

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

➤ من مواضيع العدد الثامن : يونيو 2013 :

- القواعد الناظمة لعقود التوزيع.
- النيابة العامة والدعوى المدنية في موريتانيا.
- الإشهاد على الوصية وإثباتها في القانون المغربي.
- الواجب الكفائي و العمل الاجتماعي أية علاقة؟
- واقع التجارة الإلكترونية وتأثيرها على الاقتصاد.
- تقليص مدة الشغل و تمديدها في المدونة.
- النظام القانوني لعقد النشر الإلكتروني.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | البريد الإلكتروني: sldg55@gmail.com | الاتصال والمراسلات: | شروط النشر | أجيل المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

تشارك بالمجلة

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

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

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

قراءة في النظام القانوني للموالتن (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام ببيئة الرباط محاميات (2012/10/14)... المزيد



العدد الثامن يونيو 2013

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

❖ 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 كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثامن : لشهر يونيو 2013

محتويات العدد :

1. القواعد الناظمة لعقود التوزيع- عقد الامتياز التجاري نموذجاً-مقالة من إعداد : فضيلة الأستاذ زكرياء غطراف المحامي بهيئة مراكش.....04
2. النيابة العامة والدعوى المدنية في القانون الموريتاني فضيلة الأستاذ يعقوب ولد محمد أستاذ الحريات العامة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط.....27
3. الإشهاد على الوصية وإثباتها في القانون المغربي الدكتور يوسف القسطاسي : باحث في قضايا الأسرة دكتوراه في الدراسات الإسلامية جامعة القاضي عياض مراكش.....42
4. حكم الإلزام بالوعد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي دراسة من من إعداد: الدكتور سانح بوئين باحث في فقه الأموال كلية الآداب فاس سايس.....47
5. قراءة في كتاب : "التعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي" للدكتور قطب الريسوني سفيان الحتاش : باحث في الفقه وأصوله بالمعهد العالي للدراسات الإسلامية- مصر.....59
6. أزمة قانون حق المؤلف في ظل حماية البرمجيات الدكتور عمارة مسعودة : أستاذة مساعدة أ دكتوراه في القانون الخاص والملكية الفكرية كلية الحقوق جامعة لبلدة- الجزائر.....65
7. الجرائم المتعلقة بتزوير الشيك في القانون المقارن الأستاذة هداية بوعزة أستاذة مؤقتة و باحثة بالدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان -الجزائرعضو بمخبرالقانون المقارن بالجامعة.....78
8. الواجب الكفائي و العمل الاجتماعي أية علاقة؟ علي زروقي : حاصل على دبلوم الدراسات العليا المعمقة من دار الحديث الحسنية بالرباط وحاليا باحث بسلك الدكتوراه السنة النهائية بوحدة العمل الاجتماعي في الإسلام بجامعة محمد الأول بوجدة.....87
9. واقع التجارة الإلكترونية وتأثيرها على الاقتصاد الرسمي والافتراضي في الدول الإسلامية (العقبات-التحديات والآمال) بقلم الأستاذ بن صغير عبد المومن ، أستاذ مساعد قسم (ب) بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس - الجزائر.....102
10. تفسير إرادة المتعاقدين بين إرادة القاضي وإرادة المشرع أدبية العيادي : طالبة باحثة بسلك الدكتوراه شعبة الدراسات القانونية المدنية،العقارية والأعمال السنة الثالثة ،بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة عبد الملك السعدي بطنجة.....126
11. الدعوى وفق قانون المسطرة المدنية بدر الدين بن عودة : حاصل على الإجازة في القانون الخاص من الكلية المتعددة التخصصات بتازة.....131
12. تقليص مدة الشغل و تمديدها على ضوء مدونة الشغل و العمل القضائي إلياس التلفاني : طالب باحث بماستر قانون الأعمال و المقاولات بكلية الحقوق السويسي - الرباط.....136

13. النظام القانوني لعقد النشر الإلكتروني الأستاذة شريف هنية : حاصلة على شهادة الدكتوراه كلية الحقوق جامعة البليدة- الجزائر-.....144
14. الغرامة التهديدية في المادة الإدارية (دراسة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري) الأستاذة : مايا دقايشية أستاذ مساعد أ بقسم الحقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة 8 ماي 1945 قالة - الجزائر-.....165
15. ضباط الشرطة القضائية و عملية التفتيش الأستاذة : شيخ نسيم أستاذة مساعدة بقسم الحقوق المركز الجامعي- عين تموشنت.....179
16. النظام القانوني للتكوين المستمر في الوظيفة العمومية الجماعية ميساحمي : طالب باحث ماستر التدبير الإداري الخلي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -سلا-.....187
17. قيم النظرية السياسية نموذج قيمة العدالة في الإسلام - عند جمال الدين الأفغاني- الحافظ النويني باحث في العلوم السياسية بجامعة محمد الخامس السويسي بالرباط.....199
18. دور الجمعيات البيئية ومدى فعاليتها في مجال حماية البيئة الأستاذ : شيخ محمد زكرياء ماجستير في قانون الأعمال محام لدى مجلس قضاء تلمسان.....207
19. دراسة قانونية حول مسألة تقسيم الدوائر الانتخابية الأستاذ : دندن جمال الدين باحث دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر.....216

20. La nécessité d'un recours aux mesures alternatives à la détention préventive au Maroc
Hicham MOUJAHID : Doctorat en Droit Privé Université de Perpignan Via Domitia
Académie de Montpellier.....227
21. La nouvelle constitution marocaine et la problématique de la protection des deniers publics
EL HATTAB ABDELHAQ Chercheur Acteur associatif.....237
22. Le droit à l'image et la liberté d'expression dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
YAAGOUBEI HASSAN Doctorant en Sciences Juridiques et Politiques
Faculté de droit, Université Mohammed Premier Oujda, Maroc.....246

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

القواعد الناظمة لعقود التوزيع - عقد الامتياز التجاري نموذجا -



مقالة من إعداد : فضيلة الأستاذ
زكرياء غطراف المحامي بهيئة مراكش

مقدمة :

يعد الامتياز التجاري من أهم طرق التوزيع المستحدثة التي جاء بها علم السوق الحديث "Marketing" (1) و الأكثر تطبيقا في الأنشطة التجارية العالمية، إذ تمنح بموجبه امتيازات تجارية لفائدة المستثمرين الأجانب داخل حدود بلدانهم، تهتم على الخصوص استخدام الاسم أو العلامة التجارية (2) لمناح الامتياز.

و يرجع أول استخدام لعقد الامتياز التجاري إلى حقبة الثلاثينيات من القرن الماضي بالولايات المتحدة الأمريكية، بحيث كان التجار الأمريكيون يهدفون من ورائه مضاعفة رقم أعمالهم و الزيادة في أرباحهم دون اللجوء إلى الاستثمارات المباشرة ذات التكاليف المرهقة، وهكذا فقد توزع محل هذا العقد بين مجالات صناعات السيارات، الفنادق و الطعامة ثم النسيج... (3).

أما بالنسبة للدول الأوروبية فلن تعرف هذه النوعية من العقود إلا ابتداء من الخمسينيات من القرن الفائت، حيث بدأت تظهر آنذاك أولى الشبكات الكبرى للامتياز التجاري، لكن البداية الفعلية لهذا الأسلوب التجاري الجديد لن تتعزز و بشكل رسمي إلا ابتداء من سنة 1972 التي صادفت تأسيس الفدرالية الأوروبية للامتياز التجاري، "Fédération Européenne de Franchise" والتي كان لها الفضل في الإسراع بإخراج المدونة الأوروبية للامتياز التجاري "Code de déontologie européen de la France"، حيث تم اعتمادها من طرف دول الاتحاد الأوروبي و على رأسها فرنسا التي عززتها فيما بعد بقانون دوبان "La Loi du Doubin" و القوانين التنظيمية الأخرى المتعلقة بهذا الشأن (5) هذا بالإضافة إلى ما جاء به الاجتهاد القضائي الأوروبي عموما و الفرنسي على وجه الخصوص (6).

و إذا كانت جل الدول المتقدمة اقتصاديا قد عملت على وضع إطار قانوني لعقد الامتياز التجاري، فإن الأمر يختلف مع المشرع المغربي و على غرار، باقي تشريعات الدول النامية الأخرى إذ لم يتم تناول هذا العقد بعد بالتنظيم، بل لا

يزال هذا الأخير في عداد العقود غير المسماة و ذلك على الرغم من كون المغرب قد انخرط منذ عقد الستينيات في عدد من المشاريع الاستثمارية القائمة على مبدأ الامتياز التجاري.

و في محاولة متواضعة للإحاطة ببعض الجوانب القانونية و الاقتصادية لهذا العقد، تم تقسيم الموضوع إلى المباحث التالية :

الفصل الأول : نظرة عامة حول عقد الامتياز التجاري.

المبحث الأول : تعريف عقد الامتياز التجاري.

المبحث الثاني : خصائص و مزايا الامتياز التجاري.

المبحث الثالث : أنواع الامتياز التجاري.

المبحث الرابع : مقارنة عقد الامتياز بباقي العقود المشابهة له.

المبحث الخامس : تكيف عقد الامتياز التجاري وفقا للقانون المغربي.

الفصل الثاني : التزامات طرفي عقد الامتياز التجاري.

المبحث الأول : التزامات المرخص.

المبحث الثاني : التزامات المرخص له.

الفصل الثالث : انتهاء عقد الامتياز التجاري و آثاره.

المبحث الأول : أسباب انقضاء عقد الامتياز التجاري.

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن انقضاء عقد الامتياز التجاري.

الفصل الأول : نظرة عامة حول الامتياز التجاري.

المبحث الأول : تعريف عقد الامتياز التجاري.

تتنوع تعاريف عقد الامتياز التجاري وذلك تبعا للتكييف القانوني المتبني من قبل التشريعات التي عملت على وضع إطار قانوني لهذا العقد، فهناك بعض التشريعات التي صنفت الامتياز التجاري على أنه نوع من أنواع الوكالات و ينحو هذا المنحى أغلبية التشريعات التي لم تقن هذا العقد (7) أما البعض الآخر فاستغنى عن هذا الطرح وأضفى على الامتياز التجاري خصوصية لا توجد في الوكالات التجارية وهو الاتجاه الذي اعتمده جل التشريعات التي نظمت عقد الامتياز التجاري (8)، كما أن هناك اتجاه ثالث يعتبر عقد الامتياز بمثابة الإطار النهائي العام لمجموعة من العقود المرتبطة به و التي تبرم سلفا بين طرفي هذه العلاقة القانونية و التجارية (9).

ونورد فيما يلي هذه التعاريف على التوالي في كل من التشريع الأوروبي المعتمد من طرف دول الاتحاد الأوروبي، و التشريع البريطاني ثم الفقه والقضاء الفرنسيين.

1) التشريع الأوروبي :

لقد عملت دول الاتحاد الأوروبي على إنشاء الفيدرالية الأوروبية للامتياز التجاري "Fédération Européenne de Franchise" التي كان لها دور مهم في تقنين عقد الامتياز التجاري و منحه الاستقلالية اتجاه باقي العقود التجارية الأخرى، حيث تم تعريفه بأنه: " عبارة عن نظام معتمد لتسويق المنتجات أو الخدمات أو التقنيات الأخرى، يرتكز على تنسيق محكم ومستمر بين مجموعة من المقاولات المتمتعة بالاستقلالية المالية و القانونية ومن خلاله يمنح أحد طرفيه و يسمى المرخص للآخر الذي يسمى المرخص له، - وذلك في إطار التزامات متقابلة - الحق في استغلال مقاوله تتماشى وأهداف المرخص، مستفيدا بذلك من الحق في استخدام الاسم أو العلامة التجارية المميزة للمنتوج أو الخدمات أو باقي الحقوق المتعلقة بالملكية الفكرية المملوكة للمرخص، و المكفولة بالمساعدة التقنية و التجارية على التسويق التي يلتزم هذا الأخير بتقديمها للمرخص له و التي تمتد إلى نهاية عقد الامتياز التجاري المرخص له بين طرفيه " (10).

2) التشريع البريطاني :

لقد عمل التجار البريطانيون على إخراج الجمعية البريطانية للامتياز التجاري "The British Franchising Association" إلى حيز الوجود، بحيث كانت في بداية الأمر عبارة عن اتحادات للتجار هدفها هو وضع معايير وضوابط موحدة لهذا العقد وهذا ما تم تحقيقه بالفعل، إذ تم تعريف عقد الامتياز بأنه: عقد يتم بين شخص يسمى المرخص و شخص آخر يسمى المرخص له و ذلك وفقا للبند التالي:

* يسمح أو يطلب من المرخص له أن يمارس خلال فترة معينة عملا معيناً تحت اسم معين يخص أو مملوك للمرخص أو مرتبط به.

* يمارس المرخص سيطرة ورقابة مستمرة خلال مدة الترخيص على الأعمال التي يقوم بها المرخص له و التي تشكل موضوع الترخيص.

* يلتزم المرخص بتزويد المرخص له بكل ما يلزم لتأدية الأعمال موضوع الترخيص ومساعدته في ذلك، و بالأخص تنظيم عمل المرخص له، تدريب موظفيه والبضائع المستخدمة و الإدارة (...).

* يلتزم المرخص له خلال فترة الترخيص أن يدفع للمرخص أتعاب الترخيص (11).

و تجدر الإشارة إلى أن هذا الاتفاق لا يمكن أن يتم بجميع الأحوال سواء بين شركة قابضة و شركة مقبوضة (12) أو بين الفرد و الشركة التي يسيطر عليها.

3) في الفقه والقضاء الفرنسيين :

في هذا السياق، نشير مرة أخرى إلى أن التشريع الفرنسي قد نظم الامتياز التجاري في بعض نواحيه من خلال تطبيقه و إقراره لمدونة الامتياز التجاري الأوروبية و قانون دوبان بالإضافة إلى مجموعة من القوانين التنظيمية المتعلقة بهذا الشأن، كما أن الفقه و القضاء الفرنسيين قد تناولا هذا العقد بالتحليل و التفسير المستفيضة، حيث عرف الفقه الفرنسي عقد الامتياز بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه و يسمى المرخص بوضع علامته التجارية

(Marque) ومعرفته التقنية أو الفنية (Savoir-faire) (13) واحتمالياً توريد منتجاته تحت تصرف الطرف الآخر المسمى بالمرخص له، مقابل التزام هذا الأخير باستغلال هذه المعرفة التقنية و استخدام العلامة التجارية و احتمالياً بيع المنتجات المملوكة للمرخص و ذلك بشكل حصري، ودون أن يكون له الحق في التعامل مع منتجين آخرين" (14).

أما القضاء الفرنسي، فقد عرف عقد الامتياز التجاري بأنه: " العقد الذي بموجبه يضع المرخص تحت إمرة المرخص له اسمه التجاري بالإضافة إلى الأحرف الأولى (Sigles) و الرموز (Symboles) و مجموعة من السلع و الخدمات يتم إنتاجها بطرق أصلية محددة، و يجري اختبارها و ضبطها باستمرار، و ذلك بمعرفة المرخص و تحت إشرافه و رقابته" (15).

المبحث الثاني: خصائص الامتياز التجاري.

أولاً: الخصائص:

من خلال التعاريف السالفة الذكر أعلاه، يمكن استشفاف مجموعة من الخصائص المميزة و المتحكمة في عقد الامتياز التجاري و التي تشكل القاسم المشترك بين هذه التعاريف، بحيث يمكننا وصف هذا العقد بأنه:

* من العقود الملزمة للجانبين: التي تربط بين شخصين (سواء كانا طبيعيين أو معنويين) يتمتعان بالاستقلالية المالية و القانونية، بحيث يلتزم بموجبه المرخص اتجاه المرخص له بمجموعة من الالتزامات، كما يلتزم هذا الأخير اتجاه المرخص بمجموعة من الالتزامات سنتولى بحثها في محلها في هذا البحث.

* من عقود المعاوضة: لأن كل واحد من طرفي العقد (المرخص و المرخص له) يأخذ عوضاً من الآخر، ذلك أن المرخص يمكن المرخص له من استغلال كل من العلامة التجارية و المعرفة التقنية أو الفنية المملوكة له، و بالمقابل، فإن المرخص يستفيد من جعل أو رسم محدد يتم دفعه من طرف المرخص له.

* من عقود الإذعان: ذلك أن الغالبية العظمى من المرخصين قد عمدوا إلى إنشاء شبكات (Réseaux) خاصة تجلب المستثمرين، فكان من نتائج ذلك ظهور فئتين الأولى تتسم بقلّة العدد و هي فئة المرخصين أصحاب شبكات الامتياز التجاري أما الفئة العظمى فهي فئة المستثمرين هذه الأخيرة التي تهافتت على عروض الترخيص نظراً للمزايا التي يوفرها للمرخص لهم.

و نظراً لارتفاع الطلب على تلك العروض، أصبح الانخراط في شبكة من شبكات الامتياز التجاري يقتضي من المرخص لهم الإذعان لشروط المرخص و أنظمتها بما في ذلك واجبات الانخراط المتمثلة في جعالة أو رسم محدد يؤدي من طرف المرخص له أثناء إبرام العقد و الرسوم الدورية الأخرى التي تؤدي أثناء سريان العقد، هذا بالإضافة إلى قبول المرخص له لتدخل المرخص في تنظيم العمل و ذلك من خلال إدارة شبكته و تفتيش أعضائها بصفة منتظمة.

* من العقود الزمنية: إن عقد الامتياز التجاري من العقود الزمنية ذات التنفيذ المستمر، وهو في هذا الصدد كعقد التوريد الذي يلتزم فيه أحد المتعاقدين بأن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن. و للإشارة، فإن عقد الامتياز يمكن أن يكون محدد المدة كما يمكن أن يكون غير محدد المدة، إلا أنه و في حالة تحديد المدة، فإن القضاء

الفرنسي قد ذهب إلى القول بأن هذه المدة المحددة لا يمكن أن تتجاوز عشر سنوات وإلا كان بإمكان المحكمة بما لديها من سلطة تقديرية إبطال العقد (16).

و بهذا الصدد، نذكر على أن تحديد المدة في عقد الامتياز يكون في غالب الأحيان لصالح المرخص له و لأجل حمايته، إلا انه قد يتقلب الأمر ضده، خصوصاً في حالة قيامه باستثمارات باهظة التكاليف و التي قد تصادف عدم حصوله على تجديد للعقد من المرخص (17).

* المعرفة التقنية أو الفنية : تعد المعرفة الفنية جوهر عقد الامتياز التجاري و الحد الفاصل بين هذا العقد ومجموعة من العقود الأخرى المشابهة له كعقد الترخيص التجاري وعقد التوزيع الحصري بحيث أن التزام المرخص بنقل المعرفة الفنية إلى المرخص له يعد شرطاً و خصيصة لصيقة بعقد الامتياز، وينتج بالتالي عن غياب هذه الخصيصة تحول هذا العقد إلى مجرد عقد توزيع حصري أو عقد ترخيص تجاري (18).

و لقد تم تعريف المعرفة الفنية من خلال مدونة الامتياز التجاري الأوروبية بأنها: " مجموعة من المعلومات و التطبيقات العملية غير المسجلة الناتجة عن التجربة المكتسبة من قبل المرخص و التي تتميز بالسرية والجوهرية و التطابق".

و من خلال التعريف المذكور أعلاه، يمكن القول على أن المعرفة الفنية تحضى بثلاث خصائص و هي:

- السرية : ويراد بها أن المعرفة الفنية في مجملها (سواء في ظاهرها أو مكوناتها) يجب أن تبقى مجهولة لدى العموم أو يستحيل الحصول عليها خارج إطار العلاقات مع مانح الامتياز.

- الجوهرية : و يراد بها أن المعرفة الفنية يجب أن تكون نافعة للمرخص له و ضرورية من اجل إنتاج و عرض المنتجات المقدمة للزبائن.

- التطابق : و يراد به أيضاً أن تكون المعرفة الفنية معرفة بل يجب أن تكون محددة الوصف بشكل كامل و يمكن تحديد عناصرها سواء من خلال عقد الامتياز ذاته أو بمقتضى وثيقة ملحقة. (19).

ثانياً : المزايا :

إذا كان لكل عقد من العقود خصائص و مزايا ينفرد بها دون غيره، فإن لعقد الامتياز التجاري عدة مزايا اقتصادية و قانونية يستفيد منها كل من المرخص و المرخص له (20).

فبالنسبة للمرخص: نجد أن أسلوب الامتياز التجاري يخوله مجموعة من المزايا نوردتها فيما يلي:

* تكوين و تنظيم شبكة من المؤسسات التجارية الحاصلة على الترخيص في زمن وجيز مقابل استثمار محدود (21).

* العمل على تطوير الفكرة العامة للمشروع عن طريق مراقبة شبكة المرخص لهم و توجيهها وفقاً للأهداف المسطرة سلفاً للمشروع.

* خلق قوة اقتصادية مهمة قادرة على خوض غمار منافسة قوية سواء وطنياً أو دولياً.

* هذا الأسلوب يمكن المرخص كذلك من توفير موارده المالية لأجل رصدها في إحداث توسع أفقي في نشاطه التجاري بدلا من إنفاقها على التسيير الإداري و باقي النفقات التي يرمي من خلالها أصحاب المشاريع تحسين آلية عمل منظومتهم الإنتاجية، هذا بالإضافة إلى أن الامتياز التجاري يجنب المرخص مخاطر خسارة أمواله المستثمرة في إحدى المناطق التي منح فيها الترخيص (22).

أما بالنسبة للمرخص له: فإنه يتمتع بمزايا لا تقل أهمية عن تلك التي يستفيد منها المرخص و التي يمكن إجمالها في النقاط التالية.

* يخول هذا الأسلوب للمرخص له - الذي يبقى محتفظا بصفته كتاجر و رب العمل المسير لأموال مؤسسته التجارية- استقلالاً قانونياً عن المرخص، أو بمعنى آخر، فإن المؤسسة التجارية الحاصلة على الترخيص تظل متمتعة في ظل هذا الأسلوب بالاستقلال القانوني عن المؤسسة المانحة للترخيص (الامتياز)، هذا إذا علمنا أنه لا قيام لعقد الامتياز التجاري سواء بين الشركة الأم و فرعها أو بين الفرد و الشركة التي يسيرها (23).

