة منها عرقلة الهيئة القضائية.
 - الأمر بالحبس المؤقت : يعتبر الحبس الاحتياطي إجراء استثنائي² وأحاطه المشرع بمجموعة من القيود والضمانات يمكن أن تكون كافة لضمان الحرية الشخصية لكل متهم و خاصة فيما يتعلق بحرية الأحداث ، فقد تناول المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 456 من قانون الإجراءات الجزائية مفرقاً بين الأحداث الأقل من ثلاثة عشر والأحداث الأقل من الثامن عشر وأكثر من الثالث عشر من العمر .
 - أما عن الأحداث الأقل من سن الثالث عشر من العمر فلا يجوز حبسهم حسب الفقرة الأولى من المادة 456 من قانون الإجراءات الجزائية³ تماشياً مع المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري⁴ الفقرة الأولى التي تنص : لا تقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية ... و عليه فإن إيداع الحدث الحبس المؤقت أمر مستبعد حتى وإن ارتكب جنحة فيسلم إلى الوالي أو المسؤول القانوني أو الحاضن كون أن الحبس يؤثر في نفسية الطفل وقد يغير بيئته الطبيعية المعتادة وقد يسبب له صدمة نفسية ، إلا أن للقاضي أن يلجأ إلى مركز الإيواء حالة غياب الوالي أو المسؤول أو الحاضن حسب المادة 455 من قانون الإجراءات الجزائية .

¹ الأمر رقم 155/66، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، المرجع السابق ، المادة 12، 13، 17 و 18 .

² الأمر رقم 155/66، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، نفس المرجع ، المادة 123.

³ لا يجوز وضع المجرم الذي لم يبلغ من العمر ثلات عشر سنة كاملة في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة " الأمر رقم 155/66 ، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، نفس المرجع ، المادة 01/456

⁴ الأمر رقم 156/66 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006،المتعلق بقانون العقوبات الجزائري ، المادة 1/49 .

و فيما يتعلق باللدة الزمنية ، فقانون الإجراءات الجزائية لم يحدد مدة زمنية للامتثال الحدث بصفة مؤقتة في المراكز أو المؤسسات ، و لكن الأمر 65/75 المتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة¹ في مادته 05 جاء فاصلاً بتحديد مدة 06 أشهر ، و كذا حددت نفس المادة في المر 03/72 المتضمن حماية الطفولة و المراهقة .

عن الأحداث الذين تفوق سنهما أكثر من ثلاثة عشر سنة ، إذا قضى المر من أهل الاختصاص أن يجبيس الحدث المتهم يجب أن تراعي الشروط الشكلية و الموضوعية عند الحبس أما عن الشروط الموضوعية يجب أن الجرائم المعقاب عليها بالحبس أكثر من شهرين² ، و وجوب استجواب المتهم قبل الحبس ، و عن الشروط الشكلية تشتمل على :

- أن يكون الأمر مسبباً
- أن يصدر الأمر من قاضي متخصص
- تحديد مدة الحبس.

ثالثاً إعادة تأهيل الحدث : يفترض التنفيذ العقابي للأحداث إعداد مجموعة من أساليب المعاملة التي تستهدف توجيهه إلى الأغراض المبتغاة منه ، ومن ثم كانت هذه الأساليب بمثابة وسائل إلى تحقيق أغراضه ، فإذا كان الغرض الأساسي للتنفيذ العقابي هو تأهيل المحكوم عليه عن طريق تهذيبه أو علاجه فإن أساليب المعاملة العقابية هي في ذاتها وسائل تهذيب أو علاج تستهدف التأهيل ، و بالدرجة الأولى الحماية لمواجهة المستقبل المجهول و لمساعدته على إعادة الإدماج ، ما أكدته النصوص التشريعية التي وردت في هذا الإطار خاصة منه الاهتمام بالحدث بعد الإدانة و خلق إستراتيجية من شأنها تحقيق الإدماج ، التهذيب ، في إطار حماية واسعة لحقوق الحدث ، لم يكتفي المشرع الجزائري بما ورد من نصوص عقابية ردعية ضد كل مساس بالطفل جسدياً أو معنوياً ضمن قانون العقوبات ولم يكتف أيضاً بمجموعة النصوص القانونية التي تكفل حماكة خاصة للقاصر ضمن قانون الإجراءات الجزائية من المادة 442 إلى 493 منه³ بل عززت النصوص القانونية المكلفة بحماية الطفل بالأمر 03/72 المؤرخ في 10/02/1972 المتعلق بحماية الطفولة و المراهقة والتي باعتبار أن الطفل هو رجل المستقبل وأمل البلاد فلا بد أن ينتفع بشكل امتيازي من التدابير الملائمة و الحماية المطلقة و العامة للصحة والأمان و التربية الآيلة إلى النمو المنسجم ل حاجياته الذهنية و الأدبية.

وعليه يتعين على المجتمع بالنتيجة أن يقوم بواجب العناية الخاصة بالأحداث و المراهقين المعرضين للخطر المعنوي.

جاءت المادة الأولى لتوسيع من الحماية إلى كل القصر الذين لم يكملوا 21 عاماً و تكون صحتهم و أخلاقهم أو تربيتهم عرضة للخطر أو يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضراً بمستقبلهم فيمكن إخضاعهم لتدابير الحماية و المساعدة التربوية. ويكون التبليغ عن حالة الخطر المعنوي التي يعيشها الحدث سواء من طرف وليه أو المكلف بمحضانته أو وكيل الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المندوبي المختصين . يقوم قاضي الأحداث فور تلقيه ملف الحدث في خطر معنوي باتخاذ التدابير الضرورية والتي نصت عليها المادة 05 من الأمر⁴ وهي :

¹ الأمر رقم 64/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة ، المادة 05.

² الأمر رقم 155/66 ، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتم ، المرجع السابق ، المادة 124 إلى 125 مكرر.

³ الأمر رقم 155/66 ، المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتم ، المرجع السابق ، المادة 442 إلى المادة 493.

⁴ غير أنه وفي الحالات السابقة يجوز لقاضي الأحداث اتخاذ أمر بوضع الحدث تحت نظام الحرية المحرورة وتکليف هيئة مختصة مثل مصلحة التربية واللاحظة بالوسط المفتوح إلى الإشراف على تقويم سلوكه وحمايته من أية أخطار أخرى تعيق نموه الجسدي والنفسي السليم ، كما نصت المادة 06 على جواز أن يتخذ قاضي الأحداث في حالة عدم جدواه إبقاء الحدث ضمن الوسط المفتوح بأن يأمر بصفة مؤقتة: - إلزاق الحدث بمركز الطفولة المسعفة أو أية مراكز متخصصة - بأية مؤسسة خاصة بالعلاج النفسي أو الإدماج . وأن الإشراف على الحدث داخل هذه المؤسسات المختصة من طرف قاضي الأحداث ضروري سواء عند ترأسه للجنة إعادة التربية للأحداث نصت عليها المادة 126 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي أو عن طريق التقارير الدورية التي يستلمها من طرف مدراء المؤسسات حول تطور وضعية القاصر داخل المؤسسة.

- إبقاء القاصر في عائلته
- إعادة القاصر إلى والديه أو أحدهما
- تسليم القاصر إلى أحد أقاربه أو لشخص موثوق به وأن لهذا الشخص الحق في استلام مبالغ النفقة الغذائية المحكوم بها لفائدة القاصر وكذا المنح العائلية المقررة وهو ما نصت عليه المادة 15 من هذا القانون .
- إلهاقه بمركز للتكوين المهني أو معهد متخصص

كما ورد القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06/02/2005 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين¹ محدداً الأهمية القصوى لفئة الأحداث والتي يمكن حصرها في:

- نصت المادة 28/2 من القانون على استحداث مراكز متخصصة لاستقبال الأحداث الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة المحبوسين مؤقتاً أو المحكوم عليهم نهائياً بعقوبة سالبة للحرية مهما كانت مدتها.
- نصت المادة 29 من نفس القانون أنه عند اللزوم تخصص مؤسسات الوقاية ومؤسسات إعادة التربية أجنبية خاصة بالأحداث - ونصت المادة 33 من نفس القانون على ضرورة المراقبة الدورية للمراكز المتخصصة للأحداث من طرف وكيل الجمهورية وقاضي الأحداث وقاضي التحقيق مرة كل شهر على الأقل وبالنسبة لرئيس غرفة الاتهام رئيس المجلس القضائي والنائب العام مرة كل 03 أشهر على الأقل كما أنه يتعين على رئيس المجلس القضائي تحرير تقرير مشترك كل 06 أشهر يوجه إلى وزير العدل يتضمن تقييم شاملاً لسير المؤسسة والمقاييس المادية والتربيوية الملاحظة .

الخاتمة :

رغم كثرة الكلام عن حماية الطفولة الذي نسمعه في الكثير من المناسبات ، وخاصة في الفاتح من جوان، إلا أن الواقع الذي يعيشه الطفل الجزائري يجعلنا ندق ناقوس الخطر للحال الذي آلت إليه الطفولة، التي مع كل الأسف لم يعد يوجد من يدافع عنها، وبصفة أدق صارت مجرد ورقة مساومة، وفي بعض الأحيان تجارة سياسية، فلا الإجراءات القانونية حركت من واقع الطفل، ولا الكثير من الأمور سمحت للطفل بأن ينال مكانه الطبيعي في عالم الطفولة مع ما يعنيه في واقعه المر، فشرائح كثيرة من الأطفال دخلت عالم الشغل دون إرادة منها، رغم أن القانون لا يسمح بتشغيل الأطفال الأقل من 16 سنة، إلا أن الواقع يثبت أن عدد الأطفال العمال في ارتفاع مستمر، سواء في الأسواق الشعبية أو في بعض مصانع الخواص، وتزداد الظاهرة ارتفاعاً مع حلول العطلة الصيفية، حيث تعمد الكثير من الأسر الفقيرة إلى إرسال أطفالها إلى عالم الشغل من أجل تحصيل بعض المصروفات الأساسية تحضيراً للدخول المدرسي. وكان من الممكن أن تستعمل الأموال التي تعقد بها ندوات ودراسات حول راهن الأطفال في أمور تهم الطفل في صحته النفسية والعقلية، بدلاً من الكلام الأجوف والملتقيات التي تنقض على قرارات لا تطبق أبداً، ليبقى مستقبل رجال الغد غامضاً ومحظولاً، في ظل لا مبالاة الكثير من المعينين الذين يعتقدون أن معالجة مشاكل الطفل تتم في مناسبات معينة وبعقد الندوات والإكثار من التوصيات. وما زاد الطين بلة تلك الظاهرة الدخيل على مجتمعنا ألا و هي الاختطاف الذي مس الآونة الأخيرة الأطفال ومتطلبات حمايتهم وإجراءات مواجهتها.

¹ القانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06 فبراير سنة 2005 ، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمساجون.

قائمة المراجع:

- 01 د. زيدومة درياس ، حماية الأحداث في القانون الإجراءات الجزائري ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة . 2007.
- 02 د. فتوح عبد الله الشادلي ، أساسيات علم الإجرام و العقاب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 2006.
- 03 أ.محمد الغياط ، السياسة الجنائية و حماية حقوق الحدث الجانح في المغرب " دراسة قانونية تربوية اجتماعية "، طوب برييس -الرباط ، المغرب ، الطبعة الأولى ، 2006
- 04 د. محمد بن مدني بوساق ، التوجهات السياسية الجنائية المعاصرة و الشريعة الإسلامية "، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، سنة 2002.
- 05 د. محمد الرازقي ، علم الإجرام و السياسة الجنائية ، دار الكتاب الجديد المتحلة ، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ، 2004.
- 06 أ.د محمد شلال العاني ، عولمة الجريمة رؤية إسلامية في الوقاية ، كتاب الأمة ، سلسلة دورية شهرية عن وزارة الأوقاف ، العدد 107، قطر .
- 07 د. منصور رحماني ، علم الإجرام و السياسة الجنائية ، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة ، الجزائر ، 2006.
-
- 01 محمد بن عثمان بن محمد آل عثمان ، " السياسة الجنائية في عهد عمر بن عبد العزيز" دراسة تأصيلية مقارنة" بحث لنيل شهادة الماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2007.
-
- 01- الأمر رقم 159-66 المؤرخ في 18 صفر سنة 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، المعدل و المتمم بـ القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، و المتضمن قانون العقوبات
- 02- الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 18 صفر سنة 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 03- الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 04- الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 05- الأمر رقم 03/72 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1391 الموافق لـ 10 فبراير سنة 1972 يتعلق بحماية الطفولة و المراهق .
- 06- الأمر رقم 64/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة .
- 07- المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 14 ديسمبر 1992، المتعلقة باتفاقيات حقوق الطفل وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.

-
- 08 - المرسوم الرئاسي رقم 242/03 المؤرخ في 08 جمادى الأول الموافق لـ 08 يوليو 2003 ، و المتضمن المصادقة على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و رفاهيته ، أديس أبابا يوليو 1990.
- 09 - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة .
- 10 - القانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06 فبراير سنة 2005 ، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين.
- المعاهدات و الاتفاقيات الدولية :
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 10 كانون الأول /ديسمبر 1948، إدارة شؤون الإعلام، هيئة الأمم المتحدة.
اتفاقية حقوق الطفل 25/44 المؤرخة في 20 تشرين الثاني /نوفمبر 1989 تاريخ بدأ النفيذ 02 أيلول /سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49.
 - البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 أيار /مايو 2000 - دخل حيز النفيذ في 23 فبراير 2002
الموقع شبكة الانترنت :
 - من ويكيبيديا ، الموسوعة العلمية الحرة الإلكترونية، علم السياسة، www.mercprogram.org
 - دراسة الكرباد ، مركز الدراسات في الاقتصاد التطبيقي للتنمية، www.ons.dz..
 - الديوان الوطني للإحصاء ،

أسباب الإباحة في جرائم نقلية المصنفات الأدبية و الفنية في التشريع الجزائري



الأستاذ : بن عمرياسين جامعة الوادي

ماجستير حقوق تخصص : قانون جنائي

Email : benamoryacine@hotmail.fr

تناول ورقة البحث هذه موضوعا من مواضيع الملكية الفكرية و المتعلقة بالمصنفات الأدبية و الفنية التي أفردت لها المشرع الجزائري قانونا خاصا متمثلا في الأمر رقم 03/05 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة الذي تضمن تعديلات جديدة من خلال النص على المصنفات الإلكترونية ، و تأتي هذه الدراسة للإجابة على الإشكالية المتعلقة بأسباب الإباحة في جرائم تقليل المصنفات ، و هل تنطبق هذه الحالات على المصنفات الإلكترونية ؟ و لمعرفة الإجابة على الإشكالية قمنا بتقسيم الموضوع إلى ثلاث مباحث عرفنا في المبحث الأول التقليل وأهم صوره و في المبحث الثاني حالات الإباحة لجنحة التقليل التي ذكرها المشرع و ناقشنا في المبحث الثالث مسألة مطابقة حالات الإباحة للمصنفات الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية :

الملكية الفكرية ، المصنفات الأدبية و الفنية ، النسخة الخاصة ، المصنفات الإلكترونية ، قواعد البيانات ، التقليل ، حق المؤلف .

Ce Document traite de recherche parmi les sujets de la propriété intellectuelle le Domain qui concerne de les ‘œuvres de littérature et l'art qui le consacre par le législateur sur le loi spéciale représentée par le décret N° 03/05 qui comprenait de nouvelles modifications dans le texte à des œuvres électronique, et cette étude vient pour répondre au problème sur les motifs que autorisé les crimes de contrefaçon des œuvres, et ce sont ces cas ne s'applique à des œuvres d'électronique? Et pour connaître la réponse au problème nous divisions le sujet en trois partis,

on cite dans le première parti de recherche les formes les plus importantes et dans la deuxième section de l'étude on expliquée délit mentionné par le législateur et discutés dans le troisième question de recherche de cas correspondant que autorisé à des œuvres d'électronique

Les mots clé :

Le propriété intellectuelle , les 'œuvres de littératures et d'arts , le copie privé , les 'œuvres électroniques, base de donnée , le contrefaçon , le droit de l'auteur .

مقدمة :

إن الحضارة الإنسانية اليوم في تطور مستمر ، والعالم اليوم في تزايد وغو سريعين ، وبات يشكل قرية صغيرة بفضل العولمة التي أنتجت تنوع الثقافة والعلوم والمعارف ، مما أدى إلى ظهور مصنفات حديثة مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات ، إلا أن هذا التطور السريع خلف عدة سلبيات أهمها التدخل الكبير في خصوصيات الأفراد والانتهاك الصارخ لحقوقهم وإبداعاتهم ، ومن هذه الحقوق حق الملكية الفكرية الذي يعتبر نتاج ما يبدعه الفرد من ذهنه وهي بهذا المعنى تعد من أسمى ما يملك الفرد ، لكونها لا تشكل شيئاً مادياً مستهلكاً ، بل هو ما يعبر عن شخصية الفرد وملكته الفكرية التي له حق الاستئثار بها و الانتفاع بها طول مدة حياته ولورثته بعد مماته .

ولقد أدى التطور التكنولوجي الحاصل في مجال الاتصالات من تعدد الآلات النسخ و ظهور شركات عالمية لإنتاج التسجيلات السمعية البصرية و اتساع نشاط دور النشر لتصل إلى جميع بلدان العالم و منافسة بعضها البعض، إلى خلق أرضية خصبة لانتشار جرائم التقليد التي قامت عليها مؤسسات و شركات خاصة في سرقة الإنتاج الذهني الذي يعد أعلى ما يملكه الشخص المبتكر صاحب التأليف .

و قد تطلب هذا التطور في مجال المصنفات الأدبية و الفنية وضع تشريعات جديدة أو تعديل بعض التشريعات المعمول بها، لحماية حقوق المؤلف على المصنفات الحديثة أو بالأحرى الإلكترونية من مختلف صور التقليد غير المشروع هذه المصنفات لسهولة الاعتداء عليها بالشكل الذي يحقق مصلحة المؤلف من خلال الاعتراف له بحقوقه المالية والأدبية على إبداعه الذهني ، و اطمئنانه إلى إمكانية نشر مصنفاته دون خشية من استنساخها ، ووضع قواعد قانونية لجرائم الأفعال التي توصف في إطار جرائم التقليد ، مما يساعد على زيادة فرص النفاذ إلى الثقافة و انتشار المعرفة بطريقة قانونية في جميع أنحاء العالم .

و لقد جرم المشرع الجزائري فعل التقليد و ذلك في الأمر رقم 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة من خلال النص على الأفعال التي تشكل اعتداء على حق المؤلف . وتختلف التشريعات الحديثة في النص على الاستثناءات التي ترفع صفة التجريم عن فعل التقليد الذي تهدف للحفاظ على تنظيم حياة الأفراد و إيجاد التوازن في العلاقات بينهم و حماية حقوقهم و بين تحقيق المصلحة العامة في نشر العلم و المعرفة، و بدوره فقد استثنى المشرع الجزائري حالات لا تشكل جرم التقليد و ذلك لاعتبارات مختلفة ، فأحياناً لأنها لا تسبب ضرراً على صاحب المصنف ، و تارة لتحقيق المصلحة العامة .

المبحث الأول : التقليد و صوره :

لم تنص معظم التشريعات على تعريف جريمة تقليد المصنفات الأدبية والفنية ، بل أشارت إليها بصورها نتيجة لعدد صورها و أشكالها و تداخلها مع عدة جرائم مشابهة لها ، و على هذاسوف نحاول وضع تعريف جامع لجريمة التقليد .

المطلب الأول : تعريف التقليد :

عرفه "GREFFE.FRANCOIS" ¹ النقل التدليسي لمصنف أدبي أو فني أو ملتوj بقصد التشويف وخلق الالتباس". كما يرى SHENRI DEBOI ² أنه تملك حوصلة جهد عمل الغير لاستغلاله لمصلحته وبالتالي يستولي على الحق المالي والمعنوي لصاحبها.

و حسب CLAUDE COLOMBET ³: فهو يرتكز على استنساخ ونشر بطريقة غير شرعية لمصنف بدون تعديل أو بإدخال تغييرات أو إضافات.

و عرفه فقهاء القانون بأنه : كل فعل عمد إيجابي ينصب على سلعة معينة ، أو خدمة ، ويكون مخالفًا لقواعد التشريع المقررة ، أو من أصول البضاعة متى كان من شأنه أن ينال من خواصها وفائدها أو ثمنها بشرط عدم علم المعامل الآخر به ⁴ .

من خلال هذه التعريفات يمكن أن نجمع نقاط التشابه بينها فنقول :

التقليد هو نقل أو استنساخ مصنف بطريقة احتيالية مع أو بدون تعديل فيه قصد إيقاع الغير في الخطأ والخلط بين المصنف الأصلي والمقلد

المطلب الثاني : صور التقليد :

تتعدد صور التقليد بالنظر إلى تطور الوسائل التكنولوجية المستخدمة وأنواع المصنفات الأدبية و الفنية :

الفرع الأول : إقدام دور النشر على إعادة طبع الكتب دون إذن المؤلف :

تقوم بعض دور النشر على إعادة طبع الكتب التي يزداد الطلب عليها ، أو التي مر على نفاد طبعاتها زمنا طويلا أو التي توفي أصحابها ، و ذلك لسهولة الحصول على الربح السريع من النسخ المزورة دون دفع تكاليف تعويضات لأصحاب الحقوق ، ومصاريف الدعاية والتسويق للمصنف ، وقد دلت نتائج إحدى الدراسات التي أجرتها جمعية الناشرين في إنجلترا حول المقارنة بين تكاليف نشر الكتب التي تنشر بالطرق المشروعة و تكاليف نشر النسخ المزورة أن الربح الصافي الذي تحقق دور النشر التي تنشر الكتب بالطرق المشروعة هو 10% بينما بلغ الربح الصافي بالنسبة لدور النشر التي تنشر الكتب المزورة 55% أي ما يقارب 5 أضعاف الربح الذي تتحقق دور النشر القانونية ⁵.

الفرع الثاني : ترجمة المصنف دون إذن المؤلف :

حيث يقوم بعض الأشخاص المقلدين بترجمة أصول الكتب الأجنبية و بالأحرى انتحala من خلال تضليل القارئ أن هذه الكتب من تأليفهم ، بعد تعديل شكل الكتاب أو عنوانه و حذف أسماء مؤلفيها ، و يقوم بعض الناشرين بترجمة الكتب دون الحصول على ترخيص من أصحابها ، وأحياناً يقومون بإجراء التعديلات عليها بحذف ما يشاؤون و إضافة ما يشاوؤن و كل ذلك دون إذن مسبق .

الفرع الثالث : الاعتداء على المصنفات الفنية :

تعتبر معارضات المتاحف من لوحات فنية و تماثيل و نقوش من المصادر الجيدة للمزورين ، و بلغت مهارة الفنانين المزورين حداً من الدقة في تزويرهم للوحات الفنية جعلهم يسبعون على نسخهم مظهراً من القدم لدرجة أنها تبدو لوحةً أصلية من خلال الشروخ و الفجوات التي توجد على السطح الملون لللوحة لتقادم الزمن على طبقات الألوان و الطلاء عن طريق لف قماش اللوحة المزورة أو ثنيه ب مجرد جفافه ، لتأخذ اللوحة ملامح الشقوق و الفجوات الموجودة في اللوحة الأصلية.⁶

لقد أصبح انتحال اسم الفنانين المشهورين و تزوير أعمالهم الفنية من الأمور الشائعة في الوقت الحاضر ، فقد أكد خبراء اللوحات الفنية الزيتية في إيطاليا أن معظم اللوحات التي تم شراؤها من صالات عرض اللوحات المشهورة ، والتي بلغت ثمن إحداها 03 ملايين دولار أمريكي و التي تعود إلى الرسام المشهور (مايكل أنجلو) لم تكن سوى لوحات مزورة .

كما تبين من نتائج استقصاء أجري في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1909 أنه يوجد 135000 لوحة فنية للرسام (Coro) كورو مع أن هذا الفنان لم يرسم في حياته إلا 1500 لوحة .

الفرع الرابع : الاعتداء على المصنفات السينمائية :

تعدد وتنوع صور الاعتداء على المصنفات السينمائية و التي تمثل في الأفلام السينمائية و من أهم صور الاعتداء :

1- قيام مؤلف السيناريو بسرقة قصة الفيلم منشورة في كتاب دون الإشارة إليه ، أو تحويل القصة بإذن من مؤلفها ثم يقوم مؤلف السيناريو بتعديلها حتى يخرج القصة من مضمونها بحجج الشكل الذي يستلزمها الفن السينمائي⁷ .

2- اقتباس فيلم من قصة من حيث الموضوع ، العناصر ، تسلسل الأحداث ، الحبكة ، العقلة إلى الحل اقتباساً تماماً ، أما إذا اقتصر الاقتباس على عنصر واحد كال فكرة المجردة ، أو تسلسل الأحداث فإنه لا يشكل اعتداء .

3- عرض فيلم مستأجر عرضاً غير مشروع ، مثل عرض فيلم مستأجر عدة مرات أكثر من المتفق عليه ، أو عرضه في الأماكن غير المتفق عليها .

و في قضية بين المؤسسة الوطنية للتلفزة الجزائرية و دار نشر مجهولة ، حيث تعرض الفيلم الجزائري بعنوان " أولاد نوفمبر " les enfants de novembre للمخرج الجزائري " موسى حداد " لقرصنة من طرف دار نشر و توزيع

مجهولة ، حيث وجدت نسخ من شريط فيديو كاسيت لهذا الفيلم معروضة في الأسواق الجزائرية بدون ترخيص لا من المؤلف ولا من التلفزة الوطنية⁸ .

الفرع الخامس : الاعتداء على تسجيلات السمعية البصرية :

هذه الفئة تتسم بخصائص مميزة أهمها : الزيادة المضطربة في أعداد الحالات التي تتعامل ببيعها و تأجيرها خاصة في فترة ما بعد الثمانينيات ، حيث ازداد الاتجاه إلى تأجيرها بدلاً من بيعها وخاصة تسجيلات الفيديوغرام أو التسجيلات السمعية البصرية ، وأصبحت عمليات التأجير هي الوسيلة السائدة لتوزيع هذه التسجيلات و تداولها لدى الجمهور ، وقد ترتب على ذلك تزايد ظاهر التعامل غير المشروع للمصنفات عن طريق استنساخها دون الحصول على ترخيص من ذوي الحقوق و تأجيرها دون مراعاة حقوق مقتببه.

المبحث الثاني : الأفعال المباحة لجنحة التقليد :

اعتبر المشرع الجزائري بعض أفعال النسخ مباحة ولا تأخذ حكم التقليد ولا ترتب المسؤولية الجنائية عن فاعلها، و هذه الأفعال تعتبر استثناءات قد أملتها بصفة عامة المصلحة العامة للمجتمع في تيسير سبل الثقافة و التزود من ثمار العقل البشري ، كما لا تلحق هذه الاستثناءات أضراراً بأصحاب الحقوق و ذلك بسبب عدم تحقق أي أرباح من ورائها حيث لا يتم الحصول على أي مقابل نظير هذا الاستعمال ، وإذا ما حصل ضرر فإنه يكون يسيراً .

هذا وقد يكون الإستثناء منصوصاً عليه لحالات خاصة مثل الاستعمال داخل الإطار العائلي و ذلك لإنفاء الضرر الواقع على صاحب المصنف لحدودية الإستخدام .

أخذت أغلب التشريعات الوطنية بالنص على وجود استثناءات لفعل إعادة النسخ الجرم و حدا المشرع الجزائري حذو أغلب التشريعات في النص على هذه الاستثناءات في الفصل الثالث المادة 33 و مابعدها⁹ ونص عليها المشرع الفرنسي في L122-5 CPI من قانون الملكية الفكرية .

المطلب الأول : الأفعال المباحة للمصلحة العامة :

لقد اهتم المشرع الجزائري بحق المعرفة للجميع و انتشار الثقافة على نحو لا يضر بصالح أصحاب المؤلفات على غرار معظم التشريعات الحديثة

الفرع الأول : مبدأ حق الشعب في الإعلام :

هو مبدأ متعارف عليه في الاجتهد القضائي و يتضمن حق الجمهور في المعلومة ، وقد كرست محكمة البداية في فرنسا بتاريخ 22/02/1999 مفهوماً واسعاً لهذا المبدأ 10 في قضية وقائعها أنه في صيف 1997 عرضت لوحات للفنان LODLEVE في متحف UTRILLO حيث أقدمت محطة تلفزيون فرنسية على وضع ريبورتاج متلفز لهذا العرض ، و تم عرض 12 عملاً فنياً مما أثار سخط من تعود له هذه اللوحات فأدعى على التلفزيون كونه عرض دون إذنه هذه المصنفات أما التلفزيون فتنزع بأربعة أسباب : أدعى محطة التلفزيون أن بث تقريرها لا يشكل استثماراً جديداً أو

مستقلا للوحات العائدة للمعرض فرفضت المحكمة هذا القول لأنه أعطى الحق في عرض اللوحات وبيع صورها ولم يعط الإذن لتصويرها في فيلم تلفزيوني .

أما السبب الثاني الذي أدلت به محطة التلفزيون هو نص المادة 15 فقرة 01 من اتفاقية برن حول حق المؤلف التي تنص على أن "الاقتباسات من المصنف المنصور متاحة للجمهور بشرط الاستعمال الحسن والإجراءات المبررة لتحقيق الهدف المراد" ، رفضت المحكمة هذا التبرير استنادا إلى أحكام المادة 03 فقرة 05 من الاتفاقية والتي موجها تكون الحماية في الدول وفق التشريعات الوطنية ، لكن التلفزيون عاد بالقول بجواز اقتباس استنادا للـ 122-5 CPI 3 من القانون الفرنسي المتعلق بملكية الفكرية ، واعتبرت المحكمة أن هذا النص يمكن تطبيقه سواء في التمثيل أو في الاستنساخ والتلفزيون كان يريد إعطاء المعلومات لكن ما هو غير جائز إقدام التلفزيون على عرض اللوحات بكاملها وكان باعتقاده أنها تشكل اقتباسات ولا يعتبر الكشف عن كامل اللوحات بدون إذن عملا شرعا لأنة تجاوز ما هو مطلوب و ما هو متعارف عليه في الإعلام بهدف إيصال المعلومات للجمهور 11.

ولقد نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على هذا المبدأ في المادة 10 : "Toute personne a droit à la liberté d'expression qui comprend la liberté de recevoir ou de communiquer des informations sans considérations de frontière"

" من حق كل شخص حرية التعبير التي تتناول استقبال المعلومات وإيصالها دون أية حدود "

وفي التشريع الجزائري نص على هذا الحق وجعله من الاستثناءات التي تبيح أخذ اقتباسات من المصنف دون إذن المؤلف في المادة 43.

نشير إلى أن المحاكاة الساخرة "la parodie" و النقد الأدبي "pastiche" و الكاريكاتير يتمتعون بنفس المناعة التي تتصف بها نسخ اقتباسات وهذا الاستثناء لإعطاء الحق في النقد الأدبي و الفني الساخر وقد جاء النص عليه في المادة 42 من الأمر 03/05 .

الفرع الثاني : النسخة الخاصة 12 :

تناولت بعض التشريعات النسخة الخاصة la copie privée كاستثناء وحده يلحق بالحق ألاستشاري للمؤلف وأصحاب الحقوق المجاورة ، و يأتي ذلك نتيجة القيام باستنساخ العديد من النسخ من طرف صناع ومستوردي الأشرطة المغnetة مما أدى إلى قلة الإقدام على شراء النسخ الأصلية و الاكتفاء بما يقومون به من استنساخ للأشرطة و الأسطوانات وغيرها من الدعامتات الإلكترونية ، فسبب بذلك أضرارا لأصحاب الحقوق من مؤلفين و فناني أداء ومنتجين .

و لوضع حد لهذا الخطر لجأت العديد من التشريعات إلى فرض ما يسمى بالمقابل المالي من أجل هذه النسخ الخاصة كتعويض لأصحاب الحقوق، و منها المشرع الفرنسي والنمساوي والسويدى ، وقد حذا المشرع الجزائري حذوهم بالنص على التعويض و ذلك في الباب الرابع من الأمر 03/05 ، و طبقا للتشريع الجزائري فالأشخاص الملزمون بدفع هذا المقابل المالي حسب نص المادة 125 هم :

الصناع ومستوردو الأشرطة المغنة أو الدعائم الأخرى و أجهزة التسجيل .

و قد أعفى المشرع الجزائري بعض الهيئات من دفع الإتاوة على النسخة الخاصة إذا تعلق الأمر باحتياجات المؤسسات العمومية المتخصصة للمعوقين و جمعياتهم .

المطلب الثاني : الأفعال المباحة للاستعمال الخاص :

و تتضمن حالات تتعلق بالاستعمال الشخصي أو المحدود ، و قد أباحتها المشرع الجزائري محدودية حصول الضرر على صاحب المصنف

الفرع الأول : إعادة نسخ مصنف من أجل الاستعمال الشخصي :

ذكرت المادة 41 هذا الشرط كاستثناء على حق المؤلف الاستثماري لمصنفه و قد حددت المادة عملية إعادة النسخ في نسخة واحدة ، لقد أراد المشرع عدم صد الأبواب أمام الدراسة والتحصيل العلمي ، لكن السؤال ما هو مفهوم الاستعمال الشخصي؟ وهل يعني كل استعمال شخصي بوجه المطلق دون التوقف أمام مصالح صاحب المصنف؟ ففي برامج الكمبيوتر يجب التمييز بين الذي يقوم بأخذ نسخة واحدة من البرنامج بهدف تطويره أو دراسته أو تعديله شرط عدم الإضرار بمصالح واسع البرنامج ، وبين إقدام عشرات أو مئات الأشخاص على أخذ نسخ من البرنامج فهو يعتبر استغلالاً، هذا وقد منع المشرع الجزائري استعمال النسخة بالنسبة لبرامج الكمبيوتر أو قواعد البيانات من أجل الاستعمال الشخصي إلا إذا كان :

- استعمال البرنامج للغرض الذي اكتسب من أجله

- تعويض نسخة مشروعة الحيازة في حالة الضياع أو التلف

وفي التشريع اللبناني فإنه يمنع استعمال النسخة المنسوخة ضمن شركة أو في أي مكان عمل آخر بدون موافقة المؤلف ولا ينطبق عليها وصف الاستعمال الشخصي.

الفرع الثاني : الاستعمال الخاص :

هنا ينبغي أولاً التفريق بين الاستعمال الشخصي و الاستعمال الخاص، فالاستعمال الشخصي يهدف إلى الاستفادة الشخصية من المصنف و موجه لأغراض شخصية كالدراسة أو البحث أو الترفيه ... الخ، أما الاستعمال الخاص للمصنف فينصرف إلى أداء هذا المصنف في المجتمعات داخل إطار عائلي ، أو داخل مؤسسة تعليمية مadam يتم ذلك دون تحصيل مقابل مالي ، فهو مختلف عن الاستعمال الشخصي في كون أنه يتم استغلال المصنف ليس لأغراض شخصية بحثة كما سبق و إنما لأغراض مشتركة بين جماعة معينة من الأشخاص كأفراد العائلة أو طلاب في مؤسسة تعليمية تكوينية ، فهنا الاستثناء يتجاوز المستخدم الفرد إلى الإطار العائلي أو الطالبي بغض النظر البحث، إلا أنهما يتفقان في حظر نقل النسخ المستنسخة للاستعمال الشخصي أو الخاص إلى عامة الجمهور، و يرى Claude colombet أن الاستعمال الشخصي او العائلي هي مفاهيم يجب تفسيرها بصورة ضيقة ولا يجوز التوسيع في مضمونها 13، حيث أن التطور التقني الهائل سهل من عملية الاستنساخ بصورة كبيرة ، مما ترتب عليه كثرة تداول النسخ في دائرة الاستعمال الخاص ، فتتجزء عنه قلة الإقدام على شراء النسخ الأصلية ، و الاكتفاء بما يقومون به من استنساخ للأشرطة الأصلية ، و الأسطوانات وغيرها من الدعامات الإلكترونية ، وهذا سبب أضراراً بأصحاب الحقوق من المؤلفين و المنتجين و قناني الأداء .

وقد أدرج المشرع الجزائري في المادة 44 من الأمر 03/05 استثناء يتعلق بعرض المصنف داخل دائرة الأسرة، وهي توافق المادة L122-5CPI و المشرع نص على هذه الحالة لأن دائرة الأسرة ضيقه ولا يلحق الضرر بصاحب المؤلف.

*استعمال برنامج في مكان العمل :

المشرع الجزائري لم يشر إلى حالة استخدام برامج في مكان العمل (في الشركات مثلا) لأن الاستثناءات الواردة على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال ، و نلاحظ أن المشرع اللبناني قد وقف موقفاً محدداً بشأن هذه النقطة بالإضافة إلى أن استعمال البرامج في أماكن العمل لا يعتبر من الاستثناءات المباحة إذا لم يكن دون موافقة صاحب البرنامج و نحن نرى ضرورة تدخل المشرع لتحديد موقفه في هذه النقطة خاصة في ظل انتشار عمليات تبادل أسرار المهنة بين الشركات المنافسة .

المبحث الثالث : المصنفات الإلكترونية و حالات الإباحة :

إن المصنفات الإلكترونية تعد من المصنفات التي استحدثها المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة و قبل التطرق إلى مسألة مطابقة أسباب الإباحة للمصنفات الإلكترونية علينا أولاً توضيح ما المقصود بالمصنفات الإلكترونية

المطلب الأول : تعريف المصنفات الإلكترونية :

أضاف المشرع الجزائري في التعديل الأخير للأمر رقم 05/03 مصنفات حديثة أضفت عليها صفة الحماية القانونية ، ومن أهم المصنفات الحديثة التي أضافها المشرع الجزائري في الأمر 05/03 برامج الحاسوب الآلي

1- برامج الحاسوب الآلي:

يقصد ببرامج الحاسوب الآلي مجموعة من التعليمات التي تستطيع الآلة قراءتها والقيام بإنجاز وظيفة أو أداء مهمة بواسطة المعالجة الآلية للمعطيات ونميز نوعين من البرامج:

أ- برامج التشغيل : وأشهرها برامج Windows (xp. vista). ultimat

ب- برامج التطبيق : وهي التي يقوم كل منها بمهام معينة مثل برامج Word officephotoshope.

وقد ثار جدل قانوني كبير بشأن توفير الحماية القانونية لها من حيث طبيعتها وموضع حمايتها من بين تشريعات الملكية الفكرية إلا أن الاتجاه الغالب اعتبرها أعمالاً أدبية تحمي بموجب تشريعات حق المؤلف حيث جاء النص عليها في اتفاقية برن لحماية الملكية الأدبية والفنية 1978 وأكد عليها المشرع الوطني في التعديل الأخير للأمر 05/03 المتعلق بحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة و ذلك في المادة الرابعة فقرة (أ)، وبالنسبة للابتکار في برامج الحاسوب الآلي فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها في قضية patchot الصادرة بتاريخ 07 مارس 1986 معياراً موضوعياً للابتکار ، إذ اعتبرت أنه : يكفي لتوافره أن يحمل اللوجيسیال السمة التي تدل على الجهد الشخصي الذهني لصاحبها 15.

وفي التطبيقات القضائية فإن الاتجاه الغالب يرى أن برامج الحاسوب الآلي من المصنفات التي تشملها الحماية المقررة لحق المؤلف، وقد وضع القضاء الألماني معايير أو شروط لاستفادتها من الحماية المقررة بموجب حق المؤلف ، وقد قضت محكمة العدل الفيدرالية الألمانية في حكم لها أن برامج الحاسوب الآلي مشمولة بالحماية ما دامت تشكل إبداعا فكريا شخصيا وأن حماية برامج الحاسوب يتطلب توافر عدة شروط :

أولها:أن يتميز البرنامج عن غيره من البرامج بطابع إبداعي كاف ويعد هذا الشرط محققا إذا تيسر تمييز البرنامج بصورة عامة وبوضوح عن المستندات السابقة له ولم يكن مجرد تطور تقني لشيء معروف.

ثانيها:أن يشمل استحداث البرنامج الجديد أكثر من عمل بسيط كالعمل اليدوي بمعنى تتبع المواد تقنيا.

ثالثها: ألا يكون في مقدور عامة الجمهور أن ينهض بعملية التركيب التي نفذها مبدع البرنامج فيما يخص اختيار المعلومات والأوامر وتجمعها وترتيبها وتصنيفها.

2. قواعد البيانات :

هي عبارة عن معلومات مجمعة تتعلق بموضوع ما سواء كان الأمن القومي، الحياة الخاصة للفرد، أو إحصاء سكاني، أو طب، أو هندسة... يتم تخزينها على دعامات مادية متصلة بالحاسوب الآلي تتميز بكونها مرتبة ترتيبا منطقيا، ومصممة بحيث يسهل البحث والرجوع لما ورد فيها من معلومات ، ويجب توافر الطابع الابتكاري لإسهام الحماية عليها، والابتكار يستمد من طبيعة البيانات نفسها، أو من طريقة ترتيبها وإخراجها وتجمعها واسترجاعها.¹⁶

وفي حكم صادر عن محكمة الجنائيات بيروت رقم 139/2000 يتعلق بقواعد البيانات مفاده أن إحدى الشركات العاملة في حقل الكمبيوتر تحصلت على معلومات عقارية مترجمة من مديرية الشؤون العقارية بواسطة الموظفين المكلفين بالقيام بأعمال السجل العقاري واستلمت الشركة نسخة عن معلومات قيود السجل العقاري المنقولة على اسطوانات لقاء بدل مالي معين واعتبرت المحكمة انه يعود لصاحب حق المؤلف وحده الحق في استغلال العمل المادي وله في سبيل ذلك حق حصري في إجازة أو منع بعض التصرفات ومنها نسخ وطبع وتسجيل وتصوير العمل بما في ذلك تصوير الاسطوانات والأقراص مهما كان نوعها و بآلية طريقة أخرى¹⁷.

وقد نص المشرع الجزائري على إسهام قواعد البيانات بالحماية في المادة 05 فقرة 02 من الأمر 05/03 و التي جاء فيها "... و قواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل آخر و التي تتأتى أصلتها من انتقاء موادها أو ترتيبها " .

المطلب الثاني : مدى شمول أسباب الإباحة للمصنف الإلكتروني :

إذا كانت القواعد العامة تحظر النشر أو النسخ دون إذن المؤلف وإذا كان خزن المصنف بواسطة وسيط إلكتروني CD-Rom يعتبر نشراً أو نسخاً فإن التساؤل يثور حول مدى إمكان إعمال الاستثناءات التي وردت على حق النسخ بإجازته في بعض الأحوال دون إذن المؤلف والاستثناءان الأساسيان هما نسخ مقتطفات أو مقتبسات موجزة والنسخ للاستعمال الشخصي فهل يجوز لمستخدم الإنترنت أن يعد لنفسه أرشيفاً يتكون مضمونه من المعلومات التي اطلع عليها من خلال الإنترنت؟ هل يجوز له أن ينشر المعلومات على من يحتفظ بعناوينهم الإلكترونية؟ وهل يجوز له أن يكون مصنفاً عن طريق المزج والتفاعل بين عدة مصنفات سابقة ويشتمل بدوره؟

تنص المادة 13 من اتفاقية ترييس 18 على أنه تلتزم البلدان الأعضاء بقصر أو تضيق القيود أو الاستثناءات من الحقوق المطلقة على حالات خاصة معينة لا تتعارض مع الاستغلال العادي للمصنف ولا تلحق ضرراً غير مبرح بالصالح المشروع لصاحب الحق فيه، وتنص المادة 10/02 من اتفاقية الويبيو على أنه يجوز للطرف المتعاقد أن ينص في تشريعه الوطني على تقييدات أو استثناءات للحقوق الممنوحة لمؤلفي المصنفات الأدبية والفنية بناء على هذه المعاهدة في بعض الحالات الخاصة التي لا تتعارض واستغلال عادي للمصنف ولا تسبب ضرراً غير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف.

الفرع الأول : النسخ للاستعمال الشخصي دون إذن المؤلف :

تنص قوانين حق المؤلف على أنه "إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره. وذلك لاستعماله الشخصي فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك" ويرى المشرع أن الشخص الذي استنسخ نسخة لنفسه واستعماله الشخصي لا يعتدي على حق النشر الثابت للمؤلف فهو لا يقصد نشر النسخة إلى نقلها إلى الجمهور وإنما قصد أن يقصر هذه النسخة على استعماله الشخصي، وهو بعمله هذا لم يضيع على المؤلف أو الناشر إلا ثمن نسخة واحدة وهذه خسارة هينة إذا ما قورنت بما للمجتمع من حق في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تسهم عادة بما تخلفه من أثر في تكوين المعرفة.

ولقد ثار النقاش حول مدى ملاءمة امتداد هذا الاستثناء في مجال قواعد البيانات والإنترنت .

فإذا كانت شبكة الإنترت تسمح بأن يوضع تحت تصرف الكافة الاستخدام الجماعي للمعلومات المخزنة لدى الشبكة، فإن التساؤل يثور حول ما إذا كان من شأن ذلك الخروج عن نطاق الاستثناء الخاص بعمل نسخة واحدة بل وهل من الملائم أصلاً إعمال هذا الاستثناء في مجال الإنترت؟

ينتقد البعض إعمال هذا الاستثناء من حيث المبدأ في مجال الإنترت فالنسخة التي تتم تكون في نفس دقة ونوعية الأصل، كما أن الاستنساخ لا يتم على دعامة مادية 19، كما أن سهولة عمل نسخة وإمكانية تحميل المعلومات لدى المستخدمين من شأنه اتساع النسخ على أوسع نطاق مما يهدد حق المؤلف، ويضاف لذلك أن التفرقة بين النشر العام والخاص أصبحت مهددة غير واضحة المعالم، فعن طريق البريد الإلكتروني وإمكانية الإرسال الفوري لقوائم تضم أكثر من مستخدم يتسع النشر، ولو لم يعتبر نسخاً محظوظاً لanhسر إلى مدى ضيق التقليد على حساب مصلحة المؤلف، بل ويعتبر البعض أن هذا الاستثناء يتعارض مع المادة 13 من اتفاقية ترييس التي تسمح بالاستغلال العادي للمصنفات، كون هذا الاستغلال يخرج عن نطاق الاستغلال العادي .

وبناء عليه لا يمكن الادعاء من الاستفادة باستثناء الاستعمال الشخصي، أو في دائرة عائلية محدودة ، فلا يجب إغفال أن الموقع يوجه إلى جمهور غير محدد .

وقضت إحدى المحاكم الفرنسية، إلى أن السماح للغير بالدخول على الواقع الخاصة واحتمال الحصول على نسخ، ومن حيث أن شبكة الإنترت تشجع الاستخدام الجماعي، فإنه من غير المنتج الدفع بأن من اتخاذ موقعاً لم يقم بأي عمل إيجابي في الإرسال، بل أن السماح بالحصول على نسخ يتوافر ضمنياً من حق الدخول على الصفحات أو

الموقع الخاصة مما مؤداه أن الحصول على النسخ يتم دون موافقة المؤلف وينطوي على استخدام جماعي مما يخرجه عن نطاق الاستعمال الشخصي 20.

وفي مجال قواعد البيانات وبرامج الحاسوب الآلي فإن المادة 122-L من قانون الملكية الأدبية والفنية الفرنسي قد نصت على أن الاستثناء الخاص باستنساخ نسخة واحدة للاستعمال الشخصي لا يسري على نسخ قواعد البيانات الإلكترونية، وبرامج الحاسوب الآلي، بمعنى أنه يجوز عمل نسخة واحدة من هذه المصنفات إلا بإذن المؤلف، لكن يجوز لمن له حق استعمال البرنامج أن يعمل لنفسه نسخة للحفظ sauvegarde إذا كانت ضرورية لاستخدام البرنامج.

و بهذا الشأن نصت المادة 52 من التشريع الجزائري بأنه : يعد عملاً مشرقاً بدون ترخيص من المؤلف أو من أي مالك آخر للحقوق قيام المالك الشرعي لبرنامج الحاسوب باستنساخ نسخة واحدة من هذا البرنامج او اقتباسه شريطة أن يكون هذا النسخ أو الاقتباس ضروري لما يأتي :

- استعمال برنامج الحاسوب للغرض الذي اكتسب من أجله ووفقاً للشروط التي كانت قائمة وقت اكتسابه .
- تعويض نسخة مشروعه الحيازة من برنامج الحاسوب لعرض التوثيق في حالة ضياعه أو تلفه أو عدم صلاحيته للاستعمال .

وفي مواجهة ذلك الاتجاه، ومن حيث المبدأ يذهب اتجاه آخر إلى أنه لا يمكن المساس بحق استنساخ نسخة للاستعمال الشخصي فقد أصبح حقيقة غير قابل للمساس به باعتباره من الحقوق الأساسية للجمهور أو للمستخدمين، وينطبق الاستثناء على موقع web، فهو باعتباره من المصنفات الخمية فإنه يمكن النسخ والاقتباس منه للاستعمال الشخصي متى كانت زيارة الموقع محمية بقيود أو ضوابط أو شفرة أو كلمة السر.

ويذهب البعض إلى القول بالتفقيق بين المصالح المتعارضة حيث يمكن فرض مقابل أو تعويض للمؤلفين عما أصابهم من أضرار، وفي هذا الاتجاه فرض المشرع الفرنسي مبلغًا على ثمن شراء بعض دعامتات النسخ مثل الفيديو ، ويفرض هذا المبلغ على المنتج أو المستورد، وتوزع الحصيلة على الفنانين ومنتجي الأسطوانات وشرائط الفيديو 21 وقام المشرع الجزائري بفرض الإتاوات على النسخة الخاصة لمن يقومون بعمليات الاستيراد و البيع للدعامتات المادية للتسجيلات السمعية و السمعية البصرية .

يمكن القول أنه من حيث المبدأ، فإن النسخ للاستخدام الشخصي يظل قائماً في مجال الإنترنت وإنما المشكلة تثور حول توافر النسخة للاستعمال الشخصي أم أنها بصدده استخدام جماعي ؟

والقول الفصل حسب رأينا فإن الأمر يتعلق بشئين اثنين :

1- إذا كان الموقع الذي ينشر هذه المصنفات مفتوحاً لجميع المستخدمين ، و لا يتوقف الدخول عليه عن طريق كلمة المرور ، فإن النسخ هنا يعد بنوعيه سواء للاستخدام الشخصي أم الجماعي مباحاً، أما إذا كان الموقع مزوداً بكلمة مرور ولا يمكن الدخول إليه إلا إذا كان المستخدم مشتركاً فيه ، فهنا يمكن ضمان تحقيق النسخ للاستخدام الشخصي ، لأننا ضمناً أن عدد المستخدمين لا يمكن أن يؤثر على الاستعمال الشخصي للمصنف عند الاستنساخ .

2- إذا كان النسخ لا يتعدى نسخة واحدة فإن القانون لا يعاقب على التقليد في نسخة واحدة، أما إذا قام مستخدم الموقع بنسخ محتوياته في أقراص ونشرها للجمهور بغرض الربح فهنا ينطبق عليه وصف التقليد.

الفرع الثاني : إعادة نسخ المقتبسات والمختصرات الموجزة دون إذن المؤلف :

يعتبرأخذ الاقتباسات من المؤلف دون إذنه استثناء متفقا عليه في جميع التشريعات المقارنة فهذا الاقتباس الذي يمثلأخذ جزئيات غير هامة من المصنف بحيث تكون قليلة الجدوى لا تصل إلى أن تشكل اعتداء على حق المؤلف فهل هذا الاستثناء ينطبق على المصنفات الرقمية باستخدام شبكة الانترنت ؟

إن وضع مختصرات لكتاب موجز لا تغنى عن قراءة الأصل بل هي تحفز لقراءته وتروج للمصنف .

ولقد أثيرت مسألة نشر المختصرات عن المصنفات والكتب والروايات ودواوين الشعر في مجال الإنترت بمناسبة نشر أجزاء من أشعار أحد الشعراء حيث اعتبر نشر المصنف الرقمي في هذه الحالة متجاوزاً لمجرد نشر مختصرات أو مقتطفات 22.

وكذلك لا يجوز أن يعرض في موقع من مواقع الإنترت المصنفات الفنية دون رضى الفنان ، لأنه يعتبر نسخ غير مشروع .

وفي مجال قواعد البيانات إذا كانت تلك القواعد مستمددة من بعض ما نشر في إحدى الصحف دون أي إضافة لا يعتبر نشرها مساساً بحق المؤلف إذا كان ما نشر لا يعني عن ضرورة الاطلاع على المصنف الأصلي 23، وطبقاً للقواعد العامة لا يسري هذا الاستثناء إلا على المصنفات الأدبية دون المصنفات الفنية الموسيقية.

خاتمة :

لقد جرم المشرع الجزائري أفعال التقليد في المواد من 152 إلى 155 من الأمر رقم 05/03 المتعلقة بحقوق المؤلف وحقوق المجاورة باعتبارها جنح وذلك حماية للمصلحة العامة مما تلحقه جرائم التقليد بأضرار جسيمة على الاقتصاد الوطني ، وجبراً للضرر الواقع على صاحب الحق جراء نسخ مصنفاته دون إذنه والاستفادة من ربحها، وبين هذا وذاك لم ينسى المشرع الجزائري أن يوازن بين المصلحة العامة للمجتمع في حق المعرفة للجميع ونقل المعلومة وبين حق صاحب المصنف على مصنفه والاستثمار به ، غير أن المشرع حصر هذه الاستثناءات في ما يتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري ، كما لا تتحقق هذه الاستثناءات أضراراً بأصحاب الحقوق وذلك بسبب عدم تحقق أي أرباح من ورائها حيث لا يتم الحصول على أي مقابل نظير هذا الاستعمال ، وإذا ما حصل ضرر فإنه يكون يسيراً .

هذا وقد يكون الاستثناء منصوصاً عليه لحالات خاصة مثل الاستعمال داخل الإطار العائلي و ذلك لانتفاء الضرر الواقع على صاحب المصنف لحدودية الاستخدام .

ونخلص في الأخير من خلال الدراسة إلى إدراج بعض التوصيات المتعلقة بالموضوع :

1- دعوة المشرع إلى التعجيل بتعديل قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة ليتضمن عقوبات تتماشى مع التطور العلمي والتكنولوجي .

- 2- توعية المجتمع بضرورة حماية الملكية الفكرية وإدانة أعمال التعدي على حقوق المؤلفين والأدباء .
3- تشجيع و دعم روح الإبداع و الابتكار .

الهوامش :

1- انظر : زوانی نادیة : الاعتداء على حق الملكية الفكرية (التقليد-القرصنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر، 2003 ، ص13.

2- HENRI DEBOIS : le droit d auteur en france,dalloz,Paris, 3em edition, 1987,p872

3- CLAUDE COLOMBET : propriete literaire et artistique et droits voisins,Dalloz,Paris,9em edition,1999,p194

4- رؤوف عبيد صب : جرائم التزييف و التزوير ، دار الفكر العربي ، القاهرة , 1978, ص67

5- راجع : التقرير المقدم من جمعية الناشرين البريطانية (cliver bridly) للندوة الدولية الخاصة بالقرصنة الفكرية التي عقدها منظمة الويبيو في جنيف ما بين 16-18/03/1983 ،وثيقة الويبيو باللغة الانجليزية رقم PF/11/7-March, 16, 1983 .

6- راجع : نواف كنعان ، حق المؤلف (التماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1, الأردن ، 2009 ، ص.412

7- نواف كنعان : مرجع سابق ، ص416.

8- زوانی نادیة ،: مرجع سابق ، ص : 67Le soir d algerie , 2001,voir

9- انظر : المادة 33 و مابعده من الأمر رقم 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة ، الصادرة بتاريخ 23/07/2003 ، الموافق عليه بالقانون 03/03/2003 نظر الجريدة الرسمية رقم 44 ، ص8-9.

10- نعيم مغبب : حماية برامج الكمبيوتر (الأساليب و الثغرات) ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، ط 1 ، 2006 ، ص121.

11- نعيم مغبب : مرجع سابق ، ، ص122.

12- فاضلي إدريس ،: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 .
، ص 178

13- Claude colombet , propriete literaire et artistique et droits voisins ,Paris,9edition,delta,1999,
p 298

14- عرف المشروع العماني في المادة 01 من المرسوم السلطاني 2000/37 المتعلق بحماية حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة برامج الحاسوب الالي " : يقصد بها مجموعة العبارات و التعليمات المعبر عنها بأية لفظ أو رمز او إشارة و المعدة للاستعمال في الحاسوب الالي بطريق مباشر أو غير مباشر بهدف التوصل إلى نتائج محددة "

15- فاضلي إدريس : مرجع سابق, ص86

16- شحاته غريب شلقمي ,: الملكية الفكرية في القوانين العربية ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة 2008 .
ص50

17- نعيم مغبب : حماية برامج الكمبيوتر (دراسة في القانون المقارن), منشورات الحلبي , بيروت , ط1, 2006,
ص, ص, 49-50.