* يستفيد المرخص له في ظل عقد الامتياز التجاري من العلامة التجارية المملوكة للمرخص التي قد حازت على مكانها في السوق و اكتسبت سمعة تجارية لدى العموم و هذا ما يغنيه عن جهد سنوات من أجل ترويج العلامة التجارية وتلميعها في السوق.

* يستفيد المرخص له كذلك من آخر ما توصل إليه المرخص فيما يتعلق بالمعرفة الفنية التي يلتزم بنقلها له و بالعمل على تحيينها وتقديم يد المساعدة التي تمكنه من استغلال هذه المعرفة (21).

المبحث الثالث : أنواع الامتياز التجاري :

يتشكل الامتياز التجاري في أكثر من صورة تتحد جميعها في كونها تنصب على استغلال كل من العلامة التجارية و المعرفة الفنية العائدين للمرخص و الكيفية التي تتم بها مراقبة هذا الأخير للمرخص له.

و عليه، فإن الامتياز التجاري يتخذ في جميع الأحوال ثلاثة أشكال و هي :

* امتياز الإنتاج أو التصنيع : في هذا النوع يتولى المرخص له بنفسه صنع المنتجات الحاملة للعلامة التجارية المملوكة للمرخص وذلك تحت إشراف و توجيه هذا الأخير، و يرتكز هذا الشكل من الامتياز على نقل المعرفة الفنية المتعلقة بصناعة أو تجميع المنتجات من المرخص إلى المرخص له (كمثال لهذا النوع المشروبات الغازية كوكاكولا).

* امتياز التوزيع : في هذا النوع يلتزم المرخص له بالبيع الحصري للمنتجات الحاملة للعلامة التجارية للمرخص و ذلك بمتجر يحمل نفس العلامة، دون أن يكون للمرخص له الحق في التعامل مع منتجين آخرين أو بيع منتجاتهم و يلاحظ أن هذا النوع غالبا ما يرتبط بإعطاء المرخص له حق القصر، أي أن يكون هو الموزع الوحيد لهذه المنتجات في منطقة نشاطه (كمثال لهذا النوع Yves Rocher). (25).

* امتياز الخدمات : في هذا النوع يقوم المرخص له بتقديم مجموعة من الخدمات تحت اسم المرخص و ذلك بواسطة استغلال الاسم التجاري لهذا الأخير مستفيدا في الوقت ذاته من سمعته التجارية و شهرة علامته التجارية لدى

الجمهور، لذلك، فإن المرخص في هذا الشكل من الامتياز عادة ما يلجأ إلى فرض قيود و مراقبة صارمين على المرخص له، و ذلك حتى يحافظ على سمعته التجارية و مكانة خدماته المتميزة (كمثال لهذا النوع (Macdonald). (26).

المبحث الرابع : مقارنة الامتياز التجاري بباقي العقود المشابهة له.

إذا كان عقد الامتياز التجاري - كما سبقت الإشارة إلى ذلك في المقدمة - يمثل إحدى الطرق المستحدثة التي تنضوي تحت لواء عقود التوزيع (27)، فإننا في هذا المقام سنبحث في مكانة هذا العقد بين باقي العقود المشابهة له و إجراء مقارنة فيما بينها و هي على التوالي عقد الترخيص التجاري "La concession commerciale" و عقد التوزيع الحصري "Contrat de distribution exclusive" ثم عقد الشركة "Contrat de Société".

1) مقارنة عقد الامتياز التجاري بعقد الترخيص التجاري :

جدير بالإشارة في هذه النقطة إلى ضرورة التمييز بين مصطلحي الامتياز التجاري والترخيص التجاري، لأن لكل منهما خصوصياته ومقوماته كعقد من عقود التوزيع، لذا ارتأيت إعطاء تسمية الترخيص التجاري - إسوة ببعض الفقه (28) و رفعا لكل لبس أو التباس - لذلك العقد الذي يمنح بمقتضاه أحد طرفيه و هو مانح الترخيص وصاحب العلامة في آن واحد للطرف الآخر - المرخص له - حق التفرد في توزيع و إعادة بيع منتوجاته في نطاق جغرافي معين مقابل التزام هذا الأخير بحصرية التوريد (29) من مانح الترخيص (30).

من خلال التعريف السالف الذكر، يتضح جليا على أن الترخيص التجاري أوسع و أشمل من الامتياز التجاري، هذا الأخير الذي لا يعدو أن يكون سوى تطبيق من تطبيقات الأول، بحيث يمكن القول بأن الامتياز التجاري يحوي بين طياته (أحكامه) القواعد العامة لعقود التوزيع التي يعتبر الترخيص التجاري المصدر الرئيسي لها، هذا بالإضافة إلى بعض الخصوصيات المرتبطة بعقد الامتياز كنقل المعرفة الفنية وما يستتبع ذلك من ضرورة التكوين و المراقبة المستمرين من طرف المرخص لفائدة المرخص له.

وفي ما يلي جدول لأهم الفروق المميزة للعقدين :

الخصائص	الامتياز التجاري	الترخيص التجاري
الاستقلال المالي و القانوني	نعم	نسي
جعالة مباشرة أو غير مباشرة	نعم	نعم
الحصرية الترابية أو حصرية التوريد	غير إلزامي	نعم
نقل المعرفة الفنية	نعم	لا
إلزامية شراء المنتوجات من المرخص أو مانح الامتياز	حسب الاتفاق	نعم
التكوين و المراقبة للمستمرين	نعم	غير إلزامي

2) مقارنة عقد الامتياز التجاري بعقد التوزيع الحصري.

عقد التوزيع الحصري هو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه تاجر بأن يشتري البضائع التي يتاجر فيها من منتج (مورد) معين، دون أن يكون له الحق في التوريد من منتجين آخرين منافسين (31)

و بالنظر إلى مفهوم الحصرية ، نجد أن هناك نوعين :

* **حصرية التوريد :** وهي التي يتناولها التعريف الوارد أعلاه بحيث غالبا ما تكون عبارة عن التزام من جانب واحد و هو جانب التاجر.

* **أما النوع الثاني :** فهو الحصرية الترايبية التي هي - خلافا للنوع الأول - عبارة عن التزام ثنائي الجانبين، يتعهد بموجبه تاجر ببيع ما يورده له المنتج داخل نطاق جغرافي محدد مقابل التزام هذا الأخير بعدم توريد منتجاته في تلك المنطقة لغير التاجر المذكور (32).

وعليه، فبالرغم من كون كل من عقد التوزيع الحصري و عقد الامتياز التجاري يتحدان في الحصرية بنوعيهما، إلا أن هذه الأخيرة لا تدخل في جوهر عقد الامتياز، وبالتالي يمكن الاستغناء عنها، بخلاف عقد التوزيع الحصري الذي تعد فيه الحصرية شرطا جوهريا، يوجد العقد بوجوده وينعدم بانعدامه، فالحصرية في العقد الأول بمثابة المعرفة الفنية في العقد الثاني، إذ كلاهما ضروري لقيام العقدين.

بالإضافة إلى ما سلف ذكره، فإن في كل من العقدين يتمتع الأطراف باستقلالية مالية وقانونية، كما أنه فيما يتعلق بعقد التوزيع الحصري - كما هو الحال بالنسبة للترخيص التجاري - يكون محل العقد توريد البضائع و السلع الجاهزة والمصنعة هذا بخلافه في عقد الامتياز التجاري حيث يتولى المرخص له شخصا - في كثير من الأحيان - السهر على تصنيع أو إكمال تصنيع وإنتاج نفس منتجات المرخص و ذلك تحت إشراف و توجيه هذا الأخير، و ذلك بواسطة استغلال المعرفة الفنية و المساعدة التقنية و العلامة التجارية العائدة ملكيتها جميعا للمرخص.

3) مقارنة عقد الامتياز التجاري بعقد الشركة :

لقد عرف المشرع عقد الشركة من خلال الفصل 982 من قانون الالتزامات و العقود بأنه " عقد يضع بمقتضاه شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أوهما مع فتكون مشتركة بينهم بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها".

وبالرجوع إلى مكونات عقد الشركة سنجد على أنها تلتقي مع عقد الامتياز التجاري في بعض النواحي كما تختلف عنه في مناحي أخرى، ذلك أن عقد الامتياز يؤسس في حقيقة الأمر لشراكة وتعاون بين طرفيه، مما يمكن معه القول بأن هذه الشراكة، قد ترقى في العديد من الأحيان إلى مستوى شركة بفعل الواقع (33)

و في ما يلي ابرز الفروق المميزة بين العقدين :

أولا : بالنسبة للاستقلال المالي و القانوني: يمكن القول على أن المتعاقدين في عقد الشركة لا يتمتعون بالاستقلال المالي و القانوني لكون المقصد الأساسي و الرئيسي من هذا العقد هو جعل الأموال المساهم بها مشتركة قصد خدمة الهدف الذي أنشأت من أجله الشركة إلا و هو تقسيم الأرباح، في حين أن المتعاقدين في عقد الامتياز التجاري يبقيان محتفظان بالاستقلالية المالية و القانونية.

ثانيا : بالنسبة للآثار القانونية: إن عقد الشركة يرتب آثارا قانونية قد ينفرد بها دون باقي العقود الأخرى ألا وهي خلق شخصية معنوية (اعتبارية) وما يتمخض عن ذلك من نشوء ذمة مالية مستقلة وجنسية وموطن خاصين بالشركة، في حين أن عقد الامتياز يبقى كل من المرخص و المرخص له في إطار مؤسستين تجاريتين مستقلتين عن بعضهما البعض.

ثالثا : بالنسبة لإجراءات الشهر: إن عقد الشركة قد ينشأ شخصية معنوية مستقلة تماما عن المتعاقدين، لكن هذه الشخصية لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الأغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر في السجل التجاري وفقا للشكليات المتطلبه قانونا، في حين أن عقد الامتياز التجاري لا يتطلب إشهارا من نوع خاص، إذ أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 157 من قانون حماية الملكية الصناعية و التي عدلت بموجب القانون 05-31 الصادر تاريخ 2006/02/14، سيتضح على أنها قد استثنت عقود تراخيص استغلال العلامات التجارية من التسجيل بالسجل الوطني للعلامات و ذلك بخلاف باقي العقود التي تنقل أو تغير بموجبها الحقوق المرتبطة بعلامة مسجلة و التي توجب فيها عملية التسجيل بالسجل المذكور لكي يتأتى الاحتجاج بها على الأغير.

المبحث الخامس : تكييف عقد الامتياز التجاري وفقا للقانون المغربي :

بالنظر إلى ما تمت الإشارة إليه في معرض تعريف عقد الامتياز التجاري من كون المشرع المغربي لم ينظم هذا العقد أو غيره من عقود التوزيع (34)، لذلك فإنني آثرت إخضاع عقد الامتياز التجاري إلى قواعد بعض العقود وذلك تبعا لمضمون كل عقد وشروطه و هي كالآتي:

أولا : الترخيص في استغلال العلامة التجارية :

تعتبر العلامة التجارية (35) من أبرز و أهم العناصر الجوهرية التي يتم التعاقد عليها بين طرفي عقد الامتياز، حيث يتم بموجب هذا التعاقد منح ترخيص لفائدة المرخص له يهتم استغلال العلامة التجارية المملوكة للمرخص.

ولقد تم تنظيم هذا التصرف القانوني في التشريع المغربي بموجب القانون المتعلق بحماية الملكية الصناعية و التجارية رقم 17/97 و ذلك من خلال مقتضيات المادة 156 و التي تنص على ما يلي "يمكن نقل جميع الحقوق المرتبطة بعلامة مسجلة.

يمكن أن يمنح في شأن مجموعها أو بعضها ترخيص بالاستغلال يكتسي أو لا يكتسي طابعا استثنائيا".

وعليه، يمكن من خلال هذه المادة استنباط مجموعة من المبادئ و هي :

- إن منع المرخص له حق استغلال العلامة التجارية لا يخوله حق تملكها (36).

- أن الترخيص باستغلال العلامة التجارية ذو الطابع الاستثنائي يمنع مالك العلامة من استغلال هذه الأخيرة لحسابه، كما يمنعه من منح تراخيص بالاستغلال إلى الغير على نفس العلامة بالنسبة لنفس المنتجات أو الخدمات على نفس الإقليم (37)

- إن المرخص له ملزم باستغلال العلامة التجارية تفاديا لإسقاط الحق عليها (38).

- إن الترخيص باستغلال العلامة التجارية كتصرف قانوني يجب أن يتم كتابة تحت طائلة البطلان (39).

ثانيا : نقل المعرفة الفنية :

سبق القول على أن المعرفة الفنية هي عبارة عن مجموعة من المعلومات والتطبيقات العملية الناتجة عن التجربة المكتسبة من قبل المرخص و التي تتميز بالسرية و الجوهرية و التطابق.

وحيث إنه لما كان المرخص هو المالك الشرعي للمعرفة الفنية، فإن التزامه مع ذلك بنقل أو تمكين المرخص له من هذه المعرفة لا يكون الهدف منه سوى تمكين المرخص له من استغلال الترخيص الممنوح له خلال مدة العقد.

لأجل ذلك، فإن المرخص و بمجرد انتهاء مدة عقد الامتياز التجاري يسترجع هذه المعرفة الفنية بل أنه يتمتع بحق إجبار المرخص له على التخلي عنها و إلزامه بالحفاظ على سريتها حتى بعد انتهاء عقد الامتياز التجاري.

و عليه، فإن تمكين المرخص له من المعرفة الفنية يمكن عده بمثابة تأجير لهذه المعرفة، فتطبق عليها بالتالي أحكام إجارة الأشياء المنصوص عليها في قانون الالتزامات و العقود الفصول من 627 إلى 699.

ثالثا : تقديم المساعدة التقنية :

يمكن القول بان المساعدة التقنية هي التي تهدف إلى تنمية قدرة المرخص له على مباشرة النشاط التجاري موضوع عقد الامتياز بما فيها الشؤون الإدارية و الإعلامية و التسويقية (تدريب موظفي المرخص له، توحيد التسيير الإداري لشبكة المرخص إلى غير ذلك) (40)

لذلك، فإن التوصيف القانوني لهذا التصرف هو ذلك الذي يندرج في إطار عقد المقاوله و الذي يخضع في قواعده إلى إجارة الصنعة المنصوص على أحكامها في قانون الالتزامات و العقود من الفصول 723 إلى 780.

وخلافا لهذه المحاولة المتواضعة لإخضاع عقد الامتياز التجاري لمقتضيات القانون المغربي، فإنه بالاطلاع على مذهب القضاء المغربي بهذا الصدد، سنجد على أنه أعطى لهذا العقد خصائص مميزة لا توجد في العقود التجارية المنصوص عليها في مدونة التجارة، حيث نص المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) على ما يلي: " يجب على قضاة الموضوع تكييف العقد الذي يعتبر شريعة المتعاقدين، لكن يمتنع تأويل ألفاظه إذا كانت صريحة. أن الاتفاق الذي تنص بنوده على قيام أحد الطرفين بتعيين الطرف الأخر كشركة للقيام بصفة حصرية بترويج وبيع منتوجاته ذات العلامة التجارية المميزة بالمغرب مقابل تعهد هذه الأخيرة بعدم بيع منتوجات مشابهة أو منافسة لها، لا يشكل من حيث طبيعته عقد الوكالة تجارية و لا عقد الوكالة المبرمة لمصلحة الطرفين المشتركة.

إن ذلك الاتفاق بشكل عقد بيع و شراء المنتوجات المبينة فيه من أجل إعادة بيعها بالمغرب يرتب التزامات متقابلة على عاتق الطرفين أحدهما بالاقتضارية الثاني بالمساعدة من أجل التعريف بالمنتوج لمصلحة الطرفين... " (41).

الفصل الثاني : التزامات طرفي عقد الامتياز التجاري :

سبق الحديث في معرض خصائص عقد الامتياز التجاري على أن هذا الأخير من العقود الملزمة للجانبين و التي ترتب التزامات متقابلة بين طرفيها، ذلك ما سنحاول تبيانه من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول: التزامات المرخص (مانح الامتياز):

أولا: الالتزام بالإعلام والتصبير:

يأتي التزام المرخص هذا قبل إبرام عقد الامتياز التجاري، أي خلال مرحلة ما قبل التعاقد، مفاده أن المرخص (مانح الامتياز) يقع على عاتقه تقديم وثيقة تعريفية عن المشروع محل عقد الامتياز إلى المرخص له تضم التفاصيل الكاملة والدقيقة عن النشاط التجاري المزمع منح الترخيص بصدده.

ولقد تم التنصيص على هذا الالتزام في القانون الفرنسي من خلال قانون دوبان (La Loi Doubin) (42) الذي نصت مادته الأولى على ما يلي: " كل شخص وضع رهن إشارة شخص آخر اسم تجاري، علامة... ملزم بتقديم وثيقة معلومات جدية للطرف الآخر قبل عشرين يوما على الأقل من تاريخ إبرام العقد..." (43).

و يجب أن تتضمن هذه الوثيقة المعلومات التالية:

* العنوان أو المقر الاجتماعي الخاص بالمرخص (مانح الامتياز) مع الإشارة إلى طبيعة نشاطه التجاري و الشكل القانوني الذي تتخذه مقاولته مع بيان بكامل المعلومات المتعلقة بصاحب المقولة إذا كان شخصا طبيعيا أو اسم المسير إذا كان شخصا معنويا بالإضافة إلى تحديد رأسمال المؤسسة المألحة للامتياز.

* رقم القيد بالسجل التجاري للمؤسسة المألحة للامتياز، أو رقم القيد بمجدول المهن أو الحرف بالإضافة إلى رقم التسجيل بالسجل الوطني للعلامات التجارية.

* أماكن الدفع المصرفية (البنكية) الخاصة بمانح الامتياز.

* تاريخ إنشاء مؤسسة مانح الامتياز مع الإشارة إلى نبذة عن مراحل تطورها و الخبرة المكتسبة، بالإضافة إلى بيان معلومات عن شبكة الامتياز التابعة للمرخص (مانح الامتياز) مع التعريف بباقي المرخص لهم و مناطق نفوذهم.

* مشروع العقد المزمع إبرامه بين الطرفين (بما في ذلك مدته وشروط تجديده ونسخه و إلغائه) (44).

ثانيا: الالتزام بنقل المعرفة الفنية:

تأكيدا لما تم ذكره في معرض بحث ماهية المعرفة الفنية كخصيصة من خصائص عقد الامتياز التجاري، فإن هذه المعرفة تعتبر من أهم العناصر الأساسية و الجوهرية لقيام هذا العقد الذي يوجد بوجودها وينعدم بانعدامها (45).

وعلى الرغم من كون المعرفة الفنية كمفهوم يلقي صعوبات همة في ضبطه وتحديد كنهه، إلا أنه يمكن القول بأن هذا المفهوم يتميز بشيئته وتعدد أوجهه وطرق تنفيذه (46)

و تجدر الإشارة إلى وجوب تضمين عقد الامتياز التجاري بيانا كاملا بعناصر المعرفة الفنية وتوابعها التي ستشملها عملية النقل إلى المرخص له (كالتصاميم و التعليمات و دراسات الجدوى...).

و لما كان الالتزام بنقل المعرفة الفنية إلى المرخص له من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المرخص، فإن القضاء الفرنسي قد منح للمرخص له الحق في مطالبة المرخص (مانح الامتياز) بالتنفيذ الجبري لهذا الالتزام وذلك عبر

سلوكه لدعوى قضائية، أما في حالة امتناع المرخص عن التنفيذ فيمكن حينئذ للمحكمة الحكم بفسخ عقد الامتياز التجاري مع ما يمكن إن يترتب عن ذلك من أحقية لجوء المرخص له إلى المطالبة بالتعويض إذا كان له محلا (47).

ثالثا: الالتزام بتقديم المساعدة التقنية.

بمقتضى هذا الالتزام يلتزم المرخص بتقديم مجموعة من المعلومات والنصائح التقنية الضرورية لحسن سير النشاط التجاري موضوع الترخيص إلى المرخص له.

وتنقسم المساعدة التقنية إلى نوعين:

أ- مساعدة مادية:

وهي التي تشمل على سبيل المثال لا الحصر الوسائل التالية:

- الكتيبات الإرشادية و التصاميم التي تحتوي على طريقة الاشتغال و الأساليب التي يجب على المرخص له إتباعها واستخدامها طوال مدة العقد (48)

- برامج الحاسوب المنظمة لطرائق العمل وأساليبه المتعمدة من طرف المرخص.

ب- مساعدة غير مادية:

وهي التي تشمل الوسائل التالية:

- تنظيم دورات تدريبية منتظمة لأطر وعمال المرخص له.

- القيام بجملات دعائية لفائدة المرخص له وللمنتجات موضوع عقد الامتياز التجاري.

- تقديم استشارات قانونية وإدارة قسم منازعات موحد بالنسبة لجميع أعضاء شبكة مانح الامتياز (49).

و على العموم، فإن المساعدة التقنية التي يلتزم المرخص بتقديمها إلى المرخص له هي تلك التي تحدد بموجب العقد و هي التي يسأل المرخص (مانح الامتياز) عن تقصيره في حدود ما هو منصوص عليه منها في هذا العقد (50).

رابعا: الالتزام بتمكين المرخص من استغلال العلامة.

لقد عرف المشرع المغربي العلامة بأنها: " كل شارة قابلة للتجسيد الخطي تمكن من تمييز منتجات أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي " (م 133 من قانون الملكية الصناعية)

كما تم تقسيم العلامة إلى ثلاثة أنواع و هي:

- علامة الصنع و هي التي يميز بها الصانع منتجاته الصناعية.

- علامة الخدمة و هي التي يميز بها صاحب الخدمة خدماته و يظهر بها أمام الجمهور.

- علامة التجارة وهي التي يضعها التاجر على البضائع و السلع التي يسوقها (51) هذا النوع الأخير هو الذي يهمننا في هذا المقام إذ غالبا ما تقوم العلامة التجارية محل العلامتين الأخرتين.