18- حسام الدين كامل الأهوناني : حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت, مقال منشور , ص 13,
انظر :www,arab law info com

19- حسام الدين كامل الأهوناني : مرجع سابق , ص 13,

20- محكمة باريس الإبتدائية 16أغسطس 1996 راجع : حسام الدين كامل الأهوناني ,: مرجع سابق, ص14
21- فاضلي إدريس ,:مرجع سابق ,ص141

22- محكمة باريس الإبتدائية 5مايو 1990 , راجع : حيام الدين كامل الأهوناني ,: مرجع سابق, ص15

23- نقض فرنسي 30أكتوبر, 1987 راجع : حسام الدين كامل الأهوناني : مرجع سابق , ص15

الصعوبات التي تُعترض قيام ميثاق عالمي موحد لحماية الاستثمارات الأجنبية



من تقديمأ ، بن صغير عبد المؤمن أستاذ مساعد قسم - ب-

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس.

الملخص :

- لا يزال المجتمع الدولي منذ وقت مضى، وإلى غاية يومنا هذا يبحث عن ميثاق دولي متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية، غير أنه فشل في تحقيق هذه الغاية، وذلك لجملة من الأسباب وهي كالتالي :
 - ضعف نظام الحماية الدبلوماسية وإشكالية حماية المستثمر الأجنبي.
 - فشل المنظمات الدولية العالمية والإقليمية نحو إيجاد إطار دولي عادل ومتوازن لتنظيم مصالح الدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات.
 - صعوبة التوفيق بين المصالح المتضاربة للدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات
 - التداخل فيما بين اتفاقيات الاستثمار الدولي والسياسات الوطنية الأخلاقية للدول
 - وجود تناقض بين مفاهيم الاستثمار الأجنبي في الفقه المقارن
 - أثر الاتجاهات الدولية على الاختلاف بين الأنظمة القانونية الأخلاقية للدول في تنظيم الاستثمار

Résumé:

- Est-ce encore la communauté internationale depuis, et jusqu'à ce jour, à la recherche de la Charte de la protection internationale multilatérale des investissements étrangers, mais il a échoué à parvenir à cette fin, pour une variété de raisons, comme suit:
- La faiblesse du système de la protection diplomatique et le problème de la protection des investisseurs étrangers.
- L'échec des organisations internationales, régionales et mondiales cadre international vers une juste et équilibrée pour réglementer les intérêts des pays en développement et les sociétés multinationales.

- La difficulté de concilier les intérêts divergents des pays en développement et les sociétés multinationales.
- Chevauchement entre les accords internationaux d'investissement et les politiques nationales des États .
- Une contradiction entre les concepts de l'investissement étranger en droit comparé
- L'impact des tendances internationales sur la différence entre les systèmes juridiques nationaux des États dans l'organisation de l'investissement.

Summary:

- It Is still the international community since, and jusqu 'à this day, in search of the Charter of the multilateral international protection of the foreign investments, but it failed to reach at this end, for a variety of reasons, as follows:
- the weakness of the system of diplomatic protection and the problem of the protection of the foreign investors.
- L 'échec from international, regional and worldwide organizations centre international poetry fair and balanced one to regulate the interests of developing countries and multinational societies.
- the difficulty in reconciling the divergent interests of developing countries and multinational societies.
- overlapping between international agreements d 'investissement and national policies of States.
- a polarity between concepts of l 'investissement foreigner in compared right
- L 'impact international tendencies on difference between the national juridical systems of States in l 'organisation of l 'investissement.

مقدمة :

- لا تزال إشكالية البحث عن ميثاق دولي متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية مطروحة على بساط البحث والمناقشة ، رغم الجهود والمحاولات التي بذلت سواء على المستوى الوطني ، أو ما يعرف بالبعد الأحادي للاستثمار ، أو من خلال البعد الجماعي متعدد الأطراف ، أي محور الجهود الدولية الجماعية .
إن البحث عن ما يسمى بعولمة قانون الاستثمار (قانون دولي للاستثمار) ، كان غاية الدول الكبرى للمحافظة على الشركات المتعددة الجنسيات ، وكانت هذه الدول مقتنعة بأنه يمكن التوصل إلى اتفاق بين كل الدول حول مسألة الاستثمار الأجنبي المباشر .

غير أن المشروع كان حيلة قانونية¹ ، حاولت من خلالها الدول الأوروبية اغتصاب اختصاص المشرعين الوطنيين ، وتفادي تطبيق القوانين الداخلية على الاستثمارات الأجنبية التي تعتبرها مخالفة في مضمونها لما هو مطبق في الواقع ، وفي هذا الإطار تلخص إحدى الدراسات للمشروع هذا التبرير بقولها: (... تطبق عدّة دول من الجنوبيات واقعية تجاه المستثمرين الأجانب بعيدة جداً عن المعاملة القانونية المحتواة داخل القانون)².

إن ما أدى إلى حرمان العلاقات الاقتصادية الدولية نحو إيجاد تنظيم دولي للاستثمارات هو ذلك الفشل الذي شهدته بداية ما بعد الحرب ، وتعكر صفو العلاقات بين الدول ، حيث أن الاستثمار الدولي قد شهد في هذه الفترة تراجعاً كبيراً بسبب الحرب العالمية ، وظاهرة عدم الاستقرار الاقتصادي والسياسي الذي ساد تلك الفترة .

إن الظروف الاقتصادية الدولية لم تكن تسمح بنمو أكبر للاستثمارات الأجنبية بسبب عدم الاستقرار ، وثبات الأوضاع النقدية في أوروبا نتيجة التضخم الذي لحق معظم الدول الأوروبية وكذا الكساد الاقتصادي الكبير الذي حل بالنظام الرأسمالي ، فضلاً عن غياب تنظيم قانوني موحد للتجارة الدولية ، ولا سيما ما يتعلق بالاختلاف في السياسة الجمركية من دولة لأخرى كان يشكل هو الآخر عائقاً أمام الاستثمارات الأجنبية ، وبالتالي إيجاد تنظيم دولي لها³.

وقد وصف أحد الخبراء في مجال القانون الاستثماري الدولي ، هذا الفشل بوجود لعنة تضارب المفاهيم حول خلق اتفاق متعدد الأطراف ، مما يعني أن كل الدول معنية بتوحيد أحكام الاستثمار ولا يمكن أن يتم ذلك بعزل البعض منها ، خاصة الدول المضيفة له⁴ ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وجود اتفاق بين الدول المتقدمة في بعض المبادئ ، والاختلاف حول بعض النقاط الأخرى ، بالإضافة إلى التصادم الواقع بين أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية حول بعض الخصوصيات الوطنية والمحليّة مثل الاستثناء الثقافي ، والقوانين الممتدة الأمريكية وبند الاندماج الإقليمي غير أن هناك عدّة معطيات وظروف قد ساهمت في الإسراع نحو التفكير في بلورة إعداد مشروع عالي موحد للاستثمارات الأجنبية وهي :

- حصول العديد من البلدان النامية على استقلالها ، قد أظهر الحاجة الماسة إلى ذلك التنظيم .
- توسيع⁵ نشاط الشركات المتعددة الجنسيات في العالم سواء في المناطق المصنعة والنامية ، ولما لها من أثر كبير على توجهات الاستثمار الدولي .

¹ نظر حسان نادية ، أسباب فشل الأمر رقم 03-02 المتعلق بالمناطق الحرة كآلية لتنفيذ الإستراتيجية الجزائرية في مجال الاستثمار ، مقارنة قانونية على ضوء التشريعات المقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق بين عكّون ، جامعة الجزائر 2007 ، ص 02.

² vadcar (Corinne): le projet d'accord multilatéral sur l'investissement problématique de l'adhésion des pays du sud J.D.J.N° 1.1998.p 09.

³ أنظر محمود دريد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمادات القانونية ، مركز الدراسات الوحيدة العربية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2006م ، ص 72-73

.74

⁴ Julliard (Patrick) :l'accord multilatéral sur l'investissement un accord de troisième: (277) type ?un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre op.cit. p48

⁵ من أم الأسباب التي ساهمت في توسيع نشاط الشركات المتعددة الجنسيات :

كثير حجم هذه الشركات وتنوع نشاطاتها ومتوجهاتها / التوسع الجغرافي لهذه الشركات وامتداده إلى العديد من الدول عن طريق الفروع التابعة للشركة الأم . / قدرة هذه الشركات على نقل التكنولوجيا المتقدمة ، والتحكم فيها خاصة إلى الدول النامية . / امتلاك الأموال ومراقبة الأسواق والتحكم فيها ، والسيطرة على مصادر أهم الموارد غير المتعددة . أنظر عبد الوهاب الشمام ، البلدان النامية والنظام الاقتصادي الراهن ، مجلة العلوم الإنسانية / العدد 10. 1998م ص 07

- صور القواعدعرفية الدولية عن توفير الحماية الالزمة والضرورية للاستثمارات الأجنبية.

وقد ظهرت بوادر التفكير في إيجاد مشروع عالي موحد للاستثمارات الأجنبية إلى بداية الثلاثينيات بعد الأزمة التي عرفها الاقتصاد العالمي ، مما دفع بعصبة الأمم المتحدة عام 1929م إلى تبني الفكرة ، وقد تمحور موضوعها حينه حول إنشاء ميثاق متعدد الأطراف يكون بمثابة نمط السلوك¹ ، ثم توالت الجهود والمحاولات الدولية الساعية لوضع قواعد منظمة للنشاط الاستثماري على المستوى الدولي ، سواء من قبل منظمات حكومية دولية وغير حكومية (NGOS) واعتبر ميثاق هافانا الذي أنشأ المنظمة الدولية للتجارة² في سنة 1948م ، كأول محاولة للتنظيم على المستوى الحكومي للاستثمارات الأجنبية، ثم جاءت محاولات أخرى مثل ما هو الشأن بالنسبة لمؤتمر التجارة والتنمية سنة 1964م ، وبرنامج الأمم المتحدة للتنمية سنة 1965م O.C.D.E كما وضعت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية. مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية التي تمت الموافقة عليه في 12/11/1967م ، دور الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974م ، وكذا الإعلان الثلاثي الصادر عن منظمة العمل الدولية عام 1977م .

ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد ، فقد بادرت منظمات دولية حكومية اقتصادية ومالية على غرار ما قامت به بعض المنظمات السياسية السابقة مثل الأطروحة التي تقدم بها صندوق النقد الدولي بشأن الاستثمار الأجنبي ، والخطوط الموجهة التي وضعها البنك الدولي ، بالإضافة إلى اتفاق OMC حول إجراءات الاستثمار في إطار المنظمة العالمية للتجارة .

ولنفس السبب بذلك محاولات من قبل منظمات دولية غير حكومية من أجل وضع تقنن شامل للقواعد التي تنظم حقوق وواجبات المستثمرين الأجانب على المستوى العالمي ، وضبط سلوك ونشاط الشركات المتعددة الجنسيات والتقييد من تصرفاها إزاء البلدان النامية ، خاصة فيما يتعلق بطرح قضايا تتعلق بالتعويض في حالة التأمين ، وإعادة التفاوض حول عقود الامتيازات ، وخاصة المتعلقة باستغلال المواد الأولية³ .

ومن أهم المساهمات التي قام بها هذه المنظمات نجد :

- مساهمة الجمعية الفرنسية :

(Le Collectif Français Contre Les Colonnes De l'ami)

- ACAPIR اتفاقية

(World Développement Mouvement – WDM) مساهمة حركة التنمية العالمية :

مساهمة هيئة Oxfam - الخيرية حول النقاش العام للاستثمار الأجنبي.

وقد كان للمنظمات الدولية غير الحكومية دور فعال ، ومشاركة قوية في إرساء السياسات المتعلقة بالاستثمارات الدولية ، ورغم أن هذه المساهمات ليست بطبيعتها حكومية ، وليست ملزمة ، إلا أنها تشكل مقاربة جديدة في التعامل مع المواضيع المصيرية التي لها علاقة مباشرة بحياة الشعوب ومستقبلها التنموي⁴ .

1- انظر كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي ، وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكوف ، الجزائر 2002م ، ص 202 . -

²- DUPUY ,PIERRE-LMARIE :DROIT INTERNATIONAL PUBLIC :DALLOZ/PARIS 1998. p556.

³- Ebène Charles:< L'évolution du droit international des investissements accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation a l'autre journées par d'études organisées par l'institut des hautes études internationales >. Université Paris le 02-12-1998. Editions Péroné. Paris 1999.P9.

⁴- انظر فوزي نعيمي ، المنظمات غير الحكومية ، ومساهمتها في المسائل المرتبطة بالسياسات الاقتصادية الدولية ، بحث منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة إدرار ، العدد السابع / ديسمبر 2005م ، ص 447 . -

منذ ذلك الوقت ، وحتى يومنا هذا لا يزال المجتمع الدولي يبحث للتوصل نحو إيجاد ميثاق دولي متعدد الأطراف وموحد لحماية الاستثمارات الأجنبية ، غير أنه فشل في تحقيق تلك الغاية ، ومن أهم الصعوبات التي اعترضت ولا تزال تقف أمام قيام ميثاق عالمي لحماية الاستثمارات الأجنبية نجد :

- ضعف نظام الحماية الدبلوماسية وإشكالية حماية المستثمر الأجنبي .

-فشل المنظمات الدولية العالمية والإقليمية نحو إيجاد إطار دولي عادل ومتوازن لتنظيم مصالح الدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات .

-صعوبة التوفيق بين المصالح المتضاربة للدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات .

-التدخل فيما بين اتفاقيات الاستثمار الدولي والسياسات الوطنية المحلية للدول .

- وجود تناقض بين مفاهيم الاستثمار الأجنبي في الفقه المقارن.

- أثر الاتجاهات الدولية على الاختلاف بين الأنظمة القانونية المحلية للدول في تنظيم الاستثمار .

ستتطرق إلى شرح وتحليل هذه الصعوبات وذلك على النحو الآتي :

أولاً : ضعف نظام الحماية الدبلوماسية وإشكالية حماية المستثمر الأجنبي :

لم يعد وعاء الدولة كافياً وملائماً لكل أنماط الحماية الدولية المكفولة للمستثمر الأجنبي في الوقت المعاصر ، فمحور العلاقة دولة – دولة ، الذي يقوم عليه أساس الحماية الدبلوماسية التقليدية الذي يجب صاحب الحق الأصلي بتولي الدولة القيام بطالبة دولية لفائده ، والمبرر آنذاك بالمركز القانوني المنعدم على صعيد القانون الدولي التقليدي ، حيث لم يعد مقنعاً في الوقت الحالي ، إذ من المسلم به حالياً أن الأمور قد تطورت بشكل معتبر على هذا الصعيد ، بحيث توجد عدد من الآليات الدولية للحماية ، التي تكفل للفرد الحق في تكريس حقوقه مباشرة أمام الهيئات الدولية التحكيمية أو القضائية لهذا الغرض ، وخاصة تلك المتعلقة بحماية الاستثمارات العابرة للحدود¹ .

وقد شهدت وتيرة التدفقات الاقتصادية ، والاستثمارات المباشرة وغير المباشرة بين بلدان العالم زيادة كبيرة ، وخاصة في عصرنا هذا – عصر العولمة ، وذلك بتأثير ثورة التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال ، التي سهلت من عمليات التنقل والمواصلات ، مما حتم ضرورة إيجاد آليات بديلة للحماية الدبلوماسية ، لأن هذه الأخيرة أصبحت لا توفر للمستثمر الأجنبي مزايا أفضل ، فهي لا تتيح له فرصة اللجوء المباشر إلى التحكيم الدولي ، ولا تجنبه الغموض السياسي الكامن في الطبيعة التقديريّة للحماية الدبلوماسية .

لذلك رأى البعض ضرورة استحداث آليات جديدة تكون كبديل لتجاوز² عوائق الحماية الدبلوماسية ، لأنه كما يرى السيد بنونه : (إن هذه الحيلة – الحماية الدبلوماسية – لن تتحقق عندما يعترف القانون الدولي مباشرة بالقانون الخاص ، أقصد الاتفاقيات الثنائية ، ويمكنه أن يفرض احترامه على هذا الصعيد ، وفي ظل كل هذه التغيرات والمستجدات الحديثة ، يمكننا القول بأننا أمام حقيقة تكريس لاصطفاف الحماية الدبلوماسية ، بموجب أحكام هذا النوع من المعاهدات) .

¹-أنظر لحسن زايدى ، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام ، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي وال العلاقات الدولية ، كلية الحقوق بن عكوف ، جامعة الجزائر ، 2007 م ، ص83.

²-أنظر محمود خليل ، العولمة والسيادة ، إعادة صياغة وظائف الدولة ، سلسلة كراسات إستراتيجية الأهرام ، العدد 136 فبراير 2004 م ص04.

ثانياً: فشل المنظمات الدولية العالمية والإقليمية:

يمكن إجمال أهم الأسباب التي ساهمت في فشل المنظمات الدولية نحو إيجاد نظام دولي موحد للاستثمارات الأجنبية - بالنسبة للمنظمات العالمية :

- إن كافة المنظمات الدولية تقوم بضغوط كبيرة على الدول الأعضاء لإملاء سياسات اقتصادية عليها ، بصرف النظر عما إذا كانت ملائمة أم لا ، وأغلب الجهود الدولية الرامية إلى وضع ميثاق دولي متعدد الأطراف ، جاءت لتكرر مخالفة مصالح الدول الكبرى ، والشركات المتعددة الجنسيات على حساب مصالح الدول الضعيفة (الدول النامية).
- إن المنظمات الدولية أداة ووسيلة بيد مجموعات الضغط الاقتصادية الدولية ، وأن أغلب الشركات المتعددة الجنسيات هي من صنيع هذه الدول العظمى .

- تهميش الدول الصغرى الضعيفة من قبل المنظمات العالمية ، إذ لا وزن لها في اتخاذ القرارات الخاصة والهامة ، و يمكن القول أن أغلب الجهود الدولية التي سعت لتقنين النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية كان في ظل غياب هذه الدول .

- تحرير الاستثمار لمصلحة الشركات المتعددة الجنسيات على حساب مصلحة الدول الوطنية .

تعتبر الدول النامية أن هناك إجحاف من قبل المنظمات الدولية، قد لحق بها من جراء حرمانها من وضع قيود على الاستثمارات الأجنبية ، دون إلزام الشركات المتعددة الجنسيات بالامتثال عن التلاعب بالأسعار ، وفرض أسعار احتكارية على السلع التي تتعاطى بها ، كما تعتبر الدول النامية أن إلغاء قيود على الاستثمارات هو مطلب موجه فقط إليها دون غيرها ، ولذلك تطالب الدول النامية بإعادة النظر في صياغة اتفاقية إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة ، لكون أن هناك تعارض بين المصالح وتضاربها .

إن خواص الدول النامية ، تنطلق من أن عولمة الأسواق المالية ، وتحرير الاستثمار ، يمكن أن تاجر عنه المخاطر التالية¹ :

- المخاطر الناجمة عن تقلبات رأس المال بشكل مفاجئ .

- مخاطر التعرض للبنوك للأزمات كإفلاس وغيرها .

- مخاطر التعرض للمضاربات القاسية التي يصعب مواجهتها .

- مخاطر هروب الأموال الوطنية للخارج ، وهو أمر مأثور في الدول النامية .

- إضعاف السيادة الوطنية في مجال السياسة النقدية والمالية ، من خلال التلاعب بأسعار العملة الوطنية .- مخاطر دخول الأموال القدرة ، وهي مخاطر تدخل عبر آليات التحرير رأس المال المحلي والدولي .

وأخيراً ترى الدول النامية انطلاقاً من ذلك ، ضرورة وضع ضوابط أثناء راجعتها لاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحرير الاستثمارات الأجنبية ، كون أن هذه الأخيرة غالباً ما تتم بواسطة الشركات المتعددة الجنسيات .

¹-أنظر خليل حسن ، قضايا دولية معاصرة ، دراسة موضوعات في النظام العالمي الجديد ، دار المنهل اللبناني ، الطبعة الأولى 2007 م ص 510-511.

- بالنسبة للمنظمات الإقليمية :

على غرار فشل المنظمات العالمية ، لم تكن الاتفاقيات الجهوية التي أبرمتها هذه المنظمات بأوفر حظا منها ، وذلك لأنها لم تتعذر مرحلة النضج ، حيث لم تتوصل إلى إيجاد آليات قانونية دولية موحدة ومنظمة للاستثمارات الأجنبية وذلك بجملة من العوامل¹ :

- عدم الملائمة والانسجام بين استراتيجيات التنمية .

- غياب الإرادة السياسية .

- التناقضات المهيكلية .

- ضعف الأطر المؤسساتية للهيئات الجمهورية .

- غياب هيكل المساعدة والدعم التي تمنح للدول أقل تقدما .

- غياب التنسيق بين السياسات الاقتصادية للدول المتكتلة .

ثالثا : صعوبة التوفيق بين المصالح المتضاربة للدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات :

هناك معادلة صعبة لا يمكن بأي حال من الأحوال ، أن يتم بمقتضها وضع إطار دولي عادل ومتوازن لضبط سلوك والقيد من حرية نشاط الشركات المتعددة الجنسيات ، وبالتالي المحافظة على سيادة الدول المستقبلة للاستثمارات ، ومن جهة أخرى منح أفضلية وحرية لهذه الشركات .

إن التضارب بين المصالح هو الذي أوجد تباينا في مواقف الدول حول التعامل مع هذه الاستثمارات ، فالدول الغربية صاحبة هذه الشركات والمصدرة لرأس المال ، ترى أن انتقال الحر لرؤوس الأموال الخاصة على أسس تجارية ، يؤدي إلى النمو المتوازن للاقتصاد العالمي ، ومن ثم يدعم جهود التنمية في الدول المتخلفة .

لذا فإن هذه الدول تعترض على محاولات الدول المضيفة إخضاع الاستثمار الأجنبي لرقابتها ، أو فرض قيود عليه ، بينما الدول النامية المستوردة لرؤوس الأموال لا تحبذ ترك ذرية أوسع للمستثمرين الأجانب ، بل لا بد أن يكون تشجيع الاستثمارات في إطار خطة الدولة الاقتصادية والأهداف التي تتبعها تحقيقها من جراء تشجيعها للاستثمارات الأجنبية ، مما يقتضيه ذلك من إخضاع هذه الاستثمارات بما تفرضه الدولة من قيود وضوابط تخدم أهدافها القومية² .

ويرى أنصار التنمية الرافض تماما لفكرة اللجوء الدول النامية للشركات المتعددة الجنسيات ، أن هذه الأخيرة ليس لها سوى آثار سلبية تتجل في :

إن الشركات المتعددة الجنسيات تهدف أساسا لتحقيق مصالحها الخاصة ، دون مراعاة المصالح الوطنية للبلد المستقبل وأنها تستغل ذلك البلد بدل أن تبنيه.

- إن الإمكانيات المالية والتكنولوجية والمعرفية لتلك الشركات ، تجعلها في وضع تفاوضي قوي أمام البلدان النامية ، الشيء الذي يؤدي إلى تلبية مصالح تلك الشركات أكثر من مصالح الدول النامية ، حقيقة بذلك أرباحا أعلى من تلك الحقيقة في الدول المصنعة.

¹-أنظر فوزي نعيمي ، المنظمات غير الحكومية ، ومساهمتها في المسائل المرتبطة بالسياسات الاقتصادية الدولية المرجع السابق ، ص458-459.

²-أنظر صفتون أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكم القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2005 م ، ص452.

- إن تلك الشركات تستقدم تجهيزات ومهارات مغالي في أثمانها، هو ما يؤدي إلى عجز ميزان مدفوعات البلد المستقبل، بعكس ما يتضرر، ويرى البعض أن إعادة الاستثمار تلك الشركات لجزء من أرباحها في البلد النامي، بالاستغناء عن تحويل أموال جديدة يعود سلبا على عمليات التحويل المتطرفة، لأنه يقلل منها مع الاستثمار في التمتع بالزيادة المقررة للاستثمار الأجنبي. - إن تلك الشركات تقدم رشاوى للمسئولين السياسيين والإداريين في البلد النامي، لتسهيل نشاطها وتوسيعها، فتsem بذلك في توسيع الفساد والرشوة، الشيء الذي سيؤدي إلى اضطرابات وتندمر¹ جاهيري. وهناك مسائل لا تتفق فيه الدول النامية مع الشركات المتعددة الجنسيات وهي :
- قضية الضرائب : ما دامت الشركات المتعددة الجنسيات تهدف إلى تخفيف الأعباء على الصعيد العالمي، فإن مسألة الضرائب تعد من أهم المواضيع التي تطرحها الشركات، ويتجلى ذلك من خلال السياسة الاحتكارية التي تتبناها عن طريق التلاعب بالأسعار، التي يحددها فرع من الشركة عند بيعه بعض المكونات إلى فرع آخر تابع لها، وهذا بغية تخفيف الضرائب ، ويحدث هذا عندما يكون المشروع المشترك معتمدا على تصدير منتجاته من خلال الشركة الأم، أو مبنيا على استيراد أجزاء أو مكونات من فروع الشركة في الخارج .
- استخدام التكنولوجيا : ويحدث هذا عندما يقبل لشريك الأجنبي على إحتكار بعض التكنولوجيات البعيدة عن الاستعمال من طرف المشروع ، وهذا من شأنه أن يلحق ضررا بالمشروع ، ويمكن أن يحجم الشريك الأجنبي عن استخدام تقنيات التكنولوجيات الجديدة والمتطورة التي تم وضعها داخلا المشروع .
- مشاكل ثقافية : قد يؤدي الاختلاف في مصادر ثقافة الشركاء إلى حدوث سوء تفاهم بينهم ، حيث ترى الدول النامية أن الشركات المتعددة الجنسيات كثيرا ما تczm الثقافة المحلية ، وتريد طمس مكوناتها ، بينما ترى الشركات ضرورة تطهير الخليط المحلي من الفساد والرشوة والتعفن .
- التسويق وقضايا العمالة : من المسائل الصعبة التي تطرح أثناء التفاوض بين الدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات ، مسألة إبرام اتفاقية المشروع ، فنجد مثلا وبالخصوص مسألة التسويق ، فتتعارض الأهداف فيها ، فمن جهة يسعى الشريك المحلي إلى السيطرة على قنوات التوزيع والتسويق، والتي يراها إحدى طرق الضمان لاستمرار مساهمته في المشروع ، أما الشريك الأجنبي ، فيرى من جهته أن ذلك قد يتعارض مع خطط الشركات المتعددة الجنسيات التي غالبا ما يكون المشروع المعنى مجرد جزء من إستراتيجية مدروسة للتغلغل في أسواق البلدان النامية .
- توزيع الأرباح وسياسات الاستثمار : قد يفضل الشريك الأجنبي تحويل أرباحه من المشروع بدل إعادة استثمارها في البلد المستقبل ، وهذا ما لا يتفق مع نظرة الشريك المحلي ، الذي يريد بقاء رؤوس الأموال للاستفادة منها في مجال التنمية .
- حقوق التصدير: غالبا ما يفضل الشريك الأجنبي ، عدم تصدير المنتجات التي تكون جودتها أقل من جودة مثيلاتها الشركات المصنعة في البلدان إلى أسواق، توزع فيها منتجات مصنعة من طرف فروع أخرى من شركات متعددة الجنسيات ، ومن ثم تعمل هذه الأخيرة على فرض قيود صارمة على التصدير ، في حين يرى الشريك المحلي أن المشروع هو وسيلة للتوسيع في الأسواق الخارجية .
- الشفافية : يعتبر عدم توفر البيانات الدقيقة ، التي يتأسس عليه التقييم من الصعوبات التي تواجه المشاريع في بعض البلدان النامية ، لا سيما عندما تتبني هذه الدول معايير محاسبية تختلف عن المعايير الدولية .

¹-أنظر عبد الواحد محمد الفار، أحکام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، 1979م، ص104.

-**تقييم مسؤولية الإدارة ودرجة استقلالها**: من المسائل التي تطرح على المشاريع بين الدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات ، نجد محاولة إبعاد الشركة الأم في شؤون المشروع ، حيث تحذر الدول النامية إلى الاكتفاء ببنائه توجيهات عامة وواضحة ، مع ترك حرية المشروع ومسؤولية تحمل نجاحه أو فشله ، وهذا ما لا يمكن تقبيله من طرف الشركات المتعددة الجنسيات لأنه يتنافى مع السياسة الاحتكارية لها .

-**الاختلاف حول خط الإنتاج**: قد تختلف توجهات الشركين فيما يتعلق بخط الإنتاج ، إذ يريد أحدهما توسيع ذلك الخط بمدروز الزمن ، في حين يعتري الشرك الآخر على ذلك .

-**تغير العلاقات**: هناك صعوبات تنشأ أثناء سير المشروع ، والناتجة عن تغير نظرة أحد الشركين إلى الآخر ، فقد يحدث أن تتبدل نظرة الدول النامية عند ملاحظتها التطور غير المتوقع في التكنولوجيا ، وهو تطور قد يلغي الحاجة الأولية للمشروع ، كما لو يتطلب المشروع تكنولوجيات جديدة ترتب حاجة لرأس المال أضخم بهدف الحفاظة على القدرة التنافسية ، وهو ما يراه أحد الشركين ضروريا ، بينما لا يوافقه الشرك الآخر ، أما الشركات المتعددة الجنسيات ، فقد تتغير نظرتها وفقاً للتغير معرفتها للأوضاع المحلية .

-**بيع استيراد المواد والمكونات**: يحدث هذا عندما يعتمد المشروع في بدايته على استيراد مكونات من الخارج ، إلا أن ظهور مصادر محلية لتلك المكونات يدفع الشرك الأجنبي إلى تفضيلها ، خاصة وأنها تكون في العادة أقل سعرا ، غير أن الشرك الأجنبي لا يتبع الشرك المحلي في التوجه الجديد ، ويظل متمسكاً بالمصادر الأولية للاستيراد .

إذن على ضوء ما سبق ذكره ، يمكن القول أن الشركات المتعددة الجنسيات ، أو بالأصح الشركات ذات النشاط العالمي حسب ما يروق للبعض تسميتها ، من أخطر الأدوات التي يتم بها الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية ، فلا يكاد يخلو مجال من مجالات الحياة الاقتصادية الدولية ، يخرج عن نطاق أنشطة هذه الشركات ، ولعل ما يدل على ذلك ، التغيرات الرئيسية التي طرأت على الاقتصاد العالمي على مدى العقود الأخيرين ، والتي من بينها الدور الذي أصبحت تضطلع به هذه الشركات في العلاقات الاقتصادية الدولية¹ .

رابعاً : التداخل فيما بين اتفاقيات الاستثمار الدولي والسياسات المحلية للدول

إن من أهم مظاهر التداخل² بين اتفاقيات الاستثمار الدولي والسياسات المحلية للدول النامية ذكر:

-**طبيعة بنية شبكة اتفاقيات الاستثمار الدولي القائمة**: - تتميز هذه البنية بكونها مجزأة ومنشطرة للغاية ، وتتألف من عدة اتفاقيات دولية عالمية كانت أو إقليمية ، والتي لا توجد بينها أي تناسق أو انسجام على صعيد المنظومة ككل ، وهذه المنظومة أقل استقراراً من منظومة تقوم على بنية متباعدة ومتماضكة ، وهي على الأرجح أكثر هشاشة ، وأقل مناعة ، عندما يقع عليها الضغط ، لكن في غياب قواعد استثمار عالمية ليس للبلد أي خيار غير الاستثمار في إبرام اتفاقيات ثنائية .

- إن هذه الاتفاقيات مبنية على التعقيد ، ومن شأن هذه الحالة أن تتسبب في مشاكل خاصة قوامها البلدان النامية من خلال نسب المحفوظات والقدرات المتعلقة بالموارد البشرية والمالية ، ومحدودية القوة التفاوضية ، ونقص الخبرة ، فقد تواجه تلك البلدان صعوبات ذات الشأن في التفاوض حول اتفاق الاستثمار الدولي الصحيح ، أو ترجمة الالتزامات الدولية إلى قانون وطني ، وضع سياسات اقتصادية وإنمائية متجانسة ، وبلورتها بصورة سليمة في شبكات اتفاقيات

¹-أنظر قادر عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ، دار المودة ، بوزراعة الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2006م ، ص 177.

²-أنظر صفتون أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 39.

الاستثمار الدولية التي تبرمها ، مع البلدان النامية التي تعيش تغيرات سياسية متواترة ، ولها وضع تفاوضي ضعيف ، وتواجه خطرًا هائلاً ، يتمثل في إبرام اتفاقيات استثمار دولية غير منسقة .

- عدم توازن هذه الاتفاقيات فيما يخص تحديد الحقوق والالتزامات: ترى كثير من الدول النامية أن اتفاقيات الاستثمار الدولية ليست متوازنة ، لأنها تكتفي بتحديد التزامات البلدان المستقبلة ، دون أن تحدد التزامات المستثمرين إلا من جوانب محدودة ، وهو ما يشير إلى إشكالية حول التوفيق بين مصالح الدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات ، فيما يتعلق بوجوبية إدراج التزامات المستثمر مباشرة في اتفاقيات الاستثمار الدولية بدل الأعضاء فقط ، أو ترك مرونة تنظيمية للبلد المضيف بفرض تلك الالتزامات عن طريق القوانين المحلية ، أو الإشارة في اتفاقيات الاستثمار الدولية إلى معايير فرعية للمسؤولية الدولية للشركات .

- عدم استجابة هذه الاتفاقيات للشواغل المحلية للدول : تفرض أغليبة الاتفاقيات الاستثمار الدولية قيود واسعة النطاق على النشاط المحلي فيما يخص المستثمر الأجنبي عدم إخضاعه لأية لوائح متعلقة بالبيئة أو حقوق الإنسان ، أو العمل ، أو أية لوائح الراهنة أو المقبلة التي قد ترغب البلدان في تنفيذها تكييماً لمبدأ تطبيق سيادتها على الإقليم ، مما يعني الحد بشكل خطير من قدرة الدولة بحكم سيادتها ، على الاستجابة للشواغل المحلية ، ويتجلى ذلك من خلال :

- خطر التحول إلى خدمة الاستثمارات بدل حماية الشعب ، وبذلك أهملت أهم التزام دولي يتعلق بحماية حقوق الإنسان ، أو بالأحرى إحلالها في مركز ثانوي الأهمية .

- خامساً : وجود تناقض بين مفاهيم الاستثمار في الفقه المقارن

تغنى تناقضات البحث عن مفهوم موحد للاستثمار الأجنبي ، من تمييز في الأفكار بين مختلف أعضاء المجتمع الدولي حول الإطار الأمثل لتنظيم الاستثمارات الأجنبية في ظل ما يعرف بالتعاون الدولي الاقتصادي ، وينحصر هذا الإطار لمنطق تنافسي تولدت عنه أطروحتين متباعدتين وهما :

- أطروحة الدول الصناعية الكبرى : تقوم هذه الأطروحة على ثلاث (03) فرضيات¹ ، وهي:

- الفرضية الأولى : تنظر إلى الاستثمار الأجنبي على أنه وسيلة من وسائل التقسيم الدولي للعمل .

- الفرضية الثانية : تعتقد أن الاستثمار الأجنبي أداة لتأثير التبعية المتبدلة بين الدول .

- الفرضية الثالثة : وتعتبر الاستثمار الأجنبي أداة لتدويل الاقتصاد الدولي .

بالنسبة للفرضية الأولى والمتعلقة بالتقسيم الدولي للعمل :

تميز الاقتصاد الدولي حسب أطروحة الدول الصناعية الكبرى ، بالتطور النوعي لعملية التخصص واندماج الاقتصاديات النامية ، مع اقتصاديات الدول المتطرفة من خلال التعاون الإنثاجي الدولي ، ونمو المشاريع ذات الطابع التكاملـي ، والتي تحقق في شكل استثمارات مباشرة أو غير مباشرة ، ويتم إثراء هذه الاستثمارات على ضوء عاملين : هما :

- العامل التكنولوجي : والذي أتاح للدول الصناعية الكبرى فرصـة التخلـي عن الصناعـات التقليـدية والاكتـفاء بالصـناعـات الأـكـثر تـقدـما ، كالـمـعلومـاتـيـة والـمواصلـات ، وشبـكـاتـ الـانـترـنيـت ، وهـيـ صـنـاعـاتـ توـفـرـ لهـنـهـ الدـوـلـ بنـوـكـ

¹ - أنظر صالح عبد الرحيم، مقال بعنوان: "الاستثمار الأجنبي وجود الأمن القومي العربي" منشور بمجلة الأهرام الاقتصادية، السنة 2006، العدد 126، المؤرخة في 05-03-2009 المشار إليها في الموقع الإلكتروني: www.IKAHRAM.org.eg

معطيات ، تتجمع فيها كافة المؤشرات وتطورات الاقتصاد العالمي ، ومن خلالها يتم وضع برامج الاستثمار الأجنبي في الدول النامية ، وضبط حركة رؤوس الأموال الصناعية .

-**العامل الثاني :** تطوير أشكال التبادل الدولي ، حيث بدأت الدول الصناعية بالشخص في بعض العقود الجديدة للتعاون مثل عقود الخبراء ، وعقود المعرفة ، أو عقود التصدير بطريق التفكير ، أو عقود نقل الفروع الصناعية ، ويتعلق بإنشاء بعض الصناعات في الدول النامية وهي عقود لا تنطوي على إستراتيجية التنمية ، بقدر ما تنتهي على نقل فروع لصناعات الشركات الرأسمالية الكبرى إلى الدول المضيفة ، وذلك من أجل ثلاثة غايات :

- الاستفادة من قوة العمل المحلية الرخيصة ، وغير خاضعة للحماية الاجتماعية المكلفة .

- إمكانية تفرغ الشركات الأم لفروع الإنتاج الأكثر قدما ، والتي تعتبرها الأكثر ربحية من الصناعات التقليدية .

- إمكانية لنقل الصناعات شديدة التلوث من بيئه الشركة الأم إلى بيئه البلد المضيف ، خاصة بعد سلسلة القيود التي فرضتها الدول المتقدمة على هذه الشركات ، والتي أجبرتها على تحمل نفقات كبيرة لاقتناء معدات خاصة بإزالة التلوث .

بالنسبة للفرضية الثانية والمتعلقة بكون الاستثمار الأجنبي أداة لتأثير التبعية المتبادلة :

تعتقد الدول الصناعية الكبرى في هذا الشأن ، بأن الاستثمار الأجنبي هو أداة لتنظيم التبعية بين الدول ، أيًا كان وضعها أو حجمها الاقتصادي ، تتلخص هذه التبعية ، في كون أن كل دولة مهما كانت قوتها الاقتصادية في حاجة ماسة إلى تبادل اقتصادي مع دولة أخرى ، وهي حاجة ذات بعدين ، إما لاقتناء السلع والخدمات المنتجة في الخارج ، أو لتصريف المنتجات عن طريق الحاجة إلى أسواق جديدة .

كان الدافع وراء تكريس هذه الفرضية أزمة الطاقة ، التي تعرضت لها البلدان الصناعية عقب قرار الحظر الذي اتخذته البلدان العربية للنفط سنة 1973م ، والذي بين حكومات الدول الصناعية مدى تأثير علاقة التبعية على اقتصادها ، ورغم اجتياز حلة الأزمة ، إلا أن المبدأ في حد ذاته لم يتغير ، بل اتخاذ أشكالاً جديدة ذات بعد مالي بحت ، تجلت في ارتباط اقتصاد الدول النامية باقتصادات دول المركز ، وهكذا فكل توثر مالي ، أو أزمة سيولة في الغرب ينجر عنه تأثير سلبي على مستوى النمو في البلدان النامية .

من ذلك مثلا ، أن ارتفاع سعر الفائدة في الولايات المتحدة الأمريكية نتج عنه تدهور أسعار البورصة ، وتناقص تدفقات رؤوس الأموال تجاه البلدان النامية ، وانكماش في نسبة الاستثمارات الأمريكية في الدول النامية ، الشيء الذي زاد من حلة عمق الأزمة الاقتصادية لدول العالم الثالث .

ولعل أهم مثال يضرب على ذلك انهيار البورصة الأمريكية في سنة 1987م ، كان له أثر المباشر على اقتصاد الجزائر الذي خسر أكثر من إيراداته بالعملة الصعبة نتيجة انخفاض قيمة الدولار الأمريكي ، كما أن الهزات النقدية التي تلتتها أثرت على قدرة السلطة المحلية في مواجهة تكاليف الأزمة .

وما تصريح مجموعة الدول السبع الكبار 7.6

في جوان 1990م ، ببابولي الإيطالية ، والمتعلق بضرورة التعاون الدولي في مجال السياسات النقدية والمالية ، إلا خير دليل على ذلك ، وفي هذا الصدد يرى أحد الخبراء الدوليين : على أنه (على مؤسساتنا أن تتجاوز بشأن مستقبلها ، وبشأن الاختيارات المتوفرة ، وبالتالي بشأن الأولويات التعاون المشترك إذا ما أرادت تجنب الانهيار الكلي للاقتصاد العالمي) .

يقصد من وراء هذا التعاون المشترك ، هو إشراك البلدان النامية في الاقتصاد العالمي ، وهذا الإشراك لا يتأكد إلا بضممان تدفق مالي واستثماري تجاه هذه الدول .

بالنسبة للفرضية الثالثة والمتعلقة بكون الاستثمار الأجنبي أداة لتدويل الاقتصاد :

حيث يتميز الإطار الدولي الحالي للتعاون الاقتصادي في إطار العولمة ، بدليل إلى توسيع التجارة الدولية ، وتشجيع الاستثمارات والشركات المتعددة الجنسيات ، ويظهر هذا الميل من خلال تبني الأعمال التالية :

- الانتقال من التعاون الاقتصادي الثنائي إلى التعاون الدولي بالتكلات الاقتصادية ، حيث تم إنشاء مناطق واسعة التبادل الحر ، كالاتحاد الأوروبي أو الجمعية الاقتصادية للتباين الحر بين

دول أمريكا الشمالية **NAFTA** والباسيفيك **APEL**

وكذا منطقة جنوب آسيا ، وهي تكتل قائم على أساس التنافس الحر في الأسواق الدولية ، طبقاً لـ الاستراتيجية التجارية الحرة المبنية على الحماية المجموية بدل الحماية الدفاعية ، والتي تتضمن الحق في اتخاذ سياسات مضادة للإغراق والتخفيض التناصي لحماية قطاعات المستقبل ، ومنح امتيازات جبائية وجمركية للمستثمرين الأجانب ، ولهذا السبب قامت الدول الصناعية ذاتها بتشجيع التكفلات الجهوية داخل العالم النامي ، ومن ذلك مثلاً الحوار الأورو مغاربي أو الحوار الأمريكي المغاربي ، والذي ينظر إلى المغرب العربي كتكتل موحد وليس كدول منعزلة .

- إبرام الاتفاقيات الدولية لتنظيم التجارة الدولية ، سواء في إطار الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية بين الدول **GATT** ، والتي أسندت لها مهمة الإزالة التدريجية للحواجز ، أو المنظمة العالمية للتجارة **OMC** .

- تشجيع الدول على إنشاء مناطق حرة للاستثمار الأجنبي ، أين تلغى فيها كل الحواجز الجمركية ، وحتى في بعض الأحيان تنظيمات الحماية الاجتماعية ، وهي حواجز تجعل جزء غير خاضع للسيادة الوطنية بالمفهوم الحقيقي لها¹ .

أطروحة الدول النامية : تسعى الدول النامية من وراء الاستجادة بالاستثمار الأجنبي إلى تحقيق جملة من الفوائد ، وذلك لمواجهة المناخ الاقتصادي المتردي ، وهنا تتجلى أطروحة هذه الدول ونظرتها إلى مفهوم الاستثمار ، ومن أهم الأهداف التي تحبذ الدول النامية تحقيقها ذكر :

- الاستفادة من عامل نقل التكنولوجيا ، الخبرات ، والمهارات الفنية ليس فقط في مجال التجهيزات ، وإنما أيضاً وهذا هو المهم - في مجال التسيير والمعرفة العلمية .

- الحصول على رؤوس الأموال بالعملة الصعبة الكافية لتمويل التنمية المحلية بشكل عام ، وتمويل الخزينة العمومية بشكل خاص ، من خلال اقتطاعات الضريبية والجممركية على مداخيل الاستثمار ، وهذا الهدف تسعى إليه أغلب وانين الدول النامية² .

- المساهمة في التخفيف النسبي لحالة المشاكل الاجتماعية للدول المضيفة ، عن طريق خلق مناصب شغل دائمة أو مؤقتة ، والامتصاص الكلي أو الجزئي لنسبة البطالة ، مع تحسين مستوى الإطارات المحلية ، لأن المستثمر الأجنبي سيضطر إلى تشغيل اليد العاملة المحلية الأقل تكلفة ، بدل استيراد اليد العاملة من بلده الأصلي .

غير أن هذه الأهداف بقيت مجرد حبر على ورق ، فعقلية المستثمر الأجنبي لا يرى في استثمار رؤوس الأموال إلا تحقيق أقصى الأرباح حتى ولو تعارضت مع البرامج المحلية للتنمية ، وهو ما أدى إلى تعميق أزمة التخلف بدل علاجها ، وفي هذا الصدد يكشف الكاتب بريش راؤول (إن الخدعة الكبرى وراء البحث عن هوية للاستثمار الأجنبي ، هي الاعتقاد أن الرأسمالية هي الإلية الوحيدة لبث وتوزيع التقنية ، وهو توزيع مرتبط بالمصالح الاقتصادية

¹ - انظر عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار بين الأنشطة العادية وقطاع المحروقات ، دار الخلدونية ، الجزائر 2006 ، ص 399.

² - انظر عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار بين الأنشطة العادية وقطاع المحروقات ، المرجع السابق ، ص 399.

المتولدة عن التكنولوجيات الحديثة ، فالتقدم حسب النظرية الغربية هو تزايد الإنتاجية وخلق شروط ملائمة للتركيز الديناميكي للمدخل ، وتفجير عوامل المؤدية إلى التراكمات المالية .

وعلى ضوء التناقض بين الدول الكبرى الصناعية ، والدول النامية حول مفهوم الاستثمار الأجنبي ، يمكن القول بأن الفقه المقارن قد فشل في التوصل إلى تعريف محدد للاستثمار الأجنبي ، إذ ليس من السهل حصر مفهوم الاستثمار في تعريف فقهي أو قانوني أو اقتصادي يتسم بالثبات والجمود ، حيث أن ذلك لا يتلاءم مع كون مفهوم الاستثمار يمثل مفهوما متغيرا¹ ومتطورا حسب مستجدات العصر خصوصا الاقتصادية منها .

وهكذا فقد عجز المجتمع الدولي سواء عن طريق الجهود الدولية العالمية منها ، والإقليمية ، والجهود الوطنية سواء الاقتصاديين والقانونيين في وضع تعريف محدد ومتافق عليه للاستثمار الأجنبي ، حيث أن وجهة نظر كل تعريف ترتكز على أحد الخصائص التي تميز بها الاستثمارات الأجنبية ، مع إهمال الجوانب الأخرى من الاستثمار ، ومن ثم فإن هذه الحالات لم تعط تعريفا عاما وشاملا لاستثمارات ، كون أن قيام الاستثمار الأجنبي بين أطراف ذات أهداف مختلفة ومصالح متناقضة² ، انعكاسا للتناقض القائم بين البلدان الرأسمالية المصدرة لرؤوس الأموال ، والبلدان المضيفة لها .

- سادسا : أثر الاتجاهات الدولية على الاختلاف بين الأنظمة القانونية المحلية للدول في تنظيم الاستثمار تختلف مجالات الاستثمار من دولة لأخرى ، وهذا ما يؤدي إلى تباين الاتجاهات المحددة للاستثمار وفقا لاختلاف استراتيجيات وخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، وبالتالي يمكن القول بأن هناك ثلاث اتجاهات³ ، تأخذ بها الدول النامية في تشريعاتها بخصوص القواعد المنظمة لملكية الأجانب واستثماراتهم في قطاعاتها الاقتصادية⁴ ، وتتجلى هذه الاتجاهات فيما يلي :

- الاتجاه المقيد : يتسم بوضع العديد من القيود على ملكية الأجانب واستثماراتهم ، والدول التي تأخذ بهذا الاتجاه ، قد تفرض حظرا كليا على حرية الأجانب في التملك ، أو في استثمار أموالهم في غالبية القطاعات الاقتصادية التي تحكرها الدولة ، ومؤسساتها العامة ، خاصة الصناعات الأساسية اللازمة للتنمية في القطر المضيف ، ومشاريع المنافع العامة ، والموارد الطبيعية وموارد الطاقة والنقل .

وقد تركت الدولة القطاع الخاص يتولاه المواطنين ، أو الأجانب في بقية المجالات الاقتصادية الوطنية ، وقد تكتفي الدولة بأن تحظر على الأجانب تملك العقارات دون استغلالها ، مثل الاستثمار في الأراضي الزراعية دون تملكها ، أو تحظر الدولة على الأجانب الاشتغال بتجارة الجملة ، أو بعمليات التصدير والاستيراد .

- الاتجاه الموسع : يتسم هذا الاتجاه بتوفير مناخ ملائم للاستثمار الأجنبي ، وذلك بإتباع أساليب مختلفة تعكس الرغبة في جذب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الدولة الأخنة بهذا الاتجاه .

¹- انظر صفتون أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 31.

²- انظر عمر هاشم صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية الطبعة الأولى 2008 ص 83.

³- انظر جميل العсли ، الاستثمار العربي والأجنبي والمخاطر غير التجارية التي يتعرض لها ، مطبعة الطربين ، الطبعة الأولى ، دمشق 2002م ، ص 73.

⁴- انظر جميل العсли ، الاستثمار العربي والأجنبي والمخاطر غير التجارية التي يتعرض لها ، نفس المرجع السابق ، ص 70.

قد ينص تشريع الاستثمار على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب ، ويتيح للأجانب الاستثمار في جميع المجالات المفتوحة أمام المواطنين ، ويخضعون لقواعد قانونية موحدة ، كما هو الحال بالنسبة لأغلب التشريعات العربية التي تسوى في المعاملة بين العرب.

وقد تفسح الدولة الأختنة بالاتجاه الواسع ، المجال أمام رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة بالاستثمار في جميع المجالات الاقتصادية ، وتكتفي فيها بالحصول على ترخيص أو موافقة جهة حكومية مختصة (لجنة الاستثمار ، أو وكالة الاستثمار) ، بهدف التأكيد من مدى قدرة المشروع المقترن على المساهمة في تحقيق الأهداف المرسومة في خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة ، وبالتالي تمنح له مزايا تفضيلية .

- الاتجاه التوفيقى : يحاول هذا الاتجاه التوفيق بين الدولة النامية في جذب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة ، مع ما يرافقه من خبرات فنية وإدارية للاستثمار فيها ، وبين احتفاظها في نفس الوقت بالسيطرة على قطاعاتها الاقتصادية الرئيسية .

فالدولة إما تحظر على الأجانب الملكية ، أو الاستثمار في القطاعات التي تعتبر هامة لها ، مع السماح لهم بالاستثمار في بعض القطاعات الخاضعة ، والقطاعات الاقتصادية الأخرى ، شريطة مساهمة رأس المال الوطني في رأس المال المشروع بنسبة مئوية ، حتى تتمكن الدولة من السيطرة على المشروع ، أو تفسح الدولة المضيفة المجال العام أمام الأجانب للاستثمار في جميع القطاعات بإنشاء بعض القطاعات الاقتصادية المهمة التي تشرط المشاركة المحلية في الاستثمار بنسب مئوية من رأس المال يختلف من مشروع لآخر .

وقد أدى اختلاف الاتجاهات الدولية المحددة للاستثمار إلى تباين الدول في تشريعاتها الوطنية الداخلية حول النظم القانونية الوطنية لتنظيم الاستثمار ، وهذا ما يشكل عقبة أمام توحيد الجهود الدولية لإيجاد ميثاق عالمي موحد للاستثمارات الأجنبية ، ويمكن تقسيم هذه النظم إلى ثلاثة نظم على النحو الآتي :

- النظم الجامعة (النظام التشجيعي) :

تسمى بالنظام التشجيعي ، حيث تضع الدولة الأختنة به في مقدمة أولوياتها جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة ، وتعمل على توجيهها ، و تستند في ذلك على نظام المعاملة الأفضل ، الذي يراد منه منح أفضليات وتحفيزا غير عادي للمسثمرين الأجانب عن طريق تبني تقنيات الاستثمار ، التي تعتبر تعهدا من الدولة بإرادتها المنفردة في مواجهة المستثمر الأجنبي ، حيث تمنح هذا الأخير من المزايا والخصائص التي تبعث في نفسه الطمأنينة والأمن والحماية ، وذلك قصد إنجاز مشاريعهم ، أو تقديم خدماتهم المادية أو المعنوية للدولة المضيفة ، ومثل هذا النمط قائما على فكرة الأفضلية ، حيث أن الاستثمار الأجنبي مفضل على الاستثمار الخاص الوطني ويعود ذلك التفضيل إلى سببين مهمين وهما :

- ارتبط السلطات المحلية للدولة المضيفة بالمراكم والتكتلات الاقتصادية الكبرى في العالم وتحتل عندئذ مركز تابع تجاه المركز الأجنبي .

- اعتقاد الدول المضيفة بإمكانيات الاستثمار الأجنبي ، وأنه أكثر أهمية من إمكانيات القطاع الخاص الوطني ، ويكرس مثل هذا الاعتقاد مبدأ التمييز في المعاملة بين الاستثمارات ، وهو ما يخالف أحد القواعد الرئيسية للقانون الاستثمار الدولي¹ .

¹- أقصد القانون الاستثمار الدولي ، وليس القانون الدولي للاستثمار ، لأن المدلول الأول يعني قوانين لم ترقى إلى مستوى القانون الدولي ، بينما المدلول الثاني يعني وجود هذا الفرع كقانون دولي وميثاق عالمي مكرس لحماية الاستثمارات الأجنبية .

ومن بين هذه الدول التي تبنت تشريعاتها هذا النمط من الاستثمار: التشريع المصري الصادر عام 1974م تحت قم 43، والتشريعات المغربية والتونسية، وتشريعات بعض دول أمريكا الجنوبية كالبرازيل، الشيلي والأرجنتين.¹

النظم المانعة (النمط القمعي):

تنظر إلى الاستثمار على أنه خطير أساسي يهدد الاستقلال الاقتصادي للدولة المضيفة، يتعارض مع مبدأ السيادة الوطنية، وفي هذا الإطار لا تقبل الدولة التي تنتهي إلى هذا النظام الموحد، تواجد رساميل أجنبية فوق أراضيها، إلا إذا ثبت المستثمر الأجنبي أنه لن يمس بالصالح الوطني لاقتصاد الدولة المضيفة، وهو إثبات يخضع لمعايير قانونية وتقنية منصوص عليها في المخططات الوطنية للتنمية يقوم هذا النمط على فكرة الاختلاف، ومعنى أن هناك سياسة تميزية بين الأجانب والوطنيين حيث يفضل الاستثمار الخاص الوطني على الاستثمارات الأجنبية، لذا لا تسمح هذه

النظم بآي استثمار إلا وفقاً لشروط معينة، وغير مطمئنة للمستثمر الأجنبي من حيث الحقوق والواجبات مثل:
- عدم السماح للدولة الأصل بالحلول محل رعايتها في المطالبة بحقوقهم في مواجهة الدولة المضيفة، وهذا يعني القضاء على نظم الحماية الدبلوماسية.

- عدم تجاوز نسبة معينة من الأرباح المحولة للخارج.

- إعطاء الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمار للقضاء الوطني²

وهذا يعني التهرب من التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

ومن بين التشريعات الدول التي أخذت بهذا النظام: تشريع جمهورية الصين الشعبية، التي لا تحيي الاستثمار إلا في الحالات التي تعجز الدولة، أو القطاع الخاص الوطني القيام بها، وهو ما يحد من درجة تدخل الاستثمارات الأجنبية. إن تبني مبدأ الأفضلية لمصطلح الاستثمار الأجنبي، فإننا نكون أمام أحد الخطرين وهما³:

- خطر انتشار الإحباط لدى الاستثمار الخاص الوطني، مما يجعله في وضعية مواجهة مع سلطات بلده، إذا كان الممول الأساسي لإيرادات الدولة عن طريق الجباية العادلة.

- خطر انتشار ظاهرة التصرفات الانتهازية بين المستثمرين الأجانب، بحيث يلجأ الاستثمار الأجنبي، إلى إبرام صفقات مشبوهة مع الأجانب قد تحدث أضراراً بلاغية بالاستثمار الوطني.

نظم الرقابة (النمط الرقابي):

توجد في الدول التي تعتمد على الذات في تنمية مواردها الاقتصادية، ولا يمثل الاستثمار الأجنبي هدفاً استراتيجياً، ولا ضرورة مطلقة بالنسبة لها.

وهدف هذه النظم هو تحديد حجم الاستثمارات الأجنبية بدقة، وذلك لتحديد آلية قانونية إحصائية محايدة في مواجهة رؤوس الأموال الأجنبية، ولا تمثل أي خاصية جاذبة.

¹- انظر صفتون أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحکام القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص35.