وعليه، فإن التزام المرخص (مانح الامتياز) بتمكين المرخص له من استغلال العلامة التجارية لا يقل أهمية عن التزامه بنقل المعرفة الفنية أو تقديم المساعدة التقنية، إلا أنه لا يمكن للمرخص الوفاء بالتزامه هذا إلا إذا كان مالكا فعليا و قانونيا للعلامة التجارية موضوع الترخيص بالاستغلال.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد ذهب بهذا الصدد إلى القول بأن وضع المرخص للعلامة الفارقة رهن إشارة المرخص له يعد من الشروط الجوهرية لقيام عقد الامتياز التجاري وهذا يفرض بشكل بديهي تملك المرخص لهذه العلامة (52).

خامسا: الالتزام بالبيع الحصري و الحصرية الترابية.

ومقتضى هذا الالتزام هو أن يتمتع المرخص عن ممارسة البيع أو التجارة ضمن النطاق الجغرافي المسموح به لصاحب الامتياز (المرخص له)، وهو الأمر الذي يمنح لهذا الأخير حقا استثنائيا في استغلال الامتياز داخل إقليم معين.

و للإشارة فإن التزام المرخص بهذه الحصرية الترابية لا يقف عنده، بل يتعداه ليمتد إلى أي أحد من الأغيار الذين حصلوا على ترخيص مماثل (53).

المبحث الثاني: التزامات المرخص له.

أولا: الالتزام بأداء واجبات الانخراط و الأقساط الدورية.

و مقتضى هذا الالتزام أن يلتزم المرخص له بدفع المبالغ المتفق عليها مع المرخص (مانح الامتياز)، بحيث يتم أثناء تقدير هذه المبالغ مراعاة مجموعة من الأمور من بينها القيمة الحقيقية للعلامة ومدى شهرتها و حجم المعرفة الفنية و ماهيتها و سمعة شبكة المرخص (54).

و يمثل التزام المرخص له بهذا الخصوص تجسيد للتبعية الاقتصادية بين هذا الأخير و المرخص (أي أن الأول تابع اقتصاديا للثاني)، هذه التبعية التي يمكن ترجمتها إلى نوع من انعدام الاستقلالية الاقتصادية للمرخص له، حيث ذهب القضاء الفرنسي بهذا الصدد إلى إقرار هذه التبعية مشددا على أن أي خرق لها يؤدي إلى إلغاء العقد (55).

و تعد المبالغ المؤداة إلى المرخص بمثابة مقابل لاستغلال المرخص له للعلامة التجارية و ما يستتبعها من معرفة فنية، و هي في حقيقة الأمر تنقسم إلى نوعين:

- النوع الأول: المقابل الثابت: وهو الذي يدفع من طرف المرخص له أثناء توقيع العقد و يطلق عليه واجب الانخراط أو رسم الدخول "Droits d'entrée" في شبكة مانح الامتياز (56) من خصائصه: أنه يكون محددا مسبقا و بشكل ثابت.

- النوع الثاني: المقابل المتغير أو النسبي: و هو الذي يؤدي بشكل دوري أثناء فترة سريان العقد ويتم حسابه تبعا لنسبة و حجم المبيعات المحققة وذلك بأعمال نسبة مئوية متفق عليها (57).

ثانيا : الالتزام باحترام نظم و قواعد عمل المرخص.

كنتيجة لموافقة المرخص (مانح الامتياز) على منح المرخص له (صاحب الامتياز) حق استثمار الاسم التجاري و العلامة الفارقة و المعرفة الفنية إلى غير ذلك، فإنه و بالمقابل يقع على عاتق المرخص له الالتزام باحترام قواعد و نظم المرخص.

و تشمل هذه القواعد و النظم ما يلي :

* المحل التجاري (موقعه، تجهيزاته، إدارته): و يقتضي أن يلتزم المرخص له بالموقع الجغرافي المتفق عليه لإقامة المشروع (58) بما في ذلك احترام نمط التجهيز و إدارة المؤسسة حسب النظام المحدد من طرف المرخص مع السماح لهذا الأخير بتفتيش مؤسسة المرخص له و الإطلاع على جميع المعلومات من الحفاظ على المستوى المطلوب أداءه لفائدة زبائنه(59)..

* فريق عمل المرخص له: يهتم كفاءة العاملين و تقيدهم بطرائق عمل مانح الامتياز و خضوعهم للتدابير المنظمة من طرف هذا الأخير.

* الإشهار: و يشمل تنظيم حملات دعائية و الدفاع عن السمعة التجارية أو صورة العلامة لدى الجمهور و عدم تعريضها للتشويه، هذا بالإضافة إلى الحرص على طرق عرض السلع و الخدمات (60).

ثالثا : الالتزام بالمحافظة على السرية.

وهو نفس الالتزام الملقى على عاتق باقي أعضاء الشبكة المكونة من المرخص لهم، أن الأمر يتعلق هنا بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية (61) التي ينقلها المرخص (مانح الامتياز) إلى المرخص له، إذا غالبا ما يتم تحديد هذا الالتزام في عقد الامتياز التجاري، لدرجة أن بعض العقود يتم فيها تحديد الأشخاص الذين يمكن للمرخص له البوح لهم بالمعرفة الفنية.

وتجدر الإشارة أن هذه الحماية التي تحظى بها المعرفة الفنية قد تتعدى فترة سريان العقد إلى ما بعد انتهائه، حيث يلتزم المرخص له بالحفاظ على السرية التامة.

و عليه، فإن هذه السرية تشمل جميع الوسائل التي تمكن المرخص له من إنتاج أو توزيع منتجات المرخص، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: المستندات براءة الاختراع، و الأساليب أو الطرق التي تبين كيفية إنتاج المنتجات موضوع عقد الامتياز و على العموم، فإن السرية تشمل كل ما من شأن إفشائه للغير أن يلحق الضرر بالمؤسسة مألحة الامتياز (62).

رابعا : الالتزام بحصرية التوريد و التمون.

إن إدراج مثل هذا الشرط في العقد لمن شأنه أن يرتب التزام المرخص له بالتمون الحصري من المرخص (مانح الامتياز)، بحيث لا يمكن للمرخص له شراء السلع أو المواد الأولية المعدة للتصنيع من الأغيار.

و يأتي هذا الالتزام كمقابل لالتزام المرخص بالحصرية الترابية المذكورة ضمن التزامات هذا الأخير.

و نجد أن التزام المرخص له بالتوريد أو التمون من مانح الامتياز إما أن يكون كاملاً أو مقتصر على بعض السلع وذلك وفقاً للتفصيل التالي :

أ- الالتزام بالتوريد الحصري الكامل : ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في الحالة التي تكون فيها المنتجات الموزعة من طرف مانح الامتياز معدة لإعادة بيعها كما هي، أي إنها منتجات جاهزة للاستهلاك المباشر (63).

ب- الالتزام بالتوريد الحصري المقتصر على بيع السلع : وهو الذي يتم اللجوء إليه في الحالة التي يشمل فيها الترخيص بتصنيع و إنتاج السلع من طرف المرخص له، بحيث يضمن العقد بقائمة مواد معينة يجب توريدها من مانح الامتياز مع بقاء حرية المرخص له في التمون بالنسبة لمواد أخرى من أي مورد آخر (64).

خامساً : الالتزام بعدم تسويق منتجات منافسة.

إن هذا الالتزام الملقى على عاتق المرخص له يقتضي من هذا الأخير الامتناع عن عرض و بيع منتجات منافسة لتلك التي ينتجها مانح الامتياز، وهذا أمر منطقي جداً، إذ لا بد للمرخص من إدراج هذا الشرط و ذلك لحماية منتجاته و الحفاظ على صورة العلامة لدى الجمهور و كذا سمعته التجارية المرتبطة بشبكة التوزيع ككل (65).

إلا أنه يمكن التخفيف من حدة هذا الالتزام و ذلك بالسماح للمرخص له بعرض و بيع بعض المنتجات غير المنافسة، حتى و لو لم تكن ضمن منتجات العلامة التجارية للمرخص (66).

و يمكن القول بأن التزام المرخص له بعدم تسويق المنتجات المنافسة يستتبعه بالضرورة التزام ضمني و هو المتعلق بتسويق منتجات مانح الامتياز و ذلك وفقاً لتفصيل الآتي :

- بدل عناية جديده و منتظمة بالمنتجات محل عقد الامتياز.
- ضرورة حرض المرخص له على الزيادة في رقم المبيعات.
- ضرورة المحافظة على جودة المنتجات المقدمة إلى المستهلك (67).

الفصل الثالث : انتهاء عقد الامتياز التجاري وآثاره.

كباقي العقود الزمنية، فإن الامتياز التجاري قد تأتي عليه لحظة من اللحظات ينقضي خلالها، فيصبح أثراً بعد عين، إلا أنه يمكن القول بأن هذا العقد ينقضي لعدة أسباب و ذلك تبعاً لما إذا كان محدد المدة أو غير محدد المدة.

وعليه، فإن تناولنا لانقضاء عقد الامتياز التجاري يقتضي بحث أسباب الانقضاء (المبحث الأول) ثم التطرق إلى الآثار المترتبة عن هذا الانقضاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول : أسباب انقضاء الامتياز التجاري :

أولاً : بالنسبة للعقد المحدد المدة :

يعد حلول الأجل من أهم أسباب انقضاء عقد الامتياز التجاري، ذلك أن القاعدة في العقود المحددة المدة هي تلك التي تقتضي أن ينقضي العقد بانقضاء المدة المتفق عليها بين طرفيه.

و لقد سبقت الإشارة في إطار خصائص عقد الامتياز على أن هذا الأخير من العقود الزمنية، إلا أنه و في ظل عدم تحديد التشريع لأدنى أو أقصى مدة لهذا العقد، سنجد على أن القضاء الفرنسي قد تدخل في هذا الإطار فذهب إلى القول بأن مدة الامتياز التجاري يجب ألا تتجاوز عشرة أعوام و إلا جاز الحكم بإبطاله (68)

و يمكن لطرفي هذا العقد الاتفاق (أثناء صياغته) على إمكانية تجديد العقد شريطة احترام الشكليات المتطلبية قانونا كضرورة قيام الطرف الراغب في التجديد بتوجيه إشعار بذلك إلى الطرف الآخر قبل انتهاء المدة المقررة (69) إلا أنه و في حالة رفض مانح الامتياز للتجديد- رغم التنصيص على هذا الحق في العقد- فإنه يبقى من حق المرخص له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر (70)

ثانيا : بالنسبة للعقد غير المحدد المدة :

يتمتع كل طرف من طرفي عقد الامتياز بالحق في وضع نهاية للعلاقة التعاقدية وذلك عبر ممارسة حق الإنهاء الأحادي الجانبي (71) شريطة أن يوجه الطرف الراغب في إنهاء هذا العقد إشعارا بذلك للطرف الآخر بوقت كاف ومناسب قصد إعطائه فرصة لترتيب أموره وتدبير نشاطه التجاري خلال فترة ما بعد انتهاء العقد (72)

هذا وتجدر الإشارة إلى إمكانية لجوء الطرف المتضرر من هذا الإنهاء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار (73)

و يتخذ إنهاء العقد شكلين بارزين ومتميزين وهما :

أ- الفسخ : ويقصد به انتهاء العقد قبل تنفيذه بسبب إخلال أحد طرفيه بالالتزام الملقى على عاتقه، و الأصل في الفسخ أن يكون بحكم القضاء (74)

و تطبيقا لما ذكر أعلاه، فإن الفسخ قد يترتب عن إخلال أحد المتعاقدين في عقد الامتياز التجاري بالالتزامات الملقاة على عاتقه، هذا وقد يتم تضمين العقد بمجالات يمكن فيها لكل طرف الحق في المطالبة بالفسخ (75)

ب - الإبطال : العقد القابل للإبطال هو ذلك العقد الذي له وجود قانوني إلى أن يتقرر إبطاله، كما أن حق المطالبة بالإبطال لا يتقرر إلا لصالح أحد المتعاقدين و ليس لكليهما (76)

و عليه، فإنه يمكن لأحد المتعاقدين في عقد الامتياز التجاري المطالبة بإبطال العقد- وغالبا ما يكون هو المرخص له- وذلك في بعض الحالات نذكر منها على سبيل المثال :

* حالة صدور غش أو تدليس من قبل مانح الامتياز.

* حالة غياب سبب العقد كان يتم التعاقد في ضل عدم وجود العلامة أو الشهرة اللازمة لمؤسسة المرخص (مانح الامتياز).

* عدم تحديد أسعار السلع أو الخدمات موضوع عقد الامتياز (77).

ثالثا: أسباب أخرى لانقضاء عقد الامتياز التجاري :

و على العموم، فإن عقد الامتياز التجاري قد ينقضي بذات الأسباب التي تنقضي بها العقود عموما، فبالإضافة إلى الفسخ و الأبطال و انتهاء المدة المحددة، سنجد أن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى هذا الانقضاء كاستحالة التنفيذ لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين كما هو الشأن في حالة القوة القاهرة، كما ينتهي هذا العقد أيضا بوفاة أحد طرفيه أو في حالة إفلاس المرخص (78) إلى غير ذلك.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن انتهاء عقد الامتياز التجاري :

يترتب عن انتهاء عقد الامتياز التجاري عدة آثار تتجه في مجملها نحو حماية كل من المرخص و المرخص له خلال فترة ما بعد انتهاء هذا العقد.

أولا: بالنسبة للمرخص (مانح الامتياز):

إن عقد الامتياز التجاري ليس كباقي العقود التجارية الأخرى، إذ يستمر في إحداث مجموعة من التأثيرات على طرفيه حتى بعد انتهائه، وذلك نظرا لكون محل هذا العقد يستند على عناصر مشمولة بالحماية القانونية و طنيا و دوليا، فنجد من بين هذه الآثار ما يلي:

(1) حول سرية المعرفة الفنية :

إن السرية التي تميز المعرفة الفنية هي التي تجعلها محل حماية قانونية و تعاقدية ، ذلك أنه غالبا ما يلجأ المرخص إلى إلزام المرخص له بالامتناع عن إفشاء مبادئ وأساليب الصنع وما تم نقله إليه من عناصر المعرفة الفنية، بحيث يمتد هذا المنع سواء خلال فترة سريان العقد أو حتى بعد انتهائه.

(2) حول حماية عناصر عقد الامتياز التجاري :

لما كان من الشبه مستحيل نزع ما تلقنه المرخص له من أسرار تخص المعرفة الفنية من ذهنه و أفكاره، فإن حماية حقوق المرخص بعد انتهاء العقد تقتضي إلزام المرخص له بالامتناع عن استغلال جميع عناصر عقد الامتياز التجاري بما في ذلك العلامة و المعرفة فنية و طرق المساعدة التقنية وذلك بمجرد انتهاء العقد (79)

ولقد تم الاهتداء إلى حل قانوني - و لو أنه مؤقت - حيث يتم تضمين عقد الامتياز بشرط عدم المنافسة الذي يمنع بموجبه المرخص له من إقامة نشاط منافس لنشاط المرخص في بقعة جغرافية معينة و مدة زمنية محددة (80)

(3) حول مصير البضاعة المكدسة لدى المرخص له :

عند انقضاء عقد الامتياز التجاري يبرز إشكال متعلق بمصير البضاعة المكدسة لدى المرخص له (81) لكن الأمر لا يخلو من فرضيتين:

أولاهما: هي حالة الاتفاق بمقتضى العقد على إلزام المرخص له بإرجاع البضائع المتبقية لديه إلى المرخص، و في هذه الحالة لا يلتزم المرخص له بإرجاع البضائع فقط بل حتى المواد المصنعة أو القابلة للتصنيع التي سبق لمانح الامتياز أن زوده بها بالإضافة إلى أجهزة التصنيع و العرض و الوثائق المتعلقة باستغلال الترخيص (82).

أما ثانيهما: فهي الحالة التي يتفق فيها المرخص والمرخص له على أن يستمر هذا الأخير في تسويق هذه المنتجات و البضائع المتبقية لديه و ذلك خلال مدة زمنية محددة أو خلال مدة كافية تقدر بتلك التي كان يستغرقها -إبان سريان العقد - في التسويق (83).

ثانيا : بالنسبة للمرخص له :

يعتبر الحرمان من الزبائن بسبب انتهاء عقد الامتياز التجاري وكذا الالتزام بشرط عدم المنافسة من أهم و أبرز الآثار المؤثرة بشكل جدي ومباشر على المرخص له، و هو الأمر الذي يبرر استحقاق هذا الأخير لتعويض عادل يوازي مجموع الأضرار التي لحقت من جراء انقضاء العقد.

ولقد علل بعض الفقه مذهب بهذا الخصوص بما قد يتكبده المرخص له من خسائر فادحة بسبب الاستثمارات الضخمة و الأموال الطائلة التي تم ضخها في المشروع و التي من المفترض أن تستغرق مدة من الزمن قبل أن تعطي أكلها(84).

ختاما، يمكن القول بأن عقد الامتياز التجاري هو عقد مبتكر جاء كنتاج لتطور التجارة الدولية. ونظرا للارتباط الوثيق بين الاقتصاد المغربي و نظيره الأوروبي على الخصوص والدولي عموما، فإن الحاجة تبدو جد ملحّة من أجل إسراع المشرع المغربي بتقنين عقود التوزيع التي يعد الامتياز التجاري تطبيقا من تطبيقاتها وذلك أسوة بالمشرع التونسي الذي أصدر القانون رقم 69 لسنة 2009 المتعلق بتجارة التوزيع.

الهوامش :

(1) هو فرع من العلوم الاقتصادية الذي يهتم بدراسة أنظمة السوق و تقنيات انتقال و إيصال المنتجات السلعية أو الخدماتية و المستهلك النهائي. نقلا عن القاموس القانوني باب "Marketing" الأساتذة النجار و بدوي و شلال الطبعة الرابعة 1995.

(2) في حقيقة الأمر إن عقد الامتياز التجاري ينصب على العلامة التجارية بالدرجة الأولى على أنه هناك فرق بين المصطلحين من الناحية القانونية، بحيث يهدف الاسم التجاري إلى تمييز مقولة تجارية عن سواها من المقاولات المشابهة لها، في حين أن العلامة التجارية تهدف إلى تمييز المنتجات و الخدمات المقدمة من طرف المقولة. في هذا الشأن و للتوسع انظر دراسات في القانون التجاري المغربي للأستاذ الدكتور بنسي الجزء الثاني ص 57.

(3) انظر "L'image de marque" H. Moccioni. Droit de Poche P:16 Collection Economica

(4) و هي التي يرمز لها اختصارا بالرمز "FEF".

(5) نفس المرجع السابق "L'image de marque" ص 16.

(6) من الجدير بالذكر أن جل عقود الامتياز التجاري المبرمة على المستوى الدولي تتجه في مضمونها و شروطها نحو أعمال الطرق البديلة لتسوية المنازعات كالتحكيم، فبتعدد بذلك عن اللجوء إلى القضاء في حالة نشوب خلاف بين المرخص و المرخص له حول تطبيق بنود العقد، وهذا ما يفسر قلة الاجتهادات القضائية المتعلقة بعقد الامتياز التجاري على الأقل بالنسبة للمغرب.

(7) كالمشرع الكويتي على سبيل المثال، انظر دراسة تحت عنوان: "أهم المشاكل العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري" محمود أحمد الكندري، مجلة الحقوق العدد 4 السنة 24 ديسمبر 2000 ص 91 و ما بعدها.

(8) كالتشريعات الأوروبية (الاتحاد الأوروبي و بريطانيا) و الولايات المتحدة الأمريكية.

(9) في غياب نص قانوني منظم الامتياز التجاري يمكن اعتبار المشرع المغربي من ضمن التشريعات الآخذة بهذا الاتجاه و ذلك إذا أخذنا بعين الاعتبار بعض العقود التي يمكن إدراج الامتياز التجاري تحت إطارها و خصوصا تلك المنصوص عليها في مدونة التجارة والتي ستطرق لها ولرأي القضاء فيها وذلك في معرض الحديث عن تكييف الامتياز التجاري وفقا للقانون المغربي.

(10) هذه ترجمة شخصية غير رسمية، وهذا نص التعريف الأصلي باللغة الفرنسية منقول عن مدونة أخلاقيات الامتياز التجاري :

Code de déontologie de la franchise" " La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de service et/ou technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte à utiliser l'enseigne et/ou La marque de produits et/ou se servies; le savoir faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit. www.franchise.EFE.com

(11) نقلا عن بحث: " أهم المشاكل التي يواجهها عقد الامتياز التجاري المرجع السابق ص 94.

(12) أي بين الشركة الأم و الشركة الفرع.

(13) سنتحدث عن المعرفة التقنية أو الفنية كمصطلح وكمفهوم في معرض ذكرنا الخصائص المميزة لعقد الامتياز التجاري.

(14) انظر F.C. Dutilleux et P. Delebecque P899 Précis (les contrats civils et commerciaux)

Dallez 2002 (le franchisage) P Le Tourneau. Collection Droit de poche Economica 1994.

(15) عقود الامتياز التجاري لما جد عمارة النهضة العربية طبعة 1992 ص 15 نقلا عن بحث: "أهم المشاكل العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري (المرجع السابق).

(16) Com. 7 Avril 1992 Bell , n° 154 Rev. Trim. drciv 1992 / 759 obs. Mestre

(17) Manuel droit commercial. A. Jouffret 23 Ed Par J Mestre P 541

(18) (Les contrats civils et Commerciaux) op.c

(19) قد يقع بعض اللبس بين مصطلح المعرفة الفنية و المعرفة التقنية و المساعدة التقنية، إلا أن بعض الفقه قد ذهب في حل هذه الإشكاليات إلى القول بأن المعرفة الفنية تتجاوز المساعدة التقنية، بحيث تعتمد بالإضافة إلى الأساليب و الوسائل أو الطرق المعتمدة، إلى الخبرة الشخصية التي يتمتع بها الشخص الحائز لهذه السرية من المعرفة التي لا يمكن نقلها إلا من خلاله شخصيا ، انظر عقد الفزانشايز لنعيم مغبغب منشورات الحلبي الحقوقية ط 1 2006 ص 98.

(20) أهم المشاكل العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري - المرجع السابق، و "La franchise" عرض مقدم بالفرنسية من طرف الطالب بوناصر أحمد، جامعة ابن زهر - المدرسة الوطنية للتجارة و التسيير 2002/2001.

انظر كذلك : les contrats civils et commerciaux op.cit. P 901

(21) " Droit des affaire – Relation de L'entreprise Commerciale" Collection Lexi fac par Yildirim P 104

(22) بحث أهم المشاكل العملية المرجع السابق ص 102 و "La Franchise" م س ص 4.

(23) نفس المراجع السابقة بالإضافة إلى "Les contrats civils et commerciaux" ص 901 م س.

(24) نفس المراجع السالفة.

(25) انظر "La franchise en 10 questions" / site internet: www.franchiselime.com et "La franchise" Par Boucaner op.cit.

(26) نفس المراجع المشار إليها أعلاه.

(27) انظر "Les Contrats civils et commerciaux" / P 869

(28) القاموس القانوني للأساتذة النجار ويدوي في باب كل من المصطلحين (concession commerciale) و (Franchising)

(29) يقصد بحصرية التوريد هنا تخصيص مورد دون غيره، في التعامل كما يقصد بها أيضا ذلك الاتفاق الذي يتعهد تاجر بمقتضاه بأن يشتري السلع التي يتاجر بها من مورد معين دون أن يكون له الحق في توريد نفس السلع من موردين آخرين منافسين.

(30) انظر O (Les contrats civile et commerciaux) P Le Tourneau P 29 et (La concession commerciale exclusive) précité

(31) انظر القاموس القانوني ص 130 المرجع السابق و العقود المدنية و التجارية (Les contrats civils et commerciaux) ص: 901 المرجع السابق.

(32) للمزيد من التوسع حول عقد التوزيع الحصري انظر دراسة الدكتور أحمد عبد الرحمان الملحم تحت عنوان "مدى تقييد عقد القصر للمنافسة الرأسية" منشور بمجلة الحقوق الكويتية السنة العشرون العدد الأول ص 13.

(33) و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في العديد من قراراته ومنها القرار التالي على سبيل المثال لا الحصر الصادر عن محكمة الاستئناف بروين والنبي اعتبر المرخص له كمسير لهذه الشركة. C.A Rouen, 23 Mai 1978, JCP 1979 2 19235.

(34) على خلاف التشريع المغربي نجد أن المشرع التونسي قد نظم عقود التوزيع من خلال القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12 غشت 2009 المتعلق بتجارة التوزيع. منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 65 ص 2899.

(35) عرف المشرع المغربي العلامة التجارية من خلال المادة 133 من قانون الملكية الصناعية بما يلي: "كل شارة قابلة للتجسيد الخطي تمكن من تمييز منتجات أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي".

(36) قضى المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) بهذا الخصوص بما يلي: "الترخيص باستغلال علامة تجارية لا يعني الترخيص بتسجيلها لدى المكتب المغربي لحماية الملكية الصناعية باسم المرخص لها خلال مدة الترخيص" القرار عدد 319 الصادر في 2006/03/22 في الملف التجاري عدد 2002/1/3/624 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67 ص 168.

(37) انظر مؤلف د فؤاد معلال " الملكية الصناعية و التجارية- دراسة في القانون المغربي و الاتفاقيات الدولية" ص 516 نشر دار الأفق المغربية. الطبعة الأولى.

(38) وهو ما ذهبت إليه مقتضيات قانون الملكية الصناعية من خلال المادة 163 التي نصت على ما يلي: "يتعرض مالك العلامة لسقوط حقوقه إذا لم يتم لغير دواعٍ صحيحة باستعمالها استعمالا جديا فيما يخص المنتجات أو الخدمات التي يشملها التسجيل طوال فترة خمس سنوات غير منقطعة..."

(39) وهو ما نصت عليه المادة 156 فقرة 5 من قانون الملكية الصناعية.

(40) انظر www.franchiseline.com Source: La franchise en dix questions.

(41) قرار عدد 289 بتاريخ 1965/05/25 ملف مدني عدد 15 918 منشور قضاء المجلس الأعلى عدد 68 ص 406.

(42) وهو القانون رقم 89-1008 الصادر بتاريخ 31 دجنبر 1989.

(43) هذه الترجمة مستوحاة من النص الفرنسي الأصلي وهو كالتالي : "Tout personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial une marque... est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu... de fournir à l'autre partie un document donnant les informations sincères vingt jours au minimum avant le signature du contrat..."

(44) راجع الرسوم التطبيقي لقانون دويان رقم 91-337 الصادر في 1991/4/4 الذي يسرد بتفصيل البيانات الواجب توفرها في هذه الوثيقة. وبهذا الصدد، فإن المادة الثانية من هذا المرسوم التطبيقي قد ألزمت المرخص بل احترام أجل العشرين يوما وذلك تحت طائلة الحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها في المخالفات من الدرجة الخامسة. وهي نفس مقتضيات المادة 15 من قانون التوزيع التونسي.

(45) للتوسع أكثر في عناصر المعرفة الفنية يرجى الرجوع إلى تعريف المعرفة الفنية المشار إليه خلال بحث خصائص عقد الامتياز.

(46) انظر Les Contrats civils et commerciaux o précité P 838 (47) انظر

Droit des affaires- Relations de l'entreprise Commerciale .A. Chamoulaud et G YILDIRIN P: 105 Coll Lexi fax – Bréal 2003.

(48) يدخل في هذا النطاق المعلومات المتعلقة بإنتاج السلع و المنتجات موضوع الترخيص و كذا طرق بيعها وطرق تقديم الخدمات إلى غير ذلك.

(49) انظر Les contrats civils et commerciaux o précité P 838 et la Franchise en 10 questions

(50) ذهب بعض الفقه إلى القول بمسؤولية المرخص (مانح الامتياز) في حالة خضوع المرخص له للتوقف عن الدفع و ذلك إذ ما ثبت تقصيره في تقديم المساعدة التقنية إلى المرخص له ومنحه أجلا معقولة للوفاء بالتزاماته المالية اتجاهه و هو ما تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف بباريس التي تبنت نفس الطرح من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/05 حيث قضت المحكمة المذكورة بتعويض 178.355 أورو لفائدة المرخص له، انظر حيثيات القرار

على الموقع www.Franchise-justice.com/jurisprudence-sommaire

(51) للمزيد من الاطلاع والتوسع حول العلامة وأنواعها ووظائفها وشروطها انظر مؤلف "الملكية الصناعية و التجارية" للدكتور فؤاد معلال م س ص 412.

(52) ذلك أن المرخص لم يحضى بهذه الصفة إلا إذا كان مالكا للعلامة لكونه هو الضامن لحسن استغلال المرخص لهم هذه العلامة انظر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2003/05/6 cour de cassation arr. n° 714 Miakit/France

(53) انظر Contrats civils et commerciaux o précité P883 et la franchise en 10 questions

(54) إن هذا الاتفاق هو نسي إذا علمنا أن عقد الامتياز التجاري هو من عقود الإذعان كما سبقت الإشارة إلى ذلك، بحيث أن المرخص هو الذي يحدد رسم الدخول في شبكته.

(56) عرف المشرع التونسي شبكة مانح الامتياز بأنها "مجموع محلات مستقلة تعمل تحت علامة واحد وفق أساليب تجارية موحدة خاصة تهيئة المحلات و طرق التسيير و العرض و التسويق و مصادر التزود" انظر المادة 14 من القانون عدد 69 لسنة 2009 المتعلق بتجارة التوزيع السالف الذكر.

(57) انظر باب: أداء حقوق أو رسم الدخول "Droits d'entrée" la franchise en dix questions على الموقع الالكتروني: www.franchisline.com

(55) cass.com 16 décembre 1997 Bul.IV n°: 337 D1998 Samm338. Ols Ferrier et supra n°: 928ad d'après

.contrats civils et commerciaux P: 902

(58) بهذا الصدد، فإن المرخص له ملزم بعرض المنتجات موضوع الامتياز التجاري بالحل المتفق عليه في العقد حيث ذهب القضاء الفرنسي بهذا الخصوص إلى إضفاء الشرعية على امتناع المرخص عن تزويد المرخص له بالمواد و السلع و ذلك كنتيجة لعدم التزام هذا الأخير بعرض المنتجات داخل الحل التجاري المحدد بمقتضى العقد هذا ما تمت مناقشته من خلال القرار الصادر بتاريخ 26 نونبر 2006 عن محكمة النقض الفرنسية الذي حمل المرخص له المسؤولية عن عدم التزامه بعرض منتجات المرخص بالحل المحدد. انظر القرار في www.franchis-justice.com

(59) يضاف إلى ذلك إلزام المرخص له بمسك محاسبة منتظمة و السماح للمرخص له بالإطلاع على جميع الوثائق المحاسبية و الدفاتر التجارية و هي القواعد نفسها المنصوص عليها في المادة 17 من قانون تجارة التوزيع التونسي المشار إليه آنفا.

(60) انظر le franchise en 10 questions/ source: www.franchisline.com (61) تعد السرية من

أهم مميزات المعرفة الفنية بهذا الصدد المرجو الرجوع إلى مبحث خصائص عقد الامتياز.

(62) le franchise en 10 questions et contrats civils et commerciaux P 887.

(63) مثل على ذلك المنتجات البترولية، والمحروقات المستعملة كوقود لوسائل النقل O précité P 883 contrats civils et commerciaux.

(64) انظر موقع www.franchise-justice.com

(65) Droit des Affaires - Relations de l'entreprise commerciale o précité P 106

(66) كمثال على ذلك السلطة و البطاطس المقلية التي تقدم مع منتجات (كنتاكي).

(67) نفس المراجع السابقة.

(68) انظر مراجع القرار الصادر بهذا الخصوص في الهامش رقم 16.

(69) انظر *contrats civils et commerciaux P 906 o précité et droit des affaires P 106 o précité*

(70) يبقى حق المرخص له في المطالبة بالتعويض عن عدم التجديد له ما يبرره خصوصا الحالة التي يتكبد فيها هذا الأخير خسائر جسمية بسبب ضخامة

الأموال المستثمرة انظر *Droit des affaires relations de l'entreprise commerciale P 106*

(71) نفس المرجع السابق

(72) *Contrats civils et commerciaux P 906* (73) بهذا

الصدد نورد قرار النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 28 نونبر 2006 و الذي قضت من خلاله أحقية المرخص له في الحصول على تعويض عادل عن إنهاء العقد بصفة أحادية من طرف المرخص (مانح الامتياز) حيث أبدت قرار محكمة الاستئناف التي قضت على المرخص بأدائه لفائدة المرخص له مبلغ 120.000 أرو قرار منشور في www.franchise-justice.com

(74) انظر الوجيز في شرح القانون المدني الدكتور السنهوري ص 268 طبعة 1966.

(75) انظر *Droit commercial - Alfred Jauffret P 543 précité* (76)

انظر الوجيز في شرح القانون المدني: السنهوري م س ص 220.

(77) انظر *Droit commercial o précité P: 545 et la franchise en 10 questions* (78) انظر "أهم

المشاكل التي يواجهها عقد الامتياز التجاري" م س ص 147 و *contrats civils et commerciaux P 906 o précité*

(79) كما تمت الإشارة إلى ذلك في الهامش رقم 50 فإن مسؤولية المرخص تبقى قائمة و لا يعفى منها في حالة توقف المرخص له عن الدفع نتيجة إخلالا الأول بالتزامه اتجاه الثاني.

(80) *Droit des affaire - relation de l'entreprise commerciale op P 106* انظر

نورد بهذا الصدد قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2003/7/1 منشور بالموقع الالكتروني www.franchise-justice.com تحت عنوانه *Public/Perron-Brouille*

(81) تظهر هذه الإشكاليات فقط حينما يتعلق موضوع الامتياز بمنتجات أو بضائع أما في حالة امتياز الخدمات فلا مجال لطرح هذه الإشكالية.

(82) راجع بحث "أهم المشاكل العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري" م س ص 161.

(83) انظر *Droit commercial o précité P: 545 et la franchise en 10 questions* (84) انظر "أهم

المشاكل التي يواجهها عقد الامتياز التجاري" م س ص 147

النيابة العامة والدعوى المدنية في القانون الموريتاني



فضيلة الأستاذ يعقوب ولد محمد أستاذ الحريات العامة

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط

نشأت النيابة العامة ابتداءً كجهاز قضائي مرتبط بالسلطة التنفيذية، خلافاً لقضاء الحكم، مكلف بإقامة الدعوى العمومية ضد مخالفتي القانون، من أجل إيقاع الجزاء القانوني المترتب تشريعياً على الوقائع المقررة من طرفهم.

ومن خلال قيام النيابة العامة بهذه الوظيفة تعززت الثقة فيها باستمرار، وأثبتت فعاليتها، وجدارتها.

وكان من دواعي الثقة في النيابة العامة كأداة لحماية القانون أن حولها القانون سلطة التدخل في بعض الدعاوي المدنية رعاية للصالح العام، وقد أخذت معظم التشريعات المدنية بنظام تدخل النيابة العامة أمام القضاء المدني لعدة اعتبارات منها أن بعض النزاعات قد تمس مراكز قانونية تتعدى آثارها أطراف النزاع كالدعاوي المتعلقة بالنظام العام والآداب، وهناك أيضاً قضايا تتدخل فيها النيابة العامة لما تكتسبه ظروف النازلة وملابساتها من أهمية بالغة تقتضي عناية خاصة من طرف النيابة العامة¹.

وقد أخذ المشرع الموريتاني بنظام تدخل النيابة العامة في بعض القضايا المدنية وذلك بموجب أحكام المواد: 71 - 72 - 73 من القانون رقم: 99/035 بتاريخ: 24 يوليو 1999 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية، والمادة: 74 من الأمر القانوني

¹ - الشرقاوي الغزواني نور الدين - تدخل النيابة العامة في الدعاوي المدنية - منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية - 1995 - دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع ص: 6

رقم: 07/ 035 الصادر بتاريخ: 10 ابريل 2007 الذي يعدل ويكمل أو يلغي بعض مقتضيات قانون الإجراءات المدنية المذكور أعلاه.

وإذا كانت علاقة النيابة العامة بالدعوى الجزائية، تأخذ صورة واحدة دائما، هي صورة المدعي الأصلي، فإن علاقتها بالدعوى المدنية تختلف عن ذلك، إذ تأخذ صورتين، فيكون تدخلها فيها إما بصفة أصلية وتعتبر بذلك طرفا أصليا أو رئيسيا فيها، أو كطرف منضم عند ما تتدخل إلى جانب أحد الأطراف.

ويمكن التمييز بين حالتي التدخل الأصلي (أو الرئيسي) والانضمامي للنيابة العامة في الدعوى المدنية بأنه كلما جاز لها أن تقدم طلبات مستقلة عن الأطراف بمبادرة منها، أو أن تثير القضايا المدنية كان التدخل أصليا ورئيسيا واعتبرت طرفا أصليا في الدعوى المدنية، وكلما كان ذلك بمعية الأطراف الآخرين ودون انفصال عنهم كان التدخل انضماميا و اعتبرت طرفا منضما.

أولا : علاقة النيابة العامة بالدعوى المدنية كطرف أصلي :

تضمنت المادة: 71 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية ما يلي: >> يجوز أن تتصرف النيابة العامة بوصفها طرفا رئيسيا أو تتدخل بوصفها طرفا منضما، وهي تمثل الغير في الحالات التي يحددها القانون <<.

وتضمنت المادة: 72 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية: >> تتصرف النيابة العامة عند ما تكون طرفا رئيسا بصفة تلقائية في الحالات المنصوص عليها في القانون وخارج هذه الحالات وبنفس صفتها تلك في إمكانها أن تتصرف للدفاع عن النظام العام بمناسبة الوقائع التي لها مساس به <<.

ووردت في نصوص مختلفة مقتضيات توجب تدخل النيابة العامة في بعض القضايا المدنية وذلك بصفتها طرفا رئيسيا، ومن أمثلة ذلك تدخلها في بعض قضايا الأحوال الشخصية، وبعض القضايا التجارية والمدنية المتعلقة أساسا بالاختصاص النوعي، والقضايا الإدارية بصفتها مفوضا للحكومة.

ويترتب على تدخل النيابة العامة كطرف أصلي أو رئيسي في الدعوى المدنية تمتعها بما يترتب على صفة الطرف في الدعوى المدنية، فيكون لها ما للأطراف من وسائل وحقوق، ولا يمكن ردها في هذه الحالة، طبقا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة: 262 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية: >> لا يجوز رد النيابة العامة إذا كانت طرفا رئيسيا <<.

ويكون تدخل النيابة العامة بصفتها طرفا رئيسيا في الدعوى المدنية بصفة تلقائية كما تنص على ذلك المادة: 72 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية.

ونتعرض لذلك فيما يلي :

1- قضايا الأحوال الشخصية :

أعطت المادة: 53 من مدونة الأحوال الشخصية للنيابة العامة سلطة معارضة عقد الزواج الفاسد، وأعطت المادة: 289 من نفس القانون للنيابة العامة حق الطلب من القاضي المدني المختص بالتركة اتخاذ بعض الإجراءات المتعلقة بالمحافظة عليها، إذا كان بحوزة المتوفى جزء من ممتلكات الدولة.

أ- معارضة عقد الزواج الفاسد :

في مفهوم المادة: 49 من مدونة الأحوال الشخصية يعتبر الزوج فاسداً، في الحالات التالية :

- إذا فقد ركنا من أركانه

- إذا وقع على محرمة تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً

- إذا اقترن بشرط يناقض المقصود منه <<.

أما أركانه التي إذا فقد أحدها فسد فهي كما نصت على ذلك المادة: 5 من مدونة الأحوال الشخصية: الزوجان والولي والصدوق والصيغة.

فإذا وقع عقد الزواج على إحدى هذه الحالات، أو كلها كان العقد وفق مقتضيات المادة: 49 من مدونة الأحوال الشخصية فاسداً، ويجب على النيابة العامة معارضته أمام المحكمة المختصة طبقاً للمادة: 53 أعلاه.

ب- إجراءات المحافظة على التركة :

جاء في المادة : 289 من مدونة الأحوال الشخصية ما يلي: << يأمر القاضي باتخاذ الإجراءات المشار إليها بالمادة : 288 من هذه المدونة إما تلقائياً إذا كان في الورثة قاصر لا وصي له أو إذا كان من بينهم غائب، وإما بطلب من النيابة العامة إذا كان بحوزة المتوفى جزء من ممتلكات الدولة على أن لا تتجاوز هذه الإجراءات تلك الممتلكات في الحالة الأخيرة...>>.

والإجراءات المتعلقة بالحفاظ على التركة والتي يمكن للنيابة العامة أن تطلبها من المحكمة في حالة وجود جزء من ممتلكات الدولة لدى المتوفى كما تقضي بذلك المادة: 289 من مدونة الأحوال الشخصية غير محددة بشكل واضح في المادة 288 من نفس المدونة، وإنما معيارها أن تكون احتياطية ومستعجلة، ومع ذلك فإن له بالخصوص أن يطلب وضع الأختام وإيداع النقود وغيرها من الأوراق المالية والأشياء ذات القيمة¹.

2 - القضايا التجارية :

تعطي أحكام المواد: 1288 — 1443 — 1369 — 1445 من مدونة التجارة للنيابة العامة التدخل بصفة الطرف الرئيسي في بعض القضايا التجارية، وتتعلق هذه القضايا بالمسطرة الجماعية المتعلقة بمعالجة صعوبات المؤسسات وسقوط الأهلية التجارية، وزيادة على هذه القضايا يمكنها، وبناء على أحكام الفقرة الثانية من المادة: 72 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وأحكام المادة: 114 من مدونة التجارة أن تتدخل قي قضايا تجارية أخرى لتعلقها بالنظام العام.

أ - مسطرة معالجة صعوبات المؤسسات:

تعني المؤسسة في مفهوم المادة: 1268 من مدونة التجارة كل شخص طبيعي ممارس لنشاط تجاري أو صناعي أو حرفي، وكذلك كل شخص اعتباري من القانون الخاص ذي نشاط اقتصادي...>>.

وتعني الصعوبة بمفهوم بسيط وجود المؤسسة في وضعية مالية تؤثر على استمرار نشاطها الاقتصادي بفعل الديون أو الضرائب أو سبب أخرى.

والصعوبات إما أن تكون آنية وقتية يمكن تجاوزها باللجوء إلى التسوية الودية عن طريق التراضي، وإما أن تكون صعوبات مزمنة بنيوية متعلقة بتوقف المؤسسة عن الدفع وتم معالجتها بطريقة التصفية.

وتهدف التسوية الودية إلى تجنب توقف المؤسسة عن الدفع، وذلك بإقامة اتفاق بين المدين ودائنيه الأساسيين، وهي ترمي إلى حماية المؤسسة وتطهير ديونها¹.

أما التصفية القضائية فتهدف إلى تحقيق أصول المؤسسة التي تكون وضعيتها غير قابلة للعلاج من أجل تطهير الديون.

وتتم التسوية عن طريق التراضي من خلال إجراءات يقوم بها رئيس المحكمة التجارية المختص بناء على طلب كتابي من مسير المؤسسة التي تمر بالصعوبات قبل توقفها عن الدفع².

ومع أنه لا يفهم من النصوص القانونية المتعلقة بالتسوية الودية عن طريق التراضي الواردة ضمن مدونة التجارة أن للنيابة العامة حق رفع طلب أمام المحكمة التجارية من أجل هذه التسوية فإن المادة: 1369 من مدونة التجارة نصت على ما يلي: >> يطلع وكيل الجمهورية على سير المسطرة الجماعية من طرف القاضي المنتدب ويمكنه في كل فترة أن يطلب الإطلاع على كل الحقائق والسجلات أو الوثائق المتعلقة بالمسطرة الجماعية... يطلع وكيل

المادة: 1270 مدونة التجارة.

المتضمن

الصادر بتاريخ

القانون رقم

2 - المادتان: 1276 - 1277 مدونة التجارة.

الجمهورية القاضي المتدب بطلب من هذا الأخير إذا لم يكن تلقائياً على كل البيانات المتأتية من أي إجراءات جزائية تكون مفيدة لإدارة المسطرة الجماعية مع مراعاة سرية التحقيق >>.

ومن هذا النص يمكن اعتبار النيابة العامة طرفاً في جميع مراحل المسطرة الجماعية المتعلقة بمعالجة صعوبات المؤسسات بما فيها مسطرة التسوية الودية.