²- وهذا ما تفعله بعض دول أمريكا اللاتينية خاصة ، سواء في نصوص قوانينها الداخلية ، أو نصوص العقود التي تبرم مع المستثمرين الأجانب ، حيث تعتبر الوسائل القضائية هي الحل الأخير الذي يمكن اللجوء إليه لفض منازعات الاستثمار، حيث يمنع هؤلاء المستثمرين الأجانب من الاتجاه إلى حوكمة مطالبين منها الحماية الدبلوماسية انظر عبد

الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في قانون السودان والقانون الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1972م ، 73.

³- انظر عجة الجيلاني ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار بين الأنشطة العادلة وقطاع المحروقات، المرجع السابق، ص391.

من خلال عرض هذه الأنماط ، تبين لنا مدى اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية لهذه الدول ، وهي أنظمة مبنية أساساً المساواة في المعاملة ، بحيث كلما تساوت نكون أمام نظام تشجيعي وكلما أختل توازنها نكون أمام أحد النظامين الردعية والرقابي ، وقد أدى هذا الاختلاف إلى كثرة عيوب ومساوئ هذه الأنظمة نذكر أهمها :

- إن الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي متباعدة في أهدافها ، وفي حجم نطاق المزايا والضمانات المنوحة للمستثمرين من دولة لأخرى ، بل وحتى في نطاق الدولة الواحدة ، مما يجعلها خاضعة لاعتبارات السياسية الظرفية ، وتغير النصوص التشريعية .

- الاختلاف في الآليات المتبعة في أسلوب الحماية الوطنية المتبع من قبل الدول المصدرة ، والمستوردة للاستثمار ، رغم وحدة المدفوع عنه ، والمتمثل في تشجيع تنقل الاستثمار إلى الدول النامية.

-مهما كانت الأداة الوطنية توفر الضمانات ، وتحمّل المزايا والحوافز للمستثمر الأجنبي ، فإنها أداة غير فعالة بالنسبة له لقابليتها للتعديل والإلغاء بالإرادة المنفردة من جانب الدول المضيفة في الوقت الذي لا يكون هناك التزام على هذه الدولة بتعويض المستثمر عن ضرر لحق به نتيجة تصرفاتها ، ما دامت لم تختلف أحكام القانون الدولي فيما يتعلق بقواعد الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، حيث أن ما يتضمنه القانون الوطني من مزايا وحقوق للمستثمرين الأجانب لا يعد التزاماً دولياً في مواجهة الدول الأخرى .- إن تعدد أجهزة الاستثمار في الدولة ، وتضارب اختصاصها يمكن أن يؤدي إلى إرباك المستثمر وتعطيله لأعماله.

الخاتمة :

وعلى ضوء ما سبق ذكره ، يمكن القول بأن المجتمع الدولي لم يتوصل إلى غاية يومنا هذا في إيجاد ميثاق عالي متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية ، رغم الجهود الجبارية التي بذلت منذ وقت مضى ، لذلك لم يكن أمام الدول في الوقت الراهن إلا البحث عن وسائل قانونية أخرى بديلة وفعالة في ظل غياب ميثاق عالي موحد لتحقيق هذه الغاية ، ولكن في نطاق أضيق من العالمية ، فكان الاتجاه نحو إبرام الاتفاقيات الثنائية بغرض حماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية .

وتعتبر الاتفاقيات الثنائية أهم وسيلة ناجعة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية ، حيث أصبحت في العصر الحديث الأكثر استعمالاً على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية ، ولعل الدور الكبير الذي تضطلع به هو الذي كان سبباً رئيسياً في توسعها.¹

ولعل من أهم الأسباب التي أدت إلى انتشارها الواسع ما يلي :

- الأهمية المتزايدة التي اكتسبتها الاتفاقيات الثنائية في العصر الحديث ، حيث أصبحت أهم وسيلة فعالة وبديلة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية.

- إن الاتفاقيات الثنائية تضم أحكاماً سهلة ماثلة لتلك التي ينص عليها القانون الوطني ، وأنها تعطي للمستثمر الأجنبي حرية واسعة ، ومعاملة أفضل من تلك التي توفرها المنشرومات الدولية لتوحيد القواعد الدولية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية.

- إن الاتفاقيات الثنائية تتميز بالمرنة والبساطة ، والدقة في تحديد الحقوق والالتزامات وتنوعها وذلك لأنها تستجيب لرغبة المتعاقدين ، وتراعي ظروفهما المشتركة ، من خلال محاولة إقامة

¹- بلغ عدد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار في الوقت الحالي في ظل عصر العولمة واقتصاد السوق نحو 2000 اتفاقية، انظر لحسن زايدى ، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولى العام ، مذكرة ماجister ، فرع القانون الدولى والعلاقات الدولية، المرجع السابق ص 81

وتثبيت التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة.

- تظم الاتفاقيات الثنائية آليات قانونية سهلة لتسوية النزاعات بين الدولة المستثمر الأجنبي، فهي تجنب الخلاف بين الدولتين المتعاقدتين حول تكيف وتطبيق أحكام الاتفاقية، مما يقلل من المنازعات بينهما، خاصة في ظل عدم توصل المجتمع الدولي إلى إنشاء آليات لهيئة التحكيم العالمية، تتولى توحيد الحلول القانونية بشأن منازعات الاستثمار إن الدول لم تجد أنسب لها من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بمواكبة ومسيرة التطور الاقتصادي في نطاق العلاقات الدولية، سواء لتحقيق ما تصبو إليه من تنمي وتقديم، أو من حيث تحسين إرادتها في تعاملاتها كوحدات قانونية وسياسية قائمة ومتخصصة عن بعضها البعض.

- قوة إلزامية هذه الاتفاقيات على تنفيذ الالتزامات الدولية الواردة فيما بين أطرافها، وإثارة المسؤولية الدولية عند عدم التزام أحد الأطراف بتنفيذ تعهاداته، وفي هذا الإطار أشار الأستاذ طلعت الغنيمي إلى (إن المسؤولية الدولية لا تقوم على ما تحتويه نصوص اتفاق من التزامات وحقوق فيما بين الأطراف المتعاقدة، بل تقوم أساساً على امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ اتفاق ذاته).

- تعمل الاتفاقيات الثنائية على إخراج مسألة الاستثمار الأجنبي من نطاق الاختصاص الداخلي، وإنضمامه لقواعد دولية اتفاقية ملزمة، حيث أنها تستهدف تحديد الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول المتعاقدة، أي إعطاء الصفة الدولية الملزمة لكثير من القواعد الدولية العرفية التي رفضتها الدول النامية، وهو إنجاز هام نظراً لعدم وجود اتفاق دولي حول القواعد التي تعبّر عن حكم القانون الدولي في تطويره المعاصر في موضوع الاستثمار الأجنبي

قائمة المراجع والمصادر :

أولاً : قائمة المراجع باللغة العربية :

01- الكتب :

- محمود دريد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمادات القانونية ، مركز الدراسات الوحلة العربية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، (2006).
- خليل حسن ، قضايا دولية معاصرة ، دراسة موضوعات في النظام العالمي الجديد ، دار المنهل اللبناني ، الطبعة الأولى (2007)
- صفتون أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية (2005)
- عبد الواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، (1979)
- قادری عبد العزیز ، الاستثمارات الدولية ، دار الهومة ، بوزیریة الجزائر ، الطبعة الثانية ، (2006).
- عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار بين الأنشطة العادي وقطاع المحروقات ، دار الخلدونية ، الجزائر (2006).
- عمر هاشم صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى (2008).
- عبد الحکیم مصطفی عبد الرحمن ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في قانون السودان والقانون الدولي ، دار النہضة العربية ، القاهرة (1972).
- جمیل العسلي ، الاستثمار العربي والأجنبي والمخاطر غير التجارية التي يتعرض لها ، مطبعة الطربن ، الطبعة الأولى ، دمشق (2002).

02- الرسائل الجامعية :

- حسان نادية ، أسباب فشل الأمر رقم 03-02 المتعلق بالمناطق الحرة كآلية لتنفيذ الإستراتيجية الجزائرية في مجال الاستثمار ، مقاربة قانونية على ضوء لتشريعات المقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق بن عكnon ، جامعة الجزائر (2007).
- كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي ، وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكnon ، الجزائر (2002).
- لحسن زايدى ، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام ، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي وال العلاقات الدولية ، كلية الحقوق بن عكnon ، جامعة الجزائر ، (2007).

03- المقالات والأبحاث :

- 10 - عبد الوهاب الشمام ، البلدان النامية والنظام الاقتصادي الراهن ، مجلة العلوم الإنسانية / العدد 10 (1998).
- فوزي نعيمي ، المنظمات غير الحكومية ، ومساهمتها في المسائل المرتبطة بالسياسات الاقتصادية الدولية ، بحث منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة إدرار ، العدد السابع / ديسمبر (2005).
- محمود خليل ، العولمة والسيادة ، إعادة صياغة وظائف الدولة ، سلسلة كراسات إستراتيجية الأهرام ، العدد 136 فبراير (2004) .
- صالح عبد الرحيم، مقال بعنوان: "الاستثمار الأجنبي وجود الأمن القومي العربي" منشور بمجلة الأهرام الاقتصادية، السنة (2006)، العدد 126، المؤرخة في 05-03-2009 المشار إليها في الموقع الإلكتروني:

www.IKAHRAM.org.eg

04- والمجلات والدوريات :

- مجلة العلوم الإنسانية (1998).

- مجلة الحقيقة ، جامعة إدرار (2005).

- مجلة سلسلة كراسات إستراتيجية الأهرام (2004).

- بمجلة الأهرام الاقتصادية لسنة (2006).

ثانياً : المراجع باللغة الفرنسية :

- LES OUVRAGES

(01) - vadcar (Corinne): le projet d'accord multilatéral sur l'investissement problématique de l'adhésion des pays du sud J.D.J.N° 1.1998.p 09.

(02) - Julliard (Patrick) :l'accord multilatéral sur l'investissement un accord de troisième: (277) type ?un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre op.cit. p48 .

(03) DUPUY ,PIERRE-LMARIE :DROIT INTERNATIONAL PUBLIC :DALLOZ/PARIS 1998. p556.

(04) **Ebène Charles**:< L'évolution du droit international des investissements accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre journées par d'études organisées par l'institut des hautes études international>. Université Paris le 02-12-1998. Editions Péroné. Paris 1999.P9.

(05) **Mahmoud Salem** . le développement de la protection conventionnelle des investissement étranger. culent.1986.p592 Ets

(02) **vadcar (Corinne)**: le projet d'accord multilatéral sur l'investissement problématique de l'adhésion des pays du sud J.D.J.N° 1.1998.p 09.

(04) - **Julliard (Patrick)** :l'accord multilatéral sur l'investissement un accord de troisième: (277) type ?un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre op.cit. p48 .

(07)**DUPUY ,PIERRE-LMARIE** :DROIT INTERNATIONAL PUBLIC :DALLOZ/PARIS 1998. p556.

(08) **Ebène Charles**:< L'évolution du droit international des investissements accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre journées par d'études organisées par l'institut des hautes études international>. Université Paris le 02-12-1998. Editions Péroné. Paris 1999.P9.

(20) **Mahmoud Salem** . le développement de la protection conventionnelle des investissement étranger. culent.1986.p592 Ets

التعويض عن الأضرار في القانون الدولي الإنساني (دراسة على ضوء إجتهاد القضايى لمحكمة العدل الدولية)



أ/ شوقي سمير أستاذ القانون الدولي لحقوق الإنسان
 بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سطيف - الجزائر

مقدمة :

أصبح الوقت مناسباً للحديث بكثافة عن جبر الأضرار الناشئة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني وقد يكون مشروعًا للوهلة الأولى أن يطرح سؤال مفاده: لماذا يصبح الحديث عن موضوع التعويض المدني ذا أهمية بالغة؟ الجواب هو أنّ إلزام دولة ما بتقديم تعويضات وجبر الأضرار الناشئة عن أفعالها غير المشروعة يمكن أن يعزز الامتثال إلى كيان كامل من القانون.

لذلك ينص أحد المبادئ العامة في القانون الدولي أن أي عمل غير شرعي أو انتهاك لالتزام بموجب القانون الدولي يؤدي إلى إنهاص التزام بجبر الأضرار. و يتمثل هدف جبر الأضرار، في القضاء بقدر الإمكان على العواقب المرتبة على العمل غير الشرعي واستعادة الوضع الذي كان يمكن وجوده في حال عدم ارتكاب هذا العمل. إنّ هذه المبادئ العامة تطبق على انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وقد تم إرساء ذلك الحكم صراحة منذ فترة طويلة. هذا دون أن ننسى أنّ الحق في التعويض وجبر الضرر يتأسس أيضاً على قواعد حقوق الإنسان، التي طورت حق الضحايا في التعويض جراء ما لحقهم من ضرر.

وقد تحدثت محكمة العدل الدولية أثناء تناولها لانتهاكات القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة بمناسبة مناقشتها لفتوى الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة لـ 09-07-2004 عن التزام إسرائيل بتقديم تعويضات لجميع الأشخاص الطبيعية (أي الأفراد) و المعنوية، جراء ما لحق بهم من ضرر.

وعادت محكمة العدل الدولية إلى قضية المسؤولية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني و قانون حقوق الإنسان، و ما تستوجبه من تعويضات، في أحد أحدث الأحكام الصادرة عنها، وهي تحديداً " قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو " (الكونغو ضد أوغندا) 19 ديسمبر 2005، حيث ادعت الكونغو أن أوغندا قامت باعتداءات عسكرية كثيرة على إقليمها و احتلت بعض أراضيها، و ادعت الكونغو أيضاً أن أوغندا قد تسببت

باحتلالها لتلك الأراضي بالعديد من الانتهاكات للقانون الإنساني و حقوق الإنسان. كما ناقشت محكمة العدل الدولية إشكالية تقديم تعويض لصالح جمهورية البوسنة والهرسك في الحكم الصادر بتاريخ 26 فيفري 2007. بالرغم من أن البوسنة طلبت من محكمة العدل الدولية أن ت قضي بالالتزام يوغوسلافيا (صربيا والجبل الأسود) بان تدفع تعويضات عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص والممتلكات و باقتصاد البوسنة وبيتها نتيجة لانتهاكات السالفة الذكر للقانون الدولي.

وبالنظر لأهمية التطرق لمبدأ التعويض عن الأضرار في القانون الدولي الإنساني على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية يجدر بنا الإجابة عن التساؤل التالي:

- ماهي المضمون القانوني لمبدأ التعويض عن الأضرار في القانون الدولي الإنساني ؟ - ماهي الشروط الواجب توافرها في التعويض عن الأضرار؟ وماهي صوره؟

سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية وفق المخططة التالية:

المطلب الأول : أساس التعويض في القانون الدولي الإنساني :

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في التعويض عن الأضرار.

المطلب الثالث: أشكال التعويض عن الأضرار:

أولا_ التعويض العيني: أكثر الأشكال ملاءمة:

ثانيا_ التعويض المالي: أكثر الأشكال اعتيادا.

المطلب الأول : أساس التعويض في القانون الدولي الإنساني .

ينص أحد المبادئ العامة في القانون الدولي أن أي عمل غير شرعي أو انتهاك لالتزام بموجب القانون الدولي يؤدي إلى إنهاء التزام بمحرر الأضرار¹. و يتمثل هدف جبر الأضرار، في القضاء بقدر الإمكان على العواقب المرتبة على العمل غير الشرعي واستعادة الوضع الذي كان يمكن وجوده في حال عدم ارتكاب هذا العمل².

¹- راجع: المادة (1) من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير الشرعية دوليا و التي اعتمدتها لجنة القانون الدولي عام 2001: كل عمل غير شرعي دوليا من جانب دولة تستتبعه مسؤولية دولية على هذه الدولة ، مشار إليه في: ايمانويل شيارا جيلارد ، "إصلاح الأضرار الناتجة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني" ، المجلة الدولية للصلب الأحمر ، مختارات من أعداد 2003 ، هامش 1 ص 104 .

²- نفس المرجع ، ص 104 .

إنّ هذه المبادئ العامة تنطبق على انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وقد تم إرساء ذلك الحكم صراحة منذ فترة طويلة تعود إلى عام 1907 في اتفاقية لاهي الرابعة المتعلقة بالاحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، والتي ألزمت مادتها الثالثة الطرف الحارب الذي يخل بـأحكامها دفع تعويض إذا اقتضت الحاجة، كما يكون مسؤولاً عن جميع الأعمال التي يرتكبها أشخاص يتبعون إلى قواته المسلحة¹. و تضم المادة 91 من البروتوكول الإضافي الأول قاعدة شديدة الشبه بالمادة 3 لعام 1907، وهي المادة التي وافق عليها المؤتمر الدبلوماسي لعام 1977 دون كثير من النقاش و دون اعتراض². هذا دون أن ننسى أنّ الحق في التعويض وجبر الضرر يتأسس أيضاً على قواعد حقوق الإنسان، التي طورت حق الضحايا في التعويض جراء ما لحقهم من ضرر³.

وقد تحدثت محكمة العدل الدولية أثناء تناولها لانتهاكات القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان في الأرض الفلسطينية المحتلة بمناسبة مناقشتها لفتوى الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة لـ 09-07-2004⁴ عن التزام إسرائيل بتقديم تعويضات لجميع الأشخاص الطبيعية (أي الأفراد) و المعنوية، جراء ما لحق بهم من ضرر، حيث قالت المحكمة في هذه النقطة تحديداً «بالنظر إلى أن تشييد الجدار و النظام المرتبط به قد ترتب عليه الاستيلاء على منازل، و مشاريع تجارية، و حيازات زراعية و تدميرها، ترى المحكمة أن على إسرائيل التزاماً بـ وجبر الضرر الذي لحق بـ جميع الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين المعنيين»⁵.

وعادت محكمة العدل الدولية إلى قضية المسؤولية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني و قانون حقوق الإنسان، و ما تستوجبه من تعويضات، في أحد أحدث الأحكام الصادرة عنها، و هي تحديداً " قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو " (الكونغو ضد أوغندا)⁶. حيث ادعت الكونغو أن أوغندا قامت باعتداءات عسكرية

¹-نفس المرجع، ص 106.

- أيضاً: عامر الزمالي ، "آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني" ، منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق الوطني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، و دار المستقبل العربي ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2006، ص 265. 266.

- مصطفى كمال شحاته ، "الاحتلال العربي وقواعد القانون الدولي المعاصر" ، مع دراسة عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية المحتلة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، طبعة 1981 ، ص 371.

²- ليزبيث زيجفولد، سبل إنصاف ضحايا انتهاكات القانون الدولي الإنساني، "المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من اعداد 2003" ، ص 362.

³- ملوك والين "ضحايا و شهود الجرائم الدولية ، من الحق في الحماية إلى حق التعبير" "المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من اعداد 2003" ، ص 57.

⁴- كانت فتوى الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة لـ 09-07-2004 ، فرصة لمحكمة العدل الدولية لتوضيح موقفها من طبيعة قواعد القانون الإنساني، وخاصة بمناسبة دراستها للنموذج الإسرائيلي في انتهاك حقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني. حيث قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في طلب تارخي أن تطلب « إلى محكمة العدل الدولية عملاً بالمادة 65 من النظام الأساسي للمحكمة أن تصدر على وجه السرعة فتوى بشأن المسألة التالية: ما هي الآثار القانونية الناشئة عن تشييد الجدار الذي تقوم إسرائيل السلطة القائمة بالاحتلال بإقامته في الأرض الفلسطينية المحتلة بما في ذلك القدس الشرقية وما حولها على النحو المبين في تقرير الأمين العام، وذلك من حيث مبادئ وقواعد القانون الدولي بما في ذلك اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 وقرارات مجلس الأمن والجمعية العامة ذات الصلة؟» فتوى الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة ص 09.

⁵- الفقرة 152، ص 73، فتوى الجدار .

⁶- Affaire des activités armes sur le territoire du Congo(Repuplique du Congo c. Ouganda) cij , Rec 2005_ arrêt du 19 decembre2005.

كثيرة على إقليمها واحتلت بعض أراضيها، وادعت الكونغو أيضاً أن أوغندا قد تسببت بالاحتلالاً لتلك الأراضي بالعديد من الانتهاكات للقانون الإنساني ولحقوق الإنسان¹.

وقد وجدت محكمة العدل الدولية انه وقعت بالفعل انتهاكات للقانون الإنساني وحقوق الإنسان فوق أراضي الكونغو، وأن أوغندا بوصفها سلطة احتلال في ذلك الوقت فإنها تكون مسؤولة عما اقترفته قواتها. وعليه اعترفت المحكمة أن من حق الكونغو التعويض عن الأضرار التي أصابتها نتيجة للاحتلال العسكري و لالانتهاكات السابقة ذكرها، ذلك أن كل فعل غير مشروع يستوجب تقديم تعويضات لجبر الضرر².

وخلالاً لذلك لم تقضي محكمة العدل الدولية بأي تعويض لصالح جمهورية البوسنة والهرسك في الحكم الصادر بتاريخ 26 فيفري 2007³. بالرغم من أن البوسنة طلبت من محكمة العدل الدولية أن تقضي بالتزام يوغوسلافيا (صربيا والجبل الأسود) بان تدفع تعويضات عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص والممتلكات و باقتصاد البوسنة وبيتها نتيجة لالانتهاكات السالفة الذكر للقانون الدولي⁴. إلا أن محكمة العدل الدولية قضت بتبرئة جمهورية صربيا من تهمة ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية خلال حرب البوسنة والهرسك في التسعينيات من القرن المنصرم وبالتالي وفقاً لبيان المحكمة لا يستوجب أي تعويض مالي⁵.

لقد تعرض رفض محكمة العدل الدولية للحكم بالتعويض لصالح البوسنة لانتقادات حادة حيث اعتبر "انطونيو كاسيسي Antonio Cassese" أن حكم محكمة العدل الدولية بتبرئتها لصربيا من جريمة الإبادة تكون قد قدمت إلى البوسنة نوعاً من جائزة المواساة، حين أكدت أن جرائم القتل المرتكبة في سيرينيتشا ينطبق عليها وصف الإبادة العرقية، ولكنها لا تنسب مباشرة إلى يوغوسلافيا، واعتبر أن خلاصة حكم محكمة العدل الدولية هو أن

¹ - لاطلاع بشكل كامل على وقائع النزاع وشكل خاص حول المسؤلية عن انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني انظر : Hélène Ruiz

Fabriet Jean .Mark Sorel "chronique de jurisprudence de la cour international de justice 2005,"journal du droit international ,133 année ,N 3 2006 ,p1197-1209.

- أيضاً : د.احمد أبو الوفاء ،"قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو" .(الكونغو ضد أوغندا)، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 61،العدد 2005،ص303 .

.² -CIj, Rec 2005, par 178-180

.³ - Ibid, par 259- 260

⁴ - القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية من الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا)،

11 جويلية 1996 وتعود أحداث هذه القضية إلى تفكك الإتحاد السوفيتي واستقلال معظم الجمهوريات الدائمة في هذا الإتحاد، وقد قامت بعدها الأقاليم الصربية التي تعيش في هذه الجمهوريات المستقلة، بشن حرب على الأغذية والانتهاك الواسع لحقوق الإنسان والقانون الإنساني داخل هذه الجمهوريات بدعم من صربيا وجيش الإتحاد اليوغسلافي بشن ولقي مئات الآلاف مصرعهم إلى جانب ما حدث من اغتصاب وتدمير للممتلكات، إزاء هذه الانتهاكات المستمرة للقوانين والأعراف الدولية، التي تحرم قتل وإبادة الجنس البشري أو تعريضه لظروف من هذا القبيل، رفعت البوسنة هذه القضية أمام محكمة العدل الدولية .وقد صدر عن المحكمة عدة أحكام وما يهمنا في هذا التحليل حكمها الصادر بتاريخ 26/02/2007.

⁵ - ملخصات أحكام محكمة العدل الدولية وفتواها و أوامرها (1992-1996) ص 55.

د.أيمن عبد العزيز سلامة ،مرجع سابق .للاطلاع على هذا التعليق انظر : solidarity.net/alony web

2007/lectures :Salama.htm.www.alony

الناجين من مذبحة سبرينيتشا والذين كانت تسعى البوسنة إلى حصولهم على تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم، لن يحصلوا على أي شيء من صربيا. وعليه وصف "كاسيسي" هذا الحكم بأنه "مذبحة سبرينيتشا القضائية".¹

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في التعويض عن الأضرار.

يجب أن يراعى في تقدير التعويض حجم وتكلفة الأضرار التي لحقت بالدولة وبالضحايا، وسواء تعلق الأمر بالمتلكات العامة أو الخاصة، فالقاعدة العامة أن يقدر التعويض بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملائمة، لذلك يجب أن يشمل التعويض ما لحق المصاب من خسارة و ماضاع عليه من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل غير القانوني.

وقد اتفق الفقه و القضاء على أن يكون تقدير التعويض على أساس أن الإصلاح يجب أن يتناسب مع الضرر، فلا يجوز أن يقل عنه كما لا يجوز أن يتجاوزه²، وبشكل عام يخضع تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة إلى قاعدتين:

ـ القاعدة الأولى: أن الإصلاح لا يقل عن الضرر، و عليه ينبغي أن يتناسب التعويض مع الضرر بحيث يعوضه تعويضا كاملا.

ـ القاعدة الثانية: وهي قاعدة مقابلة للأولى، مضمونها أن لا يتجاوز الإصلاح حجم الضرر، و يعني هذا المبدأ أن العمل غير المشروع يجب أن لا يصبح وسيلة للإثراء.

وهذه الشروط هي شروط عامة أكدتها محكمة العدل الدولية في قضائها كلما تناولت مسألة التعويض، وهي شروط تنطبق على القانون الإنساني أيضا، وعليه ذكرت محكمة العدل الدولية بما استقر عليه قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي فيما يخص هذه الشروط، في فتواها حول الآثار القانونية لبناء الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، عندما قالت «يتمثل المبدأ الأساسي المتضمن في المفهوم الفعلي لأي عمل غير مشروع وهو مبدأ أرسنه فيما يبدو الممارسة الدولية، وبخاصة قرارات محاكم التحكيم، في وجوب أن يحول التعويض بأقصى قدر ممكن جميع الآثار الناشئة عن العمل غير المشروع، وأن يعيد الوضع إلى سابق عهده، أي إلى الحال التي يرجح أنه كان ليشهد لها لو لم يرتكب ذلك العمل ... تلك هي المبادئ التي ينبغي الاستناد إليها في تحويل مبلغ التعويض الواجب عن أي عمل مناف للقانون الدولي».³.

وفي قضية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا وبعد أن وجدت المحكمة انتهاك أوغندا للعديد من أحكام القانون الإنساني وحقوق الإنسان، أكدت المحكمة أن أوغندا ملزمة بتقديم تعويض للكونغو، وان هذا التعويض يجب أن يكون تعويضا كليا en totalité عن الأضرار الواقعه عليها كما استقر عليه قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي و محكمة العدل الدولية.⁴

¹-انطونيو كاسيسي، مرجع سابق. للاطلاع على هذا التعليق انظر : www.project-syndicate.org:dommentary:casses01/ARABIC

² استقر قضاء محكمة العدل الدولية و من قبلها المحكمة الدائمة على نفس النهج في تقدير التعويض ، حيث يجد المتخصص لأحكام محكمة العدل الدولية فيما يتعلق بالتعويض ، أن هذه الأخيرة تذكر بشكل دائم بما قضاها المحكمة الدائمة في قضية مصنع شورزروا " factory at chorzow " .

³-الفقرة 152، ص 73، فتوى الجدار .

⁴ -CIJ ,Rec , 2005 , par 259.

المطلب الثالث : أشكال التعويض عن الأضرار.

يمكن أن يتخذ جبر الأضرار عن انتهايات القانون الإنساني أشكالاً و صوراً مختلفة، و أهمها رد الحقوق و التعويض المالي، و مع ذلك يمكن من جهة أخرى أن تطبق جميع صور التعويض في مقابل انتهاك بعينه¹. ويكمّن الهدف من أولى صور جبر الأضرار و هو رد الحقوق (إعادة الوضع إلى ما كان عليه) في استعاد الوضع الذي كان موجوداً قبل ارتكاب العمل غير الشرعي، لكن من البديهي وجود ظروف يستحيل فيها عملياً رد الحقوق، لذلك قد تكون الصورة الثانية لجبر الضرر و هي تقديم تعويض مالي بديلأ أو مكملاً للصورة الأولى².

وبينت محكمة العدل الدولية مسألة التعويض العيني والمالي في العديد من القضايا التي تناولتها، و ما يهمنا هو قضاها في القانون الإنساني الدولي، وهي مسألة تبرز بشكل أساسى في " فتوى الجدار ".

أولاً التعويض العيني: أكثر الأشكال ملاءمة:

يعد التعويض العيني الصورة الأصلية لصلاح الضرر، ويقصد به وقف العمل غير المشروع وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل صدور التصرف، أو على الأقل إزالة هذه الأعمال.³

ولذلك احتاج الكثير من المشاركين في الفتوى التي طرحت على المحكمة حول الآثار القانونية لتشييد الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، أن إسرائيل ملزمة بإنهاء الوضع غير القانوني الناشئ عن تشييد الجدار، و احتاج خصوصا على أن إسرائيل «عليها التزام قانوني بجبر الضرر الناشئ عن التصرف غير المشروع، و سلم بوجوب أن يأتي جبر الضرر في المقام الأول في شكل رد الأمور إلى سابق عهدها، أي هدم أجزاء من الجدار التي تم تشييدها في الأرض الفلسطينية المحتلة و إلغاء ما ارتبط بتشييده من قوانين و إعادة الممتلكات التي تم الاستيلاء عليها أو التي نزعت ملكيتها لذلك الغرض...»⁴.

ووُجِدَتْ محكمة العدُل الدُّولية أَنْ هَذِهِ الصُّورَةُ مِنْ صُورِ التَّعْوِيْضِ تَكُونُ مُنَاسِبَةً فِي الْفَتْوَىِ الْمُنَظَّرَةِ أَمَامَهَا، وَتَبَعًا لِذَلِكَ أَعْلَنَتْ أَنَّهُ «يَقِعُ عَلَى إِسْرَائِيلِ التَّزَامِ بِأَنْ تَوَقِّفَ فُورًا أَعْمَالَ تَشِييدِ الْجَدَارِ الْجَارِيِّ بِنَاءً فِي الْأَرْضِ الْفَلَسْطِينِيَّةِ الْمُخْتَلَةِ... يَسْتَبِعُ الْكَفُّ عَنِ الْإِخْلَالِ بِتَلْكَ الْالْتَزَامَاتِ وَالْقِيَامِ فُورًا بِإِزْالَةِ أَجْزَاءِ ذَلِكَ الْبَنَاءِ الْوَاقِعَةِ دَاخِلَ الْأَرْضِ الْفَلَسْطِينِيَّةِ الْمُخْتَلَةِ، بِمَا فِيهَا الْقَدِيسُ الشَّرْقِيُّ وَمَا حَوْلَهُ، وَيَجِبُ الْقِيَامُ فُورًا بِإِلَغَاءِ الْقُوَّانِينِ وَاللَّوَائِحِ الْمُعْتَمَدَةِ تَوْطِيْةً لِتَشِييْدِهِ وَإِرْسَاءِ النَّظَامِ الْمُرْتَبِطِ بِهِ...».⁵

¹-ذكرت المبادئ الأساسية و المبادئ التوجيهية المتعلقة بحق ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 2000، خمسة أشكال من جبر الضرر هي : رد الحقوق ، و التعويض ، و رد الاعتبار و التراضي و ضمانات لعدم التكرار و ذلك في المبدأ 12 تحديداً : مشار إليه في : ليزليت جيزيلد ، مرجع سابق ، ص 353 هامش 10.

² ناصر الريـس، "الـجدار عـلـى الـطـرـوف الـمعـشـيـة لـالـفـلـسـطـينـين" ، مجلـة الـإـنـسـانـيـة ، خـريف 2006، العـدـد الـسـادـس وـالـثـلـاثـون ، صـ22.

³ محمد فهد الشلالة ، "الأبعاد القانونية لجدار الفصل العنصري في ضوء القانون الدولي الإنساني" القانون الدولي الإنساني آفاق وتحديات، الجزء الثاني، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت، منشورات الحظر، الحقوقية، الطبعة الأولى ، لسنة 2005الم رقم السابعة ، ص 203.

² العلمية لجامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لسنة 2005 المرجع السابق ، ص 203.

⁴- الفقرة 145، ص 71، فتاوى الجدار.

⁵- نفس المرجع ، الفقرة 151، 73.

وهو بالفعل ما نطقت به المحكمة عندما ألزمت إسرائيل القيام تحديداً بـ «إعادة الأرض و البساتين، و حدائق الزيتون، و الممتلكات الثابتة الأخرى التي انتزعت من أي أشخاص طبيعيين أو اعتباريين بغرض تشييد الجدار ...»¹

إنّ الصورة السابقة من جر الأضرار قد يصعب إن لم يكن يستحيل تحقيقها في كثير من الحالات، نظراً للتغير الظروف في الفترة ما بين وقوع الضرر و إصلاحه، و الواقع أن اللجوء للصورة الثانية من صور التعويض أو جر الأضرار يعد «صورة اعتيادية»، و إن كان «أقل ملائمة» من الصورة الأولى.²

ثانياً : التعويض المالي أكثر الأشكال اعتياداً.

بالعودة إلى فتوى الجدار لاحظ كثير من المشاركون فيها أن الصورة الأولى من التعويض غير كافية لخواصه غير المشروعة لبناء الجدار، لذلك أعلناوا انه «ينبغي أيضاً أن يشمل جر الضرر تعويض الأفراد الذين دمرت منازلهم أو أتلفت حيازاتهم الزراعية تعويضاً مناسباً»³. كما لاحظ أحد المعلقين أن استعادة سكان الأراضي المحتلة لوضعهم السابق أي لما كان عليه قبيل تفكيك الاحتلال الإسرائيلي لانتهاكاته أمر مستحيل كما هو واضح للعيان، جراء إتلاف و تدمير مساحات شاسعة من أراضي و ممتلكات السكان بما عليها، فضلاً عن استهلاك و استنزاف مقدرات تلك الأقاليم و ثرواتها و هنا يصبح الحل الأمثل أن تدفع دولة الاحتلال مبالغ مالية لجميع من تضرر من تلك الممارسات⁴.

وفي هذا السياق ذكرت محكمة العدل الدولية بعد دراستها للصورة الأولى من أشكال جر الضرر أنه «.. في حالة ثبوت تعذر رد تلك الممتلكات ذاتها تكون إسرائيل ملزمة بتعويض الأشخاص عما لحق بهم من ضرر ...»⁵. وعليه فإنّ أولى خطوات إصلاح الضرر عن انتهاك القانون الإنساني هو إعادة الوضع إلى ما كان عليه، أما إذا تعذر أو استحال ذلك أو كان غير كاف لخواصه فالضرر فإنّ تقديم تعويض مالي قد يفي بالغرض.⁶

إنّ هذه الأشكال من جر الضرر قد أرستها أحكام القضاء الدولي مثلة في المحكمة الدائمة للعدل الدولي منذ وقت طويل، و هو ما اعترفت به محكمة العدل الدولية نفسها عندما قالت تذكر محكمة العدل الدولية في هذا الصدد بأن محكمة العدل الدولي الدائمة أرست في القانون الدولي العرفي أشكال جر الضرر الأساسية بالنص التالي «...رد الممتلكات العينية، أو إن لم يتتسن ذلك دفع مبلغ يعادل قيمة الممتلكات العينية التي كانت ستؤدي واصدار حكم إن لزم الأمر بالتعويض عن الخسائر المتکبدة غير المشمولة برد الممتلكات العينية أو بالمبلغ المدفوع عوضاً عنها ...»⁷.

وبالتالي تنطبق نفس القواعد العامة للتعويض على انتهاكات القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان، مع مراعاة بعض خصوصيات هذا القانون من زاوية أنه يجب مراعاة استفادة الضحايا بقدر الإمكان من سبل الإنصاف.

¹- الفقرة 153، ص 73. فتوى الجدار.

²-إيما نوبلا شيارات جيلارد ، المرجع السابق، ص 105.

³- الفقرة 145، ص 71، فتوى الجدار.

⁴-ناصر الرئيس، المرجع السابق ، ص 22.

⁵-الفقرة 153، ص 73-74، فتوى الجدار .

⁶-محمد فهد الشلادة ، مرجع سابق،ص 203.

⁷-الفقرة 152، ص 73. فتوى الجدار.

من خلال دراستنا لتناول محكمة العدل الدولية لمسألة التعويض عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني يمكن التوصل للإنتناتجات التالية :

- 01- أن جبر الأضرار يشكل أحد أهم المبادئ العامة في القانون الدولي التي تطبق على انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وقد تم إرساء ذلك الحكم صراحة منذ فترة طويلة. وهذا الحق مكرس أيضاً على قواعد حقوق الإنسان، التي طورت حق الضحايا في التعويض جراء ما لحقهم من ضرر.

- 02- يجب أن يراعى في تقدير التعويض حجم وتكلفة الأضرار التي لحقت بالدولة وبالضحايا، وسواء تعلق الأمر بالممتلكات العامة أو الخاصة، فالقاعدة العامة أن يكون تقدير التعويض على أساس أن الإصلاح يجب أن يتناسب مع الضرر، فلا يجوز أن يقل عنه كما لا يجوز أن يتجاوزه .

- 03- يتخذ جبر الأضرار عن انتهاكات القانون الإنساني أشكالاً وصوراً مختلفة، وأهمها رد الحقوق أي التعويض العيني وهو الصورة الأصلية لإصلاح الضرر أو التعويض المالي إن كانت الصورة الأولى من التعويض غير كافية لمحو الآثار غير المشروعة لمخالفة القانون الإنساني، ومع ذلك يمكن من جهة أخرى أن تطبق جميع صور التعويض في مقابل انتهاك بعينه. وبالتالي تطبق نفس القواعد العامة للتعويض على انتهاكات القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، مع مراعاة بعض خصوصيات هذا القانون من زاوية أنه يجب مراعاة استفادة الضحايا بقدر الإمكان من سبل الإنصاف.

قائمة المراجع :

أولاً : الكتب :

1) الكتب باللغة العربية :

- 01- د. أحمد أبو الوفاء ، "النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، (في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية)" ، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 241.
- 02- د. سعيد سالم الجويلي ، "المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني " ، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2003، ص 401.
- 03- فرنسواز بوشيه سولينية، (ترجمة محمد مسعود)، "القاموس العملي للقانون الدولي الإنساني" ، دار العلم للملاتين ، بيروت ، الطبعة الأولى ، أكتوبر 2005 ، ص 716.
- 04- فريتس كالشهوفن وليزا بت تسغفلد ، "ضوابط تحكم خوض الحرب (مدخل للقانون الدولي الإنساني)" ، اللجنة الدولية للصلح الأحمر ، الطبعة الأولى 2004 ، ص 255.
- 05- د. مصطفى كمال شحاته "الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصر" ، مع دراسة عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية المحتلة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 1981. ص 378.

2) الكتب باللغة الفرنسية:

1-Emmanuel Decaux , " droit international public" 3^e 'Edition, 2002, Dalloz, Paris, pp32.

2-Eric David , " principes des droit des conflits armes" Troisième, 'Edition, Bruxelles, 2002, pp 994

ثانياً: المقالات :

1) المقالات باللغة العربية :

01- د.أحمد أبو الوفاء ، " قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو". (الكونغو ضد أوغندا)، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 61،العدد 2005، ص 198-211.

02- ايمانويل شيارا جيلارد ، "إصلاح الأضرار الناتجة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني" ،المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2003، ص 102-133 .

03- رشا حمي ، "الجدار الإسرائيلي في ميزان محكمة العدل الدولية" ،السياسة الدولية، العدد 156 أبريل 2004 مجلد 39، ص 106-111 .

04- د.عامر الزمالي ، "آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني " ، منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق الوطني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، و دار المستقبل العربي ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ،2006، ص 257-270.

05- د. عبد الله الأشعـل "الأثار القانونية والسياسية للرأي الاستشاري حول الجدار العازل" السياسة الدولية، العدد 157، أكتوبر 2004، المجلد 39، ص 128-131 .

06- لوك والين، "ضحايا وشهود الجرائم الدولية ، من الحق في الحماية إلى حق التعبير " المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2003 ، ص 56-75 .

07- ليزبـت زيجفلـد،" سبل إنصاف ضحايا انتهاكات القانون الدولي الإنساني" ، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من اعداد 2003 ، ص 350-387 .

08- مارـكو سـاسـولي، "مسـؤـولـيـة الدولـعـن اـنـتـهـاـكـاتـالـقـانـونـالـدـولـيـالـإـنـسـانـيـ" ، المـجـلـةـالـدـولـيـةـلـلـصـلـيبـالـأـحـمـرـ،ـمـخـتـارـاتـمـنـأـعـادـاـتـ2~0~0~2~،ـص~2~3~6~-.2~6~2~.

09- د. محمد فهد الشلالدة ،" الأبعـادـالـقـانـونـيـةـلـجـدـارـالـفـصـلـالـعـنـصـريـفـيـضـوءـالـقـانـونـالـدـولـيـالـإـنـسـانـيـ" القـانـونـالـدـولـيـالـإـنـسـانـيـآـفـاقـوـتـحـديـاتـ،ـالـجـزـءـالـثـانـيـ،ـالـمـؤـمـرـاتـالـعـلـمـيـةـلـجـامـعـةـبـيـرـوـتـ،ـمـنـشـورـاتـالـحـلـبـيـالـحـقـوقـيـةـ،ـالـطـبـعـةـالـأـوـلـىـ،ـلـسـنـةـ2~0~0~5~،ـص~1~6~3~-.2~1~0~.

10- ناصر الرئيس ،"اـثـرـالـجـدـارـعـلـىـالـظـرـوـفـالـعـيـشـيـةـلـلـفـلـسـطـيـنـيـنـ" "مـجـلـةـالـإـنـسـانـيـخـرـيفـ2~0~0~6~،ـالـعـدـدـالـسـادـسـوـالـثـلـاثـونـ،ـص~2~0~-.2~2~.

(2) المقالات باللغة الفرنسية :

01-Hélène Ruiz Fabriet Jean .Mark Sorel "chronique de jurisprudence de la cour international de justice 2005", journal du droit international ,133 année ,N 3 2006 ,p1175-1209.

ثالثاً : الوثائق :

1) الإتفاقيات :

- إتفاقية لاهي الخاصة بإحترام قوانين وأعراف الحرب البرية 18 أكتوبر/تشرين الأول 1907.

- إتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12 آب /أغسطس 1949:

* إتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى للقوات المسلحة في الميدان .

* إتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى للقوات المسلحة في البحار.

* إتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب .

* إتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

- البروتوكول الأول الإضافي إلى إتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب /أغسطس 1949 المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية ،مؤرخ في 08 يونيو/حزيران 1977.

- البروتوكول الثاني الإضافي إلى إتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب /أغسطس 1949 المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية ، مؤرخ في 08 يونيو/حزيران 1977.

- إتفاقية فيما لقانون المعاهدات لسنة 1969.

(3) الأحكام و الآراء الإستشارية الصادرة عن محكمة العدل الدولية :

9- فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة الصادرة في 09 جويلية 2004.

10- Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République democratique du Congo c. Ouganda) cij, arrêt du 19 décembre 2005.

11- Affaire relative à l'application de la convention pour la prevention et la répression du crime de genocide (Bosnie-Herzegovine c. Serbie-et – Montenegro) : arrêt du 26 février 2007.

ملخصات أحكام محكمة العدل الدولية وفتاواها وأوامرها :

- 1- ملخصات أحكام محكمة العدل الدولية وفتاواها وأوامرها(1948_1991).
- 2- ملخصات أحكام محكمة العدل الدولية وفتاواها وأوامرها(1992_1996).
- 3- ملخصات أحكام محكمة العدل الدولية وفتاواها وأوامرها(1997_2002).

رابعاً : موقع الأنترنيت :

1) المقالات :

- 1- د. أمين عبد العزيز سلامه، "حكم محكمة العدل الدولية في قضية الإبادة الجماعية، عدالة إستباقية أم تسوية جائزة؟" منشور في الموقع التالي:

www.alonysoli Darity.net/alony Web 2007/lectures/Salama.htm.

- 2- أنطونيو كاسيسي "محررة سبرينتشا القضائية"، مرجع سابق، منشور في الموقع التالي :

www.Project-Syndicate.org/Dommentary/ Cassese1/Arabic.

- ملخص المقال -

ينص أحد المبادئ العامة في القانون الدولي أن أي عمل غير شرعي أو انتهاك لالتزام بموجب القانون الدولي يؤدي إلى إنهاء التزام بمبر الأضرار. ويتمثل هدف جبر الأضرار، في القضاء بقدر الإمكان على العواقب المترتبة على العمل غير الشرعي واستعادة الوضع الذي كان يمكن وجوده في حال عدم ارتكاب هذا العمل. إن هذه المبادئ العامة تنطبق على انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وقد تم إرساء ذلك الحكم صراحة منذ فترة طويلة. هذا دون أن ننسى أن الحق في التعويض و جبر الضرر يتأسس أيضا على قواعد حقوق الإنسان، التي طورت حق الضحايا في التعويض جراء ما لحقهم من ضرر. وقد تحدثت محكمة العدل الدولية أثناء تناولها لانتهاكات القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة بمناسبة مناقشتها لفتوى الآثار القانونية الناشئة عن تشريد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة لـ 09-07-2004 عن التزام إسرائيل بتقديم تعويضات لجميع الأشخاص الطبيعية (أي الأفراد) و المعنوية، جراء ما لحق بهم من ضرر. وعادت محكمة العدل الدولية إلى قضية المسؤولية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني و قانون حقوق الإنسان، و ما تستوجبه من تعويضات، في أحد أحدث الأحكام الصادرة عنها، وهي تحديدا " قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو " (الكونغو ضد أوغندا) 19 ديسمبر 2005.

السعى لنوحيد قواعد النقل البحري الدولي "قراءة في قواعد روفردأ"



عبدالحميد عيسى الساعدي

باحث ليبي في صف الدكتوراه

كلية القانون ، جامعة باريس 1 . فرنسا

تقديم :

يعتبر النقل البحري من أهم الركائز التي يقوم عليها اقتصاد العديد من الدول بل وحتى الاقتصاد العالمي بوجه عام وذلك نظرا لما يقدمه هذا القطاع من خدمات جليلة في تبادل السلع والخدمات الامر الذي يساعد بدون ادنى شك على انتعاش وازدهار التجارة الدولية بوجه عام.

وعليه فان هذا القطاع قد حظي باهتمام تشريعي واسع ، علي الصعیدین الدولی والداخلي بل وحتى الاقليمي وذلك بغية تقوییم الانشطة البحرية وإنضماھا لقواعد قانونية تشريعیة¹ ذات نزعة اتحادیة من اجل خلق نوع من التوازن بين المصالح المتبااعدة للأطراف المتعاقدة دون ان يترك الامر لقواعد السوق والحرية التعاقدية ، أو حتى للقواعد العامة لنظرية العقود في القوانین الداخلية.

علي كل حال ، ان عالم اليوم يشهد نهضة علمية واقتصادية تکاد تبلغ الذروة هذا التطور في المجال العملي والتقني يتطلب تطورا مرادفا في له علي الصعيد التشريعي ، ذلك انه من غير المنتج و من غير المجدی ان يتم اقرار نظام تشريعي مخالف أو حتى غير منسجم مع النظام التقني المعمول به . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فان اقرار نظام تشريعي متتطور ومتنا gamm مع التطورات التقنية لن يكون منتجا وفعالا ان لم يكن معمولا به بشكل موحد بين العديد من الدول ، فما الفائدة من تشريعات حديثة ولكنها متعارضة ومتضاربة مع بعضها البعض ، وخاصة في مجال النقل البحري الذي يتم في الغالب الا عم بين اکثر من دولة وبين جنسيات مختلفة ذلك أن عملية النقل الواحدة قد تضم اکثر من جنسية ، مما يؤدي الي تعارض وتضارب الانظمة التشريعية المنظمة لهذه العلاقة ويفتح الباب لتنازع القوانین التي تحكم عقد النقل وهذا التضارب بدون شك سيبلور نوعا من عدم الاستقرار واليقين القانوني الذي

¹ من المعروف ان الانشطة البحرية معرفة منذ عصور موجلة في القدم ولكنها لم تكن خاضعة لأنظمة تشريعية بقدر ما كانت خاضعة الي اعراف وتقالييد البحاره التي حكمت هذا القطاع لعصور طويلة.

سيخيم بظالله علي مسرح التجارة الدولية. استنادا الي هذه المبررات فان الجمعية العامة للأمم المتحدة قد انشأت لجنة باسم لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي من اجل دعم وتوحيد قواعد القانون التجاري الدولي وبالتباعية القانون البحري. حيث انها اقرت في العام 1924 اول معاهدة دولية¹ متعلقة بالنقل البحري للبضائع عرفت باسم قواعد بروكسل لسنة 1924 ،² وقد خضعت هذه المعايدة للتعدل مرتين متتاليتين الاولى بموجب البرتوكول الصادر في 23/02/1968 والمعروف بقواعد فيسيبي . والثانية كانت بموجب البرتوكول الصادر في 12/12/1979 المعروف باسم قواعد لاهاي فيسيبي. إلا ان الامر لم ينته بصدور هدين التعديلين ذلك انه في سنة 1978 صدرت عن الامم المتحدة اتفاقية اخرى تنظم النقل البحري للبضائع ، عرفت باسم هامبورج نسبة الي المدينة الالمانية التي وقت فيها هذه المعايدة.

إلا ان فكرة السعي لتوحيد قواعد النقل البحري الدولي للبضائع احتفظت بمكانها عند المعنين بهذا الأمر والدليل علي ذلك ان لجنة الامم المتحدة المتعلقة بتوحيد قواعد القانون التجاري قد اشارت في دورتها 34 و 35 عام 2001 و 2002 الي ضرورة اعداد صك دولي ينظم النقل البحري وفقا للمعطيات الحديثة في هذا القطاع ، هذه الاشارة رأت النور في اليوم الحادي عشر من الشهر الثاني عشر لعام 2008 وبالتحديد في مدينة روتردام الهولندية وذلك بفتح باب التوقيع علي هذه المعايدة في 23 / 12 / 2009 والتي سميت رسميًا باسم " اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا " .

هذه الوثيقة الدولية تعتبر احدث المعاهدات علي الصعيد التشريعي الدولي لتنظيم النقل الدولي البحري للبضائع ولكن من الناحية العملية هناك العديد من الاسئلة التي تطرح نفسها في هذا الخصوص ، فكمما قيل اعلاه ان هناك العديد من الوثائق الدولية التي تنظم هذا القطاع بالإضافة الي التشريعات الوطنية والإقليمية في هذا الخصوص فلماذا كل هذه الربيبة وهذا الاسهام التشريعي علي الصعيد الدولي في كل ما يتعلق بالنقل البحري الدولي ؟ هل الرغبة في التغيير المتكرر هي الدافع لصياغة هذه المعايدة ؟

أم أن المعاهدات التقليدية لم تعد قادرة علي مواكبة التطورات الفنية والتقنية المتتسعة ، وبالتالي يجب افراغ هذه التطورات في قالب تشريعي متناغم معها ؟ أو أن الرغبة الجامحة في توحيد قواعد النقل الدولي البحري للبضائع هي الدافع وراء اقرار هذه المعايدة خصوصا وأن اغلبية دول العالم قد انقسمت في هذا الخصوص الي شقين ، الاول : وهو المنظم صراحة او ضمنا³ الي معايدة بروكسل لعام ، 1924 والثاني : ذلك المنظم الي قواعد هامبورج . وعليه فان صياغة هذه المعايدة بعد ما يقارب عن 30 سنة من معايدة هامبورج سيدمج الاغلبية الساحقة من دول العالم تحت لواء هذه المعايدة الامر الذي سيتتجزء بدون شك استقرارا قانونيا وفعليا علي الأرض . ولكن الامر ليس بهذه البساطة ذلك ان الفرضية العكسية قد تغلب يعني ان بعضها من الدول سينظم الي معايدة روتردام والباقي سيبقاء محتفظا بنمطه التشريعي القديم ما يولد عمليا تضاربا جديدا علي الساحة ذلك ان الدول ستتوزع في هذه الحالة علي ثلاث مجموعات منها المنظم الي اتفاقية بروكسل ومنها المطبق لمعاهدة هامبورج والجزء الاخر سينظم الي اتفاقية روتردام.

ان الاجابة علي التساؤلات المعروضة أعلاه يتطلب منا تقسيم هذا العمل الي مطلبين رئيسيين وفقا لما يلي :

¹ DELEBECQU Philippe. Règles de Rotterdam, Règles de la Haye- Visby, Règles de Hambourg, forces et faiblesses respectives. Actes de colloque intitulé : Les Règles de Rotterdam : le droit des transports maritimes au XXIe siècle. Les 20 et 21 mai 2010. Institut méditerranéen des transports maritimes. 25^e édition. 2010. P71

² صدرت هذه المعايدة في 25 / 08 / 1924 ولكنها دخلت حيز النفاذ في 2 / 6 / 1931 .

³ تعتبر ليبا من الدول المنضمة ضمنا لقواعد بروكسل ، حيث انها لم تنظم الي هذه المعايدة ، ومع ذلك فإنها قد افرغت قواعد هذه الاتفاقية في نصوص قانونها الداخلي .

المطلب الاول : التنظيم الضيق لقواعد النقل الدولي البحري للبضائع .

في هذا المطلب سوف نتعرض بالبحث لقواعد بروكسل وقواعد هامبورج مع عقد مقارنة مع القانون البحري الليبي الصادر عام 1953¹.

المطلب الثاني: التنظيم الواسع للنقل الدولي البحري للبضائع.

في هذا الشق سوف نحاول معالجة الاحكام القانونية الجديدة التي جاءت بها معاهدة روتردام مع الاشارة الى القانون الليبي رقم 20 لسنة 2010 بشأن الانشطة الاقتصادية².

المطلب الاول : التنظيم الضيق لقواعد النقل الدولي البحري للبضائع.

من خلال قراءة الواقع الدولي "المعمول به" نلاحظ بأن الوضعية التشريعية لعقد النقل البحري الدولي للبضائع ، قد اخذت طابعا ضيقا مقتضاها على معالجة جزئية لبعض عقود النقل البحري³، وهو ما يتمثل في موقف اتفاقية بروكسل "أولاً" أو معالجة تشريعية ذات نزعة توسيعية غير مكتملة وهو ما يعكس موقف اتفاقية هامبورج "ثانياً" وفقا للتفصيل التالي :

أولاً : معاهدة بروكسل .

جاءت هذه المعاهدة لوضع حد للنزاع المتأصل بين الشاحنين والناقلين ، أو علي الاقل للحد منه ، وذلك بسبب انتشار ظاهرة شروط الاموال⁴ التي اعتاد الناقلون علي ادراجهما في وثائق الشحن مما ادي الي تعريض مصالح الشاحنين الي الخطر ، بل ان لأمر قد اثار حفيظة البنوك وشركات التأمين وبالتالي كان من الواجب وضع حد لهنـه المعانـة⁵ . وقد كانت البداية بصدور قانون هاتر في 13 / 02 / 1893 في الولايات المتحدة الامريكية الذي حمل اسم النائب الذي عرضه علي مجلس الشيوخ الامريكي ، وقد اعتبر هذا القانون المصدر الاساسي لكل التشريعات المنظمة لعقد النقل البحري⁶ .

وعليه فأن هذه المعاهدة قد جاءت من أجل ايجاد نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة في عملية النقل البحري ، ولكن من الواجب ان اشير الي ان هذه الورقة لن تتعرض بالدراسة لكل مواد تلك المعاهدة ، بل انها ستقتصر علي اظهار الاطار العام لتطبيق قواعد هذه المعاهدة وذلك من خلال البحث في الخصائص الالازم توافرها في العقد حتى يخضع للمعاهدة (أ) وأيضا دراسة مواصفات البضائع المنولة (ب).

¹ نشر هذا القانون في عدد خاص للجريدة الرسمية للمملكة المتحدة الليبية صدر بتاريخ 20 فبراير 1954.

² نشر هذا القانون في عدد خاص بمدونة التشريعات، صدر بتاريخ 21/08/2010.

³ من الواجب ان اشير هنا الي انه متعا للنكرار سوف استعمل عبارة عقد النقل للدالة علي عقد النقل الدولي البحري للبضائع.

⁴ ظهر شرط الاموال بداية في بريطانيا ثم انتشر في باقي الدول الاوروبية وهو الشرط الذي يعي الناقل من المسؤولية عما يصيب البضاعة من ضرر بسبب خطأ الربان أو الطاقيم. انظر . علي جمال الدين عوض . النقل البحري للبضائع . دار النهضة العربية . القاهرة مصر . 1992 . ص 575 .

⁵ انظر . احمد محمود حسين . النقل الدولي البحري للبضائع طبقا لمعاهدة بروكسل لسنادات الشحن 1924 ، كما عدلت ببروتوكول 1968 مع الاشارة القوانين العربية ومعاهدة هامبورج 1978 . القسم الاول . منشأة المعارف . الاسكندرية مصر . الطبعة الثانية . ص 9 .

⁶ في هذا الشأن يرى الفقيه الفرنسي Pierre BONNASSIES ان هذا القانون هو المصدر الاساسي لقواعد القانونية المعول بها في هذا المجال ويضيف في معرض مشاركته في ورشة العمل الدولية التي انعقدت في مدينة مرسيليا الفرنسية في 2010 حول قواعد روتردام بأنه لو لا هذا القانون لن يكون هناك معاهدة روتردام وذلك وبقوله : « le présent colloque n'aurait pas lieu, si le 13 février 1893, le Sénat des Nations Unis n'avait pas adopté ce qui est, dans le domaine de transport maritime des marchandises (la mère de tous textes) le Harter Act » BONNASSIES Pierre. Du Harter Act aux Règles de Rotterdam. Les Règles de Rotterdam : le droit des transports maritimes au XXIe siècle. Les 20 et 21 mai 2010. Institut méditerranéen des transports maritimes. 25e édition. 2010.P 25.

أ : خصائص عقد النقل .

قلنا بان هناك ضرورة ملحة تتطلب وجود بعض الخصائص في عقد النقل الخاضع لهذه المعاهدة من حيث ، الاطار الجغرافي الذي سوف ينفذ ضمنه هذا العقد " 1 " ومن حيث ، الاطار القانوني الذي يجب ان يفرغ فيه ذلك العقد " 2 " .

1 الاطار الجغرافي لتنفيذ عقد النقل .

حتى يخضع عقد النقل لقواعد بروكسل يجب ان يكون عقدا عابرا للحدود يعني ان تتوافر فيه الصفة الدولية (1) وان يكون مقتضرا علي الشق البحري من الرحلة (2).

(1) الطابع الدولي لعقد النقل.

وفقا لنص المادة 10 من معاهدة بروكسل فان هذه الاتفاقية تسري (علي كل سند شحن يعمل به في احدى الدول المتعاقدة) . ومن تم فان هذه الاتفاقية تحكم العلاقات الناشئة عن سندات الشحن المحررة في احدى الدول الموقعة على المعاهدة ولو كان الطرفان متاحدي الجنسية ، ولكن كما يرى البعض ان التفسير الحرفي للنص السابق يعطى من الناحية العملية تطبيق القوانين الوطنية وعليه فقد استقر الرأي علي ان المعاهدة لا تسري إلا عندما تثار مشكلة القانون الدولي الخاص أي عندما يكون احد اطراف العلاقة اجنبيا ، وبمفهوم المخالفه فان احكام المعاهدة مستبعدة في الحالة التي يكون فيها العقد دوليا ولكن طرفي سند الشحن متاحدي الجنسية او عندما يكون احد اطراف العلاقة حاملا لجنسية دولة غير موقعة علي المعاهدة¹ .

علي كل حل ان هذا الوضع ما لبث أن تغير بموجب المادة 5 من قواعد فيسيبي² التي الغت الحكم السابق واستعاضة عنه بالنص التالي (تسري احكام هذه الاتفاقية علي كل سند شحن خاص بنقل البضائع بين موانئ دولتين مختلفتين مهما كانت جنسية السفينة او الناقل او الشاحن او المرسل اليه او أي شخص اخر يهمه الامر في الاحوال التالية :

1 _ ان يكون سند الشحن صادرا في دولة متعاقدة .

2 _ ان يكون النقل في ميناء دولة متعاقدة

3 _ اذا نص في سند الشحن علي ان احكام هذه المعاهدة او أي تشريع اخر يأخذ بها هي التي تحكم العقد ايا كانت جنسية السفينة او جنسية الناقل او جنسية الشاحن او جنسية المرسل اليه او أي شخص اخر من ذوي شأن

وتطبق كل دولة متعاقدة احكام هذه المعاهدة علي سندات الشحن السابق ذكرها ولا يخل بحق أي دولة متعاقدة في تطبيق هذه المعاهدة علي سندات شحن غير تلك الواردة في الفقرة السابقة) .

نلاحظ دون ادنى شك أن الرغبة التشريعية في توسيع مجال تطبيق المعاهدة قد تبلورت بشكل واضح وهو ما يعكس الرغبة في توحيد القواعد القانونية الدولية لعقد النقل البحري ، وهو ما اخذ به المشرع الليبي في نص المادة

¹ انظر . محمود سمير الشرقاوي . القانون البحري . دار النهضة العربية . القاهرة مصر . 2008 . ص 406 .

² نظرا لان قواعد فيسيبي قد صدرت بنسختين رسميتين الاولى باللغة الانجليزية والثانية باللغة الفرنسية ، دون أي ترجمة رسمية للغة العربية ، فان الامانة العلمية تفرض على القول بأنني قد اعتمدت في هذا العمل على الترجمة التي قام بها الدكتور احمد محمود حسني في كتابه " النقل البحري للبضائع " سابق الاشارة اليه . ص 365

1211¹ من القانون البحري² ولعل ذلك يظهر بالاحد بداية بالمعيار الموضوعي لاعتبار النقل دولياً عندما يكون مکانی الشحن والتفریغ مختلفین بصرف النظر عما اذا كانت الدولتين متعاقدين او لا ، إذا توافرت الشروط التالية :

* صدور سند الشحن في دولة متعاقدة.

* بدأ النقل في دولة متعاقدة .

إلا أن الجهة في هذا التعديل التشريعي تمثل في إقراره لما يعرف بشرط البارامونت³ الذي جرى عليه العمل وذلك بالنص في سند الشحن على تطبيق أحكام معاهدة بروكسل عندما لا تكون هذه الأحكام واجبة التطبيق ، بل إلى بعد من ذلك فإن هذا التعديل سمح بتطبيق المعاهدة في الحالات الأخرى التي لم يشر إليها في النصين السابقين وذلك باعتبار قواعد هذه المعاهدة متعلقة بالنظام العام الدولي.⁴

ومع كل ذلك فإن النقلات البحرية الداخلية التي تتم بين موانئ الدولة الواحدة كالنقل الذي يتم مثلاً بين ميناء طرابلس وميناء الخمس في ليبيا ما زالت خارجة عن أحكام هذه المعاهدة ، وتخضع للقانون الداخلي للدولة ، حتى وإن توافر في هذه الرحلات الطبيعة البحرية للعقد .

(2) الطابع البحري لعملية النقل .

وفقاً لنص المادة الأولى الفقرة ه من معاهدة بروكسل فإن هذه الأخيرة لا تنطبق إلا على نقل البضائع المتمد من (”) الوقت الذي ينقضي بين شحن البضائع في السفينة و حتى تفريغها منها). وبالتالي وكما استقر عليه الفقه⁵ فإن عقد النقل يمكن أن ينقسم إلى ثلاثة مراحل الأولى وهي الممتدة ما بين تسليم البضاعة للناقل و حتى لحظة وضعها على الرصيف قبل البدء في عملية الشحن ، والثانية تلك التي تبدأ من لحظة البدء في الشحن و حتى لحظة البدء في التفريغ ، أما الثالثة فتقتصر على الشق ما بين تفريغ البضاعة و حتى تسليمها إلى المرسل إليه ، وبالتالي فإن الطبيعة البحرية لعقد النقل وفقاً لهذه المعاهدة تقتصر على المرحلة الثانية فقط دون المرحلتين الأولى والثانية⁶ ، ولا يخفى ما لهذا التقسيم من نتائج وتأثيرات على وحدة عقد النقل البحري ، وحماية الشحن التي تعتبر الهدف الأساسي من أجل اقرار هذه الاتفاقية ، كما أن الصعوبات العملية تحول وضع معايير فاصله بشكل دقيق كل مرحلة و أخرى ، خاصة فيما يتعلق بالبدء بشحن او تفريغ بعض السلع السائلة او السائبة التي لا تفرغ في وحدات أو أكياس فكيف يمكن

¹ تنص المادة 211 من القانون البحري الليبي على ما يلي (لا تطبق أحكام هذا الفرع إلا على النقل البحري القاضي بتسليم وثائق شحن ومن حين شحن البضائع على متن السفينة حتى تفريغها في المكان المقصود . وهي لا تطبق على سendas ايجار السفينة . أما إذا استأجرت السفينة بسند ايجار فإنها تتطبق على ما يسلم من وثائق شحن)

² انظر . احمد عبد الحميد عشوش . القانون البحري الليبي دراسة مقارنة الجزء الثاني . منشورات الجامعة الليبية بنغازي ليبيا . 1977 ص 48 .

³ ظهر شرط البارامونت في بريطانيا ، الذي عن طريقه يمكن للأطراف الالتفاق على اختصار عقوبات معاهدة بروكسل عندما لا تكون أحكام هذه المعاهدة واجبة التطبيق ، وقد اقر هذا الشرط تنشر علينا بموجب المادة 10 من بروتوكول 23/02/1968 ، والتي يجري نصها هكذا (تطبيق أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يتعلق بنقل بضائع بين موانئ تابعة لدولتين مختلفتين وذلك إذا : ج نص في سند الشحن على أن أحكام هذه المعاهدة أو أي تشريع آخر يأخذ بها هي التي تحكم العقد) . والجدير بالذكر أن هذا البند يمكن العمل به في عقد ايجار السفينة ، وكذلك في الخسائر المشتركة . حول هذا الموضوع انظر :

ALIN le Bayon. Dictionnaire de droit maritime. Presses universitaires de Rennes. 2004. P 158.

⁴ انظر . محمود سمير الشرقاوي . المرجع السابق . ص 409 .

⁵) CHAVAUDRET Jacqueline –La responsabilité du transporteur maritime D'après la loi du 2 avril 1936 –Faculté de droit – université de Paris – 1939.p 17

⁶ انظر . لافي دراركة . النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري دراسة مقارنة بين أحكام قانون التجارة البحرية الأردني وقواعد هامبورج . مجلة المنارة . المجلد 13 . العدد 9 . 2007 ص 113 .

أن نحدد اللحظة التي يمكن القول فيها بان الشحن قد بدأ أو أن التفريغ قد انتهي لتحديد المراحل البحرية التي يخضع لها عقد النقل؟

يضاف ألى ما سبق ان هذا التحديد يؤثر بشكل واضح على النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري فتطبيق هذه الأحكام يؤدي من الناحية العملية الي تطبيق نظام قصير وضيق لمسؤولية الناقل البحري ، وهو ما يعرف بنظام المسؤولية من تحت الرافة¹. وهو المتبوع في القانون البحري الليبي وفقا لنص المادة 211 سالفه الذكر ولكن هذا لا يعني ان المرحلة السابقة واللاحقة علي المراحل البحرية لا تدخل ضمن عقد النقل وإنما يعني ان نطاق هذه القواعد مقتصر علي الرحلة البحرية ، وعليه فإنه اذا لم يكن من الممكن تحديد الوقت الذي حصل فيه الضرر يفترض بقرينة ان الضرر قد وقع خلال الرحلة البحرية.²

اذا هذه الاتفاقية باعتبارها لبنة لتوحيد قواعد النقل الدولي البحري قد عالجت هذا الامر وفقا للظروف الاقتصادية والسياسية السائدة في تلك الفترة مما افرز نوعا من الاستقرار النسيي لهذا القطاع ، وبالتالي فحتى نضمن تطبيق هذه الوثيقة لا بد من افراج عقد النقل في قالب شكلي معين.

2 الاطار القانوني لعقد النقل.

بالرغم من ان عقد النقل البحري في صورته البسيطة عبارة عن عقد رضائي ، إلا انه عملا لا يمكن اثباته إلا عن طريق الكتابة³ ، ومع ذلك فان هذا العقد لا يخضع لإحكام معاهدة بروكسل إلا اذا افرغ في سند يسمى بسند الشحن . من هنا فإنه حتى وان توافرت كل الشروط السابقة في عقد النقل ولكنه لم يفرغ في سند شحن فلا مجال لتطبيق المعاهدة م 3 فقرة 3 من المعاهدة . ولكن من اجل توسيع نطاق تطبيق المعاهدة فان البعض⁴ يري بأنه يجب الاخذ بالتفصير الواسع لفكرة سند الشحن بحيث تشمل كل الحالات التي يقصد فيها الطرفين او يتطلب فيها عرف التجارة اصدار سند شحن بل حتى وان لم يصدر السند فعليا او لم يطلبه الشاحن ، كما انه ووفقا لنص المادة 211 من القانون البحري ، لا يمكن ان نطبق هذه الاحكام في حالة ايجار السفينة بمشاركة ايجار التي تخضع من الناحية القانونية للشروط التي يتفق عليها الطرفان متى كانت متماشية مع القواعد العامة ، وغير خالفة للنظام العام ، ومع ذلك فإن هذه الاحكام تنطبق على سند الاجار في الحالة التي يصدر فيها مؤجر السفينة سند شحن وفقا لنص المادة 211 من القانون البحري الليبي⁵.

ونظرا لأهمية هذا المستند فان المعاهدة والقانون الليبي⁶ قد نظمما البيانات الواجب توافرها في سند الشحن . ومن تم ووفقا لنص م 3 فقرة 3 من المعاهدة يجب علي الناقل او عميله او قائد السفينة بعد استلام البضاعة ان يسلم الشاحن سند الشحن بناء علي طلب الاخير يشمل ما يلي :

¹ وهو ما اصطلاح عليه في اللغة الفرنسية بما يلي (De sous palan à sous palan)

² انظر . احمد عبد الحميد عشوش . المرجع السابق. ص 84

³ في هذا الشأن تنص المادة 200 من القانون البحري الليبي علي انه (يبرم عقد... النقل البحري بورقة مكتوبة يطلق عليها اسم وثيقة الشحن ...).

⁴ انظر . احمد محمود حسني . المرجع السابق. ص 56 و 57 .

⁵ احمد عبد الحميد عشوش . المرجع السابق. ص 85 .

⁶ وفقا لنص المادة 200 من القانون البحري الليبي فان سند الشحن لا بد وان يشتمل علي البيانات التالية (1 - اسم المتعاقدين.2- تحديد البضائع الموسومة بنوعها وزونها وحجمها وعلاماتها 3- اسم السفينة وجنسيتها 4- شروط النقل من اجرة السفينة ومحل السفر والمكان المقصود 4- تاريخ تسليم الوثيقة 5- عدد النسخ التينظمها الربان 6- توقيع الربان والواسق)

* الماركارات الضرورية للتعرف على البضاعة : كما سلمها الشاحن قبل التحميل و ان تلصق هذه الماركارات في مكان ظاهر على البضاعة او على الصناديق وان ترقم بحيث تظل قراءتها ميسورة حتى نهاية السفر وألا فان له ان يثبت تحفظ في سند الشحن بان العلامات غير واضحة وغير كافية وهنا يتحقق للناقل التمسك بحالة الاعفاء المقررة في م 4

* عدد الطرود و القطع او الكمية والوزن حسب الحالة التي سلمت بها البضاعة خطيا ، وكل ما من شأنه ان يحدد حالة البضاعة وشكلها الظاهر وعلى الشاحن ان يقدم اقرارا يتضمن بيانات صحيحة للناقل على حالة وكمية البضاعة ويعتبر الشاحن ضامنا للناقل صحة المعلومات المدرجة في هذا الشأن ، و إلا تحمل كافة التعويضات الناتجة عن عدم صحة هذه البيانات ، م 3 فقرة 5 من المعاهدة.

مع بقاء مسؤولية الناقل امام الغير عن كل ما هو ثابت في الملصقات كالمرسل اليه ولكن لا يتحمل الناقل أي مسؤولية عن الاضرار والخسائر التي لحقت البضاعة اذا صرحت الشاحن بشكل غير صحيح¹. وفي هذا تنص المادة 203 من القانون البحري الليبي على انه في حالة البيانات المخالفة لحقيقة البضائع يعتبر الشاحن (...مسئولا تجاه الناقل عن كل الاضرار الناتجة عن بياناته ، إلا انه لا يجوز للناقل ان يدفع بهذه البيانات تجاه أي شخص غير الشاحن).

وإذا تختلف بعض البيانات اللازم توافرها في سند الشحن فان القانون الليبي يعطي لهذا السند قوة مبدأ الا ثبات بالكتابية مع ما يترتب على ذلك من نتائج استنادا للقواعد العامة في القانون المدني . م 201 بحري ليبي.

اذا حتى تخضع عملية النقل لقواعد برووكسل لابد من توافر الشروط السابقة المتعلقة بعقد النقل ، مضافة الى الموصفات الخاصة الواجب توافرها في البضاعة محل العقد.

ب مواصفات البضائع المنقوله.

من خلال قراءة نصوص المعاهدة محل البحث ، نلاحظ بأنها تضع معايير محددة من اجل تطبيق احكامها ، فيجب أن تكون البضاعة ذات طبيعة عادية (1) وان تكون موضوعة في اماكن معينة في السفينة (2).

1 الطبيعة العادية للبضائع المنقوله .

أن معاهدة برووكسل تشترط أن تكون البضاعة المنقوله ذات طبيعة تجارية عادية وان يتم النقل في ظروف نقل عادية ، اما اذا كانت البضاعة ذات طبيعة خاصة كنقل حطام سفينة غارقة² او ان يتم النقل في ظروف خاصة أي خارج خطوط النقل المنتظم مما يتطلب ابرام اتفاقات خاصة بين الناقل والشاحن فان مثل هذه النقلية تكون خارجة عن اطار تطبيق المعاهدة وفقا لنص م 6 من المعاهدة³ ، يضاف الي ما سبق انه لا يجب ان يصدر سند شحن اسنادا الي هذا العقد وإنما يجب ان يفرغ هذا العقد في وثيقة نقل اخر غير قابلة للتداول. وهو ما اكدهت عليه المادة 209 من

¹ انظر . بسام عاطف المختار . اتفاقية برووكسل وتعديلاتها . الحلبي للمنشورات الحقوقية . بيروت لبنان . 2006 . ص 112 و 113 .

² انظر . علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 584 .

³ تنص المادة 6 من معاهدة برووكسل علي انه " مع عدم الالحاد بالإحكام السابقة يجوز للناقل او وكيل الناقل ان يبرم مع الشاحن فيما يختص ببيان معينة مهما كان نوعها اي عقد يكون مشتملا علي أي شروط يصادم مسؤوليات الناقل والتزاماته بكفالة صلاحية السفينة للسفر علي إلا يكون هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام او يصادم عناية مستخدمي الناقل او وكلائه او يقتضيهم فيما يتعلق بالشحن والترويج والرصاص والحفظ والعنابة بالبضائع المنقوله بحرا او تفريغها علي انه في هذه الحالة لا يجوز ان يكون قد صدر او يصدر اي عقد شحن او يدون الشرط المتفق عليه في اتصال يصبح وثيقة غير قابلة للتحويل ويؤشر عليه بما يفيد ذلك وكل اتفاق يتم علي هذا الوجه ينتج اثره القانوني الكامل . غير انه اذا اتفق على ان هذه المادة لا تتطبق علي المشحونات التجارية العاديه التي تحصل خلال المعاملات التجارية العاديه وإنما تتطبق فقط علي المشحونات الالهي التي تكون طبيعة الاشياء المطلوب نقلها وحالتها وظروف شحنها والظروف والمواعيد والشروط التي يجب ان يتم فيها النقل من شأنها ان تبرر اتفاقا خاصا"

القانون البحري الليبي التي يجري نصها هكذا (اذا اقتضت طبيعة البضائع او شروط نقلها عقد اتفاques خاصة عمل بالشروط المتفق عليها والمتعلقة بحقوق الناقل والتزاماته ، ما دامت غير مخالفة للنظام العام ، بشرط أن لا يسلم وثيقة شحن قابلة للتداول أو ان يدرج الاتفاق في سند يتضمن عبارة غير قابل للتداول او ما حكمها).

اذا الطبيعة الاستثنائية للبضائع المنقوله او النقل في خطوط غير منتظمه مستبعدان في احكام المعاهدة ، ولكنها خاضعه للقانون الداخلي ، وذات الحكم يصدق علي نقل الحيوانات الحية ذلك ان كتاب المعاهدة قد عرفوا مصطلح البضائع كما يلي " الاموال والأشياء والبضائع والمواد من أي نوع كانت عدا الحيوانات الحية " م 1 فقرة ج .

وعليه فلا اجتهاد مع صراحة النص ، فان الحيوانات الحية خارجه عن احكام المعاهدة سواء تم نقلها في داخل حاوية او سواء تم شحنها علي ظهر السفينة.

2 البضائع المنقوله علي سطح السفينة .

تكلمنا في الفرض السابق علي الطبيعة غير العادي للبضائع محل عقد النقل ، وقلنا بأنها خارجه عن احكام المعاهدة ، ولكن في هذا الفرض قام واضعوا المعاهدة بإقرار حكم بمقتضاه تم استبعاد البضائع مهما كانت طبيعتها عاديه او استثنائيه من اطار المعاهدة اذا تم نقلها علي سطح السفينة ما لم يجري العرف او العادات التجارية المتبعه علي جواز هذا النقل . ولكن مع ذلك فان السؤال الذي يفرض نفسه في هذا الخصوص يشمل في معرفة الحكم القانوني في الحالة التي يذكر فيها في سند الشحن ان الناقل سوف يشحن البضاعة في عنابر السفينة تم يتضح ان النقل قد تم علي السطح ؟ وما هو الحكم في الفرض العكسي أي عندما يذكر في السند ان النقل سيتم علي السطح ولكنه في الواقع قد تم في عنابر السفينة؟

بدايه ان اجرة النقل المستحقة علي الشاحن عندما يتم النقل علي ظهر السفينة ارخص نسبيا من الشحن في عنابر السفينة وذلك نظرا لحجم المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها هذه البضاعة عند نقلها علي السطح . وعليه فانه بالنسبة للفرض الثاني وهو القول بان البضاعة ستنتقل علي السطح ولكن النقل الفعلي قد تم داخل عنابر السفينة يمكننا ان نجد حلا في عجز المادة 1 فقرة ج من اتفاقية بروكسل التي يسري نصها هكذا (بضائع تشمل الاموال والأشياء والبضائع أي كانت عدا ... المشحونات التي يذكر في عقد النقل ان نقلها يكون علي ظهر السفينة وتكون قد نقلت فعلا بهذه الطريقة). اذا لا يكفي مجرد النص علي اعتبار هذه البضاعة قد نقلت علي السطح لاستبعاد احكام المعاهدة او القانون الليبي وإنما يجب ان يتم النقل فعلا بهذه الكيفية .

اما الفرض الثاني الذي عن طريقه يتم النقل علي عابر السفينة ولكنه تم من الناحية العملية علي السطح ، فانه واستنادا لقواعد العدالة والمنطق السليم يمكن للشاحن الرجوع علي الناقل ومطالبه بالتعويض الكامل عن الاضرار التي اصابته من جراء هذا التصرف ، مع الحق في استرجاع الفارق في قيمة اجرة النقل . ولكن علي كل حال هذا الوضع ما لبث ان تغير بصدر قواعد هامبورج .

ثانياً : معايدة هامبورج .

وضعت معايدة هامبورج لسنة 1978 من أجل الحلول محل شقيقتها الكبri سابقة الذكر ومن خلال قراءة هذه القواعد نلاحظ أنها قد علبت عقد النقل بنظرة توسيعة تفوق ما كان معمولاً به سابقاً، هذه النظرة التوسيعة تظهر بوضوح من خلال معالجة واضعي المعايدة لعقد النقل من حيث الشكل (أ) ومن حيث المحتوى (ب).

أ: من حيث الشكل.

بداية من الواجب التأكيد على أن المقصود بالشكل هنا ، هو الإطار الذي نظمت به المعايدة عقد النقل ، وليس الشكل باعتباره ركناً من أركان العقد وفقاً لإحكام النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني.

علي كل حال ، فإن العقد الخاضع لأحكام معايدة هامبورج يجب أن يكون عقد نقل ذو طبيعة بحرية (1) دولية (2) وفقاً للتفصيل التالي :

1 - الطبيعة البحرية لعقد النقل.

عرفت المادة الأولى الفقرة السادسة من الاتفاقية محل الدراسة عقد النقل بأنه كل (... عقد يتهدى الناقل بموجبه بان ينقل بضائع بطريق البحر من ميناء لأخر لقاء اجرة، إلا انه لأغراض هذه الاتفاقية لا يعتبر العقد الذي يشمل نقلًا بطريق البحر وكذلك نقلًا بوسيلة أخرى ، عقد نقل بحري إلا في حدود تعلقه بالنقل بطريق البحر).

وبالتالي فإن النقل المجاني يعتبر خارجاً عن إطار المعايدة، لأن العقد المطلوب يجب أن يكون بمقابل سواء نفذ من قبل الناقل او من قبل الناقل الفعلي في حالة التعاقد من الباطن¹، وسواء تم تنفيذه لمرة واحدة أو في مرات متعددة كما هو الحال في النقل المتتابع ، فيمكن اعتبار كل جزء من هذا النقل أو كل مرة وكأنها جزء مستقل بذاته ، وهذا ما تؤكده المادة 2 من الاتفاقية التي يجري نصها هكذا (إذا نص العقد على نقل بضائع في المستقبل في سلسلة متتابعة من الشحنات خلال فترة متفق عليها تسري أحكام الاتفاقية على كل شحنة من الشحنات ...) كل هذا ما لم يتم النقل استناداً إلى مشارطة الإيجار ، بل حتى ولو تم النقل استناداً إلى مشارطة الإيجار وصدر بناءً عليها سند شحن فإن أحكام هذه المعايدة سوف تنطبق في العلاقة بين الناقل وحامل السند إذا لم يكن هذا الأخير هو المستأجر . م 2 فقرة 3 من المعايدة.

و فوق ذلك فإن قواعد هامبورج قد نظمت ما يعرف بالنقل المختلط الذي يتضمن شقاً بحرياً وأخراً غير بحرياً ، وحصرت نطاق تطبيقها على الشق البحري فقط ، الذي تم تنظيمه بشكل أوسع مما كان عليه الحال في قواعد بروكسل ، ذلك أن م 4 فقرة 1 من المعايدة الجديدة قد نصت بشكل قاطع على أن (.... مسؤولية الناقل على البضائع ... تشمل الملة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل في ميناء الشحن وأثناء النقل وفي ميناء التفريغ) وهذا ما تكرر في الفقرة الثانية من ذات المادة² ، وعليه فإنه مسؤولية الناقل قد اتسعت بشكل أكبر مما كان معمولاً

¹. انظر . محمود سمير الشرقاوي . المرجع السابق . ص 416 و 417 .

² وفقاً لنص المادة 4 فقرة من معايدة هامبورج فإن البضاعة تعتبر في عهدة الناقل (أ) اعتباراً من الوقت الذي يتلقى فيه البضائع من : 1 الشاحن أو شخص ينوب عنه ، أو 2 سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن تسليم البضائع له لغرض الشحن . بـ و حتى الوقت الذي يقوم فيه بتسليم البضائع وذلك 1 بتسليمها إلى المرسل إليه أو 2 بوضعها تحت تصرف المرسل إليه وفقاً للعقد او القانون او العرف المتباع في التجارة المعينة بميناء التفريغ ، وذلك في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل ، أو

3 بتسليمها إلى سلطة او طرف ثالث آخر توجب القوانين او اللوائح السارية في ميناء التفريغ تسليم البضائع إليه .

به في معاہدة بروکسل ، حيث ان الناقل مسئولا عن البضاعة من لحظة استلامه لها و حتى لحظة تسليمها لصاحب الحق فيها¹ ، وبالتالي فان قواعد هامبورج قد تجاوزت فكرة تقسيم عقد النقل الى ثلاثة مراحل - كما سبق ذكره في محله - وما ينتج عنها من مشاكل من الناحية العملية والقانونية ، يعني اخر ، فان اتفاقية هامبورج تنظم عقد النقل من الميناء الى الميناء ، ولا يخفى ما لهذا النظام من مميزات تساهمن في الاستقرار التشريعي ، وإخضاع العقد لنظام قانوني واحد دون الحاجة لتقسيمه الى ثلاثة مراحل مختلفة.

يضاف الي ذلك ، ان مسؤولية الناقل قد تحولت من نظام تحت الرافعة الى تحت المسئولية من الميناء الى الميناء وفي هذا حماية كبيرة للشاحنين ، وتوسيع في دائرة توحيد قواعد النقل الدولي البحري للبضائع على المستوى الدولي.

2 الطبيعة الدولية لعقد النقل البحري.

تبنت المعاہدة " الجدية " معيارا موضوعيا لاعتبار النقل نقل دوليا ، متتجاوزة بذلك جنسية أطراف العلاقة و الجنسية أدلة النقل وبالتالي فإن دولية النقل وفقا لنصوص الاتفاقية تمثل في الأحكام الثابتة في المادة الثانية ، فعندما يتم الشحن في ميناء دولة متعاقلة أو عندما يتم التفريغ الفعلي في ميناء دولة متعاقلة تطبق المعاہدة ، والعبرة دائما بالميناء الفعلي للشحن أو التفريغ وليس بالميناء المسمى في العقد او في سند الشحن.

كما ان المعاہدة تطبق ايضا اذا كان هناك خيارات بين عدة موانئ ويتم التفريغ في ميناء دولة متعاقلة ، او يصدر سند شحن او أي من وثائق النقل في دولة متعاقلة حتى وان صدر العقد في دولة غير متعاقلة ، وأخيرا عندما يرغب الاطراف في تطبيق قواعد المعاہدة ، وذلك بإشارة الاطراف في السند الى رغبتهم في تطبيق احكام المعاہدة ، او تطبيق تشريع دولة منظمة او مبنية لقواعد هامبورج².

بناء عليه يمكن القول بان هناك معايير دقيقة لدولية العقد ضمن اتفاقية 1978 تفوق ما كان مدرجا في معاہدة 1924. سواء علي صعيد فكرة العقد بوجه عام او علي صعيد محل هذا العقد بوجه خاص.

ب محل عقد النقل البحري.

محل العقد كما يرى الدكتور محمد علي البدوي³ ، هو الاجابة عن السؤال التالي بماذا التزم المدين ؟ فتكون الاجابة بان المدين قد التزم اما بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل او بإعطاء شيء ، ودون الخوض في كل الجزئيات المتعلقة بفكرة محل العقد ، فان الشيء الثابت هو ان التزام الناقل في عقد النقل هو التزام بتحقيق نتيجة متمثل بنقل البضاعة من ميناء لأخر ، ولكن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الخصوص يتمثل في معرفة المعنى الدقيق لمصطلح بضاعة وفقا لقواعد هامبورج.

الإجابة علي هذا التساؤل تكتسي اهمية بالغة ، لأنها تعكس رغبة واضعي المعاہدة في توسيع دائرة العقود الخاصة بها ، ومن تم فان البضاعة تشمل وفقا للمعاہدة (... الحيوانات الحية ، وحيث ما تكون البضائع مجمعة في حاوية او

¹ انظر . محمود سمير الشرقاوي . المرجع السابق. ص 418.

² انظر . محمود سمير الشرقاوي . المرجع السابق . ص 422.

³ انظر . محمد علي البدوي . النظرية العامة للالتزام . الجزء الاول مصادر الالتزام . المركز القرمي للبحوث والدراسات العلمية . طرابلس ليبيا. 2003 . ص 136.

منصة نقالة او اداة نقل ماثلة ، أو مغلقة تشمل البضائع أداة النقل ، أو مواد التغليف المذكورة اذا قدمها الشاحن) م 1 فقرة 5.

اذا خلافا لقواعد بروكسيل يخضع نقل الحيوانات الحية لقواعد هامبورج ، وفي هذا توسيع لدائرة البضائع الخاصة للتنظيم الدولي ، بالرغم من ان المعاهدة قد خصت الحيوانات الحية بأحكام خاصة فيما يتعلق بمسؤولية الناقل عن هذا النوع من البضائع فاعتبره غير مسؤول عن الالام والتلف والتغيير الذي قد يلحق هذه البضائع ذات الطبيعة الخاصة ، اذا اثبت الناقل انه قد راعي كل التعليمات الخاصة التي اصدرها له الشاحن ، وان الضرر الذي حصل راجع الي هذه المخاطر ، بل وفق ذلك ، افترضت المعاهدة بقرينة بسيطة ان الضرر قد نتج عن تعليمات الشاحن حتى يستطيع هذا الاخير اثبات ان الضرر قد نتج بشكل كلي او جزئي بسبب اهمال او تقصير من قبل الناقل . م 5 فقرة 5.

وبالتالي يمكننا ملاحظة الطبيعة المتسلدة لمسؤولية الشاحن في هذا الخصوص ، وربما الحكمة من ذلك هي الطبيعة الخاصة للحيوانات الحية وما تتطلبه من عناية خلال تنفيذ عملية النقل .

وكذلك الحال فان المعاهدة محل البحث قد اجازت بشكل عام النقل علي سطح السفينة اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 9 ، والتمثلة في وجود عرف متبع في علي جواز هذا النقل او وجود تشريعات او وقاعد قانونية تقتضي هذا النوع ، او ضرورة وجود اتفاق مع الشاحن علي هذا النوع من النقل وأن يدرج هذا البند في سند الشحن حماية للمرسل اليه ، وإلا فان علي الناقل ان يثبت وجود الاتفاق علي جواز نقل البضاعة علي سطح السفينة ، ولا يمكنه مع ذلك الاحتجاج بهذا النقل علي الغير حسن النية. وإذا عجز الناقل عن القيام بهذا الاثبات اعتبر الناقل مسؤولا م 5 من المعاهدة. ولكن اذا اتفق الاطراف علي نقل البضاعة في عنابر السفينة وتم النقل علي السطح اعتبار ذلك فعلا او تقصيرا من الناقل يسقط حقه في التحديد القانوني للمسؤولية وفقا لنص م 8 والفقرة 4 م 9 من المعاهدة.

بناء علي العرض السابق يمكن القول ان الرغبة التشريعية في توحيد قواعد النقل الدولي البحري للبضائع قد اتسعت وفقا لمعاهدة هامبورج وفتحت المجال للعديد لتطبيق موحد لهذا العقد تماشيا مع التطورات الفنية التي حصلت في قطاع النقل البحري والانتشار الواسع للنقل بالحاويات وظهور السفن العملاقة المخصصة لهذا النوع من النقل ، إلا انه وبعد ما يقارب عن 20 عام من دخول قواعد هامبورج حيز النفاذ ظهرت اتفاقية اخري عالجت الموضوع بشكل واسع جدا ، ومتغير لما استقر عليه الحال في الممارسات البحرية في بعض الاحيان . عرفت باسم قواعد روتردام.

المطلب الثاني : التنظيم الواسع لعقد النقل البحري.

وفقا لنصوص معاهدة روتردام والتي لم تدخل حيز النفاذ بعد ، فإن توحيد قواعد النقل البحري الدولي للبضائع قد بلغ مرحلة متطرفة جدا ، مقارنة بما كان عليه الحال . ولكن من أجل الحرص على تحديد نطاق الدراسة فإنه من الواجب ان اشير الي ان هذه الورقة لن تغطي كل نصوص المعاهدة ، وإنما سوف تقتصر علي تقديم عام وجزئي للأحكام الجديدة التي جاءت بها هذه القواعد من الناحية الشكلية (أولا) متبوعا بدراسة ل نطاق بعض الأحكام الموضوعية (ثانيا) تاركينا الأحكام المتبقية لفرصة اخرى¹.

أولا: الناحية الشكلية .

كما هو معروف فإن قواعد روتردام قد تضمنت عدد كبير من المواد ، يصل الى 96 مادة ، مقسمة على 18 فصل ، اهتمت خلاها بالتفاصيل والتعريفات ومعالجة الواقع العملي وإيجاد حلول لها ، مع التحفظ في بعض الأحيان على الصياغة الطويلة² والثقيلة³ لبعض المواد و الاحالة المتكررة من مادة الى أخرى ، مما يصعب عملية فهمها وتحليلها وذلك لأن هذه المعاهدة قد كتبت باللغة الانجليزية في الاساس ونوقشت بهذه اللغة خلال الاعمال التحضيرية التي استمرت سنوات قبل صياغتها بشكل نهائي ، وعليه فمهما كانت جودة الترجمة فإنه لا مفر من وجود بعض العقبات بالنسبة للترجمة ، بالإضافة الى المنهجية المعيبة المتبعة في هذه المعاهدة.

على كل حال ، سوف نقصر البحث في هذا الشق علي بعض اهم التطورات التي جاءت بها قواعد روتردام ، وذلك بدراسة وثائق الشحن الالكترونية (أ) مصحوبة بالتعديلات المتعلقة بمدة التقادم (ب) .

أ وثائق النقل الالكترونية.

بداية فضلنا استعمال مصطلح " وثائق النقل ولم نرغب في استعمال المصطلح التقليدي في هذا الخصوص " سند الشحن " تماشيا مع الارادة التشريعية لهذه المعاهدة التي لم يرد فيها ذكر كلمة سند الشحن⁴ . على كل حال ، فإن وثائق الشحن من الممكن ان تكون وثائق قابلة للتداول كما يمكن ان تكون وثائق غير قابلة للتداول " اسية " كما يمكن ان تفرغ في نموذج ورقي او في قالب الكتروني. وإذا كانت المستندات التقليدية معروفة في التشريعات البحرية الدولية والوطنية ، فإن الوثائق الالكترونية تعتبر من اهم التطورات التي استحدثتها قواعد روتردام في النقل البحري للبضائع ، وقد عرفت المادة الاولى من هذه المعاهدة في فقرتها الثامنة عشر المستندات الالكترونية او سجل النقل الالكتروني كما يلي (... المعلومات الواردة في رسالة واحدة او اكثر يصدرها الناقل بوسيلة اتصال الكترونية بمقتضى عقد النقل ، بما فيها المعلومات المرتبطة منطقيا بسجل النقل الالكتروني بواسطة مرفقات أو الموصولات

¹ اذا وفقنا الله عز وجل وآتيحت لنا الفرصة سيكون هناك مقالات لاحقة متعلقة بأحكام هذه المعاهدة.

² وفقا للنسخة العربية الرسمية الصادرة عن الامم المتحدة لقواعد روتردام فالمادة الاولى فقط قد افرغت في ما يزيد عن ثلاثة صفحات.

³ يكفي ان نلقي نظرة على المادة 17 من المعاهدة التي تعتبر حجر الزاوية فيما يخص مسؤولية الناقل البحري لنعرف ان هناك صعوبات جمة ترجع الى عيوب في الصياغة ، الامر الذي تكرر في المادة 26 التي تنظم النقل المختلط.

⁴ في هذا الشأن يرجي الباحث Javier FERNANDEZ ان :

(... dans les 96 articles des Règles de Rotterdam on ne motionne une seule fois le terme connaissance . dans ce sens , les Règles de Rotterdam mettent fin à une tradition de siècles dans le transport maritime des marchandises...) Comparaison des règles de Rotterdam avec les différentes conventions internationales sur le transport maritime. Mémoire UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES d'AIX—Marseille III .FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES. 2010- 2011. P 55.

بطريقة أخرى بسجل النقل الالكتروني ابان او عقب اصداره من جانب الناقل بحيث تصبح جزءا من سجل النقل الالكتروني).

وكما ان النظام التقليدي لوثائق النقل ينقسم الى وثائق قابلة للتداول وأخرى غير قابلة للتداول فان هذا التقسيم موجود ايضا في النظام الالكتروني لسندات النقل التي يمكن ان تكون اسمية¹ كما يمكن ان تكون قابلة للتداول²، وعلى كل حال فان في اقرار هذه الوثائق اهمية عملية لا يستهان بها ، حيث انها تقضي علي المشكلة الكلاسيكية المتمثلة في وصول البضائع الي ميناء التفريغ قبل وصول مستنداتها عن طريق البريد ، أو عن طريق المناولة اليدوية ، مما يجعل الشحنة عرضة للتلف او الهلاك بسبب بقائهما معرضة لعوامل التعرية في المستودعات او علي رصيف الميناء.³ كما ان هذا النظام سيوفر الوقت والجهد بشكل كبير ويساهم في تلافي التعقيدات الناتجة عن استخدام النماذج الورقية مما يؤدي الي رفع كفاءة النقل الدولي وازدهار التجارة الدولية بشكل عام.⁴

من جهة اخري ، فانه بالرغم من أن هذه الاتفاقية قد اقرت صراحة نظام السندات الالكترونية ، إلا انه ما زالت تنظر باستحياء الي هذه الوثائق ، ذلك ان المادة 8 فقرة أ قد نصت علي انه (يجوز تسجيل أي شيء تقضي هذه الاتفاقية بان يشتمل عليه مستند النقل او يحمله سجل نقل الكتروني ، شريطة ان يكون اصدار سجل النقل الالكتروني واستخدامه لا حقا بموجة الناقل والشاحن).

اذا لا يكن اصدار السند الالكتروني دون تراضي الطرفان ، وبداهة فان هذا التراضي ليس هو التراضي المطلوب لانعقاد العقد وإنما تراضي الاطراف علي ان يفرغ المحتوى في سند الكتروني والاتفاق علي استعمال هذا السند ، فإذا توافر هذا الركن كان للسند الالكتروني ذات القيمة القانونية للسند العادي من حيث الاصدار والسيطرة عليه اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 9⁵.

كما يجدر الاشارة هنا الي ان قواعد روتردام بالرغم من طابعها التقديمي ، إلا انها لم ترغب في هدم التقاليد البحرية الراسخة منذ امد بعيد⁶ ، فالوثائق الورقية مازالت محتفظة بمحاذاتها وغير مهددة بالإلغاء ، بل ان المعاهدة قد جعلت الاستعمال الالكتروني لوثائق النقل طريقة بديلة للوسائل التقليدية المعروفة وللإطراف حرية الاختيار بين هذه الطريقة او تلك ، مع ضرورة احترام القيود المفروضة علي كل طريقة ، و فوق ذلك فان المادة 35 قد اعطت للأطراف مكنته استعمال سندات نقل الكترونية او عادية حتى في الحالات التي يقضي فيها العرف او الممارسات التجارية او

¹ في هذا الخصوص المادة 1 فقرة 20 تعرف سند النقل الالكتروني غير القابل للتداول بأنه (... سجل الكتروني لا يندرج ضمن سجلات النقل الالكترونية القابلة للتداول) اذا واصعوا المعاهدة هنا قد اتبعوا فكرة الاستبعاد لتعريف سند النقل الالكتروني الاسمي فكل ما لا يعتبر سند الكترونيا قابلا للتداول هو سند اسمي وكأن النص يجعل من القابلية للتداول القاعدة والاستثناء هو عدم القابلية للتداول ولا يخفى ما لهذا الامر من اهمية علي الصعيد التجاري.

² المادة الاولى فقرة 19 علي ان سجل النقل الالكتروني القابل للتداول يعني كل سجل الكتروني ("أ") يدل بعبارة مثل لأمر او قابل للتداول او بعبارة ملائمة اخري يعتزف القانون المنطبق علي ذلك السجل بان لها المفعول ذاته ، علي ان البضائع قد ارسلت لأمر الشاحن او لأمر المرسل اليه ، ولا يذكر فيها صراحة انه غير قابل للتداول او ليس قابلا للتداول .

"ب" وفي استخدامه بمقتضيات الفقرة 1 من المادة 9).

³ انظر . فاروق ملش . اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع الدولي بالبحر كلبا او جزئيا لسنة 2009 الحسنات والايجابيات . مجلة اخبار النقل البحري . السنة 15 . العدد 8. الاسكندرية مصر. ص 6 .

⁴ انظر . المذكرة الاسترشادية الصادرة عن الاكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري بمناسبة ورشة العمل المنعقدة بشان تحليل وتحديد ايجابيات وسلبيات قواعد روتردام 2009 لصياغة رؤية عربية حيال الانضمام اليها . المذكرة في مقر الاكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري . الاسكندرية . مصر . ص 20 .

⁵ تنص المادة 9 من المعاهدة علي ان (1) يخضع استخدام سجل النقل الالكتروني القابل للتداول لإجراءات تتصل علي: أ طريقة اصدار ذلك السند وإحالته الي حائز مقصود . ب تأكيد ان سلامة السند الالكتروني لم تمس . ج الكيفية التي يمكن للحائز ان يثبت انه هو الحائز د الطريقة التي يؤكدها انتمام التسليم الي الحائز ، افقدان سجل النقل الالكتروني لا يمفعول او صلاحية

⁶ يشار في تفاصيل العقد الي الاجراءات المذكورة في الفقرة 1 من هذه المادة ، ويجب ان يكون التحقق من اتباع تلك الاجراءات ميسورا).

في هذا الشأن يرى الباحث . Javier FERNANDEZ ان :

حتى الاتفاق على عدم استخدام سندات نقل¹. كل هذا يعكس النمط التشريعي المتقدم الذي عالجت به القواعد الجديدة سندات النقل ، والذي يتناغم مع التعديلات المقررة لرفع الدعوى.

ب تقادم الدعوى .

وفقا لأحكام اتفاقية بروكسل لسنة 1924 وللتعديل الذي حصل بموجب البروتوكول الصادر في 1968 فان الناقل مغفي من كل مسؤولية اذا لم ترفع الدعوى ضده خلال سنة من تاريخ التسلیم ، او خلال سنة من تاريخ المفترض للتسلیم ومع ذلك يكن اطاله هذه المدة بإرادة الطرفين .

اما معاهدة هامبورج لعام 1978 فإنها قد اطلت من هذه المدة وفقا لنص مادتها 20 ، وذلك يجعل مدة تقادم الدعاوى الصادرة عن كل الدعاوى الناتجة عن عقد النقل تتقادم خلال سنتين . من جهته عالج القانون الليبي رقم 23 لسنة 2010 مسألة التقادم في المادة رقم 619 وذلك بقوله ان مدة التقادم تبدأ في الحسبان من (... تاريخ تسليم الشئ الى المرسل اليه ، أو الى الجمارك ، أو الى الامين الذي يعينه القاضي لاستيداع الشئ ...) كما ان هذا القانون قد وضع قاعدة خاصة فيما يتعلق بهلاك البضاعة هلاكا كليا وفقا لنص المادة 591 وذلك بجعله تاريخ الهلاك النقطة التي يبدأ منها حساب التقادم ، ويعتبر الشئ هالكا هالكا كليا اذا (... لم يسلمه الناقل ، او لم ينحضر المرسل اليه بالحضور لتسليمها خلال ثلاثة أيام من انقضاء الميعاد المعين للتسلیم او من انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل العادي في النقل اذا وجد في الظروف نفسها إذا لم يعين ميعادا للتسلیم).

من خلال النصوص السابقة نلاحظ بشكل قاطع ان هناك تفاوت في تحديد مدة التقادم بين الاتفاقيات الدولية فيما بينها أو بين هذه المعاهدات و القانون الوطني ، وهو ما يتجلی بوضوح اكثر من خلال قراءة الواقع الذي جاءت به قواعد روتردام التي اضفت تعديلات مغايرة لما سبق ذكره في هذا الخصوص فالمادة 62 تنص على انه (لا يجوز ان تقام اجراءات قضائية ، او تحكيمية فيما يتعلق بالطلبات والنزاعات الناجمة عن الاخلاص بواجب من الواجبات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية بعد انقضاء فترة قدرها سنتان)

نلاحظ هنا جيدا ، بان هذه المعاهدة قد نظمت التقادم الخاص بالدعوى القضائية ، وذلك المتعلق بدعوى التحكيم² وهذا ما لم يرد ذكره في أي اتفاقية سابقة في النقل البحري او في أي من نصوص القانون الليبي. إلا ان من حقنا التساؤل عن الفترة التي يبدأ منها حساب مدة التقادم وفقا لقواعد روتردام فهل هي ذات الفترة في المعاهدات السابقة ام انها مختلفة ؟

الفقرة الثانية من المادة 62 تجيز عن هذا التساؤل بالنص على ان هذه المدة تبدأ في الحسبان من (.... اليوم الذي سلم فيه الناقل البضائع او في الحالات التي لم تسلم فيها البضائع او لم يسلم إلا جزء منها ، في آخر يوم كان ينبغي ان تسلم فيه هذه البضائع ، ولا يحتسب ضمن هذه الفترة اليوم الذي تبدأ فيه ...) من هنا نلاحظ ان هناك تطابق في مدة التقادم بين قواعد روتردام وقواعد هامبورج³ .

¹ استخدام الوسائل الالكترونية وفقا لقواعد روتردام لم يعد مقتصرا على مستندات النقل بل انه امتد لأكثر من ذلك ، حيث انه من الجائز استعمال هذه النماذج حتى لتوجيه الاشعارات والتاكيدات وخطابات القبول والموافقة والإعلانات ... وفقا لنص المادة 3 يشرط ان يكون هذا الاستخدام خاضعا لموافقة الاطراف المرسل والمرسل اليه.

² انظر. مراد بن سعيد. عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية. اطروحة دكتوراه. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة ابوظبي بلقيس. تلمسان الجزائر. 2011 / 2012. غير منشورة: ص 358 وخاصة الهمش رقم 1.

³ Mustapha EL KHAYAT. Le Maroc et les Règles de Rotterdam. Les Règles de Rotterdam : le droit des transports maritimes au XXIe siècle. Les 20 et 21 mai 2010. Institut méditerranéen des transports maritimes. 25^e édition. 2010.P 250.

إلا ان هذه المعاهدة قد تضمنت احكاما اخرى ، منها الخاص بدعوى التعويض م 64 ومنها المتعلقة بتمديد مدة التقادم عند رفع الدعوى علي الشخص المفترض انه هو الناقل وفقا لنص المادة 37 وذلك في غضون ابعد الاجلين (أ) الوقت الذي يسمح به القانون المنطبق في الولاية القضائية التي ترفع الدعوى او

ب تشغيل يوما تبدأ من اليوم الذي تحدد فيه هوية الناقل ، او يدحض فيه المالك المسجل او مستأجر السفينة عارية افتراض كونه هو الناقل...) م 65 .

من جهة اخرى فان المادة 63 قد نصت علي مدة السنن الواردة في المادة 62 (... لا تخضع للتعليق ولا للقطع) مما يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه المادة هل هي مدة تقادم ام مدة سقوط ، للوهلة الاولى يمكن القول بأنها مدة سقوط لأن مدة التقادم تقبل الوقف والانقطاع اللتان عبرت عنهما الاتفاقية بالتعليق والقطع ، اما مدة السقوط فلا تقبل لا التعليق ولا القطع. ولكن ما هي الجهة التي قدمتها قواعد روتردام في الجانب الموضوعي ؟

ثانيا - الناحية الموضوعية.

من غير الممكن كما سبق القول ، تقديم شرح او تفسير كامل لقواعد روتردام في عمل بسيط كهذا ، ولكن علي العكس من ذلك من المفيد جدا التعرض بالبحث لبعض من الجزئيات التي احتوتها هذه المعاهدة ، وعليه فان البحث في هذا الجزء سينصب علي جزئيتين فقط الاولى تمثل في الاعتراف الصريح بمسؤولية الناقل عن الخسارة الناجمة عن التأخير(أ) والثانية التنظيم القانوني لما يعرف بحق السيطرة (ب).

أ المسؤولية عن التأخير.

من خلال قراءة التنظيم القانوني لهذا الموضوع وفقا لقواعد روتردام نلاحظ : بان هذه الاخيرة قد نصت علي القاعدة العامة لهذا النوع من المسؤولية (1) متبوعا ببعض الاحكام يمكن ان تعتبرها قواعد خاصة (2) .

1 - القاعدة العامة .

مسؤولية الناقل البحري عن التأخير في تسليم البضائع اثار خلافا كبيرا في ظل قواعد برووكسل لسنة 1924 حيث انها لم تتضمن اي اشارة صريحة لتحميل الناقل بهذا النوع من المسؤولية ، وإنما تضمنت عبارات عامة تقضي بمسؤولية الناقل عن كل الضرر الذي يصيب البضاعة بصفة عامة ، مما دعى بالبعض¹ الي القول بان عمومية الضرر هنا تشمل المسؤولية عن التأخير وعلى ذات المنوال نسج القانون البحري الليبي² ولكن من الواجب هنا التفرقة بين الضرر الذي يصيب البضاعة وذلك الذي يصيب الناقل بسبب تأخر البضاعة في الوصول. في حين رأى البعض الآخر³ ان هذه المعاهدة لم تتطرق من قريب ولا من بعيد لهذه المسالة ، وبالتالي فلا مجال لتحميل النص اكثر من محتواه⁴.

¹ انظر . لطيف جبر كوماني. مسؤولية الناقل البحري. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان الاردن. 2001. ص 94.

² انظر . احمد عشوش . المرجع السابق . ص 94 .

³ في هذا الخصوص يقول بعض الفقه الغربي بأنه:

(Il semble cependant qu'a priori, aucune version de la Convention de Bruxelles ne vise le cas de dommages, directs ou indirects, résultant du retard à la livraison dans le transport international de marchandise par mer...). INNOCENT FETZE KAMDEM. La responsabilité du transporteur maritime de marchandise au niveau international. Mémoire. Université de Laval. Québec. Canada. 1999. P 63.

⁴ انظر. حلو عبدا لرحمن ابو الحلو. التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري - دراسة مقارنة. مجلة المنارة. المجلد 13. العدد 8 السنة 2007. كلية القانون جامعة اليرموك. الاردن . ص 116.

من جهة اخرى ، وبدخول قواعد هامبورج حيز النفاذ رأت هذه المسؤولية النور ، ذلك ان المادة 5 فقرة 1 تنص صراحة علي ان الناقل مسؤول (... عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها، وكذلك الناتجة عن التأخير في التسليم...)

وفي هذا اعتراف صريح بمسؤولية الناقل عن التأخير ، ويعتبر الناقل متأخر في التسليم اذا لم يسلم البضاعة (.... في ميناء التفريغ المنصوص عليه في عقد النقل البحري في حدود المهلة المتفق عليها صراحة ، أو في حالة عدم وجود هذا الاتفاق في حدود المهلة التي يكون من المعمول تطلب اتمام التسليم خلالها من ناقل يقتضي مع مراعاة ظروف الحالة) م 5 فقرة 2.

وهذا النص يثير بعض الصعوبات في الاثبات ، فإذا كان ميعاد تسليم البضاعة منصوص عليه صراحة في العقد ، فإن النص يقول (في حدود المهلة التي يكون من المعمول تطلب اتمام التسليم خلالها من ناقل يقتضي مع مراعاة ظروف الحالة) إذا على المرسل اليه اثبات ان التسليم قد تم بعد المدة المعقولة ، وان الناقل لم يكن يقتضي او حريصا الي الحد الكافي ، ولكن ما هو معيار الناقل الحريرص ، بكل بساطة ان هذا المعيار معيار فضفاض يصعب ضبطه ، وفي هذا تعقيد لمهمة المرسل اليه في الاثبات ، إلا ان العذر الذي يمكن الاستناد عليه من اجل تبرير هذه الصياغة هو ان الحالات التي لا يتفق فيها الاطراف علي ميعاد للتسليم تعتبر قليلة بعض الشئ ، والتزاع حولها نادر جدا أو غير وارد¹.

من جهة اخرى فان التأخير في التسليم يعتبر دليلا علي الملاك الحكمي للبضاعة فإذا تجاوز التسليم ميعاد 60 يوما التالية لانتهاء الوقت المحدد للتسليم اعتبر الشئ هالكا هلاك كليا م 5 فقرة 3 معاہدة هامبورج.اما وفقا لأحكام القانون الليبي رقم 23 لسنة 2010 فان الشئ يعتبر هالكا هلاك كليا (... اذا لم يسلمه الناقل أو لم يخطر المرسل اليه بالحضور لتسليم خلال 30 يوما من انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل العادي في النقل اذا وجد في الظروف نفسها اذا لم يعين ميعاد تسليم) نلاحظ هنا ان المشرع الليبي قد تشدد مع الناقل في حالة تحديد ميعاد التسليم وذلك بافتراضه مدة 30 يوما كافية لاعتبار الشئ في حكم الملاك كليا مقابل 60 يوما في معاہدة هامبورج ، وتساهل معه في حالة عدم تحديد موعد التسليم وذلك بأخذء بمعيار الناقل العادي على خلاف المعاہدة التي تبنت معيار الناقل الحريرص.

يضاف الي كل ما سبق ، ان هذه المعاہدة قد تضمنت نصا خاصا يتعلق بنقل الحيوانات الحية ن فحتى لو حصل تأخير في هذا النوع من الشحنات ، فان للناقل الحق في دفع مسؤوليته بإثبات ان التأخير او الضرر بصفة عامة قد حصل بسبب التعليمات الصادرة من الشاحن ، بل ان هذا الامر مفترض اصلا بقوة النص ، فلا يتتحمل الناقل عبء الاثبات هنا ، بل علي المرسل اليه اثبات ان هذا التأخير قد نتج عن خطأ او عن اهمال الناقل او أي من تابعيه بصفة عامة.

من جهة اخرى ، فان التعويض عن التأخير وفقا لهذه المعاہدة ، خاضع لتحديد دقيق وفقا لنص المادة 6 فقرة 1 بند ب التي ترى ان هذا التعويض يجب ان يحدد (.... بمبلغ مثلي ونصف مثل اجرة النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة ، علي ان لا يتجاوز هذا المبلغ اجرة النقل الدفع بموجب عقد النقل ...)