أما إجراءات التصفية القضائية فتفتح مسطرتها إذا تبين أن وضعية المؤسسة مختلفة بشكل لا رجعة فيه¹ بحيث تكون في وضعية مالية يستحيل عليها في ظلها مواجهة ديونها الواجبة الأداء بأصولها المتوفرة.

ويمكن للنيابة العامة في هذه الحالة أن ترفع طلباً بفتح مسطرة التصفية إلى المحكمة التجارية المختصة عن طريق مقال افتتاحي من أجل بدء مسطرة التصفية القضائية كما تنص على ذلك المادة: 1288 من مدونة التجارة، وتعتبر بذلك طرفاً رئيسياً في الدعوى: >> يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين مها كانت طبيعة دينه متى كان الدين محققاً معين المقدار وواجب الأداء ... يمكن للمحكمة أن تبدأ المسطرة تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة لاسيما في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المالية المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة: 1276 >>.

وإذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين استمرار نشاط المؤسسة الخاضعة للتصفية القضائية جاز للمحكمة أن تأذن بذلك لمدة تحددها إما تلقائياً أو بطلب من أمين التفليسة أو وكيل الجمهورية طبقاً لأحكام المادة: 1343 من مدونة التجارة.

ب - سقوط الأهلية التجارية :

تعني الأهلية التجارية تمتع الشخص بحق مزاولة النشاطات التجارية المحددة والمنظمة بأحكام مدونة التجارة، ويتمتع بهذه الأهلية كل شخص لا تتوفر فيه إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة: 16 من مدونة التجارة والتي تقضي بحظر مزاولة المهنة التجارية على أصحابها، وهي تعني في مجملها المدانين بعقوبات حبس مخلة بالشرف، أو الحبس النافذ الناتج عن الإدانة بجناية، وبالعقوبات الحبس النهائية لمدة ثلاثة أشهر بسبب الرشوة والسرقة أو التحايل أو خيانة الأمانة أو الإخفاء أو الاختلاس المرتكب من طرف مودعي الأموال العمومية، أو تزوير المحررات العرفية التجارية أو المصرفية.

كما تعني المدانين بعقوبات حبسية نافذة لمدة ثلاثة أشهر إذا تعلق بوقائع تتعلق بقانون الشركات والإدانات الأخرى مثل :

- التجريد من الحقوق المدنية
- الإدانة لمخالفة نظام سجل التجارة

¹ - المادة : 1342 مدونة التجارة.

فإذا لم تنطبق مقتضيات المادة: 16 هذه على شخص اعتبر متمتعاً بالأهلية التجارية.

إلا أنه يمكن وبناء على ممارسات معينة إسقاط الأهلية التجارية عن الشخص المتمتع بها إثر هذه الممارسات، وذلك من طرف المحكمة التجارية المختصة إما بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من أمين التفليسة أو وكيل الجمهورية وفقاً لمقتضيات المادة: 1445 >> في الحالات المنصوص عليها في المواد من: 1442 إلى 1445 يجب أن تضع المحكمة يدها تلقائياً على الدعوى أو بناء على طلب أمين التفليسة أو وكيل الجمهورية <<.

وقد نصت المواد: 1442 - 1443 - 1444 - 1436 من مدونة التجارة على الممارسات التي تؤدي إلى إسقاط الأهلية التجارية وهي:

- مواصلة استغلال يؤدي إلى عجز بصفة تعسفية لا يمكن إلا أن يؤدي إلى التوقف عن الدفع.

- إغفال مسك محاسبة وفقاً للمقتضيات القانونية أو العمل على إخفاء كل وثائق المحاسبة أو البعض منها.

- اختلاس أو إخفاء كل الأصول أو جزء منها أو الزيادة في الخصوم بكيفية تدليسية.

- التصرف في أموال المؤسسة كما لو كانت أموالاً خاصة.

- إبرام عقود تجارية لأجل مصلحة شخصية تحت ستار الشركة قصد إخفاء تصرفاته.

- استعمال أموال الشركة أو ائتمانها بشكل يتنافى مع مصالحها لأغراض شخصية أو

لتفضيل مؤسسة أخرى له بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

- مواصلة استغلال يحصل به عجز بصفة تعسفية لمصلحة شخصية لا يمكن إلا أن يؤدي إلى

توقف الشركة عن الدفع.

- مسك محاسبة وهمية أو العمل على إخفاء وثائق محاسبة الشركة بكيفية تدليسية.

- المسك بكيفية واضحة لمحاسبة غير كاملة أو غير صحيحة.

- ممارسة نشاط تجاري أو حرفي أو مهمة تسيير أو إدارة شركة تجارية خلافاً لمنع نص عليه

القانون.

- القيام بشراء قصد البيع بثمن أقل من السعر الجاري أو استخدام وسائل مجحفة لأجل

الحصول على أموال وذلك بغية اجتناب افتتاح المسطرة أو تأخيرها.

- القيام لحساب الغير ودون مقابل بالتزامات اكتسبت أهمية كبرى أثناء عقدها باعتبار

وضعية المؤسسة.

- إغفال القيام داخل أجل خمسة عشر يوماً بالتصريح بالتوقف عن الدفع.

- القيام عن سوء نية بأداء ديون دائن على حساب الدائنين الآخرين خلال فترة الريبة.

ويترتب على سقوط الأهلية التجارية منع الإدارة أو المديرية أو التسيير أو المراقبة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لكل مؤسسة تجارية أو حرفية ولكل شخص معنوي ذي نشاط اقتصادي¹، كما يترتب عليه الحرمان من ممارسة أي وظيفة عمومية أو انتخابية².

وتحدد المحكمة مدة سقوط الأهلية التجارية التي لا يمكن أن تقل عن خمس سنوات، ويمكن دائماً لمن يصدر بحقه حكم قضائي يقضي بسقوط أهليته التجارية أن يطلب من المحكمة أن ترفع عنه كلياً أو جزئياً الحكم إذا ما قدم مساهمة كافية لأداء النقص الحاصل في الأصول³.

ج - القضايا التجارية التي تهم النظام العام :

نصت المادة: 114 من مدونة التجارة على ما يلي: >> تعتبر من النظام العام أحكام المواد: 81 - 82 - 83 - 86 - 87 - 90 - 102 - 103 - 104 - 105 - 106 - 107 - 109 - 112، وتتعلق أحكام هذه المواد بالكراء التجاري: مجال تطبيقه وإبرامه ومدته والتزامات المكري، والتزامات المكثري، والإحالة، والكراء الفرعي، وشروط وشكليات الكراء.

ويمكن للنيابة العامة أن تتدخل كطرف أصلي في النزاعات المتعلقة بهذه الجوانب طبقاً لأحكام المادة 72 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية، والمادة 114 من مدونة التجارة وذلك حماية للنظام العام.

3- القضايا المدنية المتعلقة بالاختصاص النوعي :

جاء في المادة: 49 من ق.إ.ج.م.ت.إ ما يلي: >> في جميع الحالات المنصوص عليها بالبند الأول من المادة: 48 وإذا لم تصرح المحكمة المتعهدة بعدم اختصاصها أثناء المرافعة يجوز للنيابة العامة إثارة عدم اختصاص هذه المحكمة...<<.

وبناء على ذلك فإنه للنيابة العامة إثارة عدم اختصاص المحاكم المدنية إذا تعلق الأمر بالحالات الواردة في البند الأول من المادة: 48 من قانون الإجراءات المدنية، والذي جاء فيه: >> لا يجب التصريح تلقائياً بعدم الاختصاص النوعي إلا في الحالات التالية:

1- إذا أسند القانون الاختصاص للمحكمة العليا أو لمحكمة إدارية أو لمحكمة زجرية أو كانت القضية لا تدخل في اختصاص المحاكم الموريتانية...<<.

وفي هذه الحالات تمارس النيابة العامة إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق القواعد والإجراءات التي يتبعها الأطراف⁴ والمحددة في المادة: 38 من قانون الإجراءات المدنية، حيث

1 - المادة : 1441 من مدونة التجارة

2 - المادة : 1447 مدونة التجارة

3 - المادة : 1449 مدونة التجارة

4 - الفقرة الأخيرة من المادة : 49 ق.إ.ج.م.ت.إ.

يجب على النيابة العامة أن تقدم الدفع بعدم الاختصاص في شكل طلب مسبب تعين فيه المحكمة المختصة في نظرها وذلك تلافيا لعدم قبول طلبه.

4 - القضايا الإدارية :

طبقا لأحكام المادة: 159 من قانون الإجراءات المدنية تتمتع النيابة العامة بصفة مفوض الحكومة في القضايا الإدارية، وبهذه الصفة تقدم الطلبات في كل القضايا الإدارية بكل استقلالية.

وبذلك فإن النيابة العامة تعتبر طرفا رئيسيا وأصليا في كل القضايا التي تدخل ضمن اختصاص المحاكم الإدارية.

ثانيا : علاقة النيابة العامة بالدعوى المدنية كطرف منضم ؛

تضمنت ترتيبات المادة: 73 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية معيار تتدخل النيابة العامة في بعض الدعاوي المدنية، كطرف منضم: >> تكون النيابة طرفا منضمًا عند ما يجوز لها أن تقدم رأيها حول تطبيق القانون في قضية من القضايا التي تبلغ بها <<.

وتضمنت المادة: 74 من نفس القانون القضايا التي تبلغ بها النيابة العامة وجوبا وهي :

- 1- القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة وأملاكها والبلديات والمؤسسات العمومية والأوقاف والسفن والطائرات الأجنبية.
- 2- القضايا المتعلقة بالقصر وعلى العموم كل القضايا التي يكون أحد أطرافها خاضعا لوصي أو مقدم.
- 3- الدفوع بعدم الاختصاص في شأن نزاع يتعلق بالاختصاص النوعي.
- 4- تنازع الاختصاص بين القضاة والرد والإحالات ومخاصمة القضاة.
- 5- النزاعات التي تهم الأشخاص المفترض غيبتهم.
- 6- إجراءات الطعن بالتزوير.

1- أ/القضايا المتعلقة بالنظام العام :

أوجب القانون على النيابة العامة التدخل كطرف منضم في الدعاوي المتعلقة بالنظام العام.

ويعني مفهوم النظام العام كل ما يمس كيان الدولة أو مصلحة أساسية من مصالحها، ولا يمكن حصر متعلقات النظام العام في دائرة دون أخرى فهو مفهوم متغير يضيق ويتسع، ولا وجود لقواعد ثابتة تحدد ماهيته تحديدا دقيقا، إذ هو شيء نسبي، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يوضع له معيار مرن هو (المصلحة العامة) و(الآداب)، ففي أمة معينة وفي جيل معين ترسخ مجموعة

من القواعد يجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية¹.

وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات للمتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييف مفهوم النظام العام.

ومن خلال دراستنا للقضايا التي تتدخل فيها النيابة العامة في إطار الدعوى المدنية والواردة في المواد: 71 - 72 - 43 - 74. من قانون الإجراءات المدنية يمكننا القول إن جميع هذه القضايا لها اتصال وثيق بمفهوم النظام العام، وهي بعبارة أدق من ضمن مشمولاته ومتعلقاته.

1- ب/ قضايا الدولة :

قد تكون الدولة مدعية أو مدعى عليها في جميع الدعاوي سواء كانت طرفاً في نزاع يتعلق بالأموال الخاصة أو العامة (الدومين - أو المجال العام)، أو أي نزاع آخر.

فالدولة قد تكون دائنة أو مدينة للأغيار سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين كالشركات التجارية، كما قد تكون طرفاً في نزاع بشأن أملاكها الخاصة أو العامة.

ومن أمثلة الدعاوي التي تكون الدولة طرفاً فيها الدعاوى التي ترفعها أجهزة الدولة المختصة (مصالح الضرائب والخزينة) ضد الجهات المختلفة للحصول على حقوقها المتعلقة بالضرائب.

وكذلك الدعاوى المتعلقة بالنزاعات العقارية حيث نصت المادة: 15 من القانون العقاري على أن الدولة تعتبر طرفاً فيها.

كما تعتبر الدولة طرفاً في الدعاوي التي ترفع ضدها من أجل الحصول على التعويضات المترتبة على فعل السلطة، وكذا بعض النزاعات الإدارية المتعلقة برخص المنح التي تصدرها الإدارة العمومية.

1- ت/ قضايا البلديات :

البلدية في مفهوم المادة الأولى من الأمر القانوني رقم: 07/289 الصادر بتاريخ: 20/10/1987 المنشأ للبلديات والمعدل بالأمر القانوني رقم: 90/025 والأمر القانوني رقم: 2001/027 هي: مجموعة ترايبية خاضعة للقانون العام، ولها شخصية قانونية واستقلال مالي، وتتمتع بميزانية وموظفين وممتلكات خاصة لممارسة الصلاحيات التي يخولها لها القانون، والتي هي بالأساس كما تحدها المادة الثانية من نفس القانون تسيير المصالح البلدية والمرافق العمومية التي تستجيب لحاجيات المواطنين المحليين والتي لا تخضع بطبيعتها أو درجة أهميتها لمسؤولية الدولة.

¹ - الشرقاوي الغزواني نور الدين/ تدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية م.س. ص 141.

وهي - أي البلدية - انطلاقاً من ذلك جزء من الدولة تخضع لوصاية سلطاتها الإدارية المختصة، لذلك أوجب القانون تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية التي تكون البلدية طرفاً فيها بصفتها طرفاً منضماً لها للدفاع عنها.

1- ث/ المؤسسات العمومية :

المؤسسات العمومية هي مرفق من مرافق الدولة العامة، وتتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال الإداري والمالي، وتتولى إدارة النشاط المسند إليها قانوناً تحت وصاية الدولة أو إحدى الأشخاص الإقليمية العامة¹.

وقد كثر اللجوء في العصر الحديث إلى أسلوب المؤسسة العمومية للاستفادة من المزايا التقنية والمالية والإدارية والسياسية التي تقدمها هذه الوسيلة من وسائل الإدارة للمرافق والمشروعات العامة.

وتصريف أموال هذه المؤسسات العمومية وتدير شؤونها الإدارية يعتبر من متعلقات النظام العام، لأن للدولة رقابة إدارية ومالية عليها، الأمر الذي جعل المشرع يدخل النزاعات والدعاوى التي تكون طرفاً فيها ضمن القضايا التي تبلغ للنياحة العامة، ويتدخل وكيل الجمهورية فيها كطرف منضم إذا كانت على مستوى محكمة الدرجة الأولى.

1- ج/ الأوقاف :

وهي جمع وقف وهو: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازم بقاؤه في ملك معطية ولو تقديراً².

وهو كما عرفته المادة: 816 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني: >> الوقف إعطاء منفعة شيء مدة وجوده مع بقاء ملك ذاته للمعطي...<<.

والأوقاف أملاك أوقفها مالكوها ابتغاء وجه الله كوقف المدارس للتعليم والمستشفيات للاستشفاء والمساجد للعبادة.

والأوقاف محمية دستورية، بموجب أحكام المادة: 15 من الدستور الموريتاني، التي تنص على ما يلي: >> ... الأملاك الوقفية وأملاك المؤسسات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها...<<.

والوقف بذلك ملك من أملاك الدولة الخاصة³، وانطلاقاً من ذلك أوجب القانون تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية المتعلقة به، تأكيداً على حماية القانون لتخصيصه.

¹ - الشرقاوي الغزواني نور الدين - م.س. ص: 144.

² - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب/ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل/ الجزء السادس - دار الفكر للطباعة والنشر - ط1 : 2002 - ص: 20.

³ - الشرقاوي الغزواني نور الدين - م.س. ص 148.

ونشير إلى أن الدولة الموريتانية تعهد إلى المؤسسة الوطنية للأوقاف بإدارة وتسيير الأملاك الوقفية في البلاد.

وعند مقارنة المقتضيات المتعلقة بتدخل النيابة العامة في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف في القانون الموريتاني مع المقتضيات المماثلة في القانون المغربي مثلاً نجد أن القانون المغربي وسع من دائرة تدخل النيابة العامة في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف لتشمل الهبات والوصايا وممتلكات المؤسسات الخيرية، بينما أقتصر القانون الموريتاني على الأوقاف، وهو قصور في تشريعنا الوطني يجب تداركه في قادم التعديلات نظراً لاتحاد طبيعة مثل هذه الأملاك وتعلقها بالنظام العام.

1- ح/ السفن والطائرات الأجنبية :

إذا تعلقت الدعاوى المدنية بسفن وطائرات أجنبية فإن جنسيتها الأجنبية تجعل للدعاوى المتعلقة بها طبيعة خاصة، تدخلها في إطار العلاقات الدولية بين الدول التي عادة ما تخضع لاعتبارات خاصة، وتنظمها إما اتفاقيات دولية كتلك المتعلقة بالملاحة الجوية والبحرية، أو اتفاقيات ثنائية تعطي أوضاعاً خاصة لممتلكات بعض الدول لدى الدولة.

ونظراً لذلك ومن أجل أن تطلع الدولة من خلال النيابة العامة على الإجراءات القضائية المتعلقة بها أوجب القانون تدخلها كطرف منضم في الدعاوى المتعلقة بالسفن الأجنبية والطائرات التي ترفع أمام المحاكم المدنية.

2- قضايا القصر والنيابة الشرعية :

القاصر هو فاقد الأهلية أو ناقصها الذي لا يمكنه مباشرة حقوقه المدنية ويخضع بذلك للنيابة الشرعية.

والشخص المتمتع بالأهلية، في ضوء ترتيبات المادة: 15 من قانون الالتزامات والعقود هو: >> كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد هي ثماني عشرة سنة <<.

ويعتبر فاقد التمييز للصغير أو الجنون منعدم الأهلية، كما يعتبر الصغير المميز والبالغ السفیه ناقصي الأهلية¹.

وقد نصت المادة: 165 من مدونة الأحوال الشخصية على أن أحكام الولاية والوصاية والتقديم تطبق على فاقد الأهلية وناقصيها، وذلك تحت إشراف ورقابة وبعناية القاضي المختص.

¹ - المادتان: 163-165 مدونة الأحوال الشخصية.

ونظرا للوضعية الخاصة للقاصرين، والخاضعين للنيابة الشرعية الآخرين لسفه أو جنون، أو ما يعترتهم من نقص وضعف، فقد أوكل المشرع تصريف شؤونهم إلى القاضي عن طريق أعمال نظام النيابة الشرعية، وذلك حماية من المجتمع لهذه الشريحة الضعيفة التي لا يمكنها نظرا لما يعترتها من نقص وضعف أن تمارس شؤونها كالأشخاص العادين، وضمن هذه الحماية أوجب المشرع على النيابة العامة الذي تدافع عن القانون وعن المصلحة العامة التدخل في جميع القضايا التي يكون أحد طرفيها قاصرا أو خاضعا لوصي أو مقدم، وذلك من أجل أن تمارس الدولة واجبتها الاجتماعي والأخلاقي في حماية مصالح هذه الفئة ذات الاحتياج الخاص.

3 - الدفع بعدم الاختصاص النوعي :

يعرف الاختصاص بأنه السلطة المخولة للمحكمة للنظر في الدعوى والدفع المثارة أمامها، أو أنه سلطة المحكمة للحكم في قضية معينة، أو هو قدر ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية في الفصل في نزاع من النزاعات.

وعدم الاختصاص هو فقدان ولاية هذه الجهة أو المحكمة إزاء نزاع معين أو فقدان هذه السلطة المخولة بالقانون¹.

ويسند القانون الاختصاص إلى المحاكم المختلفة انطلاقا من معيارين أحدهما مكاني ويسمي الاختصاص المكاني، والآخر نوعي ينظر إلى طبيعة القضايا المثارة (موضوع الدعوى)، وذلك لتحديد أي نوع من أنواع المحاكم يختص بها هل هي محكمة المقاطعة أو محكمة الولاية مثلا، ويطلق على هذا النوع من الاختصاص الاختصاص النوعي.

ويفهم من نص المادة: 4 والمادة: 48 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية أن قواعد الاختصاص النوعي تعتبر من ضمن متعلقات النظام العام، إذ يعتبر باطلا كل اتفاق من شأنه مخالفة الاختصاص النوعي الوارد في القانون.

وانطلاقا من ذلك يمكن للنيابة العامة أن تتدخل كطرف منضم في الدعاوي المتعلقة بعدم الاختصاص النوعي المثارة من طرف الأطراف، أو المثارة من طرف المحكمة تلقائيا ويجب على المحكمة إبلاغها بها.

4 - أ/ تنازع الاختصاص بين القضاة :

تنازع الاختصاص من مستلزمات تعدد جهات القضاء، إذ كثيرا ما يتعذر القطع من الناحية العملية باختصاص محكمة معينة بنظر نزاع ما دون أخرى، بسبب دقة الضوابط التي

¹ - القاضي: أتاه ولد سيدي محمد ولد حمين / بحث تحت عنوان : الاختصاص النوعي للمحاكم في قانون الإجراءات المدنية والتجارية الموريتاني - مقدم أمام الطلبة القضاة في المدرسة الوطنية للإدارة بنواكشوط - السنة : 2003 غير منشور - ص: 2

يضعها المشرع لتحديد اختصاص كل محكمة، وقد يؤدي غموض هذه الضوابط إلى اختلاف تفسيرها مما ينتج عنه تنازع الاختصاص.

ويحصل تنازع الاختصاص عند ما تعلن محاكم متعددة متحدة الدرجة وفي نفس النزاع أنها مختصة أو غير مختصة¹، ومن ذلك فإن لتنازع الاختصاص وجهان أحدهما إيجابي حين تعلن المحاكم المتحدة الدرجة اختصاصها بنفس النزاع في آن واحد، والآخر سلبي حين تعلن نفس المحاكم عدم اختصاصها في آن تجاه نفس النزاع.

وهو بوجهيه مناف لمبادئ القانون العامة التي تفيد من جهة أن المحكمة لا تنظر إلا في النزاعات الداخلة في اختصاصها فقط، ولا يجوز لها أن تتعدى اختصاصها، وتفيد من جهة أخرى أنه لكل مواطن الحق في التقاضي، ومن ثم لا يجوز لأي محكمة عزل نفسها عن المهام التي كلفت بها²، ونظرا لذلك جعله المشرع من ضمن القضايا التي تتدخل النيابة العامة فيها كطرف منضم دفاعا عن القانون.