¹ انظر . مراد بن سعيد . المرجع السابق. ص 262

هذا فيما يخص تنظيم قواعد هامبورج الذي لم يسلم من النقد، فقد رأى¹ البعض بحق ان عبارة المدة التي تتطلب من الناقل الحريص هي مدة غير دقيقة ، كما انها قد علبت المسؤولية الناتجة عن الهالك والتلف وتلك الناتجة عن التأخير في نص واحد وكان من الافضل معالجة كل حالة علي حده في نص مستقل.

اما قواعد روتردام فإنها قد تطرقت لوضع التأخير في التسليم بشكل مغاير ، فبدأت بتعريف التأخير قائلة (يحدث التأخير في التسليم عندما لا تسلم البضائع في مكان المقصود المنصوص عليه في عقد النقل في غضون الفترة المتفق عليها) م 21. وهي ذات المنهجية التي اتبعها المشرع الليبي في القانون رقم 23 لسنة 2010 ، عندما نص في مادته 591 على ان (يسأل الناقل من وقت تسلمه الشئ محل النقل عن هلاكه كليا او جزئيا ، وعن تلفه ، وعن التأخير في تسليميه).

نلاحظ بداية ، ان هذه المعاهدة قد استعملت عبارات اكثرا عمومية من تلك المستخدمة في قواعد هامبورج ، ذلك ان النص الجديد قد اعتبر الناقل متاخرا إذا لم يسلم البضاعة " في مكان المقصود " ، ولم يستعمل عبارة " ميناء التفريغ " ، وفي ذلك اشارة الي ان هذه المعاهدة سوف تحكم النقل البحري بالمعنى الدقيق والنقل المختلط الذي يتضمن شقا بحريا ، وفي هذا تطبيق لنظام المسؤولية من الباب الى الباب الذي يعني زيادة مدة مسؤولية الناقل البحري . كما ان المعاهدة قد اهملت الحالة التي يتفق فيها الطرفان علي ميعاد للتسليم وفي هذا فراغ تشريعي كبير يؤخذ على النص.

علي كل حال ، فان المعاهدة قد اعتبرت الناقل مسؤولا عن التأخير كأصل عام ، بمجرد اثبات المرسل اليه ان هذا التأخير او السبب الذي افرزه قد وقع خلال مدة مسؤولية الناقل وفقا للمادة 17 فقرة 1، مع اعطاء الناقل فرصة لدفع هذه المسؤلية بإثبات ان التأخير قد نتج عن سبب لا يعزى الي خطئه او خطأ تابعيه ، باللجوء الي اثبات أي حالة من حالات الاعفاء القانونية المنصوص عليها في المادة 17 فقرة 3 . مع السماح بإعادة الكرة الي ملعب المرسل اليه للبرهنة علي ان التأخير قد نتج عن خطأ الناقل او تابعيه وفقا للمادة 17 فقرة 4 بندأ ، او بإرجاعه هذا التأخير الي أي سبب اخر لم يدرج ضمن القائمة الطويلة لحالات الاعفاء القانونية الواردة في النص ، بشرط ان يعجز الناقل عن اثبات العكس أي التأكيد علي ان هذا الحدث لا يعزى الي خطأ ارتكبه هو أو أي من تابعيه.

و فوق ذلك فان الناقل مسؤول عن التأخير إذا اثبت المطالب ان هذا التأخير قد نتج او ساهم فيه (.... 1 عدم صلاحية السفينة للإبحار 2 عدم تطقيم السفينة وتزويدتها بالمعدات والإمدادات علي النحو السليم أو 3 ان عناصر السفينة او اجزائها الاخرى التي نقلت البضاعة فيها او ما وفره الناقل من حاويات نقلت فيها او عليها ، لم تكن مهيأة و امنة لتلقي البضائع ونقلها والحفظ عليها) م 17 فقرة 5 بندأ إلا ان الامر لم ينته بعد ، ذلك ان من حق الناقل اثبات ان التأخير لم ينتجه عن أي من الاحداث السابقة ، او انه قد قام بالتزامه المتعلق ببذل العناية م 17 فقرة بند ب ، وهذا ما يبدو لي امر سهل الاثبات بالنسبة للناقل.

يجب اغتنام الفرصة الان للتذكير بن هذه الاحكام لا تقتصر علي الضرر الناتج عن التأخير وإنما تشمل ايضا الهالك والتلف ، والقول بن نظام الاثبات الذي تبنيه المعاهدة ، هو نظام معقد جدا ، مما يتيح للناقل الفرصة للتخلص من مسؤوليته دون أي عناء كبير ، فهو بداية مسئول بناء علي قرينة مسؤولية قابلة لإثبات العكس ، بإثبات

¹ انظر. ابو الحلو عبد الرحمن أبوالحلو. المرجع السابق. ص 119 و 120.

الناقل انعدام الخطأ من جانبه او من جانب تابعيه ، او باللجوء الى حالات الاعفاء ، او بإثباته ان التأخير لم يتحقق عن اخلاله بائي من الالتزامات الواردة في نص المادة 17 فقرة 5 بند أ. وأكثر من ذلك بإثبات انه قد بدل العناية المعقولة المفروضة عليه وفقا لنص م 14 ، ومعيار المعقولة دائما من المعايير التي يصعب الوقوف علي معناها الدقيق. بكل بساطة نظام الاثبات هذا يفتح الباب للناقل للفرار من كل مسؤولية ، معرضا بذلك فكرة حماية الشاحنين للخطر . كما يمكن للناقل التخلص من أي مسؤولية عن التعويض ما لم يوجه له او الي الطرف المنفذ (... في غضون 21 يوما متتاليا من تسليم البضائع اشعار بالخسارة الناجمة عن التأخير) م 23 فقرة 4.

إلا ان الجانب المضيء لهذه المعاهدة ، في الموضوع محل الدراسة ، هو زيادتها لسقف التعويض الناتج عن التأخير ، وذلك وفقا لنص المادة 60 التي يجري نصها هكذا (.... تكون المسؤولية عن الخسائر الاقتصادية الناجمة عن التأخير محدودة بمبلغ يعادل ضعفي ونصف اجرة النقل الواجب دفعها عن البضائع المتأخرة و لا يجوز ان يتجاوز اجمالي المبلغ الواجب دفعه.... الحد الذي يقرر... في حالة الهالك الكلي للبضائع المعنية) . وهذا المبلغ هو 875 وحدة حسابية لكل رزمة او وحدة شحن اخري ، أو 3 وحدات حسابية لكل كيلو غرام من الوزن الاجمالي للبضائع محل النزاع فيما يخص الهالك او التلف ايهما اكبر¹ ، مع التحفظ بالنسبة للحالات الخاصة التي يصرح فيها الشاحن بقيمة البضاعة ، او الحالات المتعلقة بالحرية التعاقدية عندما يرضي الناقل بان يزيد في سقف مسؤوليته م 59 فقرة 1.

وفي هذا الشأن ينص القانون الليبي رقم 23 لسنة 2010 في مادته 601 علي انه (لا يجوز الجمع بين التعويض عن الهالك الكلي، والتعويض عن التأخير).

ولا يقضى بالتعويض عن التأخير في حالة الهالك الجزئي إلا بالنسبة للجزء الذي لم يهلك.

وفي جميع الاحوال لا يجوز ان يزيد التعويض الذي يقضى به علي ما يستحق في حالة هلاك الشئ كليا)

بناء عليه ، يمكننا القول بان هذه القواعد ، كانت اكثرا عدالة في هذا المخصوص مع الشاحن ، من قواعد هامبورج ، ذلك ان سقف التعويض هنا اعلي من ذلك الموجود في اتفاقيه هامبورج التي ترى بان التعويض عن التأخير ينحصر في مرتين ونصف من قيمة الاجرة ، دون ان يتتجاوز قيمة المبلغ المقرر للأجورة ، اما قواعد روتردام فانها لا تسمح بتتجاوز هذا المبلغ قيمة التعويض الناتج عن الهالك الكلي للبضاعة ، وفي هذا حماية اكبر لأصحاب البضاعة .

إلا ان نص المادة 60 من قواعد روتردام يسمح لنا ، بالتأكيد علي انه حتى يمكن للمرسل اليه ان يطالب الناقل او الطرف المنفذ بالتعويض ، يجب ان يثبت الضرر الذي قد لحقه من هذا التأخير ، كفوارات فرصة تسويق البضاعة ، او تعرض سعرها للهبوط ، او ما الي ذلك من احداث تؤدي الي تضرر المرسل اليه ماديا من هذه الحادثة ، وهو ما يتماشى مع القواعد العامة للمسؤولية المدنية فحيث لا ضرر لا تعويض ومن تم قان التأخير الذي لا ينجم عنه ضرر او كما قالت المعاهدة " خسارة اقتصادية " لا يؤهل صاحبه للحصول علي التعويض .

ولكن كيف عالجت قواعد روتردام الصور الخاصة للضرر الناتج عن التأخير ؟

¹ انظر . مراد بن سعيد . المرجع السابق. ص 302

2 - القواعد الخاصة.

بداية يجب التأكيد على ان احتواء قواعد روتردام لنص يعالج مسؤولية الناقل البحري للتأخير قد واجه العديد من الصعوبات والنقاشات اثناء الاعمال التحضيرية لهذه المعاهدة ، بسبب اعتراض بعض الدول وعلى رأسها الولايات الأمريكية علي اقرار نص يعالج مسؤولية الاطراف عن التأخير استنادا الي العديد من الحاجج منها ان اقرار هذا النظام سيؤدي الي عدم يقين قانوني وتکاليف لا ضرورة لها ، بالإضافة الي الصعوبات في التنفيذ ، مقتنة بحدودية بالغة لهذا النظام¹ وخاصة فيما يخص الحرية التعاقدية المتعلقة ببعض العقود بعض السلع.

وببناء عليه ، فانه من الضرورة بمكان التطرق بالبحث الي فكرة المسؤولية عن التأخير وفقا للقاعدة الخاصة المتعلقة بالعقد الكمي (1) والنظام المتعلق بنقل الحيوانات الحية (2) .

(1) - العقد الكمي.

عرفت المادة 1 فقرة 2 من معاهدة روتردام العقد الكمي بأنه (عقد نقل ينص علي نقل كمية محددة من البضائع في سلسلة من الشحنات خلال فترة زمنية متفق عليها ، ويکن ان يتضمن تحديد الكمية حدا ادنى أو حدا اقصى او نطاقا معينا).

وفقا لقواعد روتردام فان عقد الشحن طبيعة خاصة تؤهل طرفه الخروج عن النصوص الامرة هذه الاتفاقية ، فالمادة 80 فقرة 1 تجيز (... ان ينص العقد الكمي فيما بين الناقل و الشاحن الذي تنطبق عليه هذه المعاهدة ، علي حقوق وواجبات ومسؤوليات اكبر او اقل من الحقوق والمسؤوليات التي تفرضها هذه الاتفاقية)

وعليه فان الخروج عن هذه الاتفاقية امر جائز فيما يتعلق بالعقد الكمي ، ولكن هذا لا يعني ان الحرية التعاقدية مطلقة يمكن للأطراف اللجوء اليها دون قيد او شرط ، بل علي العكس من ذلك ، فان هذه الحرية خاضعة للشروط الواردة في المادة 80 فقرة 2 بند (أ) - ان يتضمن العقد الكمي بيانا جاليا ابانه يخرج عن هذه الاتفاقية.

ب ان يكون 1 - قد جرى التفاوض عليه بصورة منفردة. 2 - يحدد بحلاء ابواب العقد الكمي التي تتضمن خروجا عن الاتفاقية).

نلاحظ ضمنا من خلال هذا النص ، أنه بالرغم من الاعتراف الصريح بالحرية التعاقدية في عقود الشحن ، إلا ان روح النص تعالجه بطريقة يستشف منها ان الاصل هو الطبيعة الامرة لقواعد روتردام في هذاخصوص والاستثناء هو الطبيعة المكملة لهذه القواعد ، فهي تشرط اولا : ان تتم الاشارة الواضحة في العقد الي خروج الاطراف عن مسار المعاهدة ، وان يتم مناقشة هذا الامر بشكل مستقل ومنفرد ، ومنع هذا الامر اذا تعلق الامر بعقود الادعاء ، او في الحالة التي يتم فيها الاشارة عن هذا الخروج في مستند اخر غير عقد النقل م 80 فقرة د . مع امكانية العودة الي الطبيعة الامرة ، وذلك بإتاحة الفرصة للشاحن بإبرام عقد النقل بآحكام وشروط تمثل لهذه المعاهدة ، مع ضرورة توجيه اشعار بهذه الفرصة المادة 80 فقرة ج.

¹ انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP المتضمنة للمقترح المقدم من الوفد الامريكي اثناء الاعمال التحضيرية لقواعد روتردام ، في الجلسة 19 بتاريخ 4 / 4 / 2007. تحت عنوان "اقتراح الولايات الأمريكية بشأن تأثير النقل والشاحن " . الموقع الرسمي للأونستراال . www.unistral.org . ص 3.

ولا يخفي ما لهذا التنظيم من أهمية ، وذلك بآثاره انتبه الطرفين الى النتائج التي قد تترتب على هذا الخروج من الناحية القانونية ، ومع كل ما سبق ، فإن هذه الحرية التعاقدية لا يمكن العمل بها فيما يخص الالتزام المستمر للنقل بتقديم سفينة صالحة للإبحار ، او الالتزام المتعلق بتنظيم السفينة وتزويدها بالمعدات والإمدادات علي النحو الملائم وابقائها كذلك طيلة الرحلة ، وهو ما يمكن استنتاجه من دمج المادتين 14 فقرة أ و ب والمادة 80 فقرة 4 ، و ما يصدق علي التزامات الشاحن الواردة في المادتين 29 و 32.

وحتى يكن الاحتجاج بهذا العقد قبل أي شخص اخر غير الشاحن يجب ان يكون هذا الشخص (أ ... قد تلقى معلومات تبين بجلاء ان العقد الكمي يخرج عن الاتفاقية وابدی موافقته الصريحة علي ان يكون ملزما بذلك الخروج .

ب - و ألا تكون هذه الموافقة مبيئة في جدول الاسعار والخدمات العلني الخاص بالنقل او مستند النقل او سجل النقل الالكتروني) المادة 80 فقرة 5 بند أ و ب .وعلي من يدعى وجود هذا الخروج اثبات وجوده واثبات توافر الشروط القانونية اللازم توافرها وفقا للعرض السابق وفقا لنص المادة 80 فقرة 6.

و بتطبيق هذه النصوص علي عقد الشحن يمكن للنقل ان يدرج بندا بموجبه يستطيع استبعاد أي من التزاماته او الغاء مسؤوليته او حتى تحديدها¹ ، وهذا امر ممكن الواقع بالنسبة لمسؤولية الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة² ، ولعل الغاية من هذا الحكم هي أن الشاحن في مثل هذا النوع من العقود يتمتع بعلاقة مالية ولديه خبرات قانونية تؤهله لتقييم الامور ومناقشتها كطرف مساو للنقل .

إلا ان الخروج عن الطبيعة الامرة هذه القواعد لا يقتصر علي الحالة التي تكون فيها طبيعة العقد هي الدافع للخروج وإنما يمكن الوصول الي هذا الترتيب بسبب الطبيعة الخاصة للبضائع المنقولة.

(2) البضائع ذات الطبيعة الخاصة.

البضائع في منظور قواعد روتردام تعني (ما يتعهد الناقل بنقله بمقتضي عقد النقل من سلع وبضائع وأشياء ، أيا كان نوعها ، وهي تشمل مواد الرزم و أي معدات وحاويات لا يوفرها الناقل أو لا توفر نيابة عنه) المادة 1 فقرة 24.

وبالرغم من صراحة النص وعموميته ، إلا ان المعاهدة قد خصت بعض السلع بقواعد خاصة ، علي الاقل فيما يتعلق بمسؤولية الناقل ، فالمادة 81 قد وسعت من دائرة الحرية التعاقدية بشمل الحيوانات الحية والبضائع ذات الطبيعة الخاصة او الاستثنائية³ ، ولا شك في ان الحيوانات الحية يمكنها ان تأخذ صفة البضائع ذات الطبيعة الخاصة ، إلا ان المعاهدة قد خصتها بحكم مستقل في مادتها 81 فقرة 1 ، علي كل حال فان الحكم الموجود في المادة 81 يوجد بشكل مستقل عن عقود الكمية ، يعني انه يعمل به حتى في عقد النقل العادي اذا كان محله حيوانات حية او بضائع استثنائية .

¹ يمكن للشاحن ان يدرج من جهته بند بموجبه يستطيع استبعاد مسؤوليته او تحديدها او الغاء جزء من التزاماته ، كما يمكنه بناء علي المفاوضات التي قد تتم بينه وبين الناقل ان يشدد من التزامات ومسؤوليات هذا الاخير ، ولكن لأسباب شكلية ومنهجية صرفة فاني استبعدت هذا الفرض من نطاق الدراسة مكتفي بالإشارة اليه هنا.

² هذا الحكم يصدق ايضا علي مسؤولية الناقل الناتجة عن الهلاك او التلف ، فالحكم بشأن عقد الشحن قد ورد عاما وبالتالي لا مجال استبعاد الضرر الناتج عن الهلاك والتلف.

³ من الضرورة بمكان التفرقه بين البضائع ذات الطبيعة الخاصة ، والبضائع ذات الطبيعة الخطيرة ، ذلك ان هذه الاخيرة قد خضعت لتنظيم قانوني خاص وفقا لنص المادة 32 من معاهدة روتردام وعليه يمكن القول بان الطبيعة الخاصة او حتى الاستثنائية لبعض السلع لا يعني انها ذات طبيعة خطيرة ، بل علي العكس فأن بعض البضائع قد تكتسب الصفة غير العادية بسبب ظروف وملابسات النقل دون ان تعتبر في اي حال من الاحوال بضائع خطيرة.

نعود للمسؤولية عن التأخير ونقول بان للطرفين في عقد النقل ان (.... يستبعدا واجبات الناقل او الطرف المنفذ البحري او مسؤوليتهم او الحد منها إذا : 1 - كانت البضائع حيوانات حية ، ولكن الاستبعاد او الحد لن يكون نافذا اذا اثبت المطالب ان ... التأخير... كان ناتجا عن فعل او إغفال من جانب الناقل او أي شخص مشار اليه في المادة 18 ، ارتكب بقصد احداث الخسارة الناجمة عن التأخير ، او ارتكب باستهتار وعن علم باحتمال حدوث تلك الخسارة الناجمة عن التأخير)

سبق وان رأينا بان المرسل اليه كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض عن الاضرار الاقتصادية الناجمة عن التأخير بمجرد اثباته ان البضاعة قد وصلت متأخرة عن الموعد المحدد او الميعاد الضمني وفقا لظروف الحال مع الاخذ بمعيار الناقل الحريص ، كما سبق قوله في محله ، إلا ان الحكم هنا مختلف ، نظرا للطبيعة الخاصة للحيوانات الحية ، وبعد اقرار الحرية التعاقدية كقاعدة عامة ، التي يمكن للنقل بوجبه استبعاد بعضها من التزاماته و مسؤولياته ، اعطت هذه المعاهدة للمرسل اليه الحق في المطالبة بالتعويض عن الخسارة الاقتصادية الناجمة عن التأخير ولكن يجب عليه بالإضافة الي ضرورة توافر كل الشروط المتعلقة بالقاعدة العامة للتأخير ، ان يثبت انه هذا التأخير قد نتج عن سوء نية من الناقل او تابعيه ، أي بقصد الحق الضرر أو أن هذا الضرر قد نتج عن خطأ جسيم ارتكب باستهتار وعن علم باحتمال حصول هذه الاضرار ، مما يمثل صعوبة كبيرة من حيث الالتباس بالنسبة للمرسل اليه ، ولهذا قلنا بأن هذا الحكم يشكل قاعدة خاصة بالنسبة لمسؤولية الناقل.

وفي هذا الخصوص قام المشرع الليبي في المادة 578 من القانون رقم 23 لسنة 2010 بتعريف الغش في مواد النقل بأنه (كل امتناع من الناقل او من تابعيه بقصد احداث الضرر .

ويقصد بالخطأ الجسيم كل فعل او امتناع يقع من الناقل او من تابعيه برعنونه مقرونة بادراك لما قد ينجم عنها من ضرر)

وبتطبيق هذين التعريفين علي نص المعاهدة ، يمكننا القول بان علي المرسل اليه اثبات وقوع الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل ، أو من تابعيه ن حتى يستطيع المطالبة بالتعويض عن الاضرار الناجمة عن التأخير فيما يخص البضائع محل البحث.

من جهة اخرى ، فان المادة 81 فقرة 2 قد علبت الامر بشكل مغاير ، فحتى تنتج الحرية التعاقدية اثارها يجب ان تكون (طبيعة البضائع وحالتها او الظروف والأحكام والشروط التي سيجري بمقتضاهما تنفيذ العقد توسيع بشكل معقول ابرام اتفاق خاص بشرط إلا يكون عقد النقل المعني متعلقا بشحنات تجارية معتادة تنقل في السياق المعتمد للمهنة ، و إلا يصدر لنقل تلك البضائع سند نقل قابل للتداول او سجل الكتروني قابل للتداول).

وهو ما اكده عليه القانون البحري الليبي في مادته 209 التي يجري نصها هكذا (إذا اقتضت طبيعة البضائع أو شروط نقلها عقد اتفاقيات خاصة عمل بالشروط المتفق عليها و المتعلقة بحقوق الناقل والتزاماته ، مادامت غير مخالفة للنظام العام بشرط ان لا يسلم وثيقة شحن قابلة للتداول وان يدرج الاتفاق في سند يتضمن عبارة غير قابل للتداول او ما في حكمها). وبالتالي فإن القانون البحري الليبي يستبعد النقل الاستثنائي من طائلة القواعد العامة لمسؤولية الناقل البحري.¹ بناء عليه ، فإن للنقل الحق في استبعاد مسؤوليته عن التأخير هنا اذا كانت الشحنة ذات

¹. انظر . احمد عبدا لحميد عشوش . المرجع السابق. ص 89 و 90 .

طبيعة خاصة، مثل لوحة فنية ، او قطع اثرية ، أو حالة خاصة كشحن حطام سفينة مثلا ، أو ظروف خاصة كاختراق حصار بحري ، أو احتمال مواجهة قراصنة مثلا.

علي كل حال ، فانه متى توافرت مبررات معقولة توسيع ابرام عقد خاص ، يمكن للأطراف اللجوء الي الحرية التعاقدية ، و استبعاد ما يبدو لهما من التزامات و مسؤوليات يضاف الي ذلك ، أنه من الضروري لنفاد هذا الاستبعاد ، ان لا يصدر بمناسبة هذه النقلات أي سند شحن تقليدي او الكتروني قابل للتداول حماية للغير حسن النية ، وفقا لنص المادة 81 فقرة ب. وفيما يخص المسؤولية عن التأخير فان المرسل اليه المطالبة بالتعويض عن أي خسارة ناجمة عن التأخير ، ما لم يثبت ان الطبيعة او الحالة او الظروف والأحكام العادلة للنقل ، أي التدليل علي ان هذا النقل لم تتوافر فيه المبررات المعقولة لتخفيضه بأحكام خاصة ، او البرهنة علي الطبيعة التجارية المعتادة للبضائع وفقا للمادة 8 فقرة ب.

وفي حالة نجاحه في هذا لأمر فان العقد سيخضع للأحكام الامرة لاتفاقية ، وبالتالي علي المستفيد ان يثبت ان الخسارة الاقتصادية التي لحقت به ، وان يثبت ان الناقل قد تأخر عن الموعد الصريح او الضمني للتسليم ، وان التأخير لم ينبع بسبب فعله او اهماله او بسبب فعل او اهمال تابعيه. إلا ان الامر يختلف فيما يتعلق بالحق في السيطرة .

ب . الحق في السيطرة.

من بين اهم الاحكام التي تضمنتها المعاهدة ، ذلك الحكم المسمى حق السيطرة ، وهو ما لم يرد ذكره لا في القانون الليبي ولا في أي من الاتفاقيات الدولية المنظمة للنقل البحري للبضائع.

علي العكس من ذلك ، فان اتفاقية وارسو لسنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي قد اعترفت بهذا¹ الحق وفقا لمادتها 12 و 13 ، وهو ما اكده القانون الليبي رقم 23 لسنة 2010 في المادة 585² . ومن هنا فانه من الضرورة بمكان التعرض بالدراسة لمفهوم هذا الحق (1) و تحديد نطاقه (2) .

1 - مفهوم حق السيطرة.

عرفت المادة 12 من معاهدة روتردام حق السيطرة بأنه (.... ما يقضي به عقد النقل من حق في توجيه تعليمات الي الناقل بشأن البضائع ...) وعليه فانه بالإمكان اعطاء الناقل تعليمات او حتى معلومات عليه التقييد بها في الحدود المعقولة التي تقضي بها القواعد الامرة ، من جهة اخري ، قان المشرع الليبي بموجب قانونه رقم 23 - 2010. قد نص على هذا الحق دون ان يعرفه او يعطيه ذات المسمى أي (حق السيطرة) وإنما اطلق عليه اسم (تعليمات المرسل) ، مصريا في المادة 585 بأنه (يجوز للمرسل اثناء وجود الشئ في حيازة الناقل ان يأمره بإعادته اليه او بتوجيهه الي شخص اخر غير المرسل اليه الاصلی ، او لمكان اخر او غير ذلك من التعليمات بشرط ان يدفع للناقل اجرة ما تم من نقل ويعوضه عن المصروفات والأضرار).

¹ انظر . محسن ملش . المرجع السابق. ص 6

² من الواجب القول هنا بان هذه المادة تقابل المادة 166 من القانون التجاري الليبي الصادر في 1953 والذي تم الغاؤه بموجب القانون رقم 23 - 2010 سابق الذكر.

نلاحظ بداية ، ان المشرع الليبي قد اجاز للمرسل ان يعيد توجيه البضاعة التي في حوزة الناقل الى شخص غير المرسل اليه او ان يسلّمها في مكان اخر ، وهذا لا يعني ان المشرع اقد قصر هذا الحق فيما سبق ذكره من تعليمات بل يمكنه ان يزيد عنها ، ذلك ان التعداد السابق لم يكن علي سبيل الحصر وإنما علي سبيل المثال والدليل علي ذلك ان النص يستدرك ويقول (... او غير ذلك من التعليمات).

اما المعاهدة فقد اجازت للمستفيد من هذا الحق توجيه او تعديل تعليماته بشأن النقل كإعادة البضاعة اليه او أي تعليمات أخرى لا ترقى لمرتبة تعديل العقد كأصل عام (م 50 فقرة 1). فيمكنه تغيير ميناء التسليم الي ميناء اخر شريطة ان يكون هذا الاخير مقرر في مسار الرحلة اذا كانت الرحلة داخلية ، أو استبدال المرسل اليه بمرسل اليه اخر ، وهنا تظهر اهمية هذا الحق وذلك بتتصديه للغش والإفلاس التجاري ، من ذلك مثلا ، عندما يكون الطرف المسيطر هو البائع الذي يكتشف ان المشتري مفلسا وغير قادر علي الوفاء بالشمن ، ومن تم يقرر تسليمه الي شخص اخر¹ ، خاصة وأن المادة 50 فقرة ج تعطي لصاحب هذا الحق فرصة الاستفادة منه طيلة مدة مسؤولية الناقل.

وببناء عليه فان هذا الحق في صورته البسيطة عبارة عن تغيير لعقد النقل ، ولكن هل يلزم الناقل به بصورة مباشرة ، او انه بإمكان هذا الاخير ان يتفاوض مع المستفيد من هذا الحق ؟

بداية ، سبق وان رأينا ان المادة 50 فقرة 1 بند أ من قواعد روتردام قد اشترطت عدم وصول هذه التعليمات الي درجة تغيير العقد ، حتى يستطيع المستفيد من هذا الحق استعمال هذه المكنة القانونية ، إلا ان المادة 52 قد استدركت الحالة التي يتم فيها تغيير ميناء الوصول الي ميناء اخر مقرر وتلك الحالة الخاصة بتغيير المرسل اليه ، وأوجبت على الناقل ضرورة تنفيذ هذه اللتعليمات إذا صدرت من ذي صفة ، وكانت مكنة التنفيذ في الحدود المعقولة دون ان تتضارب مع عمليات النقل المعتادة م 52 فقرة أ.وعليه فان علي الطرف المسيطر ان يزود الناقل او الطرف المنفذ في الوقت المناسب بكل ما يتوقع الناقل الاحتياج اليه من اجل تنفيذ مهمته لم يكن الشاحن قد وفرها له ولا يستطيع الحصول عليها من مصدر اخر وفقا لأحكام المادة 55 فقرة 1.

اما اذا وصلت هذه التعليمات الي درجة تعديل العقد ، فان الطرف المسيطر عليه ان يتفق مع الناقل علي ادخال هذه التعديلات مع احترام احكام المادة 50 فقرة 1، ويجب فوق ذلك ادخال كل هذا التعديلات التي طرأة علي العقد في سندات النقل العادية او الالكترونية القابلة للتداول او غير القابلة للتداول ممهورة بتوقيع الطرفين استناد الي نص المادة 54 ، بل الي ابعد من ذلك ذهبت المادة 56 عندما اجازت لطرف العقد تغيير ميناء التفريغ او المرسل اليه او مدة المسؤولية ، او بعبارة واحدة كل ما نصت عليه المادة 52 ، مع امكانية الحد من احالة الحق في السيطرة كما سيأتي بيانه في ذكره او حتى استبعاد هذا الحق بصفة نهائية.

بناء علي ما سبق ، فان حق السيطرة من اهم الاحكام المسجدۃ بموجب قواعد روتردام ، عن طريقه يمكن تفادي العديد من المشاكل المتعلقة بالغش والاحتيال التجاري ، إلا انها مع ذلك قد تكون سببا لإرباك الناقل من الناحية العملية ن وبالتالي فان الطرف المسيطر قد لا يستطيع الاستفادة من هذا الحق من الناحية العملية ، كما هو الحال في النقل البحري الدولي ، حيث ان تنفيذ هذا العقد من الناحية العملية يتم عن طريق طرف منفذ بحري لا يعرفه

¹ محسن ملش . المرجع السابق. ص 7.

الشاحن ، او على الاقل يجد هذا الاخير صعوبات في الاتصال به. ومن تم فانه من الراجح ان لا يتم استغلال هذه المكنته القانونية كما هو متوقع من قبل الطرف المسيطر.

2 الطرف المسيطر.

عرفت المادة الاولى فقرة 13 من معاہدة روتردام الطرف المسيطر بشكل عامض قائلة بأنه (الشخص الذي يحق له ... ان يمارس حق السيطرة) إلا ان هذا الغموض قد تبده بفضل الاحالة التي تضمنت الفقرة السابقة الي المادة 51 التي تحدد بشكل واضح هوية الطرف المسيطر ، بافتراضها ان الشاحن هو صاحب هذه الصفة ما لم يعلن هو او الشاحن المستندي عند ابرام العقد شخصا اخرا ، وهو ما يكاد يتطابق مع موقف المشرع الليبي الذي اعتبر في المادة 585 من القانون 23_2010 ، ان المرسل هو صاحب هذه الصفة ، إلا ان المعاہدة كانت اکثر اتساعا فقد منحت هذه الصفة للشاحن بدایة ما لم يقم هو او الشاحن المستندي بتحديد شخص اخر ، كما ذكر اعلاه . بل يمكن لصاحب هذه الصفة ان يجيئ حق السيطرة الى شخص اخر ويلزم بها الناقل من تاريخ اعلانه من قبل الاصليل بهذا الامر 51 فقرة 1 بند ب .

اذا هذا هو الاطار الذي وضعته المعاہدة لتحديد هوية الطرف المسيطر ، إلا انها استدركت في الفقرات التالية وميزت بين ثلاث حالات :

الأولى : عند اصدار سند نقل قابل للتداول ، ويكون تسليم هذا السند ضروريا لاستلام البضاعة ، يكون الشاحن هو الطرف المسيطر مع امكانية احاله هذا الحق الي شخص مسمى في السند ، وذلك بإحاله هذا السند الي هذا الشخص دون تظهير ، وفي حالة تعدد نسخ السند يجب ان تحال كلها لتصبح احاله حق السيطرة نافذه المفعول م 51 فقرة 2 بند ب.

الثانية : في حالة صدور سند شحن قابل للتداول ، فان الطرف المسيطر هو الحائز للسند ، أو كل السنادات في حالة صدور اکثر من نسخة ، ويمكن احاله هذا الحق بالتداول الي شخص اخر حتى تنفذ هذه الحواله ، وفي حالة تعدد نسخ السند يجب ان تحال كل النسخ الاصلية الي المخل اليه ، ومن الواجب علي المخل اليه الحائز ابراز سند النقل القابل للتداول للناقل حتى يستطيع ممارسة حقه وفقا لنص المادة 51 فقرة 3 البنود أ - ب - ج .

الثالثة : في حالة اصدار سجل الكتروني قابل للتداول فان الحائز لهذا السند هو الطرف المسيطر مع جواز عملية الاحالة بالوسائل الالكترونية الي شخص اخر ، الذي عليه اثبات هذه الهوية استنادا الي نص م 51 فقرة 4 من المعاہدة.

اما وفقا للقانون الليبي لسنة 2010 فان المشرع لم يتطرق الي كل هذه التفاصيل لتحديد هوية الطرف المسيطر مكتفيا بالنص في المادة 585 علي حرمانيه من استعمال حق السيطرة في بعض الحالات وهي (1 - اذا عجز عن تقديم وثيقة النقل التي تسلمها من الناقل. 2 - اذا وصل الشیء وطلب المرسل اليه تسلمه ينتقل هذا الحق الي المرسل اليه من وقت تسلمه وثيقة النقل)

دون الاطالة اکثر ، فان تنفيذ الناقل لتعليمات الطرف المسيطر ، لا يمكن ان يكون مجانيا بأي حال من الاحوال ، سواء في ظل المعاہدة او في ظل القانون الليبي ، فعليه ان يرد - أي الطرف المسيطر - الي الناقل كل النفقات الاضافية

المعولة وعليه ان يعوضه عن كل خسارة او ضرر نتيجة هذه التعليمات¹. بل ان الاتفاقية تجيز للناقل الحصول على ضمان يغطي ما يتوقع ان يتکبه من نفقات وخسائر وأضرار بسبب هذه التعليمات مع حقه في رفضها دون الحصول علي هذا الضمان . م 52 فقرة 3 و 4.

من جهة اخری يتحمل الناقل كأصل عام ، المسؤولية عن كل الاضرار والتلف ، اذا لم يمثل لهذه التعليمات ، ولكن اذا التزم بها وقام بالتسليم لصاحب الصفة ، يكون تسليمه منهيا لالتزاماته ويقع صحیحا من الناحية القانونية وكأنه تم في مكان المقصود وفقا للمادة 53.

الخاتمة :

من خلال العرض السابق ، يبدو لنا جليا ان الرغبة التشريعية الدولية في توحيد قواعد النقل البحري الدولي للبضائع ، قد اتسعت حينا بعد حين ، فمن خلال ما تم عرضه ، يمكننا القول بان المعالجة التشريعية الدولية لعقد النقل الدولي للبضائع ، قد بدأت علي استحياء ، حيث انها قد نظمت بشكل امر عقد النقل بشكل محدود سواء من حيث البضائع محل النقل او من حيث الاطار الجغرافي ، او الاطار الزمني الخاضعين لهذه القواعد .

إلا ان الامر قد خضع لتعديلات تشريعية متكررة ، بغية الوصول الي توحيد القواعد محل الدراسة ، وذلك بتتوسيع نطاق المعاهدات الدولية وإخضاع اكبر قدر من عمليات النقل تحت لوائها ، وهو ما تبلور بإقرار قواعد هامبورج في نهايات القرن الماضي.

إلا ان قواعد روتردام التي وان لم تدخل حيز النفاذ الي يومنا هذا ، قد احتوت ما يمكن اعتباره ثورة في عالم النقل البحري ، حيث انها قد عالجت الموضوع بنظرة توسيعية متطرفة تفوق ما هو معمول به حاليا ذلك بأنها قد وسعت من دائرة انطباقها ، ومن دائرة العقود الخاضعة لها ، حيث انها ستحكم - ان اتيحت لها الفرصة - عقود النقل المختلط ، التي تتضمن شقا بحريا مما يعزز الرغبة الدولية في توحيد قواعد النقل البحري الدولي للبضائع .

هذا من جهة ، ومن جهة اخری فان النص الجديد قد عالج الامر بصورة متناغمة مع التطورات الفنية والتقنية المصاحبة لقطاع النقل البحري. علي كل حال ، فان نجاح هذه المعاهدة في تحقيق الهدف المزعزع منها مرهون بموقف الدول منها ، يعني اخر : ان نجاح هذه الوثيقة يتطلب انضمام كل دول العالم لها ، او علي الاقل انضمام الاغلبية الساحقة من الدول لهذه المعاهدة ، وكلا الفرضين صعب المنال . ومن تم فان الرغبة في توحيد النقل الدولي ستكون في مهب الريح ، حيث ان الدول ستتقسم الي ثلاثة طوائف ، الاولى المعتقدة لفكر معاهدة بروكسل ، والثانية المتبينة لقواعد هامبورج والباقي ربما سيطبق افكار معاهدة روتردام وهو ما سيضيف مصدررا لتفتیت النظام القانوني الدولي ، وسيخلق نوعا من عدم الاستقرار القانوني المتغلغل اصلا في الساحة الدولية.

¹ المادة 585 من القانون الليبي رقم 23 لسنة 2010 تنص على انه (... بشرط ان يدفع للناقل اجرة ما تم من النقل ويعوضه عن المصروفات والأضرار).

قائمة المراجع :

اولاً : المراجع باللغة العربية :

1. . احمد محمود حسين. النقل الدولي البحري للبضائع طبقاً لمعاهدة بروكسل لسندات الشحن 1924 ، كما عدلت ببروتوكول 1968 مع الاشارة الى القوانين العربية ومعاهدة هامبورج 1978 . القسم الاول . منشأة المعارف . الاسكندرية مصر . الطبعة الثانية.
2. احمد عبد الحميد عشوش. القانون البحري الليبي دراسة مقارنة.الجزء الثاني.منشورات الجامعة الليبية. بنغازي ليبيا. 1977.
3. بسام عاطف المختار - اتفاقية بروكسل وتعديلاتها - الحلبي للمنشورات الحقوقية - بيروت لبنان - 2006.
4. حلوب عبداً لرحمن ابو الحلو. التأثير في تسلیم البضائع في عقد النقل البحري - دراسة مقارنة. مجلة المنارة. المجلد 13. العدد 8 السنة 2007. كلية القانون جامعة اليرموك. الاردن .
5. علي جمال الدين عوض . النقل البحري للبضائع . دار النهضة العربية . القاهرة مصر . 1992 .
6. فاروق ملش . اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع الدولي بالبحر كليا او جزئيا لسنة 2009 الحسنات والايجابيات . مجلة اخبار النقل البحري . السنة 15. العدد 8.
7. لطيف جبر كوماني. مسؤولية الناقل البحري. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان الاردن. 2001.
8. لافي دراركة. النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري دراسة مقارنة بين احكام قانون التجارة البحرية الاردني وقواعد هامبورج. مجلة المنارة . المجلد 13. العدد 9. 2007.
9. مراد بن سعيد . عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية. اطروحة دكتوراه . كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة ابوبكر بلقايد . تلمسان الجزائر . 2011 / 2012 . غير منشورة.
10. محمد علي البدوي . النظرية العامة للالتزام . الجزء الاول مصادر الالتزام . المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية . طرابلس ليبيا. 2003.
11. محمود سعير الشرقاوي . القانون البحري. دار النهضة العربية . القاهرة مصر . 2008.
12. الجريدة الرسمية للمملكة المتحدة الليبية . عدد خاص صدر بتاريخ 20 فبراير 1954.
13. مدونة التشريعات الليبية عدد خاص صدر بتاريخ 21/08/2010.
14. مجموعة الاعمال التحضيرية لمعاهدة روتردام. الموقع الرسمي للاونستفال . www.unistral.org .
15. المذكرة الاسترشادية الصادرة المذكرة الاسترشادية الصادرة عن الاكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري بمناسبة ورشة العمل المنعقدة بشان تحليل وتحديد ايجابيات وسلبيات قواعد روتردام 2009 لصياغة رؤية عربية حيال الانضمام اليها . المنعقدة في مقر الاكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري . الاسكندرية . مصر.

1. ALIN le Bayon. Dictionnaire de droit maritime. Presses universitaires de Rennes. 2004.
2. BONNASSIES Pierre. Du Harter Act aux Règles de Rotterdam. Les Règles de Rotterdam : le droit des transports maritimes au XXIe siècle. Les 20 et 21 mai 2010. Institut méditerranéen des transports maritimes. 25^e édition. 2010.
3. CHAVAUDRET Jacqueline –La responsabilité du transporteur maritime D'après la loi du 2 avril 1936 –Faculté de droit – université de Paris – 1939.
4. Comparaison des règles de Rotterdam avec les différentes conventions internationales sur le transport maritime. Mémoire UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES d'AIX-MARSEILLE III .FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES. 2010- 2011.
5. DELEBECQU Philippe. Règles de Rotterdam, Règles de la Haye- Visby, Règles de Hambourg, forces et faiblesses respectives. Actes de colloque intitulé : Les Règles de Rotterdam : le droit des transports maritimes au XXIe siècle. Les 20 et 21 mai 2010. Institut méditerranéen des transports maritimes. 25^e édition. 2010.
6. INNOCENT FETZE KAMDEM. La responsabilité du transporteur maritime de marchandise au niveau international. Mémoire. Université de Laval. Québec. Canada. 1999
7. Mustapha EL KHAYAT. Le Maroc et les Règles de Rotterdam. Les Règles de Rotterdam : le droit des transports maritimes au XXIe siècle. Les 20 et 21 mai 2010. Institut méditerranéen des transports maritimes. 25^e édition. 2010.

مقاربة قانونية لطبيعة الالتزام الناتج عن الأعمال والأنشطة الطبية الموكولة للمرفق الصحي



مHAND BOKOTYSS باحث في القضاء الإداري

جامعة محمد الخامس السوسيي الرباط كلية الحقوق سلا

Mhand.bokts@gmail.com

تعتبر الأعمال والأنشطة الطبية ب مختلف أنواعها، من صميم المهام التي تمارسها المرافق الصحية، وهي الأعمال والأنشطة التي تكتسي طبيعة طبية محضة، حيث تحكمها المعارف والتكنيات التي أوجدها علم الطب، ويمارسها الأطر الطبية من أطباء وجراريين من مختلف التخصصات الطبية.

وقد طرحت منذ ظهور الأعمال والأنشطة الطبية التي ارتبطت باكتشاف الطب، على مستوى العلوم القانونية إشكالية طبيعة الالتزام الناتج عن ممارسة هذه الأعمال، والتي قد ينتج عنها أضرار أثناء ممارستها، وبالتالي طرح المسؤولية القانونية، ومن منطلق أن هذه المسؤولية تنشأ كما هو معروف من الناحية القانونية عن إخلال بالتزام معين. لذلك طرح تساؤل حول ماهية هذا الالتزام. و هل يحكم عمل الأطباء ومن في حكمهم التزام قانوني معين. أم أن عملهم عمل إنساني يخضع لفكرة القضاء والقدر.

وفي ظل علاقة القانون بعلم الطب عموما، نشأت جدلية التزام الطبيب في نطاق ممارسته للعمل الطبي، هل هو التزام ببذل العناية أو بوسيلة، أم هو التزام بتحقيق النتيجة أو الغاية. وهي الجدلية التي عرفت تراكما معرفيا لدى الفقه القانوني، وتضاربت في شأنها الأحكام والقرارات القضائية التي عالجت قضايا المسؤولية الطبية. وأتناول موضوع هذه الجدلية في نقطتين كما يلي :

أولاً : الالتزام ببذل العناية كمبدأ عام :

لقد استقرت في مجال المسؤولية الطبية، منذ أزل طويلا، الفكرة التي تقول أن التزام الأطباء تجاه المرضى هو التزام ببذل العناية أو التزام الوسيلة، وليس التزام بتحقيق نتيجة. ذلك أن علم الطب كغيره من العلوم التجريبية يبني على فكرة الاحتمال، لذلك لا يمكن إلزام الطبيب بتحقيق نتيجة معينة وفق هذا الاعتبار .

"والالتزام ببذل العناية أو الالتزام بوسيلة، يعرف على أنه، هو الذي لا يلتزم فيه المدين إلا ببذل جهد للوصول إلى نتيجة معينة تتحقق هذه النتيجة أم لم تتحقق، ومن ثم لا تشكل النتيجة المرتقبة جزءا من الالتزام وتظل أمرا

خارجها عنه¹. وهي الفكرة التي وجدت لها مجالاً خصباً في ميدان الطب. ومن ثمة فالطبيب وأثناء تقديميه للعلاج للمرضى، يتوجب عليه أن يبذل قصارى جهده وطاقته بتحلیص المرضى من آلامهم ومعاناتهم من المرض، أو التخفيف منها، وذلك وفق معارفه العلمية وطبقاً للأصول والقواعد المهنية المتعارف عليها في علم طب.

وتکاد تشير غالبية الدراسات القانونية التي تناولت موضوع المسؤولية الطبية، أن المنطلق الأساسي لبروز مبدأ الالتزام ببذل العناية، انطلاقاً مع قرار Mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936، والذي أكد فيه القضاء الفرنسي على أن الطبيب يلتزم ببذل العناية فقط². وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء المغربي، واستقر على التأكيد على مبدأ الالتزام ببذل العناية.

ففي حكم للمحكمة الإدارية بأكادير³ بتاريخ 31 ديسمبر 2009، جاء فيه أن "الالتزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق النتيجة وإنما هو التزام ببذل المجهود والعناية الكافيين دون الإخلال بالواجبات المهنية الملقاة على عاتقه بمحكم وظيفته" وهو ما جاء أيضاً في حكم حديث لنفس المحكمة⁴ بتاريخ 08 يونيو 2010، والذي جاء فيه أن "المرفق العمومي الصحي ملزم ببذل العناية الالزمة التي تتماشى مع المهن الصحية وما يعرفه القطاع من تطور دون أن يكون ملزماً بتحقيق نتائج". وإذا كان القضاء المغربي يؤكّد على مبدأ الالتزام ببذل العناية، من خلال أحکامه وقراراته، فإن الملاحظ أن تأكيده على المبدأ سيتبعه بالتأكيد على ضرورة بذل العناية الالزمة، وضروريّة، والتي تتماشى مع الأصول والقواعد المتعارف عليها في علم الطب. وهو ما جسده حكم للمحكمة الإدارية بمكناس⁵ بتاريخ 2 أبريل 1998 والذي أكدت فيه أنه "إذا كان التزام أطباء مرافق الصحة العمومية التزاماً ببذل عناية، فإن ذلك مشروط ببذل العناية الالزمة والمركزة والتي تتفق وأصول المهن ومقتضيات التطور العلمي".

هذا التأكيد من طرف القضاء المغربي على ضرورة اقتران التزام الطبيب ببذل العناية، أن تكون عناية لازمة وفق ما هو متعارف عليه طبياً، فيه نوع من التلين على المبدأ، وتطويعه ربما حتى يكون لفائدة المريض (وذلك في الحالة التي تثور فيها المسؤولية عند وقوع الضرر).

و تم التأسيس لمبدأ الالتزام ببذل العناية الذي نادى الفقه القانوني بإقراره كقاعدة، وكرسه القضاء من خلال تطبيقاته العملية في مجال المسؤولية الطبية . لكن هل سيصمد هذا المبدأ أمام المتغيرات والمستجدات العلمية في المجال الطبي؟ وما يستتبع ذلك من القول بأن يصبح الالتزام بتحقيق النتيجة قائماً (ثانياً).

ثانياً : الالتزام بتحقيق النتيجة :

إن السؤال هنا هل يا ترى فكرة الالتزام بتحقيق النتيجة في الميدان الطبي، والذي لا يخفى ما يحکمه من احتمال كعلم تجريبي محض، قائمة؟ أو من الممكن أن تكون قاعدة يأخذ بها القضاء أو حتى المشرع؟ أم إن الأمر لا يعود أن يكون دعوة من طرف بعض الفقه القانوني، لتأسيس المسؤولية الطبية على الالتزام بتحقيق النتيجة حماية للمريض المتضرر حتى يحصل على تعويض مناسب لجبر الضرر؟ وهل تحقيق النتيجة هنا هي الالتزام بشفاء المريض؟

¹ - د.هـ وفاء الصالحي، الممارسة المهنية بين المسؤولية والأخلاقيات، المجلة المغربية لإدارة وتنمية الخلية، عدد 83، نوفمبر – ديسمبر 2008، هامش رقم 14، ص 166.

² - Flouzat Auba, MarieDominiqued, Tawil Sami-Paul, Droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi , Ed.Marabout, Paris , 2005 , p 80.

³ - حكم عدد 0659/2009ش، ملف رقم 0418-2004ش.

⁴ - حكم عدد 351/2010، ملف رقم 155/2007ش.

⁵ - حكم رقم 5/98/12ش.

من الصعب تحديد إجابة واضحة، توضح الأمر. ولا أدل على ذلك الجدال الواسع الذي عرفته وما تزال فكرة الالتزام بتحقيق النتيجة في المجال الطبي، في أوساط الباحثين في العلوم القانونية ، وهو نفس الجدال الذي انتقل إلى ردهات المحاكم، من خلال القضاء الفرنسي والذي عرف باعا طويلا من النقاش حول مدى إمكانية القول بأن الطبيب أو المرفق الصحي ملزم بتحقيق نتيجة معينة، ومن ثمة أحقيبة المريض المتضرر في تأسيس دعواه على عدم تحقق النتيجة والحكم وبالتالي بالتعويض لفائدة وفق ذلك.

وقد تخوض عن النقاشات القانونية في هذا الصدد أن تم الإقرار في النهاية إلى أن الالتزام بتحقيق النتيجة في المجال الطبي أمر وارد، وما يمكن إثارته قانونيا، وبالتالي يكون الطبيب ملزم ليس فقط ببذل العناية ولكن أيضا بتحقيق النتيجة. لكن هذه النتيجة ليست هي شفاء المريض، والتي يعجز الطب عن ضمانها، وإنما الالتزام بسلامة المريض، سيما وأنه يلتجأ في كثير من الحالات إلى استعمال مختلف الآلات أثناء تقديم العلاج، مما تطرح معه فكرة الالتزام بالسلامة أكثر حدة .

" الالتزام بالسلامة التي تطورت كفكرة. حيث عرفت انتشارا واسعا نظرا للتطور التكنولوجي السريع الذي جعل الإنسان يتعامل مع الآلة بشكل كبير، فكان لابد من التفكير في حماية فعالة خصوصا وأن المبادئ الكلاسيكية المتعلقة بالمسؤولية المدنية كانت تربط مبدأ التعويض عن الضرر بضرورة اشتراط خطأ قام به المسؤول المدني. فأول مجال طبقت فيه فكرة "الالتزام بالسلامة" كان هو ميدان النقل، وانتشرت بعد ذلك لتمس ميادين أخرى من العقود التي يقدم بمقتضاهما المهنيون لزبنائهم خدمات مختلفة تلعب فيها المعدات الآلية دورا رئيسيا¹. فكرة الالتزام بالسلامة في المجال الطبي التي عرض بها القضاء إذن الالتزام بتحقيق النتيجة بضمان سلامة المريض من أي خطأ أو خطر من جراء استخدام المعدات والآليات الطبية عند مباشرة العلاج، إلى جانب اتخاذ الحيبة والحذر و الالتزام بكل ما تقتضيه الأصول والمعارف المترافق عليها طيبا.

وبغض النظر عن فكرة الالتزام بالسلامة فقد استقرت الاتجاهات القضائية المقارنة ومنها القضاء الفرنسي في آخر تطورات إشكالية الالتزام القانونية المطروحة في المجال الطبي، على الالتزام بتحقيق النتيجة في بعض مجالات التدخل الطبي، كما في حالة جراحات التجميل و عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية، والتي ألزم فيها القضاء الطبيب بتحقيق النتيجة والمعلومة مسبقا. أما بالنسبة للقضاء المغربي فلم تتمكن من الوقوف على أي حكم أو قرار صدر بشأن مدى إلزامية تحقق النتيجة من عدمه من قبل الأطباء ومن في حكمهم.

إلا النقاش لم يتنهى عند هذا الحد بل ما زال إلى يومنا هذا مستمرا، حول جدلية الالتزام ببذل العناية أو بتحقيق النتيجة، والتطورات المستقبلية لعلم الطب ومدى مواكبة القانون المغربي لها لاسيما في مجال المسؤولية، حيث ما تزال القواعد التقليدية هي التي تطبق في المسؤولية الطبية، والممارسة العملية للقضاء وما ستفرزه من اجتهادات، هي التي لا شك أنها ستجيب أكثر عن الإشكالية مستقبلا .

¹ - هيئة المحامين بالدار البيضاء، المسؤلية العقدية والتقصيرية من خلال عقد الطبيب، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، العدد الثاني والثلاثون (32)، 1994، ص 17.

(الوضع القانوني للتراث الثقافي غير المادي في ظل قانون الملكية الفكرية)



حاج صدوق ليندة باحثة في الدكتوراه
في كلية الحقوق بن عكّون ، الجزائر

المقدمة :

يشهد العالم في الوقت الراهن ، ومع خضم عملية التطور والتحديث، غزوا ثقافياً ذاتاً خصوصيات متميزة وسيطته النظام الإعلامي.

لذلك كان من الضروري، أن نهتم ونسعى لإيجاد ربط متجانس بين مفاهيم الأصالة والمعاصرة في حياتنا، وذلك بصيانة هويتنا الثقافية وإبراز طابعها القومي والعنایة بكل ما يكون تراثنا الفكري.

إذ لكل شعب من الشعوب سلوكه وتقاليده وفنه وطرق حياته وطراز معيشته وهوبيته وخصوصيته وأصالته، وهو ما يعرف بالشخصية الثقافية الوطنية .

وليس معنى صيانة التراث الفكري هو الهروب من الحاضر، وإنما لتوظيفه ليكون في خدمة الناس و المجالات الاعتزاز الوطني والوقوف به أمام الموجة الأجنبية.

فعملية إحياء التراث يعتبر حافزاً على التمسك بالذات القومية، لهذا كان من الضروري إحياء هذا التراث الذي يرده الشعب ويؤمن به.

فضوررة إحياء التراث ليس بدافع الحنين إلى الماضي هروباً من الحاضر والمستقبل، وإنما للاستفادة منه ثقافياً، للارتفاع به إلى مستوى الإبداع الفكري العالمي. وبذلك تقييم موازنة بين مدى الالتزام بالتراث ومدى السعي نحو التقدم الذي يفرضه التغير والتطور ،

إذ أنه كما يقال "من لا ماضي له، فليس له حاضر أو مستقبل".

إذ يمثل التراث الهوية الثقافية الحضارية للأمة، والذي يقصد به : مجموعة عطاءات الآباء والأجداد على المستوى الروحي والمادي عبر تفاعل متصل مع الدين وضمن خضوع لقيود الزمان والمكان اللذين أنجزت فيهما ثمار التراث"¹...

و الذي ينقسم إلى قسمين : التراث المادي و المتمثل في المعالم التاريخية و مجموعات القطع الفنية و الأثرية ، و إلى التراث غير المادي و المتمثل في : التقاليد أو أشكال التعبير الحية الموروثة من أسلافنا و التي تتداولها الأجيال الواحدة تلو الآخر ، وصولاً إلينا.

¹ - عبد الرحيم حاج يحيى عبد الله : حقوق التأليف في التراث العربي ، مركز الدراسات و البحوث الأكاديمية، نايف العربية للعلوم الأمنية في مجال حقوق الملكية الفكرية . أفريل 2003 ، ص 04 .

أما موضوع دراستنا والذي يقتصر على الجانب غير المادي للتراث و المتمثل في التراث الثقافي غير المادي (الفولكلور)، و الذي يعني: المعرف و المعتقدات و التقاليد الخاصة بجماعة معينة أو مجتمع معين.

١- التطور التاريخي لمفهوم التراث الثقافي غير المادي :

الكثير من الباحثين لفتوا الانتباه إلى التراث الثقافي غير المادي، وبينوا الصلة الوثيقة لهذا التراث بحياة الشعب. إذ يمثل هذا النوع من التراث تواصل إنساني، بين الإنسان والإنسان، وبين الإنسان والجماجمة التي ينتمي إليها، وبين الجماعة والجماعات الأخرى التي تشارك معها في الكثير من السمات والخصائص. وهذا التواصل يتم أساساً من خلال عملية الإبداع وإعادة الإبداع التي يقوم بها الإنسان معبراً به عن المجموعة المتاجنة التي يرتبط بها.

وتعتبر دراسة هذا التراث من أهم العوامل التي توضح مدى التقدم الحضاري والاتساع الاقتصادي لأي بلد من البلدان، مما أدى بدوائر المثقفين في مختلف أرجاء العالم تداول هذا المصطلح ، وتوقف عليه الدراسات وتعقد عنه الدروس والحلقات وتنفق عليه الأموال وتنشئ المتحف بأنواعها لحفظه وصيانته.

فعلم الفولكلور هو علم ثقافي يختص بقطاع معين من الثقافة هي الثقافة التقليدية أو الشعبية وهو بذلك يدرس الإنسان من حيث قدراته الإبداعية التي تظهر آثارها في فنونه وطقوسه وعاداته وتقاليده والأمثال السائرة وسائر فنون الأدب الشعبي، وهو في نشأته لم ينشأ كعلم مستقل وإنما نشأ كفرع من الأنثربولوجيا.¹

ظهور المصطلح من الناحية التاريخية مرتب بمراحله صياغته من قبل العالم الانجليزي "وليام جون تومز"² (William John Thoms) وذلك في منتصف القرن التاسع عشر، بالضبط في 21 أكتوبر 1846، في خطاب نشره بمجلة ذي أثنيوم الانجليزية ووقعه باسم مستعار هو: "أمبروز مرتون" مقترحاً استخدام مصطلح "فولكلور" ليعني به "حكمة الناس"، محاولة إقناع رئيس التحرير بأن يخصص مساحة من الصحيفة لتسجيل الملاحظات التي ترد حول العادات و المعتقدات المتواجدة في بريطانيا، وهذا ما حصل فعلاً بتخصيص عمود أسبوعي تحت عنوان "فولكلور".

وفي سنة 1849 م، تولى تومز بنفسه نشر ملاحظاته واستفساراته، وفي عام 1860 أكثر من عشرين صحيفة احتوت كل منها على أعمدة أسبوعية لنبذات من التراث المحلي تحت عناوين مختلفة.³

وإذا كان مصطلح الفولكلور مدينا لتومز بصياغته، إلا أنه ما لا شك فيه أن الفنلنديين والألمان بشكل خاص هم الذين كانت لهم الفضل في الاهتمام بهذا الجانب من الإبداع .

فكانت إسهامات الألمان في جمع الفولكلور ودراسته فيما بعد، وفي مقدمة هذه المحاولات كتاب "جرmania" لباتسيتوس⁴ والذي ظل مجھولاً إلى أن نشر في القرن الخامس عشر.

وتوالى إسهامات طوال القرن السادس عشر، على يد مجموعة من الدارسين، من أهمهم" باستيان فرانك " الذي وصف في كتاباته الأحياء والمدن الألمانية وهو ما يسمى الآن بـ "فولكلور الأسماء والمدن والأماكن ". وإزداد الاهتمام بجمع الفولكلور الألماني في القرن السابع عشر الذي شهد فترة إزدهار كبيرة في الجامعات بإعداد الأبحاث

1- الأنثربولوجيا : هو علم يبحث في أصل الجنس البشري وتطوره وأعراقه وعاداته و معتقداته ، وقد ذكرت هذا المصطلح لوروده كثيراً في الأبحاث التراثية المختلفة. ارجع إلى : محمد عاطف غيث ، قاموس علم الاجتماع ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 .

2 - العالم الإنجليزي وليام جون تومز : ولد سنة 1803 وتوفي سنة 1885 م، وهو أول من صاغ اصطلاح الفولكلور ، وأول الداعين إلى تأسيس جمعية الفولكلور الإنجليزية في لندن سنة 1877 م .

3 - فوزي العنتلي: الفولكلور ما هو ؟ ، دار الميسرة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1987. ص 16.

4 - العالم ياكوب جرم: مؤرخ ألماني، وصف في كتابه: ألمانيا و السلالات البشرية و عادات الألمان و تقاليده.

عن. أول من عالج الفولكلور كعلم، هما الأخوان "ياكوب جريم وفلهلم جريم" (Jacob et Wilhelm Grimm) اللذان يشار إلى كل منهما على أنه أب للفولكلور الألماني.¹

إذ قدم "ياكوب جريم" موضوعاً يتضمن دراساته للتقاليد القانونية الألمانية القديمة: لأنواع العقوبات المفروضة على مختلف الجرائم والأوقات المحددة لتنفيذ هذه العقوبات وتزايد الاهتمام بالفولكلور يوماً بعد يوم بإنشاء صحيفة لنشر الفولكلور الألماني سنة 1855 م

ومع بداية القرن العشرين شهدت الدراسات الفولكلورية تقدماً كبيراً على أيدي:

"إريش شميدت" و "جون ماير" و "فلهلم بسلر" و "أدولف شبامر"، والتي تعد أعمالهم موسوعة تاريخية نقدية و تفسيرية بتناول تاريخ الفولكلور ووصف أنواعه المتعددة²

كما يعد "إلياس لونروت" أب الفولكلور финلندي، بجمعه شتات الأغاني الشعبية الفنلندية والذي كون منها: الملحمة القومية الفنلندية "الكاليفالا" التي صدرت لأول مرة سنة 1835 م والتي تشكل مرحلة إكتشاف الذات الوطنية ومواجهة التأثير الأجنبي. إذ قام بعشرة أهل الريف الفنلندي وجمع من أفواههم، أغانيهم وملامحهم وأمثالهم وألغازهم وحكاياتهم³. ومن أعمال الدارسين الفنلنديين:

"كارل كرون" الذي عين سنة 1888 م ليحاضر في الفولكلور الفنلندي والمقارن في جامعة " هلسنكي" والتي تعتبر أول جامعة في العالم تنشئ كرسياً للفولكلور.⁴

وكرد فعل ضد العناصر الأجنبية التي أخذت تهدد الميراث الثقافي المحلي (اللغة والتراجم الشعبية) أدت إلى ظهور كثير من أرشيفات الفولكلور الأوربية، ويعود أرشيف الفولكلور الفنلندي واحد من أعظم أرشيفات الفولكلور في العالم كله، إذ يضم نحو مليونين ونصف مادة فولكلورية مسجلة على بطاقات وأشرطة.

كما تعتبر متحف الفولكلور في فنلندا نموذجاً لدقة العرض وشمول الجمع وفي التصنيف.⁵

وما لا شك فيه أن حركة الاهتمام بالفولكلور في بريطانيا ناتج عن ماتوصل إليه جامعو الفولكلور في ألمانيا و في فنلندا.

وبحسب "ريتشارد دورسون" أن تاريخ حركة إهتمام البريطانيين بالفولكلور تبدأ عام 1813 م وهي المرحلة التي تم الانتقال فيها من مصطلح "الأثريات الشعبية" إلى المصطلح الجديد المقدم من قبل "تومز" وهو الفولكلور والذي كتب أن الكلمة تشير إلى: الأخلاق والعادات الاجتماعية والممارسات والخرافات والأغاني الشعبية والأمثال وما إلى ذلك من الأمور المتعلقة بالماضي.

فهو بذلك لم يضع تعريفاً للفولكلور، وإنما قام بتوسيع المجالات التي يهتم بها.

2- أهمية التراث الثقافي التقليدي غير المادي :

1- أحمد مرسي: مقدمة في الفولكلور ، دار الثقافة للطباعة و النشر ، القاهرة . 1975. ص12.

2- أحمد مرسي: مرجع سابق ، ص14.

3- أحمد مرسي: المرجع السابق، ص 18.

4- فوزي العنتيل: مرجع سابق، ص 79.

5- أحمد مرسي: المرجع السابق، ص 26.

يكتسي السعي إلى دراسة الوضع الراهن في مجال حماية التراث الثقافي غير المادي في العالم أهمية بالغة لأكثر من سبب.

لا جدال في أن هذه الدراسة تسمح بتكوين فكرة عن تطور الوضع القانوني له، في الوقت الذي يشهد ميدان حقوق المؤلف تغيرات هامة على صعيد القانون الدولي، و بالتالي على صعيد الحقوق الداخلية التي لا مناص لها من أن تتکيف.

ثم إن من الصعب تجاهل التطور التكنولوجي الخارق ، و ظهور موضوعات جديدة بالحماية، وظاهرة عولمة حق التأليف الذي يتأثر بها توجيه حق التأليف ، و تتسارع بمحاجها وتيرة ظهور قواعد قانونية جديدة.

إذ يعد عامل أساسى للهوية الثقافية، خاصة للبلدان السائرة في طريق النمو، بفضلـه يمكن للشعب التعبير في ظل الجماعة التي يتمون إليها وكذا في علاقتهم مع العالم .

غير أنه لا يجسد نفس الأهمية في كل الدول، فهناك طائفتان : الدول المتطرفة والدول السائرة في طريق النمو. ففي الدول المتطرفة، رغم لما للتراث من مكانة هامة¹، إلا أنه يبقى إبداع فاته الزمن، ولا يشكل مصدر للغنـى وعامل مهم في السوق، وبالتالي يبقى مشكل الدول السائرة في طريق النمو، إذ يعتبر أداة للهوية الثقافية وحتى السياسية : ففي المرحلة الاستعمارية، تبرز أهمية التراث غير المادي في إثبات وتأكيد الهوية السياسية والثقافية للدول السائرة في طريق النمو.

وبالتالي يعتبر ثروة التي يجب المحافظة عليها وصيانتها، إذ يعيش العالم اليوم، عصر العولمة التي ساهمت في تدفق الأفكار والسلع والخدمات بين جميع الشعوب، فالمرحلة التي يمر بها عالمنا المعاصر بتقنياته المتطرفة وثقافته الاستهلاكية تتطلب بالضرورة تحصين الأجيال الجديدة بنظام من القيم الأخلاقية التي تعبر عن أصالة الشعب وعاداته وتقاليده في مختلف مجالات العمل والإنتاج .

فلا يكن حماية الهوية والأصالة إلا بالاعتماد على العلوم العصرية .
فالحفاظ على التقاليـد والعادات الموروثة يساعد على رفع المستوى الثقافي لدى المواطنين ويزيدـهم تعلقا بوطنـهم ويعـيـهم .

3- أسباب حماية التراث الثقافي غير المادي :

في ضوء التغيرات العالمية التي يشهـدـها العالم حالياً والمتمثلـة في الانفجار المعرفي وسرعة الاتصالـات والشـيـوخـمـفـهـومـ العـولـمـ، أـصـبـحـتـ التـنـمـيـةـ الثـقـافـيـ مـطـلـبـاـ أـسـاسـيـ لـتـقـدـمـ الـجـمـعـمـ وـتـحـقـيقـ الرـفـاهـيـةـ.

ولـمـ تـعـدـ الثـقـافـةـ مـقـصـورـةـ عـلـىـ الـمـنـتـجـ الثـقـافـيـ الـذـيـ يـتـمـثـلـ فـيـ إـبـدـاعـاتـ الـأـمـةـ،ـ منـ فـكـرـةـ وـفـنـونـ وـآـدـابـ،ـ بلـ وـأـصـبـحـتـ

تشـملـ كـلـ الـأـنـاطـقـ الـقـيـمـ وـالـمـظـاهـرـ تـطـورـ الـحـضـارـيـ وـالـمـورـوـثـاتـ الـتـيـ تـنـظـمـ حـيـةـ الـجـمـعـ.

وـمـنـ هـنـاـ كـانـ الـأـهـمـيـةـ بـمـكـانـ تـحـقـيقـ التـواـزـنـ بـيـنـ الـجـوانـبـ الـعـلـمـيـ وـالـثـقـافـيـ وـالـتـأـكـيدـ عـلـىـ خـصـوصـيـةـ الـثـقـافـةـ لـكـلـ مجـتمـعـ وـالـتـأـكـيدـ عـلـىـ التنـوعـ البـشـريـ ...²

وكـماـ بـيـنـ سـابـقـاـ،ـ أـنـ الـفـولـكـلـورـ يـمـثـلـ الـهـوـيـةـ الـتـقـافـيـ وـالـحـضـارـيـ لـلـأـمـةـ،ـ إـذـ يـكـتـسـبـ يـوـمـاـ بـعـدـ أـهـمـيـةـ مـتـزاـيـدةـ .ـ وـمـنـ

الـأـسـبـابـ الـتـيـ تـدـعـونـاـ إـلـىـ الـبـحـثـ عـنـ حـمـاـيـةـ قـانـوـنـيـةـ لـلـفـولـكـلـورـ مـنـهـاـ :

1 - مختلف الممارسات الفولكلورية في المناطق الريفية .

2 - علي أبو زيد : الثقافة الشعبية والتنمية، عن أعمال المركز الحضاري لعلوم الإنسان، مؤتمر المنصورة بكلية الآداب، جامعة المنصورة، مصر العدد 2، ماي

2000 ، الجزء 1 ، ص 7

- مواجهة حالات الاستغلال غير مشروع لهذا التراث، إذ أن الدولة السائرة في طريق النمو تمتلك ميراثا هائلا، وهو ما يجعلها تتعرض على مر العصور للاستغلال غير المشروع من جانب بعض الأطراف الخارجية وازداد هذا الاستغلال غير المشروع في السنوات الأخيرة، في ضوء التقدم والتكنولوجيا الحديثة¹
- يؤكد الفولكلور الهوية الذاتية للمجتمع، مما يجب حمايته وما من شأنه أن يضفي عليه السمو ويケفل له الاحترام من قبل الغير.
- الواقع العلمي يثبت أننا بحاجة لحماية الفولكلور، ومن أمثاله على ذلك :
- أ. ففي الولايات المتحدة الأمريكية، قامت الشركات الأمريكية باستغلال الطقوس والأغاني الخاصة بالقبائل الإفريقية في الأعمال السينمائية، وعلى أشرطة الكاسيت، وفي برامج الراديو، وفي الإعلانات على السلع وبدون أن تعيش الجماعات أصحاب هذه التعبيرات الفولكلورية ، وبدون حتى أن تنسب هذه الأعمال المستغلة إلى أصحابها الأصليين، أي الجماعة التي ابتدعت هذه الأعمال²
- الحفاظ على ذاتية الأمة وميراثها الثقافي والاجتماعي يستلزم توفير الحماية القانونية.

4- الحماية الوطنية للتراث الثقافي غير المادي:

يعتبر التراث الثقافي غير المادي جزء لا يتجزأ من تراث الأمم، لذلك كان من الضروري المحافظة عليه وحمايته من مخاطر النسيان ومن التشويه، من خلال منح سياج قانوني لغرض الحماية الالزمة لهذا النوع من المصنفات التي تتوارثها الأجيال عن بعضها.³

يرى ماسوبي (Masouye) بأنه " من الخطأ الاعتقاد أن التراث غير المادي لا يمثل إلا فائدة للدولة المستقلة حديثا أو مؤخرا، لكن له مكانة كبيرة كذلك بالنسبة للدول المصنعة، وأنه في كل مكان، يبقى تقليد حي ومعمول به، فهو ليس فقط مجرد ذكرة للماضي "⁴

وتطرق إلى ذلك بيري (PURI) حيث اعتبر أنه " ليس معنى أن الفولكلور من آثار الماضي أن يظل كما هو لا يطرأ عليه تعديل أو تغيير، فهو متتطور ومتجدد مع تطور هذه

الجماعات، فالفولكلور بالنسبة لبعض الدول هو شهادة على الماضي والذي بدونه لن يكون لديها حاضر ولا مستقبل"⁵

ولذلك اهتمت الدول بتقرير حماية قانونية لهذا النوع من التراث، لكنها اختلفت في الأساس التي تستند إليه هذه الحماية. فمنها من نصت على حمايته وفقا لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، وأخرى اعتمدت على مفهوم مقابل الملك العام لحمايته .

¹ -ورقة مقدمة من طرف المجموعة الإفريقية إلى الدورة المقعدة، الويبو 30 أفريل إلى 3 ماي 2001 ، موقع الويبو.

²-OMPI : Collection of documents, p 218.(www.ompi.org).

³ - محمد الأزهر : حقوق المؤلف في ق. المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء ،المغرب، 1994 ، ص (131).

⁴ - Claude Masouyé : RIDA, 1983 ,Page 03

⁵ - k.Puri: Préservation et Conservation et Protection du Folklore, Bull du droit d'auteur, N° 3, 1988, p 09.

4-1-الحماية على أساس حقوق المؤلف :

أول المحاولات لتنظيم صراحة استعمال الفولكلور، تمت في إطار عدة تشريعات حول حقوق المؤلف، إذ أن غالبية التشريعات الوطنية تقرر حماية قانونية للإبداعات الفولكلورية استنادا إلى قواعد حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ومن هنا يطرح التساؤل حول ما إذا كانت قواعد حق المؤلف والحقوق المجاورة تقدم حماية كافية للإبداعات الفولكلورية.

انصرفت المحاولات القانونيين لحماية الفولكلور قانونيا، إلى الاعتراف أن هذا الإرث يشكل ظاهرة للإبداعات الفولكلورية واستنتجوا أن البحث عن وسائل حمايته يجب أن تكون متسوقة فيما هو متواجد في ميدان الملكية الفكرية، وبالخصوص في ميدان حقوق المؤلف.¹

والتساؤل المطروح والذي يستوجب الإجابة عليه، هو معرفة ما إذا كانت قواعد حقوق المؤلف هي الوسيلة المناسبة لحماية الفولكلور.

وللإجابة على هذا التساؤل، يجب علينا مقارنة الإبداع الفولكلوري مع شروط الحماية المقررة للمصنفات الأدبية والفنية.²

والتمثلة في وجوب توافر ثلاثة شروط وهي:

أن يكون هناك مصنف أدبي أو فني.(أولا).

أن يتم إبداعه من مؤلف معروف (وجود مؤلف).(ثانيا).

أن يكون أصيلا (يتميز بأصله).(ثالثا).

-الإبداعات الفولكلورية والمصنفات الأدبية والفنية :

كمبدأ عام، يحمي قانون حقوق المؤلف: الإبداع، بمجرد خروجه من ميدان الأفكار ويدخل في نطاق تطبيق حقوق المؤلف.

إذ يتمتع بالحماية مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم، أيًا كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير المستعملة فيها كما هو منصوص عليه في المادة 3 من الأمر رقم 05-03 من القانون الجزائري.

إذ يرى الفقيه الروسي كانيرلوف (GANRILOV) بأن الفولكلور: هو نتيجة توأك في الإبداع ويوضع رهن التداول بنفس أشكال موضوع حقوق المؤلف، وهذا يعني في شكل "مصنف" ومثال ذلك، أن الأغاني الشعبية يمكن أن تعتبر بأنها نوع من أنواع الأغاني الحمية على أساس حقوق المؤلف، وكذا بالنسبة لفن الشعبي المرتبط بالفنون الزخرفية وإلى غير ذلك من الأنواع³.

فمن الأكيد أن إبداعات الفولكلور، من خلال محتواها، تختلف عن مصنفات حقوق المؤلف، لكن هذا التمييز والاختلاف ليس له أهمية لإرساء حماية قانونية، نظرا للإجراءات الماثلة في حالة استعمال أو استغلال الإبداعات الفولكلورية والمصنفات الأدبية والفنية، والتي تتم عن طريق النشر(نشر القصص) والأداء (الأغاني الشعبية)،

¹ -claude Masouye : op cit ,P 3.

² - حسن حسين البراوي: مرجع سابق ، ص 36.

³-E.P.Gavrilov : la protection juridique des œuvres du Folklore. Le droit d'auteur, Fév. 1984, P77.

والنقل عن طريق التلفزة للرقصات الشعبية، الاستنساخ وبيع مواضيع الفنون الشعبية.
فاستعمال واستغلال الإبداع الفولكلوري يتم بنفس الطريقة المتواجدة في ميدان حقوق المؤلف بالنسبة للمصنفات الأدبية والفنية.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري، وذلك في المادة 2 من الأمر رقم 03-05 إذ نص على أن أحكام هذا القانون يحمي مصنفات التراث الثقافي التقليدي.

وكذا نص في المادة 5 منه أن مصنفات التراث الثقافي التقليدي تعتبر مصنفات محمية وفقاً لهذا الأمر وبالتالي تطبق عليه الأحكام المنصوص عليها في قانون حقوق المؤلف.

- الإبداع الفولكلوري وشرط وجود مؤلف معروف (محدد).

أدرجت العديد من البلدان في تشريعاتها الخاصة بحقوق المؤلف، نصاً يحدد صفة المؤلف، إلا أنها اختلفت في تعريفه.
فهناك من عرفت بأن "المؤلف هو صاحب المصنف الذي ابتكره" وأنخرجه إلى الوجود بشكل من أشكال التعبير التي يتميز بها¹.

من خلال هذا التعريف، نجد أنه ركز على أبوة المؤلف للمصنف، وأن يخرج هذا الابتكار إلى الوجود حيث لا يبقى حبيس خيلة مؤلف، وأن يخرج المصنف إلى الوجود في شكل يتميز به المؤلف ويميزه عن بقية المؤلفين.
وفئة أخرى من البلدان، اعتبرت أن المؤلف هو الشخص الذي تحمل الوثيقة اسمه، وأن صفة المؤلف تنعقد للشخص المبين اسمه الحقيقي أو اسمه المختار على المصنف².
كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري وذلك في المادة 13 منه.

بينما المشرع الفرنسي، ينص على أن صفة المؤلف تنعقد ما لم يثبت عكس ذلك، للشخص أو الأشخاص الذين نشر المصنف باسمهم³.

وئمة بعض التشريعات تسند صفة المؤلف للشخص الذي يرد اسمه النسخ المسجلة⁴.

حسب كافريلوف (Gavrilov) فإن إبداعات الفولكلور تختلف عن المصنفات المحمية بحق المؤلف من خلال غياب مؤلف الشخص (فردي)، ومن هنا كان من المحتمل تبني مبدأ حماية غير محدودة زمnia لإبداعات الفولكلور.
ما هو معروف سابقاً، أن إبداعات الفولكلور هو إنتاج لإبداع شعبي جماعي، فالذي يقوم بتنفيذ أي عرضه (الراوي، الراقص، الناتح على الخشب...)، لا يعتبر مؤلف، كما لا يعتبر كذلك من قام بتبثيته لأول مرة (خصوصاً بالكتابة)، أو نشر الإبداع الفولكلوري. لكن بالرغم من غياب المؤلف، فإن مشكل أصحاب الحقوق على إبداع فولكلوري زال، فهو معترف للجماعة أو للشعب التي أبدعته، وعموماً يكون مثل هاته الجماعة، إدارة محلية مستقلة أو أعضاء محليين أو مركزيين للدولة، المعترف بأنها سلطة مختصة. والمتمثلة في التشريع الجزائري في الديوان الوطني

¹ محمد الأزهر: مرجع سابق ، ص 95.

² مثل ذلك : إسبانيا، البرتغال، الجزائر، كندا مصر، الزاير، بيرو.

³ - نجده كذلك: في ق. المغربي، والسينغالي.

⁴ - كما هو الحال في: تشيلى، ليبيا.

لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، باعتبار أن الإبداع الفولكلوري هو مصنف مجهول هوية مبدعه، وبالتالي يطبق عليه أحكام المادة 3/13 .

- الإبداع الفولكلوري وشرط الأصالة :

جل التشريعات نصت بشكل صريح على ضرورة توفر عنصر الأصالة كشرط أساسى ليتمتع المصنف بالحماية القانونية. كما هو منصوص عليه في القانون الجزائري في

المادة 3 منه، بأنه تمنح الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر، لكل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني. " فالأصالة شرط أساسى الذي ينشئ للمؤلف حقا يستحق الحماية على أن يتميز هذا الإنتاج الأدبي أو الفني بطبع يضفي شخصية المؤلف على الإنتاج المبتكر، سواء في الشكل أو المضمون، مستعملا في ذلك ما شاء من الأفكار سواء كانت قديمة أو جديدة"¹.

أما فيما يخص الفولكلور، فإن المشكّل الذي يعود ويرجع دائما، هو معرفة هل الإبداع الفولكلوري يتميز بأصالة مطلقة أم نسبية ؟

يرى البعض "أن وجوب أصالة مبتكرة، يعد عائقا لحماية الفولكلور على أساس حقوق المؤلف، لأن الفولكلور مستوحى عموما من تقليد سابق وأنه نتيجة لسير غير شخصي طويل للنشاط الإبداعي الممارس عن طريق التقليد المتابع"².

وأن شرط الأصالة المقررة في تشريع حقوق المؤلف، لا يمكن أن تكون كافية لراقبة الاستعمال التجاري للفولكلور، باعتبار أنه لا تبرز شخصية مبدعه في الإبداع الفولكلوري.."³ فشكل الإبداع الفولكلوري يدل على وجود دائما سوابق للإبداع الفولكلوري، فإذا اعتبرنا أن الإبداع الفولكلوري يشكل من خلال عدة تقليدات، تحديد لأصالة حتى ولو كانت نسبية، يبقى صعب. (العزم لوجود الأصالة).

اما إذا اعتبرنا، على العكس، أنه يمكن أن يكون للإبداع الفولكلوري أصالة من خلال العناصر السابقة، فإن المسألة تصبح أكثر تعقيدا، إذ انه في كل حالة، يجب تحديد مدى تميذه لتكييف الإبداع بأنه أصيل مطلقا أو نسبيا، والذي يبقى صعب، حتى مستحيلة، للإبداعات التي تذوب عبر الزمن.

4-2- مدى صلاحية الحقوق المجاورة لحماية التراث الثقافي غير المادي:

فيما يتعلق بالتراث الثقافي غير المادي ،فهناك نسبة من الدول تعتبر أنه من يؤدي إبداعات فولكلورية يدخل في عداد فناني الأداء وبالتالي يتمتع بالحماية القانونية الممنوحة لهم⁴ .

وتعتبر الحماية التي تتحقق للإبداعات الفولكلورية والمستندة إلى قواعد الحقوق المجاورة أنها حماية غير مباشرة، باعتبار أنه لا يمكن حماية الأداء بعزل عن المصنف المؤدي، ونفس الشيء بالنسبة لمنتجي التسجيلات الصوتية

¹ - محمد الأزهر: مرجع سابق، ص 107.

² - Kamal Puri :op cit , P17

³ - Claude Masouyé : op cit, P11.

⁴ - كلود كولمبية: مرجع سابق ، ص 122.

وهيئات الإذاعة، فحماية عملية التسجيل الصوتي بشكل مباشر إسناداً إلى الحقوق المجاورة تعني بالتبعة حماية غير مباشرة للصوت المسجل في حد ذاته.¹

وبالتالي فكل تسجيل للإبداعات الفولكلورية أو نقلها أو بثها للجمهور عبر هيئات الإذاعة، تتمتع بحماية مباشرة على أساس الحقوق المجاورة.

والجدير بالذكر، أن المشرع المصري في المادة 138 من قانون الملكية الفكرية، نص على حماية غير مباشرة على أساس الحقوق المجاورة للإبداعات الفولكلورية التي يتم أدائها، بغض النظر ما إذا كانت هذه الإبداعات محمية في الأصل أم لا.

ونجد نفس المبدأ مطبق في القانون الغيني، والقانون الجزائري في المادة 108، بينما نجد أن ماسوي (Masouyé) يرى أن نظرية الحقوق المجاورة لا تتحقق الحماية المطلوبة للإبداعات الفولكلورية، باعتبار أنها تمنح مجرد حماية غير مباشرة.

وأن هذه الحماية تنصب على نشاط أصحاب هذه الحقوق المجاورة، دون المصنفات التي يرد عليها نشاطهم، وبالتالي الحماية لا تكون أساساً للإبداعات الفولكلورية وإنما لعملية أداء هذه الإبداعات. وتكون عندئذ هذه النظرية قاصرة عن تحقيق الحماية المطلوبة، لأن المبتغى هو حماية كاملة مباشرة للإبداعات الفولكلورية.

وكذا الحماية على أساس الحقوق المجاورة لا تقنع من استغلال الإبداعات الفولكلورية بدون إذن، وكما هو في الحقوق المؤلف، فإن الحقوق المجاورة بطبعتها محددة المدة، وبالتالي تكون الحماية الممنوحة مؤقتة وليس دائمة.²

3-4 الحماية على أساس نظرية مقابل الملك العام .

نص قانون تونس النموذجي لحقوق المؤلف لتسعين به الدول النامية³، على نظرية مقابل الملك العام.⁴

إذ أن الدول التي لا تملك تشريعاً خاصاً بحماية تراثها غير المادي، يمكن أن تحميها على أساس نظرية مقابل الملك العام، وذلك تشجيعاً لحماية ونشر فولكلورها الوطني.

نصت المادة 17 من ق. تونس النموذجي، تحت عنوان المصنفات المترتبة إلى الملك العام بمقابل على أنه: " الشخص الذي يستعمل أحد المصنفات المترتبة إلى الملك العام بمقابل، يدفع للسلطة المختصة نسبة مئوية قدرها من جموع الإيرادات المتأتية من استخدامها أو من استخدام اقتباساتها، بما في ذلك مصنفات الفن الشعبي القومي وستستخدم المبالغ المحصلة بموجب ذلك للأغراض التالية:

¹ - حسن حسين البراوي: مرجع سابق، ص 61.

² - Claude Masouyé : op cit , P11.

³ - جورج جبور: مرجع سابق ، ص 183.

⁴ - مختار القاضي: حق المؤلف، الكتاب 01، النظرية العامة، مكتبة الأنوار المصرية، الطبعة الأولى، 1958، ص 177 و 178.

- تعزيز المؤسسات التي تنشأ لصالح المؤلفين (وفناني الأداء) كجمعيات المؤلفين والمعاضديات والتعاونيات وغيرها من المؤسسات.

- حماية الفولكلور القومي ونشره.

السبب الرابع للصعوبة المطروحة فيما يخص نظام الفولكلور، يرجع إلى أن معظم التشريعات تتركنا الفهم بأن الملك العام يتشكل من المصنفات التي انتهت مدة حاليتها . ويجب علينا العودة إلى هذه التشريعات لمعرفة ما إذا كان الفولكلور يدخل في الملك العام . فإذا رجعنا إلى التشريعات الفرنسية والبريطانية وتشريع الـو.م.أ، فإن مسألة نظام الفولكلور يبقى بدون إجابة.

لكن هناك تشريعات أخرى تضع تعريفاً للفولكلور، ومنها التشريع السوفيaticي لحقوق المؤلف، (قانون 16 ماي 1928) التي تنص صراحة على أن الفولكلور ملك عام للدولة.

كما أن ق. (Loi péruvienne : 01 سبتمبر 1961)¹ في المادتين 7 و21 منه أن المصنفات الفولكلورية عند تحويلها، فإن موضوعها ودواتها تتوارد في الملك العام.

كما نجد في التشريعات العربية النص على ذلك صراحة وذلك باعتبار أن الفولكلور هو ملكاً عاماً للدولة، ومنها ق. الأردني (المادة 17)، ق. إماراتي (المادة 31)، ق. السوداني (المادة 7)، ق. القطري (المادة 39).

بينما في الاجهادات القضائية والتي تعتبر ندرة في ميدان الفولكلور، إلا أنها تؤسس النزاعات المتعلقة بالفولكلور، تقرر إلى انتمامه للملك العام، ومثال ذلك قضية ملقة أمام

القضاء الألماني والمتعلقة بالطلبة بأتاوي للتسجيل أغاني شعبية، والتي اعتبر أن الفولكلور يعتبر ملك عام.²

وكذا في إيطاليا، هناك قضايا متعلقة بالفولكلور خاصة النزاعات بين الفنانين الفولكلوريين ومؤسسات التلفاز أو دور النشر³.

وهناك قضية في فرنسا، والتي اعتبرت فيها الفولكلور أنه من الملك العام.⁴

كما أن القضاء الفرنسي، اعتبر أن الفولكلور الأنثي (Antillais) أنه يقع في عداد الملك العام الأنثي⁵.

وبالعودة إلى القانون الجزائري، فالمسألة واضحة، إذ أنه اعتبر الفولكلور مصنف محمي على أساس حقوق المؤلف وأنه لا يدخل ضمن المصنفات التي آلت إلى الملك العام، والدليل على ذلك ما هو منصوص عليه في المادة 1/8 منه، إذ ميز وفصل بين مصنفات التراث الثقافي والمصنفات الوطنية التي تقع في عداد الملك العام.

إذ بين أن كل من هاته المصنفات تستفيد بحماية خاصة حسب ما هو منصوص عليه في هذا الأمر.

¹ - loi péruvienne sur le droit d'auteur, Rida, n° 38, janv. 1963, P157.

² -M Dretz : lettre de la RFA, Droit d'auteur ,avril 1974, n° 4,P 94.

³ - Valerio DA Sanctis : lettre d'Italie, Droit d'auteur, 1973,P 236.

⁴ - Tribunal civil de la seine 3^{ème} ch 09, déc 1864 ,Pataille 1866, 187, cour d'appel de Paris, 25 nov. 1865 Pataille 1866 , 186.

⁵ - Tribunal de Grande instance de Paris, 3 ème ch, 08 mars 1963, RIDA, n° 41, 1963, P 152.

لكن ما يمكن ملاحظته، أنه على المستوى الدولي، فإن الاستناد إلى هذه النظرية كأساس لحماية الإبداعات الفولكلورية تشكل عائقاً لعدم وجود قواعد وإجراءات لمواجهة الاعتداءات التي تقع على الأعمال الواقعة في الملك العام لدولة معينة.

فهذا النظام لا يحقق المسعى المرجوة منه، لأنه لو كان مصدر للحصول على مقابل، لكن لا يحقق ضمان مادي للفولكلور ضد التشويبات والتي تمثل إحدى المسعى الرئيسية لمسألة حماية الفولكلور. والتساؤل المطروح والذي يجب الإجابة عليه يتمثل في: هل على المستوى الدولي، مسألة حماية التراث الثقافي غير المادي تم الفصل فيها أم لا يزال الأمر مطروح؟ وذلك ماسوف نتطرق إليه.

5-الحماية الدولية للتراث الثقافي غير المادي :

لا تقتصر حماية التراث الثقافي غير المادي على مستوى التشريعات الداخلية فحسب، بل على المستوى الدولي أيضاً، توجد محاولات لتقرير حماية قانونية للإبداعات التراث الثقافي غير المادي.

إذ قامت كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية واليونسكو إلى التعاون فيما بينها، وضم مجدهما في سبيل حماية التراث الثقافي غير المادي وهذا ما حدث بالفعل، إذ كانت هناك مبادرات من قبل الويبو واليونسكو لحمايته.

فكان مجدهات اليونسكو ترتكز أساساً على أهمية صيانة التراث الثقافي بشتى أشكاله وصوره، وتأكد على دور الثقافة في التنمية، على اعتبار أن الإنسان هو محول التنمية وصانعها، ومن ثم ينبغي الاهتمام بتنمية إبداعه وملكاته وقدراته، إذ هو أساس النهوض به وتأكيد إنسانيته وتعزيزها...¹

إذ عقدت اليونسكو عدة اجتماعات في هذا المجال، ونتج عنها عدة اتفاقيات دولية من أهمها: اتفاقية التراث الثقافي والطبيعي (1972)، ووصيحة اليونسكو بشأن صون الثقافة التقليدية و الفولكلور (1989)، وأخيراً اتفاقية صون التراث الثقافي غير المادي (2003)، والتي صادقت عليها أكثر من خمسين دولة.

إذ اعتمد المؤتمر العام لليونسكو في دورته الثانية والثلاثين المنعقدة في 17 أكتوبر 2003 "اتفاقية بشأن صون التراث الثقافي غير المادي" وكان اعتماد هذه الاتفاقية دليلاً فارقاً في تطور السياسات الدولية الرامية إلى تعزيز التنوع الثقافي...²

فالأول مرة، حظي مثل هذا النوع من المظاهر الثقافية، بإطار قانوني و برناجي الواسع النطاق.

فهذه الاتفاقية تستهدف في المقام الأول إلى صون الممارسات والتصورات وأشكال التعبير والمعارف والمهارات المعبرة جزء من التراث الثقافي للإنسانية.

نشير إلى أن هذه الاتفاقية تتضمن ديباجة و40 مادة، مقسمة إلى 9 أجزاء، تتضمن: الأحكام العامة، أجهزة الاتفاقية، صون التراث الثقافي غير المادي على الصعيدين الوطني والدولي، التعاون الدولي والمساعدة الدولية، صندوق التراث الثقافي غير المادي، التقارير، حكم انتقالي، أحكام ختامية...³

¹ - عبد الله السلمو: حماية التراث الثقافي غير المادي للأقليات في قانون الدولي مقال لقانوني، نشر في الموقع السوري للإشارات والدراسات القانونية، بتاريخ 2008/03/07 .

² - Unesco, culture , patrimoine immatériel, publications et documentation , (www.unesco.fr)

³ - اليونسكو: حول التراث الثقافي غير المادي، العمل على إعداد اتفاقية موقع اليونسكو 2010 .

كما تقترح الاتفاقية خمسة مجالات عريضة يتبدى فيها التراث الثقافي غير المادي...¹، إذ هذه المجالات ليست مغلقة على نفسها، إذ يمكن إدراج مجالات أخرى، فالهدف منها ليس أن تكون بالضرورة كاملة، إذ يمكن للدول أن تستخدم نظاماً مختلفاً من المجالات، أو بسميات بديلة، أو تضيف فئات فرعية جديدة للمجالات الموجودة فعلاً (كاللعبة والألعاب التقليدية، أو التقاليد المطبخية، أو الحج أو أماكن الذكرى...).²

وتتمثل هذه المجالات في : التقاليد وأشكال التعبير الشفهي وفنون الأداء والممارسات الاجتماعية والطقوس والاحتفالات والمعارف والممارسات المتعلقة بالطبيعة والكون والمعارف المرتبطة بالحرف التقليدية.

وللاتفاقية أربعة أهداف أساسية هي كالتالي : ...³

- صون التراث الثقافي غير المادي.

- احترام التراث الثقافي غير المادي الذي يعود للجماعات و المجموعات المعنية و للأفراد المعنيين.

- التوعية على الصعيد المحلي والوطني والدولي بأهمية التراث الثقافي غير المادي وكفالة تقديره المتبادل.

- إتاحة التعاون الدولي والمساعدة الدولية.

وهذا فعلاً ما قامت وما تقوم به اليونسكو من أجل تطبيق الاتفاقية، إذ نشرت في 2009 مجموعة من المنشورات.⁴ وذلك تطبيقاً للمواد 16، 17، 18 من اتفاقية 2003 والمتمثلة في:

- قائمة التراث الثقافي غير المادي للعناصر التي تحتاج إلى صون عاجل (المادة 17).

- القائمة التمثيلية للتراث الثقافي غير المادي للبشرية(المادة16).

- البرامج و المشروعات والأنشطة الخاصة بصون التراث الثقافي غير المادي.(المادة 18).

وبالرجوع لتفصيل هذه المنشورات نجد أن :

- فيما يخص قائمة التراث الثقافي غير المادي الذي يحتاج إلى صون عاجل :

إذ هدف اليونسكو هو تكريس أو تخصيص الجهود المبذولة من أجل صون التراث الثقافي غير المادي المعرض للخطر.

ويتم ذلك بناءً على طلب من الدولة الطرف التي ترى أن تراثها مهدداً ومعرضًا للخطر. فبمجرد التعرف عليه وتقدم الدولة المعنية طلباً إلى اللجنة الدولية (طبقاً للمادة 5 من الاتفاقية) لتسجيله في قائمة التراث الذي يحتاج إلى صون عاجل، وذلك بعد قيام الدولة المعنية بـألا استماراة التسجيل الموجودة في موقع اليونسكو.⁵

وهذا ما هو إلا دليل على إرادة الدول في صون تراثها الوطني .

1- المادة 2/2 من نص الاتفاقية .

2- اليونسكو: مجالات التراث الثقافي غير مادي، موقع اليونسكو 2010 .

3- المادة 1 من الاتفاقية .

⁴ -Unesco, culture, patrimoine immatériel, publications et documentation : op.cit ,P1.

5- موقع اليونسكو ، ثقافة، التراث غير المادي ، إتفاقية 2003 ، النشر .

فبعد قرون عديدة من الإهمال، بدأت تتلقى المعرف التقليدية للدول السائرة في طريق النمو، الانتباه والحصول على الحماية بموجب أحكام القانون الدولي .

وذلك بتوفير المناخ الملائم والاستخدام المشروع، والإفادة من المعرف التقليدية المحلية، حيث يكون ذلك حافزا لحفظ و تطوير الميراث المحلي للشعب.

وذلك عن طريق دور الحكومات في التسجيل العلمي المنظم والتوثيق المحكم و الدقيق للملكيات الوطنية من المعرف التقليدية .

وأن تكون هناك الرغبة في صون الثقافات التقليدية كعامل مساهم في التنمية الاقتصادية المستدامة.

ولكي يتتسنى لنا الحافظة على تراثنا العربي، باعتباره يحمل عناصر هويتنا الحضارية، ويشكل بألوانه المختلفة اتجاهات البناء و الهدم في مسيرة الأمة .

قضية التراث تتعلق بالهوية الوطنية والأخلاق والمبادئ والقيم الأصلية، والحفاظ عليها مسؤولية حضارية تتطلب من الجميع السعي إلى ترسیخ الجوانب المضيئة من تراثنا الشعبي، حتى نحفظ لوجودنا الحضاري والثقافي مكانته في ظل التطورات والتغيرات التي يشهدها الواقع المعاصر والمستقبل .

وهذا ما يؤكّد أهمية الثقافة الوطنية والشعبية، وتعزز روح الانتماء للجامعة والأرض والوطن. كما بينما فيما سبق على أهمية الحافظة على تراث الأمة المتمثل في الفولكلور، فحمايته حماية للموروث الثقافي من الاندثار، وفيه حافظة على الهوية الجزائرية خاصة و أن هناك أوجه عديدة للمحافظة على الفولكلور وحمايته ، ومن ضمنها: توثيقه وأرشفته و تسجيجه بكافة الوسائل التقنية الحديثة.

وكذا الحماية القانونية له، وذلك في حالة التعدي عليه، الذي من شأنه أن يؤثر على تاريخ الأمة و ثقافتها.

ومن جملة ما تقدم، نلاحظ أن هناك قصوراً بينما بشأن حماية الفولكلور في الجزائر، فالشرع الجزائري لم يحدد جرائم بعينها في شأن التعدي عليه، وإنما تركها في الإطار العام لقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لسنة 2003 ، وهو لا يشكل الحماية الكافية للتراث الثقافي غير المادي على المستوى الوطني، أضف إلى ذلك عدم وضعه لتعريف محدد له.

ما يجعلنا ننادي بضرورة سن قانون خاص لحماية التراث الثقافي غير المادي الجزائري ، على أن يتم الاستئناس في إصداره بالنموذج الوطني لحماية الفولكلور لسنة 1989 الصادر عن الوايبيو واليونسكو، وكذا الاتفاقية لسنة 2003 السابقة دراستهم .

الوسائل البديلة لحل نزاعات الامنيار التجاري-التحكيم نموذجا-



الشباتي خديجة باحثة بصفة الدكتوراه قانون خاص

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

إن التحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي لم يعد "سلعة" لا يجب استظهار محسنهما بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، فأغلب المنازعات ذات الطابع الدولي يتم حلها بواسطة التحكيم، ولا تخرج منازعات عقود الإمتياز التجاري عن هذا التوجه العام، بحيث نجد أن الأطراف في هذه العقود التجارية غالباً ما تضمن شرط التحكيم في نص العقد المتعلقة بها.

و بالنظر إلى طبيعة عقود الإمتياز التجاري المتميزة و كذلك حاجياتها الملحة فيما يتعلق ببساطة البث و ضرورة توفر معرفة فقهية كافية للمكلف بمهمة البث فيها، تجعل من حلها بواسطة القضاء -وسيلة أصلية لحل المنازعات -أمراً صعباً إلى حد ما، و أمام هذا الواقع بين التحكيم الوسيلة الأكثر ملائمة لحل هذه المنازعات بالنظر إلى المزايا العديدة التي يقدمها والتي تشكل استجابة حقيقة لمتطلبات حل منازعات عقود الإمتياز التجاري، لهذا فأطراف هذه العقود يأخذون بعين الاعتبار هذا المعنى، و ينصون على حل منازعاتهم عن طريق التحكيم ويرى البعض أن التحكيم يعتبر بمثابة لباس حسب المقاس (1) لحل مثل هذه النزاعات.

و سنحاول من خلال هذه الدراسة رصد مزايا ملائمة التحكيم لمنازعات عقود الإمتياز التجاري (مبحث اول) ثم آثار اتفاق التحكيم (مبحث ثاني).

المبحث الأول : ملائمة التحكيم لمنازعات عقود الإمتياز التجاري :

يعتبر التحكيم سواء الدولي أو الداخلي بديلاً ملائماً لقضاء الدولة بحكم ما عرف من سرعة مرفوقة بتكتيم وسرية مع بساطة تضمن الأمان واليقين القانوني للأطراف، في إطار علاقة تتسم بعدم التكافؤ.

ولهذا وإدراكاً من طرف المهتمين لتلك الاعتبارات وما يترب عنها من نتائج اتجهت أغلب التشريعات إلى وضع إطار قانوني للالتجاء إلى التحكيم وإباحتة مع التأكيد على أهميته لدرجة أنه أصبح الوسيلة المفضلة لفض النزاعات

¹-(B.) Moreau : "Interet de l'arbitrage pour les litiges de la propriété intellectuelle " Delmas, livre II P :237.1995

خاصة ذات الطابع الدولي⁽¹⁾ كعقد الإمتياز التجاري محل الدراسة الذي يتميز بتعقده من الناحية الفنية و القانونية وتعدد الأطراف المتدخلة والتي تكون من جنسيات مختلفة⁽²⁾

ولتقرير الصورة أكثر سنعمل على إبراز المزايا التي يتسم بها التحكيم(مطلوب اول) لنتقل إلى كيفية صياغة اتفاق التحكيم(مطلوب ثاني).

المطلب الأول : مزايا التحكيم.

إن المزايا التي يحظى بها التحكيم تجعله أنجع وسيلة لحل نزاعات عقود الإمتياز التجاري و تعتبر جد مهمة لكونها تستجيب للطبيعة الخاصة لهذه المنازعات كمحاولة لتحقيق التوازن بين الأطراف. مما يساهم في ضمان العلاقة بين المانح والمنوح له(فقرة اولى) وضمان السرية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : الحفاظ على العلاقة بين المانح و المتلقى :

يندرج عقد الامتياز ضمن العقود الزمنية التي تستغرق مدة طويلة من أجل تنفيذها مما يستوجب وجود تعاون بين الأطراف.

و ما تجب الإشارة إليه أن النزاعات المتعلقة بعقود الامتياز التجاري لا تكون ناتجة في الغالب عن علاقة تعاقدية انتهت بسبب عدم تنفيذ العقد أو لتنفيذ شيء له، إذ غالباً ما تكون هذه المنازعات بمناسبة تنفيذ العقد أو أثناء فترة سريانه، حيث يكون هناك خلاف بشأن تفسيره أو حول مقابل الامتياز من دون وجود رغبة في إنهاء العقد⁽³⁾.

و عقد الإمتياز التجاري باعتباره عقداً نموذجياً يدرج الأطراف ضمن بنوده شرطاً تحكيمياً للفي المنازعات الناجمة عنه⁽⁴⁾ الشيء الذي مكن قضااته من إرساء العديد من القواعد الموضوعية من جراء تحررهم من كل إحالة إلى قانون دولة معينة بواسطة منهج تنازع القوانين خاصة وأنه يخضع لقانون ذاتي قوامه القواعد والأعراف التي نشأت تلقائياً في ميدان التجارة الدولية⁽⁵⁾

و يمكن القول في هذا الإطار أن التحكيم يلعب دوراً أساسياً لا يمكن أن يلعبه القضاء لأن اللجوء للقضاء في مثل هذه النزاعات يعتبر بمثابة إعلان حرب "déclaration de guerre" ويصبح من الجائز استعمال جميع الوسائل

¹ محمد بوزلاقة: "الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص"، دراسة في العقد الدولي جامعة سيد محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

فاس 2001/2002، ص 2

² محمد باية: "التحكيم التجاري الدولي في منازعات الملكية الصناعية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السوسيي كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الرباط 2005-2006 ص 25

³ - محمد باية: م. س، ص 28

⁴ - فمثلاً تنص م 1/11 من العقد النمطي و الشروط العامة للبيع في التصدير و الاستيراد للسلع المعرفة و منتجات الصناعات الميكانيكية الأخرى الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1961 على إعطاء سلطة في المنازعات لجنة التحكيم

⁵ محمد بوزلاقة: م. س، ص 120

لتبرير الموقف المتخذ من النزاع⁽¹⁾، حيث يتحول الطرف المتنازع خصماً وليس شريكاً في إطار علاقة تعاقدية تستوجب التعاون بين أطرافها، ما يجعل دون استمرارها وبالتالي فمسطورة التحكيم أكثر نجاعة وملائمة مثل هذه المنازعات، لكونها تفصل بين الأطراف دون نشوب عداوة أو ضغينة.

كما أن اتفاق التحكيم يمنح هامشاً واسعاً من الحرية للأطراف من خلال اختيارهم للمحكم أو المحكمين، وتحديد مكان ولغة التحكيم بالإضافة إلى حرية اختيار القوانين الإجرائية والموضوعية للفصل في النزاع.

وأكد المجلس الأعلى بدوريه في أحکام عديدة حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات إذ جاء في إحدى قراراته "حيث إنه بالرجوع إلى المقال الافتتاحي للدعوى يتبين أن المطلوب في النقض أوضح بأن الطاعنة امتنعت عن تنفيذ العقد الذي أبرمته معه حيث لم يقم بتسديده ما التزمت به لفائدة ما دفع باللجوء إلى القضاء مطالباً بفسخ هذا العقد..."

لكن حيث أنه بالرجوع إلى ف 8 من هذه الاتفاقية و الذي يشترط اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع في تنفيذ هذا الاتفاق يتبين أن الطرفين اتفقا على إسناد الأمر أولاً إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بشأن تنفيذ العقد و العقد شريعة المتعاقدين حسب ف 230 من ق.ل.ع ومحكمة الاستئناف عندما قبلت الدعوى التي تقدم بها الطاعن مباشرة إلى القضاء متتجاوزاً شرط التحكيم الذي التزمت به تكون خرقت القانون و عرضت قرارها للنقض"⁽²⁾

ومن خلال تحليل المجلس الأعلى⁽³⁾ نستشف أنه استند في قراره على نص ف 230 من ق.ل.ع وأغفل بذلك ف 309 من ق.م.م الذي يؤكّد أن شرط التحكيم مكتنة قانونية خوّلها القانون للأطراف لفض النزاع بدلاً من القضاء.

وقد استدرك المجلس الأعلى⁽⁴⁾ هذا الإغفال من خلال قرار آخر جاء فيه "حيث إن المحكمة تبين لها من خلال العقد الراهن بين الطرفين أنهما اتفقا على شرط التحكيم لفض النزاع الذي سيحصل بينهما و هي طريقة نظمها المشرع في ف 309 من ق.م.م".

وما يمكن استنتاجه من كلا القرارات السابقتين أن المجلس الأعلى يكرس حرية الأطراف في اللجوء إلى مؤسسة التحكيم كآلية لتسوية النزاعات فهل ينطبق هذا الطرح على عقود الإمتياز التجاري؟

رغم المحسن التي يوفرها التحكيم للمنوح له من تجنب مضار اللجوء إلى المحاكم العادلة وما تعانيه من البيروقراطية في البيث وحسم النزاع، وإمكانية جمع الطرفين على طاولة المفاوضات للتحاور من أجل التوصل إلى حل مشترك مما يزكي روح التعاون والتفاهم كعنصر محوري لنجاح العلاقة بين المانح والمتلقي مما يضفي على التحكيم في إطار هذه المنازعات دوراً وقائياً عكس القضاء الذي يطغى عليه الطابع الزجري الذي قد يكون مهماً إلا أنه قد لا يتلاءم مع طبيعة الإمتياز التجاري.

¹(B) Mareau Op.Cit. P10

² - قرار عدد 240 صادر بتاريخ 13/2/2002 ملف تجاري عدد 98/3021

³ - طارق مصدق: "دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري على ضوء اجتهادات المجلس الأعلى" ندوة الاحتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى بعنوان الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمانة الرばط 2007 ص 217

⁴ - القرار عدد 241 الصادر بتاريخ 13/2/2002 منشور في سلسلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 7/2005 ص 38

إلا أن هذا لا يحول دون اختلال مراكز الأطراف الذي يستمد أساسه من التفوق الاقتصادي والتقني للمناجح مما يخوله إمكانية احتكار آلية التحكيم بالإضافة إلى كون كلفة التحكيم قد تكون أكبر من كلفة اللجوء إلى المحاكم العادلة مع الأخذ بعين الاعتبار كل حالة على حدة، تبعاً لسلوك طرق الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الرسمية⁽¹⁾

الفقرة الثانية: السرية ميزة أساسية لخدمة مصالح الشبكة :

تميز المسطورة في التحكيم على غرار باقي الطرق البديلة -بضمان السرية التامة لكل ما يجري خاللها و الحفاظ على أسرار المتعاقدين خاصة أن أطراف القضايا التجارية بصفة عامة و في عقود الإمتياز التجاري بصفة خاصة يفضلون عدم نشر خلافاتهم على الملأ، لأن ذلك يشكل خطاً على سمعتهم و على سمعة شبكة الإمتياز و يهدد قدرتهم التنافسية، إن لم يبلغ الأمر درجة وضع البعض منهم تحت طائلة قوانين و لوائح و ضوابط إدارية أو ضريبية⁽²⁾

بالإضافة إلى ذلك فإن عقود الإمتياز التجاري تتضمن أسراراً يحرص المتعاملون على عدم الكشف عنها، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا التي ترد على المعرفة الفنية التي تجسد اليوم الجانب المهم للمشروعات الكبرى التي يؤدي الكشف عنها إلى فقدانها لأهميتها الاقتصادية⁽³⁾

و عنصر السرية باعتباره قاعدة جوهرية في التحكيم لا يقتصر احترامه على المحكمين فقط بل يتعدى ليشمل مستشاري الأطراف الذين يلتزمون بالسر المهني.⁽⁴⁾

و هذا ما يفسر أن القرارات التحكيمية المتعلقة بعقود الإمتياز التجاري نادراً ما يتم نشرها إذ أن نشرها سيشكل خطاً على مبدأ السرية سواء -بالنسبة لسمعة الأطراف من الناحية التجارية أو التقنية.

و يحافظ التحكيم على السرية مهما كانت نتيجته، إيجابية و انتهت بتسوية ودية أو قرار نهائي، أو سلبية مما حال دون تحقيق هذه التسوية و هذه الميزة لا توفرها الدعوى القضائية التي تطغى عليها ميزة العلنية حيث لا يتوانى أي طرف خاللها في استعمال كل معلومة عن خصمه و أسباب النزاع التي تبين له بأنها ستمكنه من ربح المعركة⁽⁵⁾.

المطلب الثاني : صياغة اتفاق التحكيم :

يعتبر التحكيم بمثابة حجر الزاوية في نزاعات التحكيم التجاري الدولي، سواء ورد في شكل عقد مستقل أو في شكل شرط من شروط العقد الأصلي، فإن صياغته تحتاج كثيراً من الدقة والضبط، بإدراج مجموعة من العناصر الضرورية (فقرة أولى) لتلافي مجموعة من المشاكل والتعقيدات التي تؤدي إلى التأخير في إتمام عملية التحكيم، وليس هناك ما يمنع من إدراج عناصر تكميلية (فقرة ثانية).

¹ حسن محمد حمدان: حسن محمد حمدان: "الحماية القانونية للفرونسيزي، دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، منشورات الجبلي الحقوقية، لبنان 2008، ص 39

² محمد سلام: "الطرق البديلة لتسوية النزاعات و دورها في تخفيف العبء على القضاء و تحقيق التنمية الاجتماعية و الاقتصادية" ندوة الاحتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى م س ص 322

³ محمد باية: م. س، ص 30

⁴ – (R). Mareau Op.Cit P11

⁵ محمد سلام: م. س، ص 22

الفقرة الأولى : العناصر الضرورية في اتفاق التحكيم :

يفترض في من يقوم بصياغة شرط التحكيم أو صياغة عقد التحكيم في حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم أن تتوفر فيه الدرية العامة و المعرفة التامة بعملية التحكيم و نوعية حقوق الإمتياز التجاري المتنازع عليها.

فما هي المخاطر التي تواجه الأطراف حالة عدم تحديد النطاق الذي يشمله هذا الاتفاق (أولاً) وما هي سلطة الأطراف في تحديد هيئة التحكيم (ثانياً).

أولاً : عوارض عدم تحديد نطاق التحكيم :

قد يسبب عدم تحديد نطاق التحكيم مجموعة من المشاكل تعرقل عمل هيئة التحكيم، فقد يحتاج أحد الأطراف بكون النزاع القائم لا يدخل في نطاق النزاعات التي يتم الاتفاق عليها و بأن اتفاق التحكيم الجامع بينهم لا يندرج ضمنه النزاع القائم.