4- ب/ الرد :

يعني رد القاضي منعه من النظر في نزاع معين إذا نهضت حالة من الحالات التي ينص القانون على أنها تحول بين القاضي والنزاع المعروض أمامه، وتنهض هذه الحالات عند ما يكون القاضي على صلة بأشخاص الدعوى، أو موضوع النزاع.

ورد القاضي حق متاح طلبه لأطراف النزاع أو وكلائهم بشرط أن يملكو تفويضا خاصا بذلك³، وقد حددت المادة: 262 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية أحد عشر حالة إذا توفرت إحداها جاز طلب رد القاضي.

ويتم طلب رد القاضي بواسطة عريضة تحدد بالاسم القاضي المطلوب رده وأسباب الرد وترفق بالوثائق المثبتة لذلك.

4- ت/ الإحالات :

الإحالة هي إعطاء سلطة النظر والبت في نزاع ما لمحكمة معينة بعد سحب هذه السلطة من محكمة أخرى كانت قد تعهدت في النزاع، وقام في وجهها سبب من أسباب الإحالة، ويمكن أن تكون المحكمة التي يحال إليها النزاع مجرد تشكيلة مغايرة من نفس المحكمة، كما يمكن أن تكون محكمة أخرى ولكنها يجب أن تكون محكمة من نفس الدرجة.

وتتم الإحالة في القانون الموريتاني على إثر رد القاضي الذي كان ينظر النزاع، أو عند قيام تشكك شرعي في حياد القاضي وعدالة حكمه، أو في حالة تهديد الخصومة للأمن العام.

¹ - المادة 258 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية .

² - القاضي: أحمد ولد عبد الله - بحث لنيل إجازة القضاء تحت عنوان : تنظيم القضاء الموريتاني - م.س. ص: 48.

³ - نفس المرجع / ص: 49.

ففي حالة رد القاضي تقوم المحكمة العليا بعد البت بقبول طلب الرد إذا تعلق بأحد قضاة محاكم الاستئناف بإحالة القضية التي بمناسبتها قدم طلب الرد إلى تشكيلة أخرى مغايرة من نفس المحكمة أو لمحكمة أخرى من نفس الدرجة¹.

أما التشكك الشرعي فإن القانون الموريتاني لم يعطه أي مفهوم واكتفى بمجرد إيراد ذكر له في المادة: 268 من قانون الإجراءات المدنية، ونص على أنه سبب من أسباب الإحالة، وأن الإحالة بسببه تخضع لنفس شروط القبول والشكل المقررة لطلب الرد مع استثناء واحد يتمثل في أن طلب الإحالة بسببه يرفع إلى رئيس المحكمة العليا وحده في جميع الحالات دون غيره.

أما الإحالة بسبب الأمن العام فتزد عند ما يكون من شأن الخصومة أن تثير فوضى تهدد الأمن العام، وتختص النيابة العامة ممثلة في المدعي العام لدى المحكمة العليا بتقدير مدى تأثير الخصومات على الأمن العام.

4- ث/ مخاصمة القضاة :

يمكن تعريف مخاصمة القضاة بأنها دعوى ترفع من خصم على قاض لمساءلة هذا القاضي مدنيا عما ارتكبه من أخطاء أثناء نظره للدعوى مطالباً إياه بتعويضه عما ناله من ضرر نتيجة هذا الخطأ، ويترتب على الحكم بصحتها بطلان الحكم كنتيجة حتمية لثبوت ما وقع من القاضي من إخلال بواجبه².

وقد حدد القانون الموريتاني بدقة وبشكل حصري الحالات التي تجوز فيها مخاصمة القضاة وذلك في المادة: 272 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية.

وتجري مخاصمة القضاة أمام المحكمة العليا وهي تبث في دعاوي المخاصمة في تشكيلة غرفة المشورة (المادة : 24 من قانون التنظيم القضائي).

5 - النزاعات التي تهم الأشخاص المفترض غيبتهم :

يمكن أن نفهم افتراض الغيبة على أنه اختفاء شخص ما دون أن يعلم له مكان معين، مما يحتم في هذه الحالة افتراض غيبته، وكثيراً ما تشور نزاعات في هذه الحالة إما من زوجته التي قد ترفع دعوى قضائية للمطالبة بنفقتها أو بالطلاق منه بسبب ضرر الفراش الناشئ عن غيبته كما تنص على ذلك المواد: 106 - 109 من مدونة الأحوال الشخصية.

وقد توجد أموال يتركها الشخص المفترض غيبته فيكون لكل شخص له مصلحة مشروعة أن يرفع دعوى بشأنها أمام القضاء.

¹ - القاضي: أحمد ولد عبد الله/ مرجع سابق/ ص: 50

² - / نفس المرجع / ص: 52

ونظرا لغيبته وعدم إمكان دفاعه عن نفسه ولضرورة الحفاظ على ممتلكاته فقد صنفه
المشرع ضمن القضايا التي يجب على النيابة العامة أن تتدخل في النزاعات المتعلقة به.

6 - إجراءات الطعن بالتزوير:

إجراءات الطعن بالتزوير هي الإجراءات العارضة التي تنصب على السند المقدم
للمحكمة كدليل للإثبات في دعوى مدنية رائية، إلا أنه يطعن أمامها في زوريتها كدليل من
أدلة الإثبات¹.

وقد نصت المادة: 123 من قانون الإجراءات المدنية على أن رفع وإبلاغ كل طلب
عارض متعلق بالطعن بالتزوير ضد وثيقة مستظهر بها يتم حسب القواعد المقررة في تقديم
الدعوى.

وبما أن قضايا التزوير في أصلها قضايا جزائية ويمكن للنيابة العامة أن تعالجها بشكل
أدق من الخصوم العاديين فقد أدرجت ضمن القضايا التي ينضم فيها إلى الخصوم بعد بدء
إجراءاتها.

وإلى جانب القضايا المحددة بالنقاط الستة السابقة في الفقرة الأولى من المادة: 74 من
قانون الإجراءات المدنية، يمكن للنيابة العامة أن تطلب إبلاغها بقضايا أخرى ترى من
الضروري تدخلها فيها، كما يجوز للمحاكم هي الأخرى أن تأمر من تلقاء نفسها بهذا الإبلاغ
إذا رأت ضرورة لتدخل النيابة العامة في بعض القضايا طبقاً لأحكام الفقرة قبل الأخيرة من
المادة: 74 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية.

¹ - الشرقاوي الغزواني نور الدين - م.س. ص: 165.

الإشهاد على الوصية وإثباتها في القانون المغربي



الدكتور يوسف القسطاسي : باحث في قضايا الأسرة

دكتوراه في الدراسات الإسلامية جامعة القاضي عياض مراكش

البريد الإلكتروني : ELKOSTASSI@YAHOO.FR

يعتبر عقد الوصية من أهم العقود المعاملات المالية الأسرية، لذلك أدرجته مدونة الأسرة من بين موادها، فهي مثال بارز لنجاح الاستقرار العائلي ونمو أفراد ونماء ثرائه، وحيث يكثر أفراد العائلة ويتفرع من أصلها أحفاد وأسباط فمنهم الأغنياء ومنهم الفقراء - وقد يقترب أجل أحد الزوجين - فيلجأ أحدهما أو كلاهما إلى الإيصال ببعض أموالهما على أفراد عائلتهما الضعاف كسبا لودهم وعطفهم ودفعاً لعله الفقر عنهم وكسراً لغيرة التحاسد والتباغض بينهم بعد موتهما، وفوزاً بالثواب في الآخرة .

فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم " ¹ شرط عدم وجود القصد بالإضرار بالورثة المباشرين لقوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار) ².

ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الإضرار في الوصية من الكبائر " 3 .

وقد حث الإسلام المسلمين على الإيصال في أموالهم وممتلكاتهم على ضعفائهم وفقرائهم وخاصة الأقربين منهم تطبيقاً لأوامر الله عز وجل التي أمر بها في كثير من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة .

1- أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده في كتاب من مسند القبائل باب من حديث أبي الدرداء، وابن ماجه في سننه في كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث .

2- من الآية 12 من سورة النساء .

3- أخرجه علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي في سننه في كتاب الوصية الجزء الرابع، ص 151. - دار المعرفة- بيروت 1966 تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني.

قال الله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)¹.

وروى البخاري: عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: "جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال يرحم الله ابن عفرأ، قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت فالشطر؟ قال: لا. قلت: الثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير؛ إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس... ولم يكن له يومئذ إلا ابنة"².

حكم الوصية في الفقه المالكي:

الوصية في عرف الفقهاء "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده"³.

واختلف الفقهاء حول حكم الوصية من حيث وجوبها أو عدم وجوبها على المسلم، على أن الأئمة الأربعة أجمعوا على أنها حق للموصي وليست واجبا عليه.

قال ابن عبد البر (ت463هـ) رحمه الله: "وليس ذلك بواجب عليه ولكنه حزم واستعداد لما يخشى من فجأة الموت"⁴، وهذا إشارة إلى الوصية الاختيارية التي يقصد منها أجر وثواب الآخرة.

لكنهم أجمعوا على وجوب وصية الدين، فإذا كان المرء مدينا لغيره فلا يجوز ترك الإيصال بذلك عليه خوف فجأة الموت، فقال في الكافي: "والوصية بالدين واجبة على كل من عليه دين بغير بينة"⁵.

وجاء في تبين المسالك: "الوصية مندوبة وتجب في حق للغير توقف العلم به عليها"⁶.

قال شارحه: "وحكمها الندب إذا كانت تبرعا والموصي غني، وحكمها الوجوب إذا كانت بحق واجب للغير"⁷.

الدليل مشروعيتها من الكتاب:

قوله تعالى: [كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)⁸، قال الإمام القرطبي (ت671هـ) في تفسيره لقوله تعالى: (حقا): "يعني ثابتا ثبوت نظر وتحصين لا ثبوت ثبوت فرض ووجوب بدليل قوله: (على المتقين) وهذا يدل على كونه ندبا لأنه لو كان فرضا لكان على جميع المسلمين، فلما خص الله من يتقي أي يخاف تقصيرا دل على أنه غير لازم إلا فيما يتوقع تلفه إن مات، فيلزمه فرضا المبادرة بكتبه والوصية به لأنه إن سكت عنه كان تضييعا له وتقصيرا منه"⁹.

1- الآية 180 من سورة البقرة .
2- أخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس وذكره كذلك في كتاب النفقات باب فضل النفقة على الأهل، ومسلم في كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث .
3- شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ص: 749 .
4- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر النمري القرطبي (ت 463 هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1422هـ/ 2002م، ص: 551.
5- المصدر نفسه ص: 551 .
6- تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك للعلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحساني، دار الغرب الإسلامي الطبعة الثانية 1995 . 554/3 .
7- المصدر نفسه: 555/3 .
8- الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي تأليف محمد التاويل منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1425 هـ/ 2004م .
9- من الآية 180 من سورة البقرة .
9- ينظر تفسير القرطبي: 254 /2 .

دليل مشروعيتها من السنة :

فمن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"¹.

قال الإمام مالك رحمه الله: "الأمر المجتمع عليه عندنا، أن الموصي إذا أوصى في صحته أو مرضه بوصية ... فإنه يغير من ذلك ما بدا له... وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها، فعل..."².

ولما كانت الوصية في المذهب المالكي مندوبة تخضع لإرادة الموصي وضميره فإنه قد يعزم المرء في حياته أن يوصي بشيء يروم بعد وفاته أن ينفذ ويلحق بالموصى له، فكيف تثبت هذه الوصية في الفقه المالكي ومدونة الأسرة؟.

إثبات الوصية في الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية :

يقصد بثبوت الوصية ما يقيم الحجة والدليل على الموصي بما وصى به سواء بنفسه بكتابتها بخطه أو بالإشهاد بها لدى العدلين أو من الشهود.

1- إثبات الوصية بالشهود اللفييف.

" الأحوط للوصية أن تكتب ويشهد عليها لتكون لازمة التنفيذ بعد وفاة الموصي"³، لكن قد تحدث ظروف ظروف ملحة، لم يستطع معها الموصي الإشهاد بها لدى العدلين، لتعذر وجودهم وقت الإيصاء، ولم يكن يعرف الكتابة ولا يوجد معه من يكتب فيضطر إلى إحضار الشهود لإسماع الوصية لهم والأمر بتنفيذها.

" والمتأخرون من المالكية قبلوا شهادة الشهود وبرروا ذلك بتعذر وجود العدول في كل وقت وفي كل نازلة فتساهلوا في قبولها لثلا تضيع حقوق الناس وجرى عملهم باعتبار اثني عشر رجلا بينة كاملة بمنزلة العدلين، وستة بمنزلة العدل الواحد وخصوصا بالرجال ولم يقبلوا اللفييف من النساء في مال ولا غيره"⁴.

وهذا ما ذهبت إليه مدونة الأسرة في الفقرة الثانية من المادة 296 حيث اشترطت لقبول الوصية بالشهود شروطا فنصت على مايلي :

" ... فإذا عرضت ضرورة ملحة تعذر معها الإشهاد أو الكتابة قبل إشهاد الموصي على وصيته من اتفق حضورهم من الشهود شريطة: أن لا يسفر البحث والتحقيق عن ريبة في شهادتهم، وأن تؤدي هذه الشهادة يوم تتمكن من أدائها أمام القاضي الذي يصدر الإذن بتوثيقها ويخطر الورثة فورا ويتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة ...".

1- أخرجه الإمام مالك في موطأه في كتاب الوصية باب الأمر بالوصية بلفظ: "له شيء"، والدارقطني في سننه في كتاب الوصايا، والنسائي في سننه في كتاب الوصايا باب الكراهية في تأخير الوصية بلفظ: "له شيء" بدل "يريد".

2- ينظر تنوير الحوالك شرح موطأ مالك لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي دار الفكر 1994. ص: 217.

3- الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي، ص: 547.

4- المرجع نفسه، ص: 537.

وهو ما جرى به العمل في تلقي الإشهاد بعدة الورثة إذ مما يجب التنصيص عليه - احتياطا - نقل العدلين المتلقين لها عن شهودها أنهم: "لا يعلمون للهاالك وصية ولا تنزيل" فإذا تحقق في علمهم أن الهاالك قد أوصى بشيء من ماله سواء بتصريحه بذلك قبل وفاته أمامهم أو أحضر الموصى له ما يثبت وصيته فإنه يتوجب على العدلين تضمين ذلك في عدة إرائته حفاظا على الحقوق من الضياع.

2- إثبات الوصية بالكتابة.

الأصل في كتابة الوصية حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" 1 .

ويشترط الفقهاء المالكية في الوصية بالكتابة أو بخط الموصي أن يشهد عليها، " فإن لم يشهد عليها فهي باطلة ولو وجدت بخطه إلا أن يقول: ما وجدتم بخط يدي فأنفذوه فإنه ينفذ" 2، وجاء في المعيار الجديد: "وسئل أيضا عن وجد كتب وصيته بخطه ولم يشهد بها عند الغير ولا أوصى بتنفيذها وبقيت تحت يده حتى مات فاتصل بها الموصى له وعمّر منها البعض دون البعض ولم يشهد الموصى له عند أحد بقبولها حتى قام عليه الورثة، هل تصح أولا؟ فأجاب: وفي المختصر، وإن ثبت أن عقدها بخطه أو أقر بها ولم يشهد ولم يقل أنفذوها لم تنفذ" 3 .

وجاء فيه أيضا: "...من كتب وصيته بيده فوجدت في تركته وعرف أنها خطه بشهادة عدلين لم يثبت شيء منها حتى يشهد عليه إذ قد يكتب ولا يعزم" 4 .

وفي هذا يقول أبو زيد رحمه الله في نظمه :

وكاتب بخطه لم يشهد *** عليه أو يقل تُنفذ أردد 6.

لكن إذا كان الموصي ممن يعرف خطه واستقامته إن كان من العلماء والفقهاء، فإنه لا حاجة لأن يشهد عليه، لأنه قد يفاجئه مرض في سكون الليل وظلماته، فتشده الرغبة الملحة في الإيصاء بأن يُذكر مثلا ورثته بدين عليه لفلان، أو كانت عنده ودائع لم يعلم بها أحد، فيأمرهم فيها بتنفيذها بإخراج تلك الودائع من أمواله، أو أداء الدين عنه قبل قسمة التركة أو ما شابه ذلك شريطة أن يمضي عليها بإمضائه المثبت المعلوم في وثائقه الخاصة أو يبصم عليها 7.

وقد أشارت مدونة الأسرة إلى هذا المعنى عند الحديث عن شرط صحة الوصية إذا حررت بخط صاحبها فاشتترط الإمضاء عليها، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 296 ما نصه: "...أو يجرها الموصي بخط يده مع إمضائه". كما اشترطت في المادة 297 تصريح الموصي بما يفيد أمره بتنفيذها فنصت على مايلي: "يجب أن يصرح في عقد الوصية المنعقدة بخط يد الموصي بما يفيد الإذن بتنفيذها".

1- سبق تخريجه .

2- ينظر حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لشرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، دار الرشد الحديثة الطبعة الأولى 2005 /2: 249-250 .

3- ينظر النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة ب المعيار الجديد الجامع المغرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب تأليف الشريف أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني المتوفى 1342هـ. 11/ 179-180.

4- المرجع نفسه ص: 112.

5- أبو زيد سيدي عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي (ت 1096هـ)، ينظر طبقات الحضيكي. ص: 402 .

6- ينظر جني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس للعلامة المقفي الشهير سيدي عبد الصمد كنون، مطبعة الشرق الوحيدة بشارع رقعة القمح، ص: 131.

7- لمن يريد التوضيح في هذا الموضوع فليرجع إلى كتاب: "الشافعي في شرح مدونة الأسرة" للأستاذ عبد الكريم شهبون: 2/ 178-179-180-181 .

3- إثبات الوصية بالإشهاد العدلي :

الأصل في ثبوت الوصية بالشاهدين العدلين قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم) 1 .

وهو الأصل في صحة العقود بأن تدون أو أن يشهد عليها بواسطة جهات رسمية مكلفة بالتوثيق طبقا للمادة 419 من قانون الالتزامات والعقود .

وهو الذي تبنته مدونة الأسرة واشترطت لصحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 296 التي تنص على مايلي: "يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق ...".

وقد راعت المدونة في ذلك قطع الطريق أمام سيئي النوايا الذين يلفقون على موتاهم ويكذبون عليهم بتنسيب وصايا زور لم يوصوا بها بقصد أكل أموال وراثتهم بالباطل.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الكريم شهبون: "وحيث فسدت الذمم ونسب إلى الناس وصايا لم يقولوا بها وتقولوا عليهم الأقاويل، رأى فقهاء المدونة المغربية وأولياء الأمور أن الحاجة ماسة إلى تشريع يحمي الأموات من التلفيق والتزوير فاشترطوا أن تكون وصاياهم مكتوبة، ويشهد عليها شهود عدول رسميون أي منتصبون للشهادة وإلا كانت مردودة . لذلك اشترطت المدونة في هذه المادة أن يصدر بالوصية إشهاد عدلي، يشهد العدلان المنتصبان للشهادة وهما رسميان يخضعان لتنظيم التوثيق بالمغرب، يتلقيان الشهادة من الموصي لفظا أو إشارة من العاجز عن النطق، حيث يجران عقد الوصية وفق الشروط المشترطة في صحتها وإلا لم تكن صحيحة ولا تنفذ إذا اختل شرط من شروطها" 2.

كيفية كتابة وثيقة الوصية :

يستحب تصدير وثيقة الوصية بالبسملة والحمدلة، والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والشهادتين، فتقول :

" لسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ... وبعد فقد أشهد فلان ابن فلان الفلاني الساكن ب ... وأوصى وهو يشهد لله بالوحدانية ولسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بالتبليغ والرسالة أنه (إن قضى الله بوفاته وأدبرت من الدنيا أيام حياته فيخرج عنه من جميع متخلفه من قليل الأشياء وكثيرها جليلها وحقيرها العقار وغيره جميع الثلث الواحد ويعطى لفلان الفلاني يكون ماله وملكه على وجه الوصية النافذة بعد الموت قصد بذلك وجه الله العظيم وثوابه الجسيم والدار الآخرة والله لا يضيع أجر من أحسن عملا ولا يخيب لراجيه وقاصديه أملا، إشهادا وإيصاء تامين عرف قدره شهد به عليه بأكمله وعرفه وفي كذا" 3 .

1- من الآية 106 من سورة المائدة .

2- الشافعي في شرح مدونة الأسرة: 179/2 .

3- ينظر كتاب: التدريب على الوثائق العدلية لأبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية الرباط سنة 1964، ص: 554-555 .

حكم الزمان بالوعد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي



دراسة من إعداد : الدكتور سانح بوثنين

باحث في فقه الأموال كلية الآداب فاس سايس

قبل معرفة رأي الفقه الإسلامي حول مسألة "الوعد" من المناسب التعرف أولاً على مفهوم ودلالة لفظة "وعد" لغة واصطلاحاً.

أ- تعريف الوعد :

كلمة "وعد" تستعمل لغة في الخير والشر؛ قال ابن فارس: "وهي كلمة صحيحة تدل على ترجية بقول، يقال: وعدته أعدّه وعداً" (1). وذهب الفراء إلى أنه يقال: "وعدته خيراً ووعدته شراً؛ إلا أنهم إذا أسقطوا الخير والشر، قالوا في الخير: (الوعد) و(العدة)، وفي الشر:

(الإيعاد) و(الوعيد). (2)

والوعد اصطلاحاً: هو الإخبار عن فعل المرء أمراً في المستقبل يتعلق بالغير، وقد درج المالكية على استعمال الوعد بدلالة خاصة، وهي: الإعلان عن رغبة الواعد في إنشاء معروف في المستقبل يعود بالفائدة والنفع على الموعود، وفي هذا يقول الخطاب:

"وأما العدة فليس فيها إلزام الشخص نفسه شيئاً الآن، وإنما هي كما قال ابن عرفة:

إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل." (3) وبالتالي يتضح أن العدة عند فقهاء المالكية عبارة عن: تصرف شرعي قولي، يتم بالإرادة المنفردة، قوامه تعهد شخص بأن يسدي لغيره معروفاً بدون مقابل، وذلك في المستقبل لا في الحال. (4) فالوعد (العدة) يختلف عن العقد في الشريعة الإسلامية؛ في كونه ليس من قبيل الارتباط الاعتباري بين شخصين - في نظر الشرع - نتيجة لاتفاق إرادتهما معاً، فهو يتم بإرادة منفردة. ثم إن الوعد لا يترتب عليه إلزام الشخص نفسه شيئاً الآن؛ وإنما هو إخبار عن إنشاء الموعود به مستقبلاً؛ بخلاف العقد الذي

يرتب آثاره في الحال بمجرد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بالقبول الصادر من الآخر.