و كمثال على ذلك دفع أحد أطراف العقد بكون اتفاق التحكيم ينص على النزاعات المرتبطة بتفسير العقد في حين أن النزاع القائم مرتبط بسوء تنفيذه⁽¹⁾

ما سبق نستشف أن عدم وضوح اتفاق التحكيم يعد مخاطرة قد يترب عنها بطلاً فاعلية التحكيم أو العملية التحكيمية بكمالها مما يجعل اتفاق التحكيم الذي يعد آلية لتسوية النزاع صلب هذا النزاع، وقد يستغرق تفسيره وقتاً طويلاً مما يؤخر صدور المقرر التحكيمي⁽²⁾ وبالتالي تعطيل أحدى أهم ميزات التحكيم التي تمثل في السرعة لحل النزاع تماشياً مع طبيعة المعاملات التجارية بل قد يتم إصدار المقرر التحكيمي و يتم إبطاله من طرف القضاء بدعوى أن الأطراف لم يتفقوا على حل النزاع محل المقرر التحكيمي وأن المحكمين تجاوزوا اختصاصهم، وكما نعلم أن القضاء يتشدد غالباً بخصوص هذه المسألة وطبقاً لما سبق يجب على المانع و المتلقى في حالة اتفاقهما على التحكيم كآلية لحل النزاع النص عليه صراحة وأن يشمل جميع النزاعات الممكنة والمتصورة في إطار علاقتهما التعاقدية باستعمال صياغة توسيع بقدر الإمكان مجال المنازعات⁽³⁾

ثانياً: سلطة الأطراف في تعين المحكمين :

قبل الحديث عن التعين سنبدأ بتعريف الحكم "Arbrite" الذي يعتبر شخصاً خارج الخصومة القائمة بين اثنين أو أكثر من الأشخاص حول موضوع ما و المحكم يكون دائماً شخصاً طبيعياً "Physique Personne" يتميز بكافأته في الحكم في فصل النزاع، ولا يمكن أن يكون شخصاً معنوياً وذلك لأن مؤسسة التحكيم وإن كانت عبارة

¹- (D) Lynes : " Rédaction de la cause compromissoire " coll

أورده محمد باية: م. م، ص 34

² يمكن استعمال أحد الصيغ التي تقدمها مؤسسات التحكيم المتخصصة كالصياغة التالية "جميع الخلافات الناشئة بمناسبة هذا العقد يتم الحسم فيها بواسطة التحكيم" و هذه تعد أفضل من بعض الصياغات مثل "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد" لكونهاتمكن من تفادي النقاش حول ما إذا كان النزاع ذات طبيعة تعاقدية أم لا.

³ لطيفة بنخير : "عقد الترخيص التجاري" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعه الحسن الثاني عين الشق كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء 2001/2002 ص 291

عن شخص معنوي فدورها ينحصر في تنظيم التحكيم ولا تكون هي الحكم و هذا ما نصت عليه م 1451 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية بقولها.

« Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci dispose que (1) du pouvoir d'organiser l'arbitrage »

أما بخصوص تعيين الحكم فلا يكفي أن يختار الأطراف المحكمين لكي يصدر هؤلاء حكمهم، بل لا بد من أن يقبل هؤلاء أن يكونوا أطرافا في لجنة التحكيم. لذلك يمكن القول أن التحكيم يقوم على عقد ملزم للطرفين، حيث يجب أن بفتح المانح والمتلقي على قبوله صراحة⁽²⁾

ويجب أن يسمح اتفاق التحكيم بتعيين المحكمين، ففي حالة اختيار التحكيم المؤسستي فإنه لا تكون هناك صعوبات إذ يبقى في الغالب تعيين المحكمين من اختصاص مؤسسة أو مركز التحكيم المختار في حالة عدم تعيينهم من الأطراف.

إلا أن المشكل يتفاقم باختيار الأطراف لنظام التحكيم الحر ففي هذه الحالة يعمد كل طرف إلى تعيين محكم، على أن يختار المحكمان محكما ثالثا، وفي حالة تفاصس أو رفض أحد الأطراف اختيار المحكم أو عند فشل المحكمان في الاتفاق على تعيين محكم ثالث يثور النزاع، مما يستوجب اتخاذ الحيطة والحذر أثناء الصياغة و تضمين اتفاق التحكيم بندا يعين سلطة مستقلة لتعيين المحكمين في حالة وجود خلاف بين المانح والمتلقي.

وفي هذا السياق يتم اختيار القضاء لتعيين المحكمين إلا أن هذا الخيار يثير مجموعة من الصعوبات في تنفيذه متى تعلق الأمر بنزاع ذو طبيعة دولية كما هو شأن عقد الإمتياز التجاري الذي يكون أحد طرفيه أجنبي، مما يجعلنا نتساءل، عن أي قضاء يتم اختياره؟

و في هذا الصدد من الأفضل تعيين أحد المراكز الدولية المعروفة للقيام بهذه المهمة⁽³⁾

و لتفادي أي تماطل في عملية تعيين المحكمين يستحسن تحديد أجل معين من اختيار الأطراف كما يجب اختيار محكمين لهم دراية كافية بمعالجة قضايا الإمتياز التجاري.

الفقرة الثانية : العناصر التكميلية :

يمكن للأطراف في اتفاق التحكيم بالإضافة إلى تحديد العناصر الأساسية، تضمين العقد عناصر تكميلية تكمن في تحديد مكان التحكيم (أولا) ولغته (ثانيا) ثم القانون الواجب التطبيق (ثالثا).

¹ نفسه ص 292

² خولت قواعد غرفة التجارة الدولية و قواعد UNCETRAL للأطراف إجراء عملية التحكيم في أي مكان في العام

³ محمد فاضل الليلي: "الحكم التحكيمي" ندوة الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيسها 2007 ص 285

أولاً : مكان التحكيم :

يجب تحديد مكان إجراء التحكيم في النزاعات المتعلقة بالإمتياز التجاري نظراً لطبيعتها الدولية باعتبار المقرر التحكيمي يكون صادراً في المكان الذي يتم فيه التحكيم و ليس في مكان تنفيذ العقد إلا أن هذا الشرط لا يحول دون إمكانية إبرام المحكمين جلسات التحكيم في مكان آخر، فالحكام غالباً ما يقومون بزيارة الأماكن التي تم فيها تنفيذ العقد والتي قد تكون غير المكان الذي ينعقد فيه التحكيم⁽¹⁾

ثانياً : لغة التحكيم :

تعتبر لغة صدور الحكم التحكيمي اختيارية بالنسبة للمحكمين، فالقانون المغربي لم يشترط صدور الحكم التحكيمي باللغة العربية مثلاً، إلا أنه ومن خلال القواعد العامة نستشف أنه مادامت لغة القضاء هي العربية فلغة التحكيم أيضاً يجب أن تكون عربية⁽²⁾.

و برجوعنا إلى ف 327-3 من قانون ق.م.م فجده يقر بوضع الحكم بكتابه الضبط مصحوباً بنسخة من اتفاق التحكيم مع ترجمتها إلى العربية و بالتالي نرى أنه لا وجود لما يحظر صدور الحكم التحكيمي بلغة غير العربية شريطة ترجمته للغة العربية عند طلب إعطاء الصيغة التنفيذية.

و يعد أمر اختيار لغة التحكيم أساسياً و يستحسن اختيارها عند تحرير نص الاتفاق على التحكيم، لأنه يصعب الاتفاق عليها عند نشوء النزاع ومن الأفضل أن تكون لغة يتتقنها الأطراف و غالباً ما يقع اختيار على اللغة التي تتم بها المفاوضات⁽³⁾

ثالثاً : القانون الواجب التطبيق :

قد يعمد الأطراف إلى اختيار القانون الواجب التطبيق وإدراجها في العقد وفي هذه الحالة تكون هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف و في حالة عدم اختيار قانون معين، يفسح المجال لهيئة التحكيم للبحث عن القانون الأنسب وذو الصلة بالموضوع.

ويجب تفادي حصر المحكمين في قانون معين، إذ يفترض ترك المجال مفتوحاً لاختيار المبادئ الإجرائية التي تسمح بسير أحسن لسيرة التحكيم وضمان مرنة أكبر.

المبحث الثاني : آثار اتفاق التحكيم :

ينتج عن اختيار أطراف عقد الإمتياز التجاري لنظام التحكيم عدة آثار تكمن أساساً في نزع الاختصاص عن المحکم القضائي (مطلوب أول) ثم تذليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية (مطلوب ثانٍ).

¹ محمد بایة: م. س، ص 38

² نفسه: ص 38

³ ف 327-3 من ق.م.م : " لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها طلب اتخاذ أي إجراء وقتى أو تحفظى وفقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون و يجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها"

المطلب الأول : نزع الاختصاص عن المحاكم القضائية :

اعتبارا للطابع الاختياري للتحكيم يمكن للأطراف ترجيح كافته كآلية لحل النزاع، مما يؤدي إلى نزع الاختصاص عن المحاكم القضائية وإرجائه إلى الحكم أو المحكمين الذين يتم تعينهم من قبل الأطراف، إلا أن هذا الاختيار ليس ملزما للأطراف حيث يمكنهم التراجع عنه في أية مرحلة من مراحل النزاع أو حتى قبل نشوئه مما يرتب الرجوع إلى القضاء الدولي كما أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من اللجوء إلى قضاء الأمور المستعجلة بهدف اتخاذ إجراء تحفظي لكون المحكمين ليست لهم صلاحية اتخاذ تدابير وقائية التي تظل من اختصاص رئيس المحكمة التجارية صاحبة الاختصاص⁽¹⁾.

و قد عبر رأي⁽²⁾ عن تخوفه من منح هذا الاختصاص لقضاء الأمور المستعجلة معتبرا ذلك نزع للاختصاص وتقليل دور المحكمين.

إلا أنني أرى عكس ذلك باعتبار قاضي الأمور المستعجلة لا يبت في جوهر النزاع وإنما يتخذ مجرد إجراء وقائي تحفظي، كلما توفر عنصر الاستعجال للحيلولة دون ضياع حقوق أحد الأطراف. وعليه نستنتج أن ليس هناك أي تعارض بين القاضي والحكم، إذ كل منهما يمارس اختصاصاته في الحدود المرسومة له، ولا يوجد ما يمنع أطراف عقد الإمتياز من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، رغم وقوع اختيارهم على نظام التحكيم كلما استدعت الضرورة ذلك بتتوفر عنصر الاستعجال، ويختتص بالبث في هذا الصدد رئيس المحكمة التجارية طبقا للمادة 20 من قانون احداث المحاكم التجارية المغربي.

المطلب الثاني : إشكالية تذليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية :

إن الحكم التحكيمي لا يكون قابلا للتنفيذ بمجرد صدوره عن الهيئة التحكيمية⁽³⁾ بل لا بد من تقديم طلب للقضاء المختص قصد الحصول على الصيغة التنفيذية وهذا الطلب يتقدم به الطرف المحكوم لصالحه⁽⁴⁾.

ويمثل تذليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية إحدى أهم عناصر الالقاء بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي⁽⁵⁾، هذا الأخير الذي يطرح مجموعة من الإشكاليات خاصة في عقود الإمتياز التجاري التي تختار التحكيم الأجنبي، فما هو مصير المقررات التحكيمية الأجنبية داخل المغرب (فقرة أولى) وهل يتم الاعتراف بها؟ وما هي الصعوبات التي تواجه تنفيذها(فقرة ثانية)؟

1 عز الدين بنستي: دراسات في القانون التجاري المغربي، دالة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب وبالجزء الاول، النظرية العامة للتجارة والتجار، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الاولى، الدار البيضاء، ص 85

2 حنان بكور: "عقد الترخيص التجاري بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط 2003/2004، ص 333.

3 هناك بعض الدول لا تتطلب أي إجراء لتنفيذ الحكم التحكيمي إذ ينفذ مباشرة بعد صدوره كالنمسا و النرويج

4 محمد فاضل الليلى : "تذليل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية" المجلة المغربية للوساطة و التحكيم العدد 5 الطبعه الأولى، 2011 ص 67.

5 طارق مصدق: طارق مصدق: "دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري على ضوء اتجهادات مجلس الاعلى" ندوة الاحتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى بعنوان الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اتجهادات المجلس الاعلى، مطبعة الامنية، الرباط، 2007، ص 228

الفقرة الأولى : دور الاتفاقيات الدولية في تفعيل مقررات المحكمين :

برجوعنا إلى التشريع المغربي نجد أن هناك قصوراً تشعرياً في تأثير الأحكام التحكيمية الأجنبية وبذلك لم يتم تمييزها عن الأحكام التحكيمية الوطنية، فهل يمكن الاستناد على مقتضيات ق.م.م لتمييزها؟

مادام المشرع المغربي لم يبادر إلى وضع إطار قانوني خاص يطبق على الأحكام الأجنبية، وبما أن المغرب منخرط في عدة اتفاقيات دولية منها اتفاقية نيويورك⁽¹⁾ التي توجب في مادتها الثالثة ألا تكون مسطرة إضفاء الصبغة التنفيذية على القرارات التحكيم الداخلية⁽²⁾

فالاختصاص إذن يعود لرئيس المحكمة التجارية التي يقع في دائرة نفوذها موطن المنفذ عليه أو المكان الذي يقع عليه التنفيذ لمنح الصبغة التنفيذية لقرارات التحكيم المتعلقة بعقد الإمتياز التجاري.

وفي هذا الصدد استقر المجلس الأعلى على ضرورة تطبيق الاتفاقية الدولية الخاصة بالاعتراف للمقررات التحكيمية الآنية وتنفيذها و المعروفة باتفاقية نيويورك إذ أكد على أنه:

"حيث إن المقرر التحكيمي موضوع النازلة مستدل به في المغرب، وأن الفصل الثالث من اتفاقية الاعتراف للمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 9/6/1958 والمصدق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19 فبراير 1960 يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي عن طريق قواعد المسطرة المتبعة في التراب المستدل فيه المقرر دون أن تفرض شروطاً مشددة غير المفروضة للاعتراض بالمقررات التحكيمية الوطنية أو بتنفيذها مما يدل على أن الاختصاص مسند بمقتضى الاتفاقية التي تحيل على مقتضيات مسطرة التنفيذ في باب التحكيم للقانون الوطني موضوع ف 320 من قانون المسطرة المدنية فلا مبرر للاستدلال بمقتضيات فصلين 18 و 430 من نفس القانون الذي يهم الأحكام القضائية"⁽³⁾

يعكس هذا الاتجاه الذي سلكته محكمة النقض سعياً حثيثاً نحو اعمال الاتفاقية الدولية كمبداً دستوري بوجه عام و تطبيقها المباشر حتى في حالة تعارضها مع نص وطني.

فمن المنطقي تبني هذا التوجه في مجال التحكيم التجاري الدولي لارتباط آليات التنفيذ بقانون محل تنفيذ الحكم التحكيمي الشيء الذي يكون معه اعمال الاتفاقية الدولية مسألة تدرج في إطار احترام المبادئ الدستورية الكبرى، فضلاً عن تطبيق مفهوم النظام العام.

إلا أن ما يثير الجدل هو في حالة وجود اتفاقية ثنائية وقعتها المغرب وتنص على مساواة قرارات التحكيم الأجنبية بالقرارات القضائية الأجنبية في مسطرة التنفيذ وشروطها، مما يؤدي إلى تناقض مع اتفاقية نيويورك، فأي اتفاقية ستربح؟

¹ أهمها اتفاقية نيويورك بتاريخ 10 غشت 1958 حول الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية التي وضعها المغرب بتاريخ 19 يناير 1960

² حنان بكور: م. س، ص 342

³ المجلس الأعلى قرار عدد 162 الصادر في 3 غشت 1979 أوده طارق مصدق م س ص 229

ذهب القضاء المغربي إلى تطبيق الاتفاقية التي يعتمدتها من صدر القرار لصالحه، تاركا بذلك للمستفيد اختيار أسهل الطرق في تنفيذ القرار الصادر لصالحه، وإلا تراجع الهدف المنشود من اللجوء للتحكيم الدولي وهذا التوجه يتلاءم مع اتفاقية نيويورك التي لم تعتبر الانضمام إليها مانعا من تطبيق اتفاقية ثنائية أو جماعية.

وبناء على ما سبق أولت جل التشريعات اهتماما خاصا بـأحكام التحكيم الأجنبية خاصة أثناء صدور أمر بتنفيذها.

الفقرة الثانية: تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي :

لتتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في المغرب لا بد من توفر مجموعة من الشروط منها:

1- حصول الأطراف على أمر بالتنفيذ ولو كان قانون الدولة التي صدر فيها هذا القرار يحizin تنفيذ القرارات الأجنبية.

2- أن تكون القرارات التحكيمية غير مخالفة للنظام العام.

3- أن يكون موضوع النزاع قابلا لأن يتم فيه التحكيم، وهو شرط لازم لأن الاتفاق على التحكيم في مسائل لا يجوز فيها التحكيم فيه مساس بالنظام العام المغربي، وهو ما تبنته الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها المغرب، ونصت عليها اتفاقية جامعة الدول العربية واتفاقية نيويورك واتفاقية الأوروبية.

4- صحة الاتفاق التحكيمي أي أن يكون قرار المحكمين صادرا بناء على شرط تحكيم صحيح أو عقد تحكيمي صحيح أما عن المسطورة المتبعه لتنفيذ هذه الأحكام التحكيمية فتنص المادة 4 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أن من يريد تنفيذ قرار تحكيمي أجنبي ما عليه سوى أن يتقدم بطلبه هذا إلى الجهة المختصة⁽¹⁾.

وما تجحب الإشارة إليه أن المغرب لم يأخذ بشرط المعاملة بالمثل بحيث يقبل كل قرار أجنبي رغم رفض الدولة المصدرة له تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة بالغرب لأنه بالتخاذله لهذا الموقف سيتجنب البطء في التنفيذ وازدواجية الإجراءات، بمعنى صدور قرار من هيئة تحكيمية وتنفيذها بواسطة القضاء وحتى يؤدي التحكيم دوره في مجال حل منازعات التجارة الدولية عامة والإمتياز التجاري على وجه الخصوص، وعليه يجب تبني هذه الاقتراحات:

1- تنظيم التحكيم التجاري الدولي والأجنبي، بحيث تصبح حالات التحكيم مؤطرة بقانون خاص بدلأ من خصيصة لها لقواعد المسطورة المدنية وعند وضعه لهذا القانون يجب أن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة المنازعات و كذلك مكان إجراء التحكيم كما يجب التنسيص على حرية الحكم وأن تتوافق فيه بعض الشروط الدنيا كمعرفته بالقانون، وعلى درجة معينة من الثقافة العامة، والتركيز على تحديد ضوابط وقيود لتصرفاته، ووضع جزاءات على الإخلال بمسؤوليته، مع الإشارة إلى أهلية الدولة والمؤسسات العامة في اللجوء إلى التحكيم عند ممارستها لعمل من أعمال القانون الخاص.

2- بالإضافة إلى الإهتمام بالتحكيم كنظام حتى تشيع الثقة بين التجار ورجال الأعمال في التعامل مع أشخاص مغاربة سواء أشخاص طبيعيين أو معنوين

3- إنشاء مراكز تحكيم بالمغرب، كما هو الحال بالنسبة لغرفة التحكيم البحري

بالإضافة إلى ذلك يجب العمل على توعية الفعاليات الاقتصادية بأهمية التحكيم وجذب اللجوء إليه وحثها على اختياره كوسيلة فعالة لحل النزاعات التجارية.

اعفاء الناقل البحري من المسئولية عن الأضرار الحاصلة نتيجة العيب للسفينة



الأستاذة دريسى أمينة أستاذة مساعدة
 بكلية الحقوق جامعة سيدى بلعباس الجزائر

مقدمة :

يعفى المشرع الناقل من المسئولية عن العيب الخفي للسفينة الذي يظهر رغم الاهتمام الكافي^١ ، وهي الحالة التي أخذها تشريعنا من معاهدة بروكسل لسنادات الشحن 1924^٢.

وقد انتقد البعض هذه الحالة واقتصر ضرورة إلغائها من تعداد حالات الإعفاء المقررة قانونا لأنه رأى تعارضها مع التزام الناقل بتقديم سفينة صالحة للملاحة، خاصة وأن هذا الالتزام يفرض على الناقل تفادي أية عيوب فيها، فإذا كانت السفينة مشوهة بعيوب ترتب عليها إلحاق الضرر بالبضائع كان الناقل ملزما بتحمل مسؤوليتها لا أن يتذرع من العيب حجة لإبعاد المسئولية عن نفسه^٣.

في حين يبرر جانب من الفقه هذه الحالة على أساس توافر السفينة على آلات ومعدات كثيرة ودقيقة في آن واحد، وبالتالي فإنه يتذرع على الناقل الإحاطة بكل عيوبها^٤.

وهو الموقف الذي أيله البعض الآخر حيث أكد أنه من الممكن أن نتصور مسألة الناقل عن العيوب الخفية لسفينته عندما كان الأمر يتعلق بالملاحة الشراعية، وعندما كانت البنية البسيطة للسفن تسهل عليه كثيرا مراقبة كل أجزائها، ولكن لم تعد الأمور بهذه السهولة منذ ظهور الملاحة البحارية إذ أصبحت السفن تشتمل على آلات وتجهيزات معقدة، كما أن القانون أضحت صراحة على إخضاع السفينة لتفتيشات يتولى القيام بها ختصون في

^١- انظر المادة 803 (ط) الامر رقم 76-80 المؤرخ في 23 اكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري الجريدة الرسمية 10 ابريل 1976 ، العدد 29 الصفحة 496 والتي تنص على أنه: "يعفى الناقل من المسئولية... إذا كانت الخسائر أو الأضرار اللاحقة بالبضائع ناشئة أو ناتجة مما يلي:

ط - عيب خفي للسفينة لم يظهر بالرغم من الإهتمام الكافي...".

^٢- راجع المادة 4 ثانيا بند (ع) من المعاهدة التي تنص على أنه: " لا يسأل الناقل أو السفينة عن الهلاك الناتج أو الناشيء عن: عـ-عيوب الخفية التي لا تكشفها اليقظة المعقلة ".

^٣- انظر ع. علي المقادى، القانون البحري، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، 2002 ، الصفحة 154 .

^٤- انظر ل. جبر كومانى، القانون البحري، السفينة، أشخاص الملاحة، النقل، البيوع، التأمين ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الرقم 82 ، الصفحة 125.

الميدان¹ ، وقد يحصل وأن تفلت بعض العيوب من الرقابة الوعية لهؤلاء المختصين وعليه فإن إعتبار الناقل مسؤول عنها سيؤدي حتما إلى تحميلاه عبئا ثقيلا².

ويعتبر الإعفاء من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة حالة فريدة من نوعها بإعتبار أن الناقل سيسعى إلى دفع مسؤوليته بإثبات أن السفينة التي باشر بواسطتها عملية نقل البضائع كانت بحالة سيئة.³

ان أصل العيب الخفي للسفينة الذي جعله القانون من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية⁴ يعود إلى الشروط التي إعتماد الناقلون إدراجها في سندات الشحن وذلك سعيا منهم لإعفاء نفسمهم من كل مسؤولية، كما أن تحديد مفهوم العيب الخفي ينطوي على أهمية بالغة.

وعلاوة على ذلك فإن الناقل غالبا ما يثير التفتيشات الخاصة بالسفينة قصد إثبات خفاء العيب وهو ما يتطلب ضرورة التطرق لهذه التفتيشات وللهيئات المكلفة بها وكذا حجيتها القانونية.

واستنادا إلى هذا يتطرق البحث الأول إلى أصل الإعفاء من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة وتحديد مفهومه، والمبحث الثاني للتلفيات الخاصة بالسفينة والهيئات المكلفة بها وحجيتها القانونية.

المبحث الأول : أصل الإعفاء من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة وتحديد مفهومه :

درج الناقلون البحريون على تضمين سندات الشحن شروطا تعفيهم من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة، خاصة وأن القضاء الإنجليزي لم يكن يأخذ إلا بالعيوب الخفية التي يظهر أثناء الرحلة البحريّة، أما العيوب الموجودة عند الإنطلاق فلم يكن يرتب عليه إعفاء الناقل من المسؤولية.

وإضافة إلى ذلك فإن تحديد مفهوم العيب الخفي له خصوصيته في المجال البحري طالما أن المشرع قد خرج عن الأحكام العامة التي تلزم البائع بضمان العيب الخفي الذي يشتمل عليه المبيع⁵، عندما نص على إعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة.

المطلب الأول: أصل الإعفاء من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة :

إن أصل العيب الخفي للسفينة كحالة إعفاء من المسؤولية يعود إلى الشروط التي كانت تدرج في سندات الشحن من طرف شركات الملاحة وبموجبها كانت تعفي نفسها من المسؤولية عن العيوب الخفية للسفينة.⁶

والملاحظ أن القانون الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1893 المسمى harter act كان يعتبر الناقل مسؤولا إذا لم تكن السفينة صالحة للملاحة حتى وإن كانت عدم صلاحيتها ناتجة عن عيب خفي وهذا فقد

¹- راجع أدناه الدراسة الخاصة بالتفتيشات المتعلقة بالسفينة والهيئات المكلفة بها.

² - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN , , Causes légales d'exonération du transporteur maritime dans le transport de marchandises , L.G.D.J., T.12, éd. 1965., n°. 288, p.97.

³ - V.R. RODIERE, Traitée générale de droit maritime, T.2, Affrètements et transports : contrat de transport des marchandises , Dalloz, 1967, n°. 648, p. 285.

⁴- انظر المادة 803 (ط) ب.

⁵ - راجع المادة 379 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية 30 سبتمبر 1975 ، العدد 78 ، الصفحة 990 .

⁶ - V.F.SAUVAGE, Manuel pratique du transport des marchandises par mer : la loi du 2avril 1936 et la convention de Bruxelles d'après la jurisprudence, L. G. D. J. 1955, n°.33, p.50 :"...Cependant les clauses usuelles des connaissances des compagnies de navigation comportaient depuis longtemps l'exonération des vices cachés..."

إعتاد الناقلون إدراج شروط تعفيهم من المسؤولية عن عدم صلاحية السفينة للملاحة التي تكون راجعة لعيوب خفي متنى بذل الناقل الهمة الكافية لجعلها صالحة للملاحة¹.

والجدير بالذكر، أن القضاء الإنجليزي رفض في الكثير من الأحيان إفادة الناقل البحري من الإعفاء من المسؤولية على أساس الشروط المدرجة في سندات الشحن والتي كان يحاول الناقل من خلالها التخلص من كل مسؤولية عن الضرر الناتج عن العيوب الخفية الموجودة منذ الإنطلاق والتي لم يستطع كشفها ببذل الهمة الكافية، حيث قضى بأن السفينة المصابة بعيوب خفي من الإنطلاق تعد غير صالحة للملاحة، وأن جهل الناقل بحالتها لا يعتد به لأن إلتزامه كان بتقديم سفينة صالحة للملاحة. في حين قرر في أحيان أخرى أن هذه الشروط يمكن أن تؤدي إلى إعفاء الناقل البحري من كل مسؤولية إذا تم تحريرها بشكل يجعل منها استثناء أو إذا كانت تعدل بصفة ضمنية من الإلتزام بصلاحية السفينة للملاحة².

ولأن المحاكم الإنجليزية لم تكن تعفي الناقل من المسؤولية إلا في حالة العيب الخفي للسفينة الذي يظهر أثناء الرحلة البحريّة فقد عمد المجهزون وخشيّة منعهم من الاستفادة من العيب الخفي الذي يجعل السفينة غير صالحة للملاحة منذ الانطلاق إلى اشتراط الإعفاء من المسؤولية عن عدم صلاحية السفينة للملاحة التي لا تكشفها الهمة الكافية بموجب شرط خاص³.

أما القضاء الفرنسي فقد أقر صحة الشروط المدرجة في سند الشحن والخاصة بإعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن العيوب الخفية للسفينة وإنعتبر بأن أثرها هو إعفاء الناقل من كل مسؤولية شأنها في ذلك شأن القوة القاهرة والعيب الخاص في البضائع. والملاحظ أن هذا القضاء قد ظهر بمناسبة الأضرار اللاحقة بالبضائع بسبب تسرب الماء عبر هيكل الصنادل *La coque des chalands* المصابة بصدأ، هذا الأخير يصيب ببطأ صفيحة المعدن التي تغطي هيكل الصنادل ، وغالبا ما يتولد تحت الإسمنت الذي يغطي قاع الصنادل، هذا الصدأ لا يمكن كشف وجوده بواسطة فحص خارجي وعميق للصفائح المعدنية وهو الذي يحدث ثقب في هذه الصفائح وعبر هذا الثقب يتتسرب الماء، ولذلك قرر القضاء الفرنسي إعفاء الناقل عن هذا العيب⁴، كما أقر أن بعض العيوب الخفية الأخرى إمكانية اعفاء النا من المسؤولية مثل النوعية السيئة للعتاد أو العبت ببرشم الهيكل⁵.

وبذلك فإن المجهزين كانوا قد إعتادوا على تضمين سندات الشحن شروطا تعفيهم من المسؤولية الناتجة عن العيوب الخفية للسفينة، هذه القاعدة الإنفاقية أقرتها قواعد لاهي لسنة 1921 و معاهدة بروكسل لتوحيد بعض القواعد الخاصة بسندات الشحن لسنة 1924 والتي لم تكن في الحقيقة إلا نسخ منقح لسندات الشحن الأنجلوسكسونية، فأصبحت بذلك قاعدة قانونية ولم يعد الناقل بحاجة لاشتراط عدم مسؤوليته عن العيب الخفي للسفينة لأن القانون هو الذي أضحت يعفيه من المسؤولية في هذه الحالة⁶.

¹-V.R.RODIERE,op.cit., n°.648, p.285:"...le transporteur stipulât son irresponsabilité quand l'innavigabilité tenait à un vice caché lorsqu'il avait d'ailleurs fait due diligence".

² - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 247 et 260, pp. 102 et 106.

³ - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 247 et 260, pp. 102 et 106. :"...Seulement de peur de voir les tribunaux appliquer leur jurisprudences bien connues, et les empêcher de se prévaloir d'un vice caché du navire échappant à l'exercice d'une diligence raisonnable une clause spéciale d'exonération ...".

⁴- Aix, 5 juin 1924, Dor Sup . 2.p. 634.

⁵- Trib. Comm. Marseille, 26 mars 1930, Dor sup.8, p.234.

⁶- V. R. RODIERE, op. cit., n°. 648, p.286.

وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة بحيث أدرج العيب الخفي للسفينة ضمن حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية¹، وهو ذات الموقف الذي تبناه التشريع الفرنسي².

المطلب الثاني : تحديد مفهوم العيب الخفي للسفينة وخصوصيته في القانون البحري :

الأصل أن كل من تولى حراسة شيء كان مسؤولاً عما يحدثه هذا الشيء من أضرار³ ، إلا إذا أثبتت أن الضرر راجع للسبب الأجنبي بصورة ثلاثة : فعل الضحية، فعل الغير ، الحالة الطارئة أو القوة القاهرة⁴ .

ويضيف القانون البحري حالة أخرى إذ يعفي الناقل البحري عن الأضرار الناتجة عن العيب الخفي للسفينة⁵. للفسفة⁵ . ويعد هذا الحكم خروجاً عن القواعد العامة التي تلزم البائع بضمان العيوب الخفية التي قد يشتملها المبيع المبought متى توافرت في هذا العيب الشروط المحددة قانوناً ، وإن كان القانون المدني ينص على بعض الحالات التي يتحلل فيها البائع من التزامه بالضمان حتى ولو كان العيب خفياً⁷ ، فإن هذه الحالات تبقى مجرد استثناء لأن الأصل هو أن البائع يبقى ملزماً بضمان العيوب الخفية الموجودة في الشيء المبought.

و لقد خرج القانون البحري عن هذا الأصل العام بحيث أقر إعفاء الناقل البحري من المسؤولية متى اشتملت سفينته على عيوب خفية لا تظهر رغم الاهتمام الكافي.

واللاحظ أن تشرييناً قد أخذ هذه الحالة من معاهدة بروكسل لسنوات الشحن 1924⁸ ، غير أن هذه الأخيرة لا تشير في نصها القانوني إلا لعبارة " العيوب الخفية التي لا تكشفها اليقظة المعقوله" ، دون أن تحدد ما إذا كان الأمر يتعلق بعيوب خفي للسفينة ولقد وجه هذا الاستفسار في مؤتمر بروكسل فكان الرد أن الأمر يتعلق بعيوب خفي للسفينة⁹ ، وهو الموقف الذي أيدته جانب من الفقه¹⁰ .

¹- راجع المادة 803 (ط) ق.ب.

²- Art. 27 (h) du loi n°. 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime qui dispose que : " le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par la marchandise depuis la prise en charge jusqu'à la livraison à moins qu'il ne prouve que ces pertes ou dommages proviennent : h- D vices cachés du navire échappant à un examen vigilant".

³- راجع الفقرة الأولى من المادة 138 ق.م.

⁴- راجع الفقرة الثانية من المادة 138 ق.م.

⁵- راجع المادة 803 (ط) ق.ب. التي تنص على أنه: "يعفي الناقل من المسؤولية ...إذا كانت الخسائر والأضرار اللاحقة بالبضائع ناشئة مما يلي: ط- عيب خفي للسفينة لم يظهر بالرغم من الإهتمام الكافي".

⁶- انظر المادة 379 ق.م. التي يستخلص من خلالها أنه يشرط في العيب الموجب للضمان ما يلي : أن يكون العيب قبيحاً : إذ يجب أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت تسليميه للمشتري، فضمان البائع بخلو المبيع من العيوب يستمر إلى غاية تسليميه للمشتري أما ما يطرأ بعد التسليم من عيوب فإن البائع لا يضمنها.

- أن يكون العيب خفياً : فالبائع لا يضمن العيب الظاهر، ويكون العيب خفياً متى لم يستطع المشتري كشفه رغم بذل عناية الرجل العادي في فحص المبيع.

- أن لا يكون المشتري عالماً بالعيب وقت البيع : حيث أن علم المشتري بالعيب يعد تنازلاً منه عن حقه في الضمان.

- أن لا يكون العيب مؤثراً : ويقصد به العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الإنقاص به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور في عقد البيع أو حسب ما يظهر من طبيعته أو من استعماله.

⁷- راجع الفقرة الثانية من المادة 379 ق.م. التي تنص على إعفاء البائع عن ضمان العيب الخفي في حالتين :

- إذا كان المشتري عالماً بالعيب.

- إذا لم يفحص المشتري المبيع بعناية الرجل العادي ومن ثم لم يكتشف العيب.

⁸- راجع المادة 4 ثانياً بند (ع) من المعاهدة .

⁹- انظر م. شفيق، *النقل الدولي للبضائع طبقاً لمعاهدة بروكسل لسنوات الشحن* كما عدلت ببروتوكول 1968 مع الاشارة للقوانين لبعربية و معاهدة هامبورغ 1978 ، منشأة المعارف الاسكندرية الطبعة الثانية 1989 الرقم 66 ، الصفحة 56 .

¹⁰- V. A. VIALARD, *Droit maritime* , P.U.F., 1997, n°. 483, p.412.

وقد اعتبرت معاهدة بروكسل أن ضابط خفاء العيب هو أن لا تكشفه اليقضة المعقولة للناقل وتمثل في هذا المقام بالفحص الدقيق الذي جرى عليه العرف¹، وعلى الرغم من إضافة عبارة اليقظة المعقولة للعيب الخفي للسفينة فإن هذه الأخيرة لا تضيف شيئاً للمعنى الذي جاء به القانون الانجليزي والذي لم يقرن العيب الخفي ببذل أي همة إذ يعرف هذا القانون العيب الخفي بأنه ذلك العيب الذي لا يمكن أن يكشفه ناقل له كفاعة عادية بواسطة فحص عادي وباستعمال وسائل معقولة. وهو التعريف الذي يمكن إستخلاصه بالرجوع لنص المادة الرابعة ثانياً بند(ع) من معاهدة بروكسل لسندات الشحن 1924. ومع ذلك يبقى الاختلاف بينهما في مضمون عبارة العيب الخفي، التي تعد حسب المعاهدة عبارة عامة وتنصرف لكل عيب يخص الشيء أو عيب في الرسم أو كذلك كل عيب في العتاد والمعدات، في حين يرى القانون الإنجليزي بأنه لا يقصد بهذا العيب إلا العيب في الآلات².

والواقع أن الإطار الضيق للعيب الخفي الذي جاء به القانون الإنجليزي يهدف أساساً للمحافظة على مصالح الشاحنين وذلك من خلال تحديد آثار الشروط المدرجة بسندات الشحن غير أن هذا الموقف لم يعد هناك ما يبرره منذ أن حصرت معاهدة بروكسل حالات الإعفاء من المسؤولية في بعض الحالات المستثناء³.

وتجدر الإشارة، أن القانون البحري أخذ تقريراً بنفس الصياغة الواردة بمعاهدة بروكسل إذ أعفى الناقل البحري من المسؤولية إذا كان الضرر راجعاً إلى "عيب خفي للسفينة لا يظهر بالرغم من الاهتمام الكافي"⁴.

والملاحظ أن العديد من الفقهاء حاولوا تعريف العيب الخفي الذي اعتبره القانون من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، حيث عرفه جانب منهم بأنه يقصد به ذلك العيب الذي يستحيل استحالة مطلقة كشفه قبل بداية الرحلة، وهو العيب الذي لا يمكن كشفه بأكثر الفحوص دقة، وبرر هذا الاتجاه موقفه على أساس أنه إذا كان العيب الموجود في السفينة والذي الحق أضراراً بالبضائع يمكن كشفه بفحص دقيق بالمقدار الكافي فإن ذلك يعني أن الناقل لم يبدل الهمة الكافية لفحص السفينة قبل انطلاقها وأن العيب لا يعتبر خفياً⁵.

ولقد انتقد البعض هذا الموقف واستند على سببين:

1- إن القول بأن العيب الخفي هو ذلك العيب الذي يستحيل بصفة مطلقة كشفه عن طريق أكثر الفحوص دقة، يفيد الفجائية بمعنى أن يكون العيب غير متوقعاً وهذا ما يجعله صورة من صور القوة القاهرة ويؤدي إلى خلطه بها، في حين أن إرادة المشرع قد انصرفت إلى جعل العيب الخفي حالة إعفاء مستقلة عن حالة القوة القاهرة.⁶

2- إذا كانت عبارة الخطأ لا تتدخل في تقدير مسؤولية المدين بالإلتزام بتحقيق نتيجة - مسؤولية تقوم بمرد عدم تنفيذ الإلتزام - فإنها تتدخل في هذا السياق عندما يثيرها الدائن بالإلتزام وذلك من أجل منع المدين من الإستفادة من إحدى حالات الإعفاء من المسؤولية، والخطأ الذي على الدائن إثباته ليس ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه رجل يقطن جداً ولكن ذلك الذي لا يرتكبه رب أسرة حريص أي رجل يقطن بصفة عادية وله كفاعة وهمة

¹- انظر م. شفيق، المرجع الساب،الرقم 66 ، الصفحة 56 .

²- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°.232 et 236 et s.,pp. 98 et 100 et s.

³- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°.232 et 236 et s.,pp. 98 et 100 et s.

⁴- راجع المادة 803 (ط) ق. ب.

⁵- V.F.SAUVAGE, op. cit., n°.33, p.50 :"...le transporteur reste responsable des vices du navire, toutes les fois qu'il n'établit pas l'impossibilité absolue de découvrir ces vices avant le commencement du voyage. Le vice caché dont il est exonéré est donc celui qui ne pouvait pas être aperçu , même avec l'examen le plus attentif...si le vice du navire, d'où résulte le dommage causé à la cargaison pouvait être décelé avec un examen suffisamment minutieux, il en résulte à la fois que ce n'est pas un vice caché à proprement parler , et aussi que l'armement n'a pas fait diligence raisonnable avant le départ du navire".

⁶- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 275 et 276 et s., pp. 110 et 111 et s.

عادية. فالأخذ بالعيب الخفي كحالة إعفاء من المسؤولية يعني السماح للناقل بأن يعفي نفسه من المسؤولية في هذه الحالة الخاصة عن طريق إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في الرقابة بمعنى أنه تصرف كرجل حريص بصفة معقولة وأنه رغم ذلك أفلت العيب من رقابته¹.

وعلاوة على ذلك فإن القول بأن العيب الخفي هو العيب الذي يستحيل إستحالة مطلقة اكتشافه بأكثر الفحوص دقة لا يتماشى مع ما ورد بمعاهدة بروكسل - والتشريعات التي أخذت بنفس الصياغة الواردة بها ومن بينها تشريعنا- التي عرفت العيب الخفي بأنه العيب الذي لا تكشفه اليقظة المعقولة².

ويرى البعض بأن العيب الخفي هو ذلك العيب الذي لم يكشفه الفحص الدقيق الذي قام به الناقل³، وهو الموقف الذي أيده جانب آخر من الفقه والذي ألزم الناقل بوجوب تقديم إثبات مزدوج⁴:

- أن يثبت وجود العيب.

- أن يثبت بذلك للهمة من أجل فحص السفينة.

فمتى قام الناقل بهذا الإثبات كان له أن يستفيد من الإعفاء من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة⁵.

ولقد أعلن العميد RODIERE بأن العيب الخفي هو ذلك العيب الذي لا تكشفه الفحوص التقنية للإدارة، والرقابات التي باشرتها شركات الإشراف إلى درجة أن المجهز لم يتوقعه، كما يكون العيب خفيا في الحالات التي لا يمكن فيها كشفه بواسطة فحص حذر ودقيق للناقل⁶. فلا يكون العيب خفيا متى كان بالإمكان كشفه بواسطة هذا الفحص وهو ما يترتب عليه عدم إعفاء الناقل من المسؤولية⁷، لأن العيب في هذه الحالة يكون ظاهرا مثل قدم أجزاء أجزاء السفينة وتلف آلات التبريد بسبب سوء الصيانة أو طول الاستعمال⁸.

وفي نفس هذا السياق اعتبر جانب من الفقه أن العيب الخفي هو ذلك العيب الذي يصعب كشفه بالفحص العقول الذي يقوم به ناقل حريص⁹.

والراجح أن العيب الخفي للسفينة هو كل عيب لا تكشفه الفحوص الدقيقة التي باشرها الناقل قبل انطلاق السفينة مستعملا في ذلك الهمة الكافية والوسائل العادية المتاحة له ، أما إذا كان العيب ظاهرا وكان بالإمكان أن تكشفه هذه الفحوص لو أنها تمت بصفة جدية فإن الناقل يبقى مسؤولا عن هذا العيب ولا يمكنه التمسك بخفايه

¹- Ibid.

- راجع المادة 4 ثانيا بند (ع) من المعاهدة.

³- V. MALI, *Etat de navigabilité du navire*, DESS en droit maritime et droit des transports, faculté de droit et des sciences politiques, université de droit d'économie et des sciences d'Aix, Marseille, 2005,p.29citet par : w ww . c dmt. droit . U-3 mrs / mémoires / 2005 / m 05 mali. doc-, p. 34 citée par : w ww . c dmt. droit . U-3 mrs / mémoires / 2005 / m 05 mali. doc-

⁴- V. R-G. MARTINE, *Droit maritime*, ed. pedone , n°.590,1988, pp. 337 et 338: " le vice caché du navire n'est cause de libération qu'à condition d'avoir échappé à un examen vigilant : le transporteur doit donc pour en bénéficier rapporter une double preuve : l'existence du vice et sa diligence dans l'examen de son bâtiment ...".

⁵- Ibid.

⁶- V. R. RODIERE, op. cit., n°. 648, p.286.

⁷- V. A. VIALARD,op. cit., n°. 483,p.412.

⁸- أنظر م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، الدار الجامعية، 1993، الرقم 391، الصفحة 301 و م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، الدار الجامعية، الطبعة الثالثة ، الرقم 328، الصفحة 254.

⁹- أنظر ل. جبر كومانى ، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة، النقل، البيوع، التأمين، المرجع السالف الذكر، الرقم 80، الصفحة 125 و جـ. وفاء محمددين ، المباديء العامة للقانون التجاري و البحري ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، 1995،الصفحة 468.

لإعفاء نفسه من المسؤولية. ولذلك اعتبر البعض أن حصول تأكيل في أنابيب السفينة لا يعتبر عيباً خفياً ولا يمكن للناقل أن يحاول التحرر من المسؤولية على أساسه، لأنَّه كان بالإمكان تجنب حصول هذا التأكيل بالكشف على أنابيب السفينة من حين لآخر أو بتغيير ما امتد إليه التأكيل.¹

والملاحظ أن القانون يضع على عاتق الناقل التزاماً بحراسة البضائع والعناية بها²، ويتولى الربان والبحارة تنفيذ هذا الالتزام أثناء الرحلة البحرية، وهذا ما يستلزم بين الحين والأخر إلقاء نظرة على العناصر أين رصت البضائع، فإذا كان العيب الذي ظهر أثناء الرحلة البحرية ظاهراً جداً إلى درجة أنه كان ينبغي أن يلفت نظراً الربان أثناء الرقابة العادية، فإن عدم اكتشافه يقيمه مسؤولية الناقل البحري ليس على أساس أن العيب ظاهراً، ولكن على أساس أن الخطأ في العناية بالبضائع هو خطأ تجاري تقوم مسؤولية الناقل عنه.³

في حين قرر البعض الآخر أن إعفاء الناقل من المسؤولية لا يتحقق إلا إذا كان العيب غير ظاهر بينما يبقى مسؤولاً إذا كان العيب ظاهراً لأنَّه الأخير يفترض فيه إهماله، وحتى في هذه الحالة لا بد من التمييز بين نوعين من العيوب الظاهرة:

العيوب الظاهرة السابقة للرحلة ويسأل الناقل عنها، والعيوب الظاهرة اللاحقة للرحلة فلا يسأل عنها.⁴

وفي كل الأحوال يرى جانب من الفقه بأن تقدير مسؤولية الناقل البحري مختلف حسب وضعين⁵:

1- إذا كان من الممكن إكتشاف العيب الخفي للسفينة عن طريق رقابة جادة عند الإقلاع فإن الناقل يكون مسؤولاً عن الضرر الحاصل بسببه حتى ولو لم يكن بمقدور الربان فعل أي شيء لتجنبه.

2- إذا كان العيب الخفي موجوداً عند الانطلاق ولم تكشفه الرقابة الجادة التي تمت في هذا الوقت، ولكنه ظهر لاحقاً أثناء الرحلة البحرية فإن الناقل لا يكون مسؤولاً إلا عن جزء من الضرر والذي يكون ناتجاً عن إهمال الربان أو البحارة في العناية الواجبة بالبضائع، بينما لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب البضائع عندما لا يستطيع الربان تلافي آثار العيب الخفي باستعمال وسائل عادية على متن السفينة.

وإذا كان من المقرر قانوناً إعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن العيوب الخفية للسفينة والتي لم تكتشف رغم بذل الهمة الكافية فإن جانب من الفقه قد مدَّ مجال الإعفاء إلى العيوب الخفية التي قد تعترى الوسائل الخارجية للسفينة كمعدات التحميل أو الأجهزة البرية التي تستخدم في عمليات الشحن والتفریغ كروافع الرصيف إذا كانت مملوكة للناقل.⁶

1- انظر إ. صفا، احکام التجارة البحرية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر ، الصفحة 171.

2- راجع المادة 773 ق. ب.

3- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 286 et s., p. 113.

4- انظر جـ. ستي، مسؤولية الناقل البحري على ضوء معاهدة بروكسل 1924 و القانون البحري الجزائري، رسالة الماجستير كلية الحقوق ، الجزائر ، 2001 ، الصفحة 51.

5- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 286 et s., p. 113.

6- V.A. VIALARD,op.cit., n°.483, p.412." ... serait par exemple, une cause d'exonération pour le transporteur le vice caché d'une grue ou d'un portique de levage extérieur du navire ..." et v.aussi R. RODIERE, op. cit., n°. 764, p. 407 et V. M. DE JUGLART et p. DE LA PRADELLLE par J. DEMETTRE MARKIANOS, R. DE SMET, J. VAN DOSSELARE, P. AVRAMEAS, S. ROYER, C. MILLIER, G. FRAIKIN,G-H LAFAGE, R. RUSSO, et B. PALMJENSEN, op.cit, p. 409 : "...l'exonération est applicable aux vices cachés du navire aussi bien que d'autres objets employés par transporteur tels que grues de quai , grues flottantes, etc...".

وأنظر أيضاً م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، الدار الجامعية، 1993 ، الصفحة 396 و م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، الدار الجامعية، الطبعة الثالثة ، الرقم 333، الصفحة 262.

واعتبر البعض أن عمومية نص المادة 803 (ط) من القانون البحري و المادة الرابعة ثانيا بند (ع) من معاهدة بروكسل لسندات الشحن 1924 هو الذي يسمح بتوسيع مسؤولية الناقل البحري ومدتها لتشمل العيوب الخفية الموجودة في هذه الآلات والمعدات.¹

وقرر جانب من الفقه أن هذا الرأي يعتبر مبرا آخر لتخصيص بند مستقل للإعفاء من المسؤولية عن العيوب الخفية للسفينة والذي يبقى مستقلا عن الإعفاء الخاص بعدم صلاحية السفينة للملاحة.²

واللحوظ سكوت القضاء الجزائري عن تحديد موقفه من العيب الخفي للسفينة كحالة إعفاء من المسؤولية، أما القضاء الفرنسي فسبق له وأن أبدى رأيه في هذه المسألة حيث أنه كان في البداية يُقرب العيب الخفي من القوة القاهرة، إذ اعتبره كل عيب غير متوقع ويستحيل كشفه رغم القيام بأكثر الفحوص دقة وعمقا.³

وأنتقد جانب من الفقه هذا الموقف مؤكدا أن الحادث وحتى يكون قوة قاهرة لا يكفي أن يكون غير متوقعا فحسب بل يجب أن يتوافر فيه الطابع الخارجي المطلوب وهو ما لا يصدق على العيب الخفي للسفينة.⁴

ولكن سرعان ما تراجع القضاء الفرنسي عن الموقف السابق بحيث اقر بأن العيب الخفي للسفينة هو ذلك العيب الذي لا تكشفه ممارسة همة معقولة⁵، أو العيب الذي لا يكشفه فحص عادي⁶، أو فحص يقظ⁷، أو فحص دقيق⁸. فإذا كان من الممكن كشف العيب بفحص حذر ودقيق فإنه لا يعد عيبا خفيا ولا يترب عليه إعفاء الناقل من المسؤولية.⁹

ولقد أضفى القضاء الفرنسي على بعض العيوب وصف العيب الخفي كسوء حالة الصفائح المعدنية هيكل السفينة اذا لم يكشفه الفحص الدقيق الذي قامت به الهيئة المختصة¹⁰، أو وجود عيب في غشاء الهيكل الذي يفصل عنبر السفينة عن غرفة الآلات والذي استحال كشفه¹¹. في حين أنه لم يقر وجود عيب خفي في حالة وجود عيب في إمساكية فتحة الذكر¹²، كما رفض مؤخرا الإقرار بأن تلف محركات السفينة بسبب قدمها يعتبر عيبا خفيا، إذ أكد بأنه لا يمكن للناقل أن يستند على هذا السبب لإعفاء نفسه من المسؤولية، ذلك أن قدم المحرك لا يعد أمرا غريبا بالنظر لمدة عمله التي تقارب مدة حياته¹³.

وبذلك يكون هذا القضاء قد خلص إلى تعريف العيب الخفي للسفينة بأنه ذلك العيب الذي لا يكشفه ناقل يبذل همة كافية ووسائل عادية من أجل فحص السفينة قبل الإنطلاق.

1- انظر جـ. ستي، رسالة الماجستير السالفة الذكر، الصفحة 51.

2 - V. R. RODIERE, op. cit., n°. 764, p.407 :"...d'autre part, si on admet que le vice caché de cette lettre P (de la convention de bruxelles 1924) s'étend aux appareils de chargement appartenant au transporteur mais se trouvant sur le quai, appareils auxquels semble pas qu'on puisse jamais appliquer le paragraphe 1, on fera jouer le paragraphe 2, litt. p, pour les défauts cachés échappant à un examen vigilant...".

وانظر م. شفيق ، المرجع السابق ، الرقم 76 ، الصفحة 56 : " هناك رأي يقول بامتداد هذا الإعفاء إلى الآلات الرافعة إذا كانت مملوكة للناقل، فإذا صح هذا الرأي كان مبرا آخر لتخصيص بند لهذا الإعفاء، إذ لا تدخل هذه الحالة قطعا في الإعفاء الخاص بعدم صلاحية السفينة للملاحة...".

³-Trib. Comm. Marseille, 29 mars 1950, D.M.F., 1950, somm. 562 et Aix, 4 juin 1957 , D.M.F., 1958,
p. 337.

⁴ - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 268, p.109 :" ...il suffit pas qu'un événement soit imprévisible pour constituer une force majeure : Le débiteur doit aussi présenter le caractère d'extériorité requis, ce qui n'est pas le cas du vice caché du navire".

⁵ - Trib. Comm. Marseille, 19 mars 1954, D.M.F., 1955, p. 165.

⁶ - Paris , 20 Octobre 1952, D.M.F., 1953, p. 80.

⁷ - Rouen 13 Janvier 1955, D.M.F., 1956, p. 145.

⁸ -Rouen, 20 juin 1985, nouveau recueil du havre, n°. 5, 1985, p. 75 et Aix- en provenance, 20 septembre 1985, B. T., 1986, p. 214.

⁹ - Paris, 3 février 1962, D.M.F.,1962, p. 345 et paris, 15 janvier 1965, D.M.F., 1966, p. 14 et Trib. Comm. Sète. 136 juin 1967 , D.M.F., 168, p. 113.

¹⁰ - com., 19 Janvier 1959, D.M.F., 1959, p. 272.

¹¹ - Paris , 5 février 1962, D.M.F., 1962, p. 345.

¹² - com. 21 Janvier 1959, D.M.F., 1959, p. 272.

¹³ - Rouen, 24 Octobre 2002 citée par V. MALI, op. cit., p.35 citée par : w ww . c dmt. droit . U-3 mrs / mémoires / 2005 / m 05 mali. doc-

والجدير بالذكر أن بذل الهمة الكافية كأساس لتحديد المقصود بالعيوب الخفي أدى إلى تضارب في وجهات النظر بين تقدير تصرف الناقل في بداية الرحلة أو تقدير تصرفه وقت وقوع الضرر.

وقد كان القضاء الفرنسي سباقاً لطرح هذا السؤال ومحاولاً إيجاد جواب له حيث أن بعض القرارات قدرت تصرف الناقل في الوقت الذي ينبغي عليه ممارسة الهمة الكافية أي في بداية الرحلة، وإنعتبرت بأن العيوب يكون خفياً متى أفلت من الهمة العادية للناقل البحري الذي يستعمل الوسائل العادية المتاحة له¹.

وهناك قرارات أخرى تأثرت بالإتجاه التقليدي للالتزام بتحقيق نتيجة دون أن تأخذ بعين الاعتبار الفجوة التي أحدها العيوب الخفي للسفينة على هذا المبدأ وقدرت تصرف الناقل وقت وقوع الضرر². وبذلك تكون هذه القرارات قد أيدت رأي جانب من الفقه أعلن أنه: "في بعض الحالات لا يمكن أن نلاحظ... كيف أن الناقل الملزم بأن يقدم بنفسه الدليل على بذله الهمة المعقولة يستطيع أن يفعل ذلك بالتجوء إلى إثبات أنه لم يستطع منع وقوع الضرر..."³.

وهو الموقف الذي انتقده البعض الآخر من الفقه والذي أكد على ضرورة تقدير تصرف الناقل عند الإنطلاق وليس عند وقوع الأضرار الناتجة عن العيوب الخفي للسفينة، ذلك أن الناقل ملزם بأن يخضع السفينة لرقابة مخلصة ودقيقة عند الإقلاع وهذا حتى يتأكد من صلاحيتها للملاحة وقدرتها على القيام بالنقل، ويكتفي في هذه الحالة أن يفلت العيوب الخفي من هذا الفحص المخلص والدقيق ليكون حالة العيوب الخفي حتى وإن ظهر لاحقاً.⁴

وإذا كان الأصل إعفاء الناقل من المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن العيوب الخفي الذي لا يظهر رغم بذل الهمة الكافية في فحص السفينة قبل الإنطلاق، فقد أجمع القضاء الفرنسي بصفة مطلقة على اعتبار الناقل مسؤولاً عن كل عيوب في السفينة ينسب لخطأ في الصيانة، أو في الرقابة، أو في كل عمل يقوم به الناقل أو تابعيه⁵. كما لا يعفي الناقل الناقل عن كل عيوب كان على علم به والذي من أجله قام بعدة إصلاحات ذات ثروة⁶، إذ كيف القضاء أن مثل هذه العيوب لا يمكن اعتبارها عيوباً خفية.

المبحث الثاني : التفتيشات الخاصة بالسفينة والهيئات المكلفة بها وحجيتها القانونية :

فرض المشرع إخضاع السفينة لفحوصات ضرورية قبل وضعها في الخدمة، ولتفتيش دوري يتم كل سنة أو سنتين حسب الحالة، ولتفتيش إضافي في حالة تعرضها لحادث أو ظهور عيوب فيها. وزيادة على ذلك يمكن إخضاع السفينة قبل بداية الرحلة إلى تفتيش يدعى بتفتيش السفر وذلك بناءً على طلب بعض الأشخاص الذين حددهم التشريع على سبيل الحصر، والملاحظ أن هذه الفحوصات تتولى القيام بها لجان السلامة.

إن الناقل عادة ما يستند على الشهادات التي تسلمهها لجان السلامة للتتأكد على خفاء العيوب وهو ما يدعوا للتساؤل عن الحجية القانونية لهذه الشهادات في الإثبات.