أما الفرق بين الوعد والعهد، فيكمن في أن العهد هو الوعد المقرون بشرط، نحو قولك: إن فعلت كذا فعلت كذا، والعهد يقتضي الوفاء، والوعد يقتضي الإنجاز، يقال:

نقض العهد؛ وأخلف الوعد، وبالتالي فالعهد يتميز عن العقد أيضا في كون العقد أبلغ من العهد، تقول: عهدت إلى فلان بكذا، أي أزمته إياه؛ وعاقدته: إذا أزمته باستيثاق. (5)

وسمي الموثق الذي يلزم مراعاته عهدا، قال تعالى: «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا» (6). وبالرغم من وجود فوارق بين الوعد والعقد والعهد فإن هناك بينها ترادفا من حيث المعنى العام.

ب- آراء الفقهاء حول الإلزام بالوعد:

جاءت عدة نصوص تحث على الوفاء بالوعد، وتحذر من إخلاله، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا حول الإلزام بالوعد؛ هل هو واجب، فيلزم به الواعد ديانة أو قضاء أم هو مندوب ومستحب؟

والأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء، وإن كان الوفاء به مطلوباً ديانة؛ فلو وعد شخص آخر بقرض، أو ببيع، أو بهبة، أو بفسخ، أو بإبراء، أو بأي عمل حقوقي آخر، لا ينشأ بذلك حق للموعد، فليس له أن يجبره على تنفيذ بقوة القضاء. (7)

ونجد الإمام النووي (ت 676هـ) رحمه الله يقول في هذا الشأن: "وقد أجمع العلماء على أن من وعد إنساناً شيئاً ليس بمنهي عنه، فينبغي أن يفي بوعدته؛ وهل ذلك واجب أم مستحب؟

فيه خلاف بينهم؛ ذهب الشافعي وأبو حنيفة والجمهور على أنه مستحب، فلو تركه فآتاه الفضل، وارتكب المكروه كراهة تنزيه شديدة، ولكن لا يآثم.

وذهب جماعة إلى أنه واجب؛ قال الإمام أبو بكر بن العربي المالكي (ت 543هـ) (8):

"أجل من ذهب إلى هذا المذهب عمر بن عبد العزيز، قال: وذهبت المالكية مذهبا ثالثا أنه إن ارتبط الوعد بسبب كقوله: تزوج ولك كذا، أو احلف أنك لا تشتمني ولك كذا؛ أو نحو ذلك وجب الوفاء، وإن كان وعدا مطلقا لم يجب.

واستدل من لم يوجبه بأنه في معنى الهبة، والهبة لا تلزم إلا بالقبض عند الجمهور، وعند المالكية تلزم قبل القبض". (9)

ويظهر أن هناك خمسة آراء للفقهاء في هذه المسألة:

أولا: رأي يقول بوجود الوفاء بالوعد والقضاء به، وهو قول طائفة من الصحابة والتابعين، منهم سمرة بن جندب والحسن البصري والقاضي سعيد بن أشوع وعمر بن عبد العزيز

وإسحاق بن راهويه وابن شبرمة وبعض المالكية والشافعية ووافقهم جماعة من العلماء المعاصرين. (10)

وكذلك فإن الإمام البخاري (ت 256هـ) رحمه الله قد مال إلى هذا الرأي؛ حيث قال في كتاب الشهادات من صحيحه في "باب من أمر بإنجاز الوعد": "وفعله الحسن لقوله تعالى: «وإذ كفر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد» (11)؛ وقضى ابن الأشوع بالوعد؛ وذكر ذلك عن سمرة بن جندب، وقال المسور بن مخرمة: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وذكر صهرا له؛ فقال: "وعدني فوفى لي"، قال أبو عبد الله: ورأيت إسحق بن إبراهيم يحتج بحديث ابن الأشوع" (12).

وقد رد ابن حجر قول المهلب أن إنجاز الوعد مأمور به، فإن الخلاف مشهور، لكن القائل به قليل، وقال ابن عبد البر وابن العربي: أجل من قال به عمر بن عبد العزيز (13).

وذكر الإمام ابن رشد اختلاف الفقهاء حول مسألة الوعد؛ فقال: "اختلف الفقهاء في العدة (بالتخفيف) هل يلزم القضاء بها أم لا على أربعة أقوال؟ أحدها: أنه يلزم القضاء بها، وإن لم يكن على سبب، حيث روي عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بها على ما وقع في كتاب العدة على ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: "وأى (14) المؤمن واجب" (15) (16).

وقال ابن شبرمة: "الوعد كله لازم، ويقضى به على الواعد ويجبر" (17). وقال ابن العربي عند كلامه على أحكام الآية الكريمة: «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون» (18): "فإن كان المقول منه وعدا فلا يخلو أن يكون منوطا بسبب، كقوله: إن تزوجت أعتك بدينار، أو ابتعت حاجة كذا أعطيك كذا، فهذا لازم إجماعا من الفقهاء (19). وإن كان وعدا مجردا فقليل: يلزم بمطلقه... والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر." (20) فابن العربي على هذا يرى لزوم الوفاء بالوعد في جميع الأحوال، ويستثنى من ذلك وجود عذر يبيح إخلافه.

أما الإمام الغزالي (ت 505هـ) فقد ذهب في "إحياء علوم الدين" إلى أن إخلاف الوعد يعتبر من علامات النفاق، خاصة مع الجزم في الوعد، وعدم وجود عذر يحول دون الوفاء به، وفي هذا يقول: "ثم إذا فهم مع ذلك الجزم في الوعد، فلا بد من الوفاء، إلا أن يتعذر، فإن كان عند الوعد عازما على أن لا يفي، فهذا هو النفاق... فأما من عزم على الوفاء فعن له عذر منعه من الوفاء، لم يكن منافقا، وإن جرى عليه ما هو صورة النفاق، ولكن ينبغي أن يحتزم من صورة النفاق أيضا، كما يحتزم من حقيقته، ولا ينبغي أن يجعل نفسه معذورا من غير ضرورة حاجزة." (21)

ثانياً: رأي يذهب إلى استحباب الوفاء بالوعد وكرهه إخلافه، وأنه لا يقضى به، وهو قول الظاهرية وبعض المالكية.

يقول الإمام ابن حزم: "من وعد آخر بأن يعطيه مالا معيناً أو غير معين، أو بأن يعينه في عمل ما - حلف له على ذلك أو لم يحلف - لم يلزمه الوفاء به، ويكره له ذلك، وكان الأفضل لو وفى به، وسواء أدخله بذلك في نفقة أو لم يدخله، كمن قال: تزوج فلانة وأنا أعينك في صداقها بكذا وكذا؛ أو نحو هذا وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأبي سليمان." (22)

ويقول الإمام ابن عبد البر: "أن العدة واجب الوفاء بها وجوب سنة؛ وذلك من أخلاق أهل الإيمان... ولا أعلم خلافاً أن ذلك مستحسن، يستحق صاحبه الحمد والشكر والمدح على الوفاء به؛ ويستحق على الخلف في ذلك الذم. وقد أثنى الله عز وجل على من صدق وعده، ووفى بنذره، وكفى بهذا مدحاً وبما خالفه ذماً." (23)

وكذلك فإن الإمام ابن رشد يرى بأن الأمر بالوفاء بالوعد يفيد الندب والاستحباب. (24)

أما الإمام القرافي، فقد ساق في معرض حديثه عن الفرق بين قاعلة الكذب وقاعلة الوعد وما يجب الوفاء به منه، وما لا يجب بمجموعة من الأحاديث عار بها النصوص الدالة على تحريم خلف الوعد، ثم ذهب إلى أن الوفاء بالوعد مندوب ومستحب، وفي هذا الإطار يقول: "أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق." (25)

وهكذا فالقرافي يوافق بعض المالكية الآخرين في كون الوفاء بالوعد أمراً مستحباً، وليس ملزماً، ويعده من مكارم الأخلاق.

ثالثاً: يرى بعض الفقهاء بأن الوعد يقضى به، ويصبح ملزماً، لكن بشرط قيامه على سبب، وأن يدخل الواعد من أجل عدته في السبب الذي علقه على تلك العدة، ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد الإمام مالك رحمه الله، وأصبغ وابن القاسم وسحنون، وبعض الأحناف.

فقد سئل الإمام مالك عن الرجل يسأل الرجل أن يهبه الذهب فيقول نعم، فيبدو له أن لا يفعل؛ هل يلزمه ذلك أم لا يلزمه؟ قال "أما إن قال أنا أفعل، أو أنا فاعل، فما أرى ذلك يلزمه، ومن ذلك وجوه لو كان في قضاء دين، فسأله فقال نعم، ورجال شهود عليه، فما أحراه أن يلزمه، والشهادة في ذلك أبين، وما أحق بإجابه." (26)

وسئل أصبغ سؤالاً مفاده: "... رأيت لو أن رجلاً أتاني، فقال لي إنني أريد النكاح فأسلفني مائة دينار لأجل كذا وكذا أقضيها إن شاء الله، فقلت له: نعم أنا أسلفك فانكح، فذهب فنكح، ثم جاء يستسلفني المائة، فقلت قد بدا لي ألا أسلفك، وإنما قلت لك سأفعل، ولست أسلفك شيئاً، هل يحكم علي بمثل هذه العدة؟" فأجاب بقوله: "نعم يحكم عليك بأن تسلفه ما

وعدته على هذا السبب ويجبرك السلطان..."(27) أما ابن القاسم وسحنون فقد ذهبوا إلى أن الوفاء بالوعد يصبح لازماً، ويقضى به إذا ما دخل الواعد من أجل وعده في السبب الذي بني عليه الوعد، وفي هذا يقول ابن القاسم - جواباً على نفس السؤال الذي سئله مالك وهو حكم رجوع الواعد بالهبة عن وعده؟-:"إذا اقتعد الغرماء على موعد منه-أي الواعد- أو أشهد بإيجاب ذلك على نفسه، أن يقول: أشهدكم أنني قد فعلت، فهذا الذي يلزمه، فأما أن يقول له نعم أنا أفعل ثم يبدو له، فلا أرى ذلك عليه."(28) ويقول سحنون:"إن العلة لا تلزم، إلا أن تكون على سبب، فيدخل من أجل عدته في السبب، مثل أن يقول الرجل للرجل افعل كذا وكذا، وأنا أسلفك فيفعله."(29) والرأي الذي يعتبر الوعد ملزماً للواعد قضاء إذا تعلق بسبب هو الرأي المشهور عند المالكية.

ويرى فقهاء الحنفية أيضاً أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد؛ ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه، وذلك فيما يظهر اجتناباً لتغيير الموعد، بعدما خرج الوعد مخرج التعهد.

وفي هذا عندهم قاعدتان مشهورتان، أولاهما:"المواعيد بصورة التعليق تكون لازمة"(30). وثانيهما:"لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً."(31)

وبالتالي فهم-أي الأحناف- يرون أن المواعيد إذا صدرت بغير صورة التعليق، لا تكون لازمة لعدم وجود ما يدل على الحمل والمنع، بل تكون مجرد وعد، وهو لا يجب الوفاء به قضاء.(32)

رابعاً: يرى بعض الفقهاء أن الوعد لا يلزم، ولا يقضى به، وإن كان على سبب، أو دخل الواعد في السبب، وهو اختيار أشهب (ت 204هـ)(33) وابن نافع (ت 186هـ)(34) من المالكية، وبعض فقهاء الحنفية، حيث يقول السرخسي (ت 500هـ)(35):"إن كان الأجل ميعاداً شرط فله أن يدفعه حتى يقبض أجره، لأن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم."(36).

خامساً: يذهب بعض العلماء المعاصرين (37) إلى أن مسألة لزوم الوعد قضاء، أو عدم لزومه إنما تتعلق فقط بمسائل المعروف والإحسان، أي التبرعات دون مسائل المعاوضات كالبيع ونحوه.(38)

ج- الأدلة التي استند إليها الفقهاء في القول بلزوم الوعد وعدم لزومه :

إن منشأ الخلاف بين الفقهاء حول مسألة الإلزام بالوعد ينسب في الحقيقة على اختلافهم في الاستدلال بالنصوص والأدلة الشرعية.

ونعرض فيما يلي لأدلة كل فريق على حدة، ثم نناقشها ونرجح الأقوى منها في ضوء النصوص والمقاصد الشرعية.

أول : أدلة القائلين بلزوم الوعد مطلقا :

استند أصحاب الرأي القائل بوجوب الوفاء بالوعد والقضاء به إلى أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية. أما القرآن فقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (39) قال الإمام أبو بكر الجصاص (ت370هـ) (40) وهو يتحدث عن حكم هذه الآية الكريمة: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد، ثم نقل إلى الأيمان والعقود، عقود المبيعات ونحوها، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره، وإيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح والإجارة، وسائر عقود المعاوضات عقودا، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به." (41)

وقد أثنى الله تعالى على نبيه إسماعيل عليه السلام، فقال: «واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادقا الوعد» (42). وقال عز من قائل: «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون» (43)، وهو إنكار على من يعد وعدا، أو يقول قولاً ثم لا يفي به. وأما دليلهم من السنة فيتمثل في جملة من الأحاديث النبوية منها:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "آية المنافق ثلاث إذا وعد أخلف، وإذا حدث كذب، وإذا وإذا أؤتمن خان." (44) وفي رواية أخرى: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر". (45) - وعن عبد الله بن عامر بن ربيعة، قال: أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا صبي، فذهبت لأخرج لألعب، فقالت أمي: يا عبد الله تعالى أعطيك، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "وما أردت أن تعطيه؟" قالت: تمرا، فقال: "أما إنك لو لم تفعلني كتبت عليك كذبة." (46)

- وكذلك استدلوا على وجوب الوفاء بالوعد بحديث: "وأى المؤمن واجب" (47) أي وعده واجب الوفاء. ونوقشت هذه الأدلة بأنه لا حجة فيها على الإلزام بالوعد، لأنها ليست على ظاهرها، ولأن من وعد بما لا يحل أو عاهد على معصية فلا يحل له الوفاء بشيء من ذلك، كمن وعد بزنا أو بخمر، أو بما يشبه ذلك، فصح أن ليس كل من وعد فأخلف، أو عاهد فغدر مذموما، ولا ملوما، ولا عاصيا، بل قد يكون مطيعا مؤديا فرضا، فإذا كان كذلك، فلا يكون فرض إنجاز الوعد والعهد إلا على من وعد بواجب عليه، كإنصاف من دين، أو أداء حق فقط، وأيضا فإن من وعد وحلف واستثنى، فقد سقط عنه الحنث بالنص والإجماع المتيقن. (48) وأما ما ذكر من الإخلاف في صفة المنافق، فمعناه أنه سجية له، ومقتضى حاله الإخلاف، ومثل هذه السجية يحسن الذم بها، كما يقال: سجيته تقتضي البخل والمنع، فمن كانت صفاته تحث على الخير مدح، أو تحث على الشر ذم شرعا وعرفا. (49) وكذلك فإن قوله صلى الله عليه وسلم: "وأى المؤمن واجب" لا حجة فيه، لأن الحديث ليس على ظاهره في الوجوب، لأن معناه واجب في مكارم الأخلاق

ومحاسنها، بدليل تخصيصه المؤمن، لأنه لما لم يعم، فيقول: "الوأي واجب" علم أنه أراد بعض المؤمنين، وهم المدوح إيمانهم، فدل ذلك على النذب إذ لم يعم به جميع المؤمنين، كقول الله تعالى في المتعة: (حقا على المتقين) (50)، وقوله: (حقا على المحسنين). (51)(52)

ثانياً: أدلة القائلين باستحباب الوفاء بالوعد :

استدل القائلون باستحباب الوفاء بالوعد وأن الوفاء به يدخل في مكارم الأخلاق بما رواه الإمام مالك في الموطأ عن صفوان بن سليم، أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أكلت كذباً امرأتى يا رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا خير في الكذب"، فقال الرجل: يا رسول الله أعدها وأقول لها؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا جناح عليك" (53). ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من الكذب المتعلق بالمستقبل، فإن رضى النساء إنما يحصل به، ونفى الجناح على الوعد، وهذا يدل على أمرين :

أحدهما: أن إخلاف الوعد لا يسمى كذباً لجعله قسيم الكذب، وثانيهما: أن إخلاف الوعد لا حرج فيه. (54) وبالإضافة إلى الحديث المأخوذ من الموطأ، قام القائلون باستحباب الوفاء بالوعد بتأويل الأدلة التي ساقها الفريق الأول (القائلون باستحباب الوفاء بالوعد)، وقد تقدم ورودها.

وقد نوقش القائلون باستحباب الوفاء بالوعد وعدم لزومه، بأن الحديث المذكور في الموطأ حديث مرسل (55)، قال في شأنه الإمام ابن عبد البر: "لا أحفظه مسنداً بهذا اللفظ، وقد رواه ابن عيينة عن صفوان عن عطاء بن يسار مرسلًا." (56) كما أنه ليس في الحديث المذكور ما يفيد بأن النبي صلى الله عليه وسلم منع ذلك الرجل من الكذب المتعلق بالمستقبل، بل إنه يفيد أنه صلى الله عليه وسلم منع ذلك الرجل من أن يخبر امرأته بخبر كذب يقتضي تغييظها به، وسوغ له الوعد، لأنه لا يتعين فيه الإخلاف، لاحتمال الوفاء به سواء كان عازماً عند الوعد على الوفاء، أو على الإخلاف، إذ معظم دلائل الشريعة تقتضي المنع من الإخلاف. (57) وقال الإمام الباجي في شرح هذا الحديث: "قول الرجل: يا رسول الله أكلت كذباً امرأتى، يريد - والله أعلم - أن يخبرها عن أمر بخلاف ما هو عليه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا خير في الكذب" يريد والله أعلم في كذب ينافي الشرع... وقول الرجل: أعدها يا رسول الله وأقول لها، فقال: "لا جناح عليك" يحتمل أن يريد به أعدها، وأنا أعتقد الوفاء، ففرق بين المستقبل والماضي، وقد قال ابن قتيبة: الكذب إنما هو في الماضي، والخلف في المستقبل. ويحتمل أن يفرق بينهما بأن الماضي لا يكون إلا كذباً، فأما المستقبل فقد يمكنه تصديق خبره، وينصرف مذهبه إلى فعل ما أخبر به، فيكون بمنزلة من أراد أن يكذب ثم آثر أن يصدق فصلق." (58) إذن فالحديث لا يفهم منه عدم لزوم الوفاء بالوعد، لأنه جاء في علاقة الزوج بزوجه، ويتجاوز في هذه العلاقة ما لا يتجاوز في غيرها إبقاء للمودة والألفة بين الزوجين.

ثالثا: أدلة القائلين بلزوم الوعد بشرط قيامه على سبب:

استدل القائلون بأن الوعد يلزم، ويقضى به، لكن بشرط قيامه على سبب بقوله صلى الله عليه وسلم: "وأى المؤمن واجب" (59). كما أن عمر بن عبد العزيز (ت 101هـ) قضى بلزوم الوعد، حيث روي أن قوما وعدوا رجلا في أعطياتهم بشيء وجدوه منها إذا خرجت، فنكصوا عنه، فرافعهم إلى عمر بن عبد العزيز فقضى له عليهم بها. (60) وقد نوقش القائلون بلزوم الوعد المقترن بسبب بمثل ما نوقش به القائلون بلزوم الوعد مطلقا.

رابعا: أدلة القائلين بعدم لزوم الوفاء بالوعد مطلقا:

ذهب القائلون بأن الوعد لا يلزم ولا يقضى به، وإن اقترن بسبب إلى أن الوعد يتعلق بأمر مستقبلية، والتي لا يملك الإنسان الوفاء بها، كما لو قال رجل لآخر: أنا أسلفك، فلم يسلفه. لكن هؤلاء اعتبروا إخلاف الوعد ليس من مكارم الأخلاق. (61) وبالتالي، فهم يفرقون بين اللزوم ديانة وقضاء، حيث اعتبروا الوفاء بالوعد لازما ديانة، لأنه من مكارم الأخلاق. ويناقش هؤلاء بأن الأصل هو الإلزام بكل ما أوجبه الله ورسوله، وما مهمة ولي الأمر إلا تنفيذ ما أمر الله به، ومعاقبة من خرج عليه بحكم مسؤوليته الشاملة، وما فرق الفقهاء بين الديانة والقضاء، إلا فيما كان له ظاهر وباطن، فيحكم القضاء بالظاهر، ويكفل إلى الله السرائر، كما في حكم القاضي لمن هو ألحن بحجته، ومن شهدت له البينة ولو كاذبة. (62)

خامسا: أدلة القائلين بأن مسألة لزوم الوعد قضاه أو عدم لزومه تتعلق فقط بالتبرعات دون المعاوضات:

استدل هؤلاء بما نقله بعض فقهاء المالكية في كتبهم، من أن الوعد ليس فيه إلزام الشخص نفسه الآن، وإنما هو إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل، وبأن المالكية مثلوا للوعد بمسائل المعروف والإحسان، كالقرض والهبة، والصدقة، والعارية، أي الأمور التي تتعلق بالتبرعات دون المعاوضات كالبيع مثلا. (63) ويناقش ما ذهب إليه هؤلاء من وجهتين:

أولا: أن النصوص التي أوجبت الوفاء وحرمت الإخلاف جاءت عامة مطلقة، ولم تفرق بين وعد ووعد، ولا دليل يخص عموما، أو يقيد مطلقها.