¹ - Aix , 6 janvier 1960, D.M.F., 1961, p.25.

² - Trib. Comm. Seine, 22 juin 1955, D.M.F., 1956, p. 166.

³ - V. F. SAUVAGE, op. cit., n°. 26, pp.41 et 42 : "dans bien des cas , on n'aperçoit pas en effet comment le transporteur tenu d'apporter lui-même la preuve de sa diligence raisonnable, pourra le faire autrement qu'en montrant qu'il n'a pas pu empêcher le dommage..."

⁴ - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 285, p. 113 .⁷ Nous ne pouvons admettre cette manière de voir, car c'est au moment du départ qu'il faut se placer pour apprécier la conduite du transporteur maritime, et non pas d'après les conséquences dommageables du vice du navire. Le transporteur doit toujours soumettre le navire à une visite de partance conscientieuse et minutieuse pour s'assurer de son bon état de navigabilité et de sa capacité d'entreprendre le transport en question. Dès lors, il suffit que le vice ait échappé à cet examen minutieux et conscientieux pour constituer un vice caché, même s'il se déclare par la suite..."

⁵ - Rouen, 17 février 1960, D.M.F., 1961, p. 281.

⁶ - Paris, 5 février 1962, D.M.F., 1962, p.345.

المطلب الأول : التفتيشات الخاصة بالسفينة والهيئات المكلفة بها :

من أجل ضمان سلامة السفينة ينص المشرع على إخضاعها لتفتيشات تسمح بالتأكد من أن السفينة توجد في حالة مرضية تناسب الملاحة التي خصصت للقيام بها و أنها توفر على شروط الصلاحية الملاحية الجيدة، وتستجيب لنصوص الإتفاقيات الدولية الخاصة بسلامة الملاحة وسلامة الأرواح وكذلك لأحكام الأمن النظامية¹.

إن بعض هذه التفتيشات يكون إجباريا بينما يبقى البعض الآخر اختياريا، وزيادة على ذلك فقد حدد القانون هيئات التي تسند لها مهمة ممارسة هذه التفتيشات.

الفرع الأول : التفتيشات الخاصة بسلامة السفينة :

يميز التشريع بين نوعين من التفتيشات: التفتيشات الإجبارية والتفتيش اختياري.

أولاً : التفتيشات الإجبارية :

تخضع كل سفينة لتفتيشات ومعاينات تتمثل في: تفتيش الوضع في الخدمة، التفتيش الدوري، والتفتيشات الإضافية عند الاقتضاء².

1 - تفتيش الوضع في الخدمة :

يفرض المشرع قبل أن توضع أية سفينة في الخدمة ضرورة إخضاعها لتفتيش يسمى بتفتيش الوضع في الخدمة و الذي يسمح بالفحص الكامل لبنيتها وتمدياتها اللاسلكية الكهربائية، وآلات الإنقاذ، وماكينات ومعدات تجهيزها بما في ذلك تفتيش غاطسها بالحوض الجاف وكذلك تفتيش مراجلها داخليا وخارجيا³.

2 - التفتيش الدوري :

ينص القانون على إخضاع السفينة إلى تفتيش دوري كل سنة أو سنتين وذلك حسب مدة صلاحية شهادات السلامة⁴، وذلك بهدف التأكد من أن السفينة تستجيب لمتطلبات الأمان النظامية كما يجب أن يشمل هذا التفتيش أيضا معاينة غاطسها في الحوض الجاف⁵.

3 - التفتيش الإضافي :

متى وقع حادث أو تمت ملاحظة عيب يخل بسلامة السفينة أو بفعالية أو بكمال آلات الإنقاذ أو العدة، أو إذا حدث وأن تعرضت السفينة لتصليحات أو ترميمات هامة فإنه يتبع على المالك أو الجهاز غير المالك للسفينة أن يخبر السلطات الإدارية البحرية بالجزائر بهذه الواقع في الوقت المناسب، أو السلطة القنصلية الجزائرية عندما تكون السفينة بالخارج وعلى إثر ذلك يتم إخضاع السفينة حسب الحالة لتفتيش إضافي عام أو جزئي⁶.

¹- راجع الفقرة الأولى من المادة 233 ق. ب.

²- راجع المادة 228 ق. ب.

³- راجع المادة 229 ق. ب.

⁴- حدد المشرع مدة صلاحية هذه الشهادات في المادة 248 ق. ب.

⁵- راجع المادة 230 ق. ب.

⁶- راجع المادة 231 ق. ب بفقرتيها الأولى والثانية.

ثانياً : التفتيش الإختياري :

وزيادة على التفتيشات الإجبارية يجيز المشرع إخضاع السفينة إلى تفتيش يسمى تفتيش السفر وذلك قبل مغادرتها أحد الموانئ الجزائرية، وبعد هذا التفتيش مسألة إختيارية ويتم بناء على طلب من رئيس المنظمة البحرية، أو من مالك السفينة، أو من المجهز غير المالك للسفينة، أو من الربان، أو من طاقم السفينة.¹

وتشير أهمية هذا التفتيش في حالة ظهور عيب خفي أثناء الرحلة البحرية، ذلك أن الناقل غالباً ما يستند على تفتيش السفر الذي أكد سلامة السفينة وصلاحيتها للملاحة.²

ويؤكد المشرع أن إجراء التفتيشات الخاصة بسلامة السفينة يتم حسب الإمكان مع مراعاة عدم إلحاقضرر بإستغلال السفينة.³

وزيادة على هذه التفتيشات يسمح القانون للسلطة الإدارية البحرية وفي كل وقت بمراقبة كل سفينة موجودة في الموانئ الجزائرية وذلك بغرض التتحقق من صلاحية شهادات أمن السفن والتحقق من أن السفينة تتوفّر على شروط الصلاحية الملاحية الجيدة وظروف العمل، والصحة والأهلية القانونية على متنهما، وبصفة عامة تهدف هذه الرقابة إلى التأكد مما إذا كانت حالة السفينة تنطبق على البيانات المدرجة في شهادات سلامة السفن.⁴

الفرع الثاني : الهيئات المكلفة بالتفتيشات الخاصة بسلامة السفينة :

يسند المشرع مهمة القيام بالتفتيشات المتعلقة بسلامة السفن للسلطة الإدارية البحرية التي تتولى تسليم شهادات سلامة السفينة⁵، حيث ينص على إنشاء لجنة مركزية للسلامة ولجان محلية للتفتيش⁶، وزيادة على ذلك تجيز الأحكام القانونية لشركات التصنيف أن تشارك في معاينات السلامة التي تقوم بها اللجان المحلية.⁷

أولاً : اللجنة المركزية للسلامة :

تجتمع هذه اللجنة لدى المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ⁸، وتختص بالموافقة على خطط بناء أو إعادة تأسيس السفينة و التصديق على أجهزة الأمان أو أي جهاز آخر يتعلق بمعدات التجهيز والاتصال اللاسلكي، كما تنظر في الطعون المقدمة ضد المقررات التي تتخذها اللجان المحلية للتفتيش⁹، وتتند لها مهمة القيام بتحقيقات إدارية وتقنية على إثر أحداث أو حوادث تقع للسفن في البحر¹⁰.

¹- راجع المادة 232 ق. ب.

²- راجع ادناه دراسة المتعلقة بالحجية القانونية للتفتيشات الخاصة بسلامة السفينة.

³- راجع الفقرة الثانية من المادة 233 ق. ب.

⁴- راجع المادة 261 ق. ب.

⁵- راجع المادة 234 ق. ب.

⁶- انظر المادة 235 ق. ب.

⁷- انظر المادة 244 ق. ب.

⁸- انظر الفقرة الأولى من المادة 236 ق. ب. المعدلة بالمادة 26 من القانون رقم 98 - 05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 المعدل للامر 76-80 المرخ في 23 اكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري،جريدة الرسمية 27 يونيو 1998، العدد 47 ، الصفحة 3 .

⁹- انظر الفقرة الأولى من المادة 237 ق. ب. و الفقرة الأولى من المادة 257 ق. ب.

¹⁰- راجع الفقرة الثانية من المادة 237 ق. ب. المتتممة لمادة 27 من القانون رقم 98-05 السالف الذكر.

وفي حالة إصابة سفينة أجنبية بحادثة في المياه الخاضعة للسلطات الجزائرية، تتولى اللجنة المركزية إخبار الدولة التي تتبعها هذه السفينة وتبليغها بكل المعلومات التي يجوز لها وبناء على طلب من دولة السفينة المعطوبة السماح بحضور مثل أو مجموعة ممثلين عن هذه الدولة لإجراء تحقيقات¹.

وعندما تنظر هذه اللجنة في الطعون المقدمة ضد مقررات اللجنة المحلية للتفتيش، يقوم رئيسها بإستدعاء أعضاء اللجنة للبث في الطعن المقدم خلال 5 أيام². وفي هذه الحالة يتبعن على هذه اللجنة الإستماع إلى السلطة الإدارية البحرية وإلى الطاعن ولكنها تحكم في غيابهما³، وعليها بعد ذلك أن تبلغ مقررها للطرفين⁴.

ثانيا : اللجنة المحلية للتفتيش :

تعقد في كل منطقة بحرية لجنة محلية للتفتيش، ويكنها أن تجتمع في أي ميناء آخر توجد به السفينة التي سيتم معايتها إذ رأت ضرورة في ذلك⁵.

تحتضن اللجنة المحلية للتفتيش بالقيام بتفتيش الوضع في الخدمة والتفتيش الدوري، وتتفتيش السفر، وعليها أن تراعي أحکام القانون البحري والنصوص المتخنة لتطبيقه عند القيام بهذه التفتيشات⁶.

كما تسند لها مهمة القيام بتحقيقات إدارية وتقنية إثر حادث أو حادث تقع للسفن في البحر في الحالات والشروط التي يحددها التنظيم⁷.

إن التفتيش الذي تقوم به هذه اللجنة له أهمية كبيرة إذ أن السلطة الإدارية البحرية المختصة لا تسلم شهادات السلامة إلا بعد صدور الرأي الموافق للجنة المحلية للتفتيش⁸.

ثالثا : شركات التصنيف Les sociétés de classification

يجيز المشرع لشركات التصنيف المعتمدة المشاركة في المعابنات التي تقوم بها اللجان المحلية للتفتيش، غير أن هذه المشاركة تكون مقيدة بالهام المحددة بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالبحرية التجارية والخاص بالإعتراف بهذه الشركات⁹.

والملاحظ ان هذه الشركات أصبحت تلعب دورا رائدا في المجال البحري ومثلا بفرنسا يوجد مكتب الفريتاس الذي أنشئ منذ سنة 1828، وبالمانيا Germanische Lloyd's Register ، وإنجلترا China classification society.

¹- راجع الفقرة الثالثة من المادة 237 ق. ب. المتممة بالمادة 27 من القانون رقم 98 - 05 السالف الذكر.

²- راجع المادة 259. ق. ب.

³- راجع الفقرة الأولى من المادة 260 ق. ب.

⁴- راجع الفقرة الثانية من المادة 260 ق. ب.

⁵- راجع الفقرة الأولى من المادة 238 ق. ب.

⁶- انظر المادة 241 ق. ب. بغيرتها.

⁷- انظر الفقرة الثالثة من المادة 241 ق. ب. المتممة بالمادة 29 من القانون رقم 98 - 05 السالف الذكر .

⁸- انظر المادة 245 ق. ب.

⁹- راجع المادة 244 ق.ب.

وأكَد البعض بأن شركات التصنيف تلعب دوراً أساسياً في ضمان أمن السفن والأرواح في البحر، كما أنها تتولى تسليم السفينة شهادات سلامتها ومطابقتها للمعايير الدولية المعتمدة، وتتولى زيادة على ذلك تصنيف السفينة بإعطائها تسمية، والتي تعتمد عليها شركات التأمين عند وضع وثائق التأمين¹.

أما عن وظائف شركات التصنيف فيرى البعض أن لها مهام مختلفة حيث أنها تتولى بدأة فحص مخطوطات بناء السفن وذلك بالنظر إلى نظامها الخاص إذ تتأكد من مدى مطابقة تجهيزات الهيكل، الآلات، الكهرباء، الأمان، وتوازنها مع المراجعات المطبقة حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بالمصادقة على مخطوطات ووثائق السفينة التي يجب بناؤها. وبعد ذلك تتم متابعة السفينة خلال مرحلة بنائها حيث يتم الرقابة عن طريق تفتيش يتم في الورشات، ومثلاً قد يتعلق الأمر بتجريب التجهيزات الجديدة على الرصيف أو في البحر. وفي النهاية فإن السفينة التي يتم بناؤها تخضع لدراسات تقنية خاصة للتأكد مثلاً من مدى إهتزازها أو مراقبتها طوال مدة استغلالها².

والجدير بالذكر أن المشرع يلزم كل ربان بأن يحمل معه على متن السفينة دفتر للمحاضر الخاصة بتفتيش سلامة السفن، والذي يجب أن يكون موقعاً من أعضاء اللجنة المحلية للتفتيش، كما يجب أن يتضمن جميع مقررات وملاحظات اللجنة على إثر كل تفتيش تقوم به وكذلك الشهادات التي يتم تسليمها³.

ويفرض القانون على الربان تقديم المحاضر الخاصة بتفتيش سلامة السفن إلى السلطة الإدارية البحرية عند قيامها بكل رقابة، وعلى هذه السلطة أن تسجل جميع مقرراتها وملاحظاتها في دفتر المحاضر المذكور وأن تمضي عليه عند انتهاء هذه المراقبة⁴.

يجوز للسلطة الإدارية البحرية إتخاذ إجراءات معينة في حالة عدم توافر الشروط القانونية لسلامة السفن تتمثل في رفض تسليم أو تجديد أو تجديد أو سحب شهادات سلامة السفن وذلك لمنعها من الإبحار و تهدف هذه الإجراءات لتمكين السفينة من الإبحار بدون خطر على المسافرين والطاقم⁵. فإذا تعلق الأمر بسفينة أجنبية يتم إعلام قنصل البلد الذي سجلت فيه هذه السفينة، ويتم بناءاً على طلبه القيام بتفتيش هذه الأخيرة من طرف لجنة محلية للتفتيش، ويسمح هذا التفتيش بحصول السفينة بشكل مؤقت على شهادات السلامة المطابقة من طرف السلطة الإدارية البحرية⁶.

المطلب الثاني : الحجية القانونية للتفتيشات الخاصة بسلامة السفينة :

إن طرح أي نزاع حول العيب الخفي للسفينة ومدى بذل الناقل للهمة الكافية لكشفه يجعل هذا الأخير وقصد إثبات أن العيب كان خفياً وأنه قد بذل العناية الكافية في إخضاع السفينة للفحوص العادية التي تسمح بكشفه نجده يستند على وثيقة سلامة السفينة المسلمة له من طرف السلطة الإدارية على إثر القيام بتفتيشات السلامة التي فرض القانون أن تخضع لها كل سفينة⁷.

¹- V. M. EL KAMEL EL KHELIFA, *Guide des transports internationaux de marchandises*, Dahlab, éd. 1994, p. 185.

²- V. MALI, op. cit., p. 25 citée par : w ww . c dmt. droit . U-3 mrs / mémoires / 2005 / m 05 mali. doc-

³- راجع المادة 255 و 256 ق. ب.

⁴- راجع المادة 263 ق. ب. بفترتها.

⁵- راجع الفقرة الأولى من المادة 262 ق. ب.

⁶- راجع الفقرة الثانية 262. ق. ب.

⁷- راجع أعلى الدراسة المتعلقة بالتفتيشات الخاصة بسلامة السفينة.

وعلاوة على ذلك يعتمد الناقل على تفتيش السفر الذي يتم قبل إنطلاق السفينة والذي إرتأى القيام به من أجل التأكد من سلامتها وخلوها من العيوب وقدرتها على القيام برحمة النقل المنوط بها.¹

والملاحظ أن هذه التفتيشات تتولى القيام بها اللجان المحلية للتفتيش مع إمكانية مشاركة شركات تصنيف السفن المعتمدة في معاينات سلامة السفينة²، وهذا يعني بأن هذه الفحوص تسند إلى خبراء وتقنيين متخصصين ومع ذلك فقد تكون السفينة مصابة بعيوب لا تكشفه هذه الفحوص، فهل أن إسناد الناقل العناية في فحص السفينة لخبراء لم يستطعوا إكتشاف العيوب يكفي لإعتبار أن هذا العيب له طابع العيب الخفي؟.

لقد إكتفى المشرع بإلزام الناقل بأن يخضع سفينته لفحوصات وتفتيشات تسمح بالتأكد من صلاحية السفينة للملاحة وخلوها من العيوب دون أن يتطرق لحجيتها في إثبات خفاء العيب الموجود بالسفينة والذي ترتب عليه إلحاق الضرر بالبضائع المنقولة.

يرى البعض بأن الناقل البحري وحتى يثبت بأن العيب كان خفيا عادة ما يستند على شهادات الرقابة المسلمة من الإدارة أو من شركات التصنيف وهو ما يثبت بأن عيب السفينة لم تكشفه دقة المهنيين في التفتيشات البحرية على أن هذا الإثبات لا يعد حاسما حيث أن التعاقد مع الناقل يمكنه دائمًا أن يثبت أن الفحص لم يكن عميقا بالقدر الكافي حتى يعتبر فحصا دقيقا كما تطلبه القانون ومعاهدة بروكسل لسندات الشحن 1924³.

وهو ذات الموقف الذي أيله البعض الآخر من الفقه الذي قرر بأن الناقل وعندما يثير العيب الخفي للسفينة قصد إعفاء نفسه من المسؤولية فإنه عادة ما يشير إلى مسألة إخضاع السفينة لفحوصات من طرف خبراء مكتب الفريتاس الذين لم يعشروا في السفينة على ما يعد نابيا عن الأحوال المعتادة وهو ما يعد قرينة قوية على أن العيب كان خفيا، إذ لو لم يكن كذلك لتفطن إليه هؤلاء الخبراء، ومع ذلك فإن هذه القريئة لا تعد قاطعة إذ بالإمكان إثبات ما يخالفها.⁴.

وفي نفس السياق قرر جانب آخر أن خصوص السفن للفحص الدوري من طرف شركات متخصصة ينفي عنصر الخطأ عن الناقل إذا كانت هذه الشركات قد عجزت عن إكتشاف عيب ظهر فيما بعد أثناء النقل إذ لابد في هذه المقام أن يكون العيب خفيا فعلا ولم يكن من السهل على الشركة الفاحصة إكتشافه.⁵.

١- راجع أعلاه الدراسة المتعلقة بالتفتيش الإختياري.

٢- راجع أعلاه الدراسة المتعلقة بالبيانات المكافة بالتفتيشات الخاصة بسلامة السفينة.

³ - V. A. VIALARD, op. cit., n°. 483, p.412: "...Pour prouver l'existence du vice caché, le transporteur produira fréquemment les certificats de visite délivrés par les sociétés de classification ou l'administration maritime, qui prouveront que le défaut du navire a échappé à la vigilance de professionnels des techniques maritimes, cette preuve n'est pas cependant décisive et le cocontractant du transporteur pourra toujours prouver que l'examen n'a pas été suffisamment approfondi pour constituer l'examen vigilant requis par la loi ou la convention ...".

⁴ - V. R. RODIERE et E. DU PONTAVICE, op.cit., *Droit maritime*, 12eme ed., 1997, n°. 568 ; p. 348 : "... lorsqu'un vice caché du navire est ainsi allégé, l'armateur invoque très souvent, pour bien le montrer, le fait que le navire avait été visité par des agents de véritas qui n'avaient rien relevés d'anormal. Une pareille indication constitue, en effet, une forte présomption que ce vice était caché. Mais cette présomption n'est pas absolue et la preuve contraire est couramment admise...".

وأنظر أيضاً ص. عبد اللطيف الناهي، الوجيز في مباديء القانون البحري : دراسة تحليلية موازنة لقوانين التجارة البحرية في الأردن و سوريا و لبنان و الجزائر، دار المعهد للنشر والتوزيع ، 1982 ، الصفحة 227.

⁵- أنظر هـ. فرعون، القانون البحري . مطبعة كرم ، دمشق ، 1975-1976 ، الصفحة 221 .

وتماشيا مع هذه الآراء قرر جانب من الفقه أنه وإن كان للناقل أن يستعين بالشهادات التي تصدرها السلطات الإدارية وهيئات الإشراف فإن هذه الشهادات لا تقيم إلا قرينة على صلاحية السفينة للملاحة وخلوها من العيوب وهي قرينة بسيطة قابلة للإثبات العكسي¹.

وعلاوة على ذلك هناك من رأى أن فحص السفينة من طرف هيئات متخصصة وتقديمها لشهادة تؤكد سلامتها أو عدم إبداء خبرائها لأي ملاحظات عند قيامهم بالفحص يعد إشارة جادة على خلو السفينة من العيوب، ومع ذلك فإن الرقابة التي تخضع لها السفينة خلال مدة قصيرة قبل وقوع الحادث الذي ترتب عليه الضرر تشكل قرينة ملائمة للناقل يمكن دحضها بتقديم دليل يخالفها².

وقرر البعض من الفقه أن القرينة الناتجة عن هذه الشهادات تعد قوية بصفة خاصة ولا يمكن دحضها إلا بإثبات وقائع محددة يتم إثباتها بصفة لا نقاش فيها لأنه يجب دائمًا الأخذ بعين الاعتبار أن الهيئات والخبراء المكلفين بفحص السفينة هم تقنيون متخصصون يعرفون بشكل جيد مهنتهم. وبالتالي يحرم الناقل من الاستفادة من الشهادات المسلمة له متى أثبت الشاحن أن الفحص لم يكن دقيقاً أو أن عدم اكتشاف المفترض للعيوب غير راجع لخفايه بقدر ما هو راجع لخطأ الناقل أو أحد تابعيه، أو أن الناقل كان على علم بالعيوب ومن أجل طمس معالله قام بإصلاحات ثابتة أخفت فيما بعد هذا العيب، أو أن يكون الناقل قد إرتكب إهمالاً في العمل ترتب عليه الضرر الذي حق بالبضائع³.

إن القضاء الجزائري يعتبر الخبرة مجرد قرينة بسيطة تقام لصالح الناقل، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا بوجوب قرارها الصادر في 17 ديسمبر 1987 التي أكدت بفضل تقرير الخبرة بأن سبب تلف البضائع راجع إلى الإهمال وعدم الصيانة من جانب شركة النقل، وتبقى هذه القرينة قائمة إلى غاية دحضها بدليل عكسي⁴.

وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه القضاء العدلي الذي أكد بأن شهادة التصنيف المسلمة من مكاتب الفريتاس لا تمثل إلا قرينة بسيطة على صلاحية السفينة للملاحة وذلك على الرغم من أن هذه الشهادات ليست سهلة المثال إذ لا تمنع إلا بعد معاينات دقيقة من قبل أشخاص مشهود لهم بالكفاءة والتزاهة في ميدان تخصصهم⁵.

ويرى القضاء البلجيكي بأن الشهادات المسلمة للناقل لا تعطي في الحقيقة أية ضمانات بأن السفينة التي تم فحصها تخلوا تماماً من العيوب⁶.

وقد ساير القضاء الفرنسي ما يستقر عليه الفقه والقضاء في معظم الدول حيث أكد بأن هيئات التفتيش ومؤسسات الإشراف تقوم بمهامها في اليوم الواحد مما يؤكّد بأن المعاينة ما هي إلا سطحية، ولا تمثل إثباتاً قاطعاً أن الناقل قد بذل العناية الكافية⁷. كما إنّعتبر أن الشهادات المسلمة للناقل لا تمثل سوى قرائن بسيطة على خفاء العيوب وقد تفقد هذه الشهادات في جانب الحاسة إذا كانت تعود لمرحلة سابقة جداً على إنطلاق السفينة⁸، ومثلاً

¹- أنظر م. شفيق، المرجع السالف الذكر، الرقم 76 ، الصفحة 56 و م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، الدار الجامعية، 1993، الرقم 391 ، الصفحة 301 و م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، الدار الجامعية، الطبعة الثالثة ، الرقم 328، الصفحة 254 و م. كمال طه، مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية، 1996 ، الرقم 326 ، الصفحة 267

²- V. R. RODIERE, op. cit., n°. 650et 753, pp.287 et 393.

³- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 303 et 305, p. 122.

⁴- أنظر قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا ، 17 ديسمبر 1987 ، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991 ، الصفحة 76

⁵- أنظر جـ. ستـيـ، رسالة الماجستير السالفة الذكرـ، الصفحة 50.

⁶ - Anvers, 7 janvier 1992, D.M.F., 1992, p. 375.

⁷ - Rouen, 20 juin 1985, D.M.F., 1986, p. 694.

⁸ - Aix, 6 octobre 1959, D.M.F., 1960, p. 94.

ومثلاً فإن شهادة إبادة الحردان يمكن أن تتناقض مع الواقع إذا كانت قدية جداً¹. وقد تفقد كل قوتها القاطعة عندما تتعرض السفينة وبعد تسليم هذه الشهادات لحوادث كالعواصف أو التصادم لأن القانون يفرض في هذه الحالة إخضاع السفينة لفحص جديد².

ويعتبر القضاء الفرنسي هذه الشهادات مجرد قرائن لأنها قد تحرر بشكل عام أو بطريقة غير واضحة³، كما قد لا ينصرف الفحص إلى الجزء من السفينة أين ظهر العيب⁴.

ولا يكتفي هذا القضاء بشهادات مراقبة السفينة أو بشهادات الرقابة عند الإنطلاق للتسليم بمفهوم العيب، بل يأخذ في الغالب بحالة الواقع التي تضغط على القرينة الناتجة عن هذه الشهادات ومثلاً مراعاة المكان الذي ظهر فيه العيب داخل الجزء المعيب ودون أن يكون قد خلف أي آثار في الخارج⁵، أو أن يكون العيب قد ظهر في جزء من السفينة يكون بعيداً عن النظر⁶، أو التشغيل الحيد السابق للسفينة أو للجهاز الذي ظهر فيه العيب⁷.

في حين إنعترت بعض القرارات الإنجليزية أن الشهادات المقدمة من طرف شركات الإشراف تعد دليلاً على بذل الهمة الكافية ذلك أن مجرد عدم إكتشاف عمال هذه الشركات للعيب يكفي لإظهار طابعه الخفي. والحقيقة أن هذه القرارات تبني رأيها على إحدى الفكرتين التاليتين : فإما أن الناقل البحري لا يمكنه أن يكون مسؤولاً عن الخطأ المركب من طرف شركات إشراف معروفة مثل Lloyds⁸، وإما أن المطالبة بشيء أكثر من هذه الشهادات سيؤدي إلى تراجع بعيد في حدود الهمة المنتظر القيام بها من طرف مستخدم معقول.

وقد إنعقد جانب من الفقه هذا الموقف واعتبر بأنه لا يتماشى مع أحكام القانون، ذلك أن إضافة عبارة الهمة الكافية للعيب الخفي الذي يعد حالة إعفاء من المسؤولية لا يعدل من المبدأ المقرر في القواعد العامة والذي يجعل المتبع مسؤولاً عن أفعال تابعيه. فمتى أوكل الناقل لشركة إشراف عالمية أو لخبير تقني مشهور بكفاءته فحص السفينة بعناية قبل الانطلاق فإنه يصبح مسؤولاً عن إهمال أو عدم إنتبه هذا الوكيل، ولا يمكن للناقل الإستفادة من الشهادة المشوبة بإهمال وهو ما كرسه القضاء الإنجليزي في قضية Muncaster castle⁹ التي سبق الإشارة إليها، وهو الموقف الذي خالف ما جاءت به القرارات الإنجليزية السابقة.

و يتعلق الأمر في هذه القضية بعمل متهاون قام به الميكانيكي التابع لشركة الإصلاح التي تعاقد معها المجهز، وحاول الناقل إعفاء نفسه من المسؤولية على أساس أن الإهمال لم يكشفه فحص المفتش المؤهل، ولكن القضاء الإنجليزي قرر خلاف ذلك إذ يعتبر أن ارتكاب المفتش إهمالاً في فحص السفينة يمنع الناقل من الإستفادة من شهادات الرقابة المسلمة له والتي تفيد سلامة السفينة وعدم إشتتمالها على أي عيب¹⁰.

كما أنه لا يمكن للناقل التمسك بأنه أسنداً رقابة السفينة إلى شركة ذات شهرة عالية فالهمة أو العناية الازمة التي يلزم بها الناقل لا يمكن تغويضها ولذلك فمتى حصل إهمال كان الناقل ملزماً بتحمل مسؤوليته. ان مفهوم العناية الازمة المفروضة قانوناً على الناقل يقترب من مفهوم عناية الرجل العادي المطبقة في القواعد العامة والتي

¹ - V.R. RODIERE, op. cit., n°. 650, p.287.

² - راجع المادة 231 ، ق. ب.

³ - Rouen, 10 février 1956, D.M.F., 1957, p. 13 et paris , 19 juin 1959, D.M.F., 1960, p. 86.

⁴ - Mont pellier, 14 novembre 1951, D.M.F., 1952, p.87 et Aix, 4 juin 1957, D.M.F., 1957, p. 478.

⁵ - Trib. Comm. Seine. 28 mai 1956, D.M.F., 1958, somm. 243.

⁶ - Aix, 9 juin 1959, D.M.F., 1959, p. 543.

⁷ - Aix, 4 juin 1957, D.M.F., 1957, p. 478.

⁸ - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C.CHAIBAN,op. cit., n°.299 et s., pp.119 et s.

⁹ - V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C.CHAIBAN,op. cit., n°.299 et s., pp.119 et s.

¹⁰ - Ibid.

تلزم المدين ببذل عناء الشخص العادي حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود من التزامه العقدي¹. فتحديد العناء الازمة يكون وفقا لعناء " رب الأسرة الحريص" أي الناقل الحريص، إذ لا ينصرف الأمر لأسمى إنسان ولا لأقصى حدود الهمة وإنما يتعلق فقط بشخص جيد بشكل متوسط وبهمة معقولة عادية².

وهو نفس الموقف الذي أيدته جانب من الفقه اعتبار بأن الناقل يكون قد أبدى الهمة الكافية متى بذل لتنفيذ التزامه العناء التي يبذرها كل ناقل عادي متوسط معنى بأموره³.

إن الهمة الكافية هي الهمة العادية المتوسطة والمستحقة الأداء من ناقل جيد، فليست همة شديدة الدقة وغير عادية ولكن همة ملائمة وضرورية بصفة معقولة⁴.

فالمعيار المعتمد هو معيار الشخص العتاد⁵، حيث تفرض الهمة الكافية استخدام وسائل معقولة لجعل السفينة صالحة للملاحة⁶.

ورغم تضارب الآراء الفقهية حول المقصود بالهمة الكافية أو المعقوله كما عبر عنها البعض، فإن جميعها تتفق على فكرة أن الهمة الكافية هي تلك التي يبديها شخص كفاءة وحرirsch بشكل عادي، يبذل همة عادية بشكل معقول، وفي كل الأحوال تقدر هذه الهمة بالنظر إلى الظروف المعروفة أو تلك المنتظرة من وقت الرحلة، وطبيعة البضاعة، وتخصيص الناقل في النقل بضاعة معينة⁷. والراجح لدى القضاء الإنجليزي أن الشهادات التي تجري قبل مغادرة السفينة لا يمكن اعتبارها سوى قرينة على ممارسة الهمة الكافية من طرف الناقل البحري، ويمكن إسقاط هذه القرينة بإثبات إهمال أو عدم إنتباه المفتشين أو غيرهم من الخبراء الذين أسندا لهم مهمة فحص السفينة.

وعلاوة على ذلك فقد يستقر القضاء الإنجليزي والفرنسي والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية على بطلان الشرط الذي يدرج بسند الشحن والذي يجعل من شهادات الرقابة التي تجري عند الانطلاق دليل إثبات حاسم على بذل الهمة⁸.

١- انظر جـ. ستي، رسالة الماجستير السالفة الذكر، الصفحة 38.

٢- V.R. RODIERE, op. cit., n°. 619, p.261: "... il faut l'entendre comme celle du " bon père de famille ", c'est- à- dire de l'armateur conscientieux... et il ne s'agit pas d'un sur homme, mais d'un personnage moyennement bon,...".

٣- أنظر م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحري، النقل البحري، الحوادث البحري، التأمين البحري، الدار الجامعية، 1993 ، الرقم 386 ، الصفحة 294 و م. كمال طه، القانون البحري، مقدمة، السفينة، أشخاص الملاحة البحري، النقل البحري، الحوادث البحري، التأمين البحري، الدار الجامعية، الطبعة الثالثة ، الرقم 319 ، الصفحة 247.

٤- V. MALI , Etat de navigabilité du navire, DESS en droit maritime et droit des transports, faculté de droit et des sciences politiques, université de droit d'économie et des sciences d'Aix, Marseille, 2005,p.29cited par : w ww . c dmt. droit . U-3 mrs / mémoires / 2005 / m 05 mali. doc - : " la diligence raisonnable est la diligence normale moyenne exigible d'un bon transporteur. Ce n'est pas une diligence méticuleuse et extraordinaire, mais une diligence convenable, raisonnablement nécessaire"

٥- أنظر ع. البارودي ، مبادئ القانون البحري ، السفينة ، ملكيتها ، ونظمها القانوني الخاص ، أشخاص الرحلة البحريه: النقل البحري ، والبيوع البحريه، الدائنون الممتازون والمرتهنون ، الحوادث البحريه، التصادم، الإنقاد، الخسائر العمومية ، المرجع السالف الذكر ، الرقم 166 ، الصفحة 211 .

٦- أنظر ل. جبر كوماني، مسؤولية الناقل البحري، المرجع السابق ، الرقم 40 ، الصفحة 61.

٧- لمزيد من التفاصيل انظر الدراسة المتعلقة بتحديد مفهوم الالتزام ببذل العناء الازمة المشار اليها من طرف ا. دريسى امينة حالات اعفاء الناقل البحري من المسؤولية ، رسالة ماجستير . كلية الحقوق . جامعة وهران . 2007-2008 ، الصفحة 130 و ما يليها.

٨- V. F. SAUVAGE, op. cit., n°. 37, p.55: "... les tribunaux français comme ceux des Etats- Unis ont déclaré nulle ... la clause du connaissance d'après le certificat de visite au départ devra être admis comme une preuve décisive de la due diligence " et v.aussi M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°.301, p.120 :" aussi , la jurisprudence anglaise estime- t'elle q u'est nulle et de nul effet... toute clause du connaissance qui fait du certificat d'inspection la preuve concluante de l'exercice d'une diligence raisonnable".

والجدير بالذكر أن الشاحن الذي لا يعد تقنيا ولم يكن حاضرا وقت الانطلاق يمكنه أن يثبت أن العيب الذي أصاب السفينة كان ظاهرا وذلك باللجوء إلى خبير تعينه المحكمة¹.

إن رأي الخبير في القواعد العامة هو رأي استشاري²، أما في المجال البحري فيرى البعض بأنه لا يجب إتباع تقرير الخبير المعين إلا بكثير من الحذر، خاصة وأنه في اللحظة التي يقوم فيها الخبير المعين من طرف المحكمة بتحrir تقريره فإن عيب السفينة يكون بالضرورة ظاهرا، وبذلك تكون عناية الخبير مركزة على المكان الخاص الذي ظهر فيه العيب الخفي فيحاول إنطلاقا من العيب الظاهر معرفة الوضعية التي كانت سائدة قبل إنطلاق السفينة فيسلم الخبير بداعية بفرضية العيب الظاهر³ في حين أنه يجب الرجوع إلى لحظة الإنطلاق لمعرفة ما إذا كان العيب الموجود بالسفينة له خصائص العيب الخفي الذي لم تكشفه الهمة الكافية للنقل أو تابعيه أو وكلائه، فتقرير الخبير يجب أن لا يعتبر إلا كقرينة بسيطة على وجود إهمال في الفحص الذي أجري عند الانطلاق⁴.

والملاحظ أن القضاء الجزائري قد اكتفى باعتبار الخبرة مجرد قرينة بسيطة على بذل الناقل للهمة الكافية من أجل كشف العيوب الخفية للسفينة⁵، دون أن يتطرق لخبرة الخبير المعين من طرف القضاء ومدى حجية تقريره بالمقارنة بالمقارنة مع الشهادات المسلمة من طرف الجهات المختصة بعد فحص السفينة.

إن المحاكم الفرنسية تميل إلى الأخذ بتقرير الخبير المعين من طرف القضاء لأن هذا الأخير يعتبر شخصا معروفا بالنسبة لهم ويحوز على ثقتهم أكثر من أي شخص آخر⁶.

إذا ثبتت الناقل أن فحص السفينة قد أجراه شخص كفء، وأنه أجري بصفة جادة وبهمة فإن هذا الفحص هو الذي يؤخذ به لا تقرير الخبير باعتباره قد حصل عند إنطلاق السفينة كما أنه يجب الرجوع لهذه اللحظة من أجل تقدير همة الناقل البحري⁷.

وهو الموقف الذي لم تؤيده محكمة النقض الفرنسية التي رفضت طعنا بالنقض ضد قرار صادر عن محكمة باريس، حيث أنه ورغم وقوفها على أن الفحص الذي أجري عند الإنطلاق كان جاداً إستناداً على تقرير الخبير الذي بين أن الصفائح المعدنية كانت قد أصبحت رقيقة جداً بصفة غير عادية في المكان الذي ظهر فيه العيب وأنه قد كانت هناك آثار داخلية وخارجية للصدأ فقد قررت محكمة النقض في هذا الأثناء أنه كان بإمكان فحص دقيق جداً أن يكشف الترقيق غير الطبيعي للصفائح⁸.

وختاماً يمكن القول بأن الأحكام التشريعية قد قررت عدم مسؤولية الناقل متى كان الضرر راجعاً لسبب مرتبط بأشد النقل البحري حيث يعنى الناقل بداعية متى كان التلف اللاحق بالبضائع راجع لعدم صلاحية السفينة للملاحة، مع إلزامه بضرورة بذل العناية الالزمة قبل وعند بداية الرحلة لضمان صلاحيتها الملاحية والتجارية. ومهما يكن من أمر فحتى يستفيد الناقل من هذا الإعفاء عليه أن يثبت أن عدم صلاحية السفينة للملاحة قد وقع أثناء الرحلة

¹- راجع المادة 43 ق.إ.م. التي تنص على أنه : "يجوز للقاضي بناء على طلب الأطراف أو طلب أحدهم أو من تلقأ نفسه أن يأمر قبل الفصل في الموضوع... وبموجب أمر كتابي بإجراء الخبرة...".

²- راجع المادة 54 ق.إ.م. التي تنص على أنه : "إذا رأى القاضي أن العناصر التي بني عليها الخبير تقرير خبرته غير وافية فله أن يتخذ جميع الإجراءات الالزمة، وله على الأخص أن يأمر بإستكمال التحقيق أو أن يستدعي الخبير أمامه ليحصل منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية. والقاضي غير ملزم برأي الخبير".

³- V. M. DE JUGLART et P. DE LA PRADALLE par C. CHAIBAN, op. cit., n°. 307, pp. 122 et 123.

⁴- I bid.

⁵- انظر قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا ، 17 ديسمبر 1987 ، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991 ، الصفحة 76.

⁶- Montpellier, 14 décembre 1951, D.M.F., 1952 , p. 256.

⁷- Rouen, 8 novembre 1952, D.M.F., 1953, p. 84 et Rouen , 13 janvier 1955, D.M.F., 1955, p. 145.

⁸- com., 10 novembre 1959, D.M.F., 1960, p. 141.

البحرية هذا من جهة، وأنه قد أبدى العناية الالزمة لجعلها صالحة للملاحة قبل وعند بداية الرحلة وهذا من جهة أخرى¹.

ونظراً للتركيب المعقد للسفينة البحرية التي تتواجد على العديد من الألات والأجهزة، حيث قد يصعب على الناقل كشف ما يلحقها من عيوب غير ظاهرة، فقد قرر المشرع إعفاءه من المسؤولية عن العيب الخفي للسفينة الذي لا يظهر رغم بذل الهمة الكافية² وهي الحالة التي كانت موضوع دراستنا.

ومع أن الأحكام القانونية قد تطلب في كلاً حالتي الإعفاء (ويتعلق الأمر هنا بعدم صلاحية السفينة للملاحة، وبالعيوب الخفي للسفينة) بذل الهمة، فإن مضمونها مختلف في الوضعين إذ ينصرف في الأولى إلى بذل العناية لتأمين صلاحية السفينة للملاحة وذلك بتنفيذ الإلتزامات المفروضة قانوناً، وفي الثانية إلى بذل العناية مباشرةً فحص أجهزة وألات السفينة قبل إنطلاقها كما سبق بيان ذلك.

الإختصارات باللغة العربية :

ق. ب. القانون البحري

ق. م. القانون المدني

PRINCIPALES ABREVIATIONS EN LANGUE FRANÇAISE

al.	alinéa
Art.	Article
c.m.	code maritime
Com.	Chambre commerciale de la cour de cassation française
D.M.F.	Droit maritime français
éd.	édition
Ency. D.	Encyclopédie Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du palais
I bid.	Idem, Ibidem

١- راجع الدراسة المتعلقة بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضرر الحاصل نتيجة عدم صلاحية السفينة للملاحة المشار إليها من طرف ا. دريسى أمينة، رسالة الماجستير السالفة الذكر، الصفحة 127 وما يليها.

٢- انظر المادة 803 (ط) ق.ب. و راجع ايضاً الدراسة المشار إليها أعلاه و الخاصة بتحديد مفهوم العيب الخفي و خصوصيته في القانون البحري.

L.G.D.J.	librairie générale de droit et de jurisprudence
n°. (n.ºs)	Numéro (s)
op. cit.	option citée
Préc.	Précité (e,s,es)
P.U.F.	presses Universitaire de France
s.	suite, suivant (e, es, s)
Somm.	Sommaire
T.	TomeTrib. Comm. Tribunal commerciale V., v. Voir

شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - دراسة مقارنة



الأستاذ بن قادة محمود أمين أستاذ مساعد "أ"

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

- جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

خطة :

مقدمة :

المطلب الأول : الشروط الشكلية

أ- أن يكون هذا الشرط مكتوبا

ب- أن يكون "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي" واضحا

ج- أن يرد هذا الشرط ضمن التزامات الطرف الذي يحتاج به عليه

المطلب الثاني : الشروط الموضوعية

أ- الشرط المشترك بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي

ب- الشرط الخاص بالتشريع الفرنسي؛ أن يتعاقد جميع الأطراف بصفتهم كتجار

خاتمة :

مقدمة :

"شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" هو الشرط الذي يدرجه الأطراف في العقد بموجبه ينحون الاختصاص لمحكمة ليست مختصة أصلاً إقليمياً، نظمه المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية^١، التي استوحاها من المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي^٢ المعديل سنة 1975^٣، حينها لاحظ المشرع الفرنسي أن مثل هذا الشرط بات من الشروط المعتادة التي شاع وكثر إدراجها في العقود التجارية والعقود المختلطة هذه الأخيرة تكون في كثير من الحالات عقود إذعان، ومن ثم أراد من جهة تخفيف الضغط الملقي على عدد من المحاكم خاصة محكمة باريس^٤، ومن جهة أخرى حماية المستهلكين من إدراج مثل هذا الشرط في العقود التي تربطهم بالمخترفين^٥. لذا عندما سن القواعد التي تنظم هذا الشرط نص على بطلانه سواء تم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، حيث يكون مباشرة إذا نص صراحة في العقد على منح الاختصاص الإقليمي لمحكمة معينة، ويكون غير مباشر كما لو اخذت الأطراف موطنها مختاراً، وبالتالي تكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا الوطن المختار هي المختصة إقليمياً^٦. إلا أنه اعتبر هذا الشرط صحيحاً في حالة استثنائية واحدة ، تطلب لها توفر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية.

فهل راع مشرعنا هذه الشروط حينما صاغ نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

المطلب الأول : الشروط الشكلية :

يعتبر نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أحسن صياغة وأكثر دقة ووضوحاً من نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لأنه تطلب صراحة دون الثاني ثلات شروط شكلية هي:

أ- أن يكون هذا الشرط مكتوباً، بقوله "يعتبر كل شرط يخالف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة قواعد الاختصاص المخلين كأنه غير مكتوب..."^٧، على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على أنه: "يعد لاغياً وعديم الأثر كل شرط..." وبالتالي فإنه قد أطلق الشرط ولم يقيده بضرورة أن يكون مكتوباً، وعليه يعتد في التشريع الجزائري بالشرط المكتوب وغير المكتوب.

ب- أن يكون "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي" واضحاً^٨، ويكون واضحاً إذا كان مقرروءاً بصورة جيدة وسهل الاطلاع عليه^٩، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بهذا الشرط إذا كان مثلاً مكتوباً بخط صغير يصعب على القارئ المتوسط قراءته، أو إذا كان مدرجاً ضمن الشروط العامة للبيع في ظهر العقد الذي لم يتم التوقيع عليه إلا من الوجه فقط^{١٠}. ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط، لكن إذا كان هذا الشرط غير واضح أي مكتوب بطريقة غامضة يصعب الانتباه له، لا يمكن القول أن هذا الشرط الشكلي يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة كالوقوع في الغلط؟ الجواب بالنفي لأن المشرع الفرنسي نص على أنه إذا لم يتتوفر هذا الشرط الشكلي عد "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي" غير مكتوب أي هذا الشرط لاغياً ويبقى العقد صحيح، على العكس من آثار الغلط التي تجعل العقد بكامله قابلاً للإبطال، وقد يتتصادف أن يكون الشخص المحتاج عليه "شرط مخالفة قواعد الاختصاص" الإقليمي يهمه الإبقاء على العقد.

ج- أن يرد هذا الشرط ضمن التزامات الطرف الذي يحتاج به عليه^{١١}، وبالتالي يفترض فيه أنه قد علم بهذا الشرط وقت إبرام العقد وقبل به^{١٢}، وعليه لا يمكن التمسك "بشرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي"

إذا ورد مثلا في وثيقة خارجية أو تالية لإبرام العقد كالفاتورة أو وصل التسليم أو أي وثيقة أخرى. ولم ينص المشرع الجزائري أيضا على هذا الشرط. غير أنه يمكن تطبيقه إعمالا للقاعدة العامة "العقد شريعة التعاقدين"، لذا إذا لم يرد ضمن التزامات الشخص الذي يحتاج به عليه فلا يلتزم به. لكن يثور الإشكال في حالة تعدد المدعى عليهم، وكان من بين التزامات أحدهم "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي"، هل يمكن للمدعي أن يرفع دعواه ضد الشخص الذي من بين التزاماته "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي" أمام المحكمة التي اتفقوا بخصوص منحها الاختصاص الإقليمي، ثم يستدعي الباقين أمامها تطبيقا لقاعدة تعدد المدعى عليهم؟ الجواب هو لا، لأنه من بين الشروط التي يجب توفرها لتطبيق قاعدة تعدد المدعى عليهم^٧ أن ترفع الدعوى أمام محكمة موطن أحدهم^٨، فإذا وجد "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" سيعقد لا حالة الاختصاص الإقليمي لمحكمة لا يوجد بها موطن أحد المدعى عليهم، وبالتالي سيختلف شرط من شروط تطبيق هذه القاعدة.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية :

تمثل الشروط الموضوعية لصحة "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي" في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في شرط واحد هو أن يتم بين التجار، أما في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، تطلب زيادة على هذا الشرط أن يتعاقدوا بصفتهم كتجار. وبالتالي يوجد شرط مشترك بين التشريع الجزائري والفرنسي هو أن يكون جميع أطراف الاتفاق تجارا، وشرط خاص بالتشريع الفرنسي هو أن يكونوا جميعاً تعاقدوا بصفتهم كتجار.

أ- الشرط المشترك بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي: اشترط كل من المشرع الجزائري والفرنسي أن يكون جميع أطراف العقد الذي يتضمن "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" تجارة، لأنهم جميعاً على قدم المساواة^٩ باعتبار أنهم ينتمون لنفس الطائفة التي تميز بالحذر والتيقظ، وتحيد التفاوض، ولديهم القدرة الكاملة على أن يقدروا مخاطر النص على مثل هذا الشرط.

نتيجة لهذا الشرط الموضوعي، تكون العبرة باكتساب صفة التاجر ساعة إبرام العقد، فلا يمكن أن يحتاج على شخص بوجود "شرط مخالفة الاختصاص الإقليمي" في عقد كان عند إبرامه فقد صفة التاجر أو لم يكتسبها بعد، ولا يمكن لشخص آخر أن يدفع بعدم صحته إذا كان متمنعاً بصفة التاجر لحظة إبرام العقد ثم زالت عنه لاحقا.

كما يترتب أيضاً عن إعمال هذا الشرط الموضوعي، أنه لا يمكن أن يحتاج على شخص قام بعمل تجاري منفرد بوجود "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي"، لأنه لم يحترف هذه الأعمال ومن ثم لا يعد تاجراً بحسب الموضوع، اللهم إلا إذا كان مقيداً في السجل التجاري سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أو كان شخصاً معنوياً مؤسساً في شكل من الأشكال المنصوص عليها في المادة 544 من القانون التجاري^{١٠}، فإنه يعد تاجراً بحسب الشكل ولو لم يحترف القيام بالأعمال التجارية، وعليه يتحقق في جانبه توفر الشرط الموضوعي المتمثل في كونه طرفاً مكتسباً لصفة التاجر.

ب- الشرط الخاص بالتشريع الفرنسي: أن يتعاقد جميع الأطراف بصفتهم كتجار: لم يكتفي المشرع الفرنسي بالنص على ضرورة أن يكون جميع أطراف العقد الذي يتضمن "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" تجارة، وإنما اشترط أيضاً أن يكونوا قد تعاقدوا بصفتهم كتجار. لأن التاجر حينما يتعاقد بصفته كتاجر يكون في موضوع تجارتة الذي يفترض في حقه أنه يبرع فيه أو في مجالاً مرتبطة بحاجاته على الأقل إن لم يعلم بجنباته

وأسراره كلها فهو يعرف الكثير منها، وبالتالي يكون على نفس المستوى مع من يتعاقد معهم. أما حينما لا يتعاقد بصفته كتاجر هذا معناه أنه يتعاقد في ميدان لم يعتد التعامل فيه، وبالتالي تكون معلوماته فيه كباقي الأشخاص العاديين، حيث يعد مستهلكا وليس محترفة، وعليه يكون الطرف الضعيف في العقد، الأمر الذي يجعله أهلا للحماية التي من أجلها تم تنظيم هذا الشرط قانونا. ومن ثم لم يكن المشرع الجزائري موفقا حينما أغفل النص على هذا الشرط الموضوعي.

ويتخرج عن تطبيق هذا الشرط، إذا تعاقد تاجر مثلا لشراء سيارة لحاجته لها في مهنته، فإن "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" الوارد في هذا العقد يمكن الاحتجاج به في مواجهته، لأنه تعاقد بصفته كتاجر، أما إذا كان الغرض من شراء السيارة الاستعمال الشخصي، فإن "شرط مخالفة قواعد الاختصاص المحلي" لا يعتد به ومن ثم لا يحتاج به ضلته^{XVII}. كما قضت إحدى المحاكم الفرنسية أنه لا يمكن الاحتجاج بمثل هذا الشرط على جزار تنازل عن مجموعة من براءات الاختراع، لأنه لم يتعاقد بمناسبة تجارتة، وإنما بصفته كمحترف^{XVIII}.

خاتمة :

كما سبق ذكره، إن المشرع الجزائري استوحى نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، لكنه لم يبحث عن الأسباب التي دفعت المشرع الفرنسي ينظم "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" والفلسفة التي بناء عليها، الأمر الذي يبرر إقدام مشرعنا على صياغة نص المادة 45 بطريقة مغایرة لا تضمن نفس الحماية التي توفرها المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، للأسباب التالية :

- وسع المشرع الجزائري من الحالات التي يدرج فيها "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" لأنه نص على "كل شرط" وبالتالي يمكن إدراجه في العقود المكتوبة وغير المكتوبة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي أبلغه فقط في العقود المكتوبة.

- لم ينص المشرع الجزائري على شروط شكلية لصحة "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" ومن تم فإن هذا الشرط صحيح دائما من الناحية الشكلية. على العكس من المشرع الفرنسي الذي أوجب أن يكون مكتوبا، واضحا وأن يرد ضمن التزامات الطرف الذي يحتاج به عليه، وإن تخلف أحد هذه الشروط الشكلية عن غير مكتوب، وبالتالي يحاول الإكثار من الحالات التي يلغى فيها الشرط ويبقى العقد صحيحا.

- اكتفى المشرع الجزائري بشرط موضوعي واحد وهو أن يكون أطراف العقد الذي يتضمن "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" تجار، على النقيض من المشرع الفرنسي الذي زاد شرطا آخر هو أن يتعاقد الأطراف بصفتهم كتجار. ويتخرج عن هذا الشرط الثاني حماية الشخص التاجر حينما لا يتعاقد بصفته كتاجر، وإنما كشخص عادي.

وخلاصة القول أن شروط صحة "شرط مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي" جاءت ناقصة وبالتالي على المشرع أن يعدل المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويستدرك ما أغفله من شروط، وإلى ذلك الحين القضاء مدعوا لتكميله هذا النص التشريعي.

ⁱ- G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Dalloz, 1998, p. 71, n° 189: «Il arrive souvent que soit insérée dans un contrat une clause dite attributive de compétence ou de juridiction par laquelle les parties s'engagent à soumettre leurs litiges éventuels à un tribunal qui n'est pas normalement apte à en connaître ».

ⁱⁱ- تنص المادة 45 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية 23 أبريل 2008، عدد 21، ص. 3 على أنه: "يعتبر لاغياً وعديم الأثر كل شرط يمنع الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين تجار".

ⁱⁱⁱ - Art. 48 C. p. civ. fr.: « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre deux personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

^{iv}- Décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975 abrogeant et modifiant certaines dispositions en matière de procédure civile, JORF du 9 décembre 1975.

^v- G. GAS et R. BOUT, *Notions de procédure civile*, Lamy droit économique, 1998, n° 21, cité par :

مصطفى المتولي قنديل، الشروط الإدارية المنظمة للتقاضي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص. 79، الهاشم رقم 168

^{vi}- Ch. LEFORT, *procédure civile*, Dalloz, p. 100: «...les rédacteurs du nouveau Code de procédure civil, sans doute par crainte qu'une telle clause soit plus imposée que négociée », G. COUCHEZ, *op. cit.* p.72, n° 19 : « les clauses attributives de compétence territoriale étaient largement admises, il n'en est plus de même aujourd'hui. Poussé par le souci de protéger le consommateur de ces clauses souvent insérées dans les contrats d'adhésion ».

^{vii}- Art. 48 C. p. civ. fr.: « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite... ». V. aussi art. 111 C. civ. fr. modifier par la loi 07-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JORF du 21 décembre 2007: « Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu et sous réserve des dispositions de l'article 48 du code de procédure civile, devant le juge de ce domicile ».

^{viii}- Art. 48 C. p. civ. fr.: « Toute clause qui...déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite ».

^{ix} - Art. 48 C. p. civ. fr.: « ...et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente ».

^x - Ch. LEFORT, *op. cit.* p. 101, n° 175 : « le législateur admet...la validité de ces accords de compétence...elle doit avoir été spécifiée de façon très apparente. Ce caractère implique qu'elle soit lisible et aisément identifiable ».

^{xi}- مصطفى المتولي قنديل، المرجع السابق الذكر، ص. 93.

^{xii} - Art. 48 C. p. civ. fr.: « ...dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

^{xiii}- J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, 2001, 26^{ème} éd., p. 355, n° 388., V. aussi Ch. LEFORT, *préc.*

^{xiv}- تلخص هذه الشروط في: 1- أن يكون تعدد المدعى عليهم تعددًا حقيقياً لا صوريًا، 2- أن يكون التزامهم في نفس القوة، 3- أن ترفع الدعوى أمام محكمة موطن أحد المدعى عليهم، 4- أن يكون بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم ارتباط. أنظر بخصوص هذه الشروط نبيل إسماعيل عمر وأخرون، *قانون المرافعات المدنية والتجارية*، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص. 168.

^{xv}- تنص المادة 38 من ق. إ. م. إ. على أنه: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي لجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

^{xvi}- Ch. LEFORT, *op. cit.*, p. 101, n° 175.

^{xvii}- القانون التجاري الصادر بالأمر رقم 59-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، 19 ديسمبر 1975، عدد 101، ص. 1073، تتمثل هذه الأشكال في: شركة التضامن، شركات التوصية، الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة.

^{xviii} - L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^{ème} éd. 2000, p. 296, n° 673.

^{xix}- Aix-en Provence, 18 mai 1977, *Bull. Aix en Provence*, 1977, II, n°122, RTD. Civ., 1980, p. 610, obs. NORMAN: « Le boucher qui a cédé divers brevets d'invention ne peut se prévaloir de la clause attributive de compétence insérée à l'acte dès lors qu'il n'a pas contracté à l'occasion de son commerce, mais en qualité d'inventeur », cité par :

مذكور من قبل مصطفى المتولي قنديل، المرجع السابق الذكر، ص. 90.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st