ثانيا: أنه إن كان لا بد من تفرقة بين النوعين، فالذي ينبغي ألا يقبل فيه الإخلاف هو الوعد في شؤون المعاوضات والمعاملات، والتي يترتب عنها التزامات وتصرفات مالية، واقتصادية قد تبلغ الملايين، ويترتب على جواز الإخلاف فيها إضرار بمصالح الناس وتغيير بهم. (64) والملاحظ أن ميدان المعاوضات أولى بالاحتياط الشديد، وعدم إخلاف الوعد من ميدان التبرعات، والتي هي محض معروف وإحسان.

ومن خلال تتبع أدلة كل فريق ومناقشتها يتبدى لنا أن القول بلزوم الوعد والقضاء به، مطلقا من غير قيامه على سبب معقول، ومن غير شروع الواعد والموعود في إنجاز ما تواعدا

عليه فيه نوع من المبالغة والتشديد بلا مسوغ أو ضرورة شرعية. إذ لا ضرر هناك يجب رفعه، وإن كان إخلال الوعد بدون عذر مقبول يقتضي أن يؤاخذ الإنسان بسببه ديانة، كما تفيد مجموعة من النصوص الشرعية.

وإن ادعاء عدم لزوم الوفاء بالوعد مطلقاً هو ادعاء غير سليم، ومثله التفرقة بين ما يلزم ديانة وما يلزم قضاء، أو القول باستحباب الوفاء بالمواعيد، وقصر لزوم الوفاء بها على مسائل المعروف والإحسان. لأن الأدلة الشرعية تقتضي القول بخلاف ذلك كما سبق بيانه.

وتتجلى لنا وجهة الرأي الذي يقول بأن الوعد يقضى به، ويصبح لازماً إذا قام على سبب، أو دخل الواعد من أجل وعده في ذلك السبب الذي علقه على وعده، وهو الرأي المشهور في المذهب المالكي (65). لأنه ينطلق من فكرة دفع الضرر الحاصل فعلاً للموعدود نتيجة تغيير الواعد، ومعلوم أن الضرر يجب دفعه ورفعته وفقاً لمقاصد الشريعة في حفظ الأموال، كما أن ما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا تطلبت المصلحة ذلك. وبهذا نوفق بين الأدلة المتعارضة في المسألة تضييقاً لهوة الخلاف، وحرصاً على مصلحة الطرفين المتواعدين.

الهوامش :

- (1) "معجم المقاييس في اللغة"، أحمد بن فارس بتحقيق شهاب الدين أبو عمرو، دارا لفكر بيروت، ط1/1994، مادة وعد.
- (2) "مختار الصحاح"، الرازي تحقيق حمزة فتح الله دار البصائر ومؤسسة الرسالة بيروت ط1/1985، مادة وعد.
- (3) "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" للحطاب، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط1/1984 - ص 153.

(4) "معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء" د. نزيه حماد، سلسلة المعاجم والأدلة

والكشافات (5) المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1/1993، ص 194.

(5) المرجع السابق ص 203.

(6) الإسراء: 34.

(7) "المدخل الفقهي العام" مصطفى الزرقا، دار الفكر، بيروت ط 10/1968 - 2/1029.

(8) محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي المعافري، من أهل إشبيلية، الحافظ المتبحر، ختم علماء الأندلس، سمع ببلده من أبي عبد الله بن منظور، وأبي عبد الله محمد بن عتاب وغيرهما... وكان من أهل التفنن في العلوم، والاستبحار فيها.. وله تصانيف مفيدة منها "أحكام القرآن" و"القبس"، توفي سنة 543هـ. "الديباجي المذهب" ص 376-378.

(9) "الأذكار من كلام سيد الأبرار" للإمام النووي، بعناية محيي الدين الشامي، مؤسسة الريان ومؤسسة الكتب الثقافية بيروت ط3/1988، ص 334. (10) وهؤلاء العلماء المعاصرون هم القائلون بجواز بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية على أساس الإلزام بالوعد.

(11) مريم: 54.

(12) "صحيح البخاري" للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب، والشيخ هشام البخاري، المكتبة العصرية، بيروت، ط3/1999 - 813/2.

(13) "فتح الباري بشرح صحيح البخاري" للإمام ابن حجر العسقلاني، بعناية الشيخ عبدالعزيز بن باز، دار الفكر، بيروت، ط1/1996-626/5.

(14) الوأي هو الوعد. يراجع "معجم المقاييس في اللغة": باب الواو والهمزة وما يثلثهما.

(15) أورده أبو داود في مراسيله حديث رقم (523)، كما أورده السيوطي في الجامع الصغير، حديث رقم (9614) ورمز له بالضعف.

(16) وقد رد الإمام ابن رشد على من احتج بحديث "وأبي المؤمن واجب" بأنه: لا حجة فيه، لأن معناه واجب في مكارم الأخلاق ومحاسنها، بدليل تخصيصه المؤمن لأنه لما لم يعم، فيقول: الوأي واجب، علم أنه أراد بعض المؤمنين، وهم المدوح إيمانهم، فدل ذلك على النذب إذا لم يعلم به جميع المؤمنين. يراجع "البيان والتحصيل" لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق ذ. أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2/1988، 318/15.

(17) "الحلى بالأثار" لابن حزم، تحقيق د. عبد الغفار البنداري، دار الفكر بيروت، دون تاريخ، 278/6.

(18) الصف: 2.

(19) ادعاء الإمام ابن العربي الإجماع في هذه المسألة رده البعض، وقد أوردنا كلام الإمام ابن حجر في ذلك.

(20) "أحكام القرآن" لابن العربي، تعليق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1/1988-242/4، 243.

(21) "إحياء علوم الدين" للإمام الغزالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1/1986-142/3.

(22) "الحلى بالأثار" 278/6.

(23) "الاستذكار" ليوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، خرج نصوصه وصنع فهرسه د. عبد المعطي قلعجي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1/1993-349/14.

(24) "البيان والتحصيل" 318/15.

(25) "الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق" للإمام القرافي، وبهامشه: "إدراج الشروق على أنواء الفروق" لابن الشاط، ضبطه وصححه خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1/1998-55/4.

(26) "البيان والتحصيل" 317/15.

(27) المصدر نفسه ص343.

(28) المصدر نفسه ص317.

(29) المصدر نفسه ص319.

(30) "مجلة الأحكام العدلية" تحقيق نجيب هوويني، كارخانه تجارت كتب، دون تاريخ ص26.

(31) "الأشباه والنظائر" لابن نجيم 110/2، نقلا عن "المدخل الفقهي العام" لمصطفى الزرقا - 1029/2.

(32) "شرح القواعد الفقهية"، أحمد محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2/1989 - ص425.

(33) أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي العامري، اسمه مسكين، وأشهب لقب روى عن مالك والليث.. قال الشافعي: ما رأيت أفقه من أشهب.. توفي سنة 204 هـ. "ترتيب المدارك" 262/3، "الديباج المذهب" ص162.

(34) عبد الله بن نافع أبو محمد، مولى بني مخزوم، المعروف بالصائغ، روى عن مالك، وتفقه به، سمع منه سحنون، وروى عنه يحيى بن يحيى سماعه مع سماع أشهب في العتبية، توفي سنة 186 هـ. "ترتيب المدارك" 183/3، "الديباج المذهب" ص213.

(35) محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر السرخسي، شمس الأئمة، كان عالماً أصولياً مناظراً، من تأليفه المفيدة: "المبسوط" في الفقه في أربعة عشر مجلداً وشرح كتاب "الكسب" لمحمد بن الحسن الشيباني، توفي في حدود 500هـ. "تاج التراجم" لابن قلوبغا، تحقيق محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1/1992، ص234.

(36) "المبسوط" للسرخسي، دار المعرفة بيروت، ط/1986-92/15.

(37) ومن هؤلاء العلماء الفئة التي ترى عدم جواز بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّبه المصارف الإسلامية على أساس الإلزام بالوعد.

(38) "بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّبه المصارف الإسلامية دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية" ص62.

(39) المائة: 1.

(40) أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف بالخصاص، انتهت إليه رئاسة الحنفية، تفقه على أبي الحسن الكرخي وتخرج به... له كتاب أحكام القرآن وشرح مختصر الكرخي، وشرح الأسماء الحسنى وغير ذلك، توفي سنة 370هـ. "تاج التراجم" ص96.

(41) "أحكام القرآن" للإمام الخصاص، ضبط نصه وخرج آياته عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية بيروت ط1994/1-370/2.

(42) مريم: 54.

(43) الصف: 2.

(44) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد، حديث رقم (2682)، وأخرجه مسلم في صحيحه أيضاً، كتاب الإيمان، باب: بين خصال المنافق حديث رقم (59).

(45) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق، حديث رقم (34)، وأخرجه مسلم في صحيحه أيضاً، كتاب الإيمان، باب: بيان خصال المنافق، حديث رقم (58).

(46) أورده أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب: في التشديد في الكذب، حديث رقم (4991) كما أورده الإمام أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن عامر رضي الله عنه، حديث رقم (15642) - 27/12.

(47) تقدم تخريجه .

(48) "الحلى بالأثار" 280, 279/6.

(49) "الفروق" 59.58/4.

(50) البقرة: 239.

(51) البقرة: 234.

(52) "البيان والتحصيل" 318/15.

(53) رواه مالك في الموطأ، باب ما جاء في الصلح والكذب، يراجع "موطأ الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي"، دار النفائس، بيروت، ط4/1980 - ص700.

(54) "الفروق" 52/4.

(55) الحديث المرسل هو ما سقط من آخر سننه من بعد التابعي فقط، يراجع "قفو الأثر في صفو علوم الأثر" للإمام محمد بن إبراهيم الشهير بابن الحنبلي، بعناية عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية بجلب، ط2/1408هـ - ص66.

- (56) "التمهيد" لابن عبد البر، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، ط/1387هـ - 247/16.
- (57) "إدراج الشروق على أنواء الفروق" 52/4.
- (58) "المنتقى" 493.492/9.
- (59) سبق تخريجه.
- (60) "البيان والتحصيل" 345.344/15.
- (61) "البيان والتحصيل" 322/15.
- (62) "بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية" ص 79.
- (63) المرجع السابق ص 63.
- (64) المرجع السابق ص 77.
- (65) وهذا الرأي منسوب للإمام مالك رحمه الله، وكذا للإمام ابن القاسم، وهو رأي لا يمثل وجهة نظر جميع فقهاء المذهب المالكي. وتجدر الإشارة إلى أن مجمع الفقه الإسلامي اختار هذا الرأي أيضا وأكد عليه، وذلك في دورتيه الأولى والثانية قرار رقم (203).

قراءة في كتاب : "النعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي" للدكتور قطب الريسوني



**سفيان الحتاش : باحث في الفقه وأصوله
بالمعهد العالي للدراسات الإسلامية - مصر**

يحتل المذهب المالكي موقعا مرموقا بين المذاهب الإسلامية التي كتب لها البقاء والاستمرارية، ولعل سر هذه الاستمرارية للمذهب المالكي على وجه الخصوص هو أن انطلاقة كانت من المدينة النبوية المباركة، وبما رُزق إمامه من الأدب مع حديث النبي صلى الله عليه وسلم وتقديم قوله على رأيه، ويتجلى ذلك في قوله رضي الله عنه: (إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فانظروا في رأبي، فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وكل ما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه) 1.

ورغم هذه القولة من إمام المذهب رضي الله عنه، فإننا نجد بعض الفقهاء من المالكية ينغلقون على ما اشتهر من أقوال مالك وأصحابه وإن خالفت أقوال النبي صلى الله عليه وسلم والأدلة الصحيحة الراجحة²، علما أن الإمام مالك رحمه الله كان لا يقدم قوله على قول النبي صلى الله عليه وسلم إن وجد، وإلا فإنه يجتهد رأيه، ومن هنا كثرت الأقوال وتشعبت الآراء في المسائل الفقهية حتى وجد في المسألة الواحدة أكثر من عشرة أقوال ولا دليل عليها، مع أنه قد يوجد حديث واضح في المسألة يسد سبيل القول على كل متقول، فافتقر المذهب المالكي من هذه الناحية إلى التدليل على مسائله الفقهية وتأصيلها.

ولا نجد من تحدث عن هذا الأمر أو نبه عليه، إلا ما كان من محاولة فردية فريدة للدكتور قطب الريسوني الذي يعد من الباحثين الأكفاء في الفقه الإسلامي عموما والتأصيل لفقه الإمام مالك بصفة خاصة³، فقد حاول في كتابه "التعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي" _دراسة تأصيلية تطبيقية_ أن يرصد تعارض الأقوال في الفقه المالكي، ويدرسها طبقا لما تقتضيه قوانين البحث الفقهي والأصولي، فقد قسم الكتاب إلى مباحث سبعة: تناول في المبحث الأول تحديد المصطلحات فابتدأ بالراجح إشعارا بأنه هو المقدم وإن وقع الخلاف في ذلك، وثنى في المبحث الثاني بالمشهور الذي يلجأ إليه عند عدم وجود الدليل، فبين أنه يسلك فيهما مسلك الدليلين المتعارضين في الشرع، مع بيان بعض المرجحات المعمول بها عند المالكية، كاتفاق مالك وابن القاسم، والاعتداد بقول ابن القاسم عند التعارض، والاحتكام إلى أصول المذهب... وقد شنع على من نقل أقوالا متعارضة عن الإمام ورأى العمل بها جميعها،

وهو استنكار في محله وعجب في بابه؛ إذ كيف يعمل بالمعارضين في آن واحد؟! كما رد الدكتور على من يختار تقديم المشهور على الراجح وفند هذا القول بستة أوجه تُنظر هناك.

أما المبحث الرابع فقد خصصه الدكتور لنقد مقولة أبي الحسن التسولي في العمل بالمشهور وإن صح مقابله، ومنطوق هذه القولة كما ذكرها الدكتور: (المقلد لا يعدل عن المشهور وإن صح مقابله، وأنه لا يطرح نص إمامه للحديث، وإن قال إمامه وغيره بصحته4) وقد جرد الباحث قلمه في الرد عليها مشبعا القول في ذلك إلى حد البسط ومد الباع وشفاء الغليل، فكان بذلك موفقا غاية التوفيق، إذ جعل النقد مرتكزا على مستويات ثلاثة:

أ_ مستوى نقلي: نزع فيه إلى الحديث عن التكريم الإلهي للبشرية بالعقل لتمييز السليم من الزائف، ولئلا تجمد على أقوال مخالفة للنص الشرعي، وعضد ذلك بآيات كثيرة من القرآن الكريم، وأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم.

ب_ مستوى أصولي: وفيه أورد أقوال المحققين من أهل الأصول في تقديم الراجح على المشهور، مع حصر أدلتهم على ذلك في ثلاثة: أ_ إجماع الصحابة رضي الله عنهم، ب_ ترك الراجح يلزم منه العمل بالمرجوح وذلك ممتنع عقلا، ج_ المناسبة العقلية تقتضي ذلك.

ج_ مستوى مذهبي: جلى فيه مواقف للإمام مالك رحمه الله، وذكر شيء من أقوله في اتباع الأثر، ثم سرد مواقف مشرفة لأئمة المالكية تنبذ التعصب وراءها ظهريا مثل ابن حبيب وابن لبابة وابن عبد البر... ونجد للباحث حسنة تلو الأخرى في هذا المبحث، إذ لم يترك بابا في نقد هذه المقولة إلا طرقه وفتحها على مصراعيه، ولا لثاما إلا أزاحه وكشفه، فأسفر عن قواعد في المذهب تبين زيف هذه المقولة ودرءها، كقاعدة مراعاة الخلاف، وقاعدة: لا يجوز رد الحديث إلى المذاهب على وجه ينقص من بهجتها، وقاعدة: لا يجوز التعصب إلى المذاهب بالانتصاب للانتصار... وكل هذه القواعد واضحة نيرة في رد هذه المقولة ونقضها.

وإن الباحث بما أوتي من سعة اطلاع على الأقوال، فإنه أودع هذا المبحث أقوالا للمتقدمين والمتأخرين، فكما أورد نقولا عن القرافي والقرطبي وغيرهما كذلك نجده ينقل أقوالا لأحمد بن الصديق وأخيه عبد الحي بن الصديق والفقيه محمد العمراني الغماري وغيرهم، وكلام هؤلاء كله كان نقضا وردا لمقولة التسولي رحمه الله.

وقد خصص الحديث في المبحث الخامس لبعض صور التعارض بين الراجح والمشهور في فروع المذهب، فذكر إحدى عشرة مسألة يبدأ بذكر المشهور فيها ثم يثني بالراجح.

أما في الفصل السادس فقد أورد فيه بعض الأمثلة من العمل بالراجح عند فقهاء المالكية، خصوصا الأندلسيين منهم الذين تزخر شروحهم وتفاسيرهم "بلفطات مضيئة تعكس على نحو من الوضوح والجلاء النزعة الاجتهادية التي كبحت جماح التعصب المذهبي، وحملت على المخالف في كثير من الأحيان5".

وفي الفصل السابع والأخير بين آثار تقديم الراجح على المشهور، والتي ردها إلى جهة شرعية، وجهة مذهبية؛ فالشرعية تظهر في امثال الكتاب والسنة، فقد وردت عدة نصوص قرآنية وحديثية تدعو إلى التمسك بالقرآن والسنة، من ذلك قوله تعالى: "وأطيعوا الله والرسول لعلكم ترحمون" وقوله صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد" وهذه الأدلة وغيرها كثيرة متضافرة على وجوب الاتباع ونبذ المخالفة وتحكيم شرع الله في كل شاذة وفاذة.

أما الجهة المذهبية فتتجلى في إنصاف الامام مالك رحمه الله وامثال أمره: "إنما أنا بشر أخطئ وأصيب فانظروا في رأيي فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوه، وكل ما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه"6

بالإضافة إلى "صون المذهب عن تضارب الروايات وتناقض الأقوال بترجيح الأقوى منها وإجراء العمل به بعيدا عن مهاترات التعصب للمشهور والجمود على المسطور"، كذلك من الآثار الحسنة لتقديم الراجح على المشهور بث فقه الدليل والتمكين له، وتقوية ثقة المقلد بأن مذهبه مبني على مدارك شرعية معتبرة.

ملاحظات :

بعد هذا التجوال في جنبات هذا البحث المتميز، لا بد من إبداء ملاحظات مهمة حوله، ولعل من أبرز ما يميز هذا الكتاب هو عنوانه؛ إذ نلاحظ أن المؤلف لم يسبق بهذا العنوان الذي يحمل قسطا مهما من الجرأة وكسر القيود والثورة على الجمود الفقهي الموروث، الذي لا يكاد يخالف قول أئمة المذهب وعدم الخروج عنه قيد أمثلة، بل يصل الحال إلى تقديس القول ولو خالف قول النبي صلى الله عليه وسلم، وقد أتى هذا الكتاب لبنة مهمة في صرح التأصيل للفقه المالكي، وهذا جهد مشكور عليه الدكتور.

ومما زاد هذا البحث بهاء ورواء لغته الأدبية السلسة، التي خلت من كل تعقيدات الفقهاء وتراكيب الحواشي المألوفة في كتب الفقه، ولا نغض الطرف عن تلك الصور البيانية التي تشدك إلى الكتاب وتأخذ بلبك لتسرح في عالم الأدب والفقه معا 7، حتى إنه ليخيل إليك أنك تعب من مورد لسان الدين بن الخطيب، وسيلحظ القارئ مدى تأثير الدكتور قطب بالأساليب الأندلسية الرقيقة المسجعة، ليس في كتابه هذا فقط، بل في معظم كتبه، خصوصا دواوينه الشعرية التي كتبت بلغة أندلسية خالصة.

ولم يقتصر هذا التأثير على اللغة فقط بل امتد ليشمل النقول عن علماء الأندلس وفقهائها، فكثيرا ما نجد ينقل عن هؤلاء الفطاحل أمثال : الشاطبي وابن العربي وابن عبد البر وابن الفرس وابن حبيب وابن بطال والقرطبي والباجي وعياض وابن رشيد وابن رشد (الجد والحفيد) وغيرهم، فنجده يصرح بشيء من هذا قائلا: "لقد ثبتت عن الامام مالك روايات تخالف رواية ابن القاسم، فمال ثلة من المالكية إلى تصحيح بعضها لاعتضاده بالسنة الصحيحة، وعلى رأسهم مجتهدو الأندلس: ابن عبد البر وأبو بكر بن العربي والقرطبي وابن بطال 8." ويقول في موضع آخر: "وإن للمالكية الأندلس يدا طولى في العمل بالسنة وتقديمها على المشهور؛ إذ خالف الفقهاء المجتهدون مالكا في مسائل شتى، وكان لبعض المخالفات طيران حثيث في الديار الأندلسية، فأنزل منزلة العمل الجاري الذي لا معدى عنه في الفتاوى والأحكام، وقد نظمها ابن غازي المكناسي في قوله :

لقد خولف المذهب في أندلس *** في ستة منهم سهم الفرس

وغرس الأشجار لدى المساجد *** والحكم باليمين قل والشاهد

وخلطة والأرض بالجزء تلي *** ورفع تكبير الأذان الأول

ولا تضمن علينا كتب التفسير وشروح الحديث والخلاف العالي بمواقف اجتهادية مضيئة آثر فيها الأندلسيون العمل بالسنة على العمل بالمشهور وفي طليعتهم: ابن حبيب، وابن لبابة، وابن عبد البر، وأبو بكر بن العربي، وابن أبي جمرة، والقرطبي، وابن رشد الحفيد... وسنذكر طرفا من هذه المواقف في مبحث مستقل برأسه استيفاء للتأصيل والتمثيل 9".

ولقد حق مجتهدني الأندلس أن يتأثر بهم، سيما وان التأثير هنا إنما هو تأثير بالقول الذي يتكئ على نصوص الوحي وتحكيمه والتعبد به، وهذه سمة كاد هؤلاء الأجلاء أن ينفردوا بها من بين المالكية.

ولقد استنشق الدكتور قطب من هذا النفس الاجتهادي الاندلسي نفحة جعلته يسلك مسلكهم في تحليل الأقوال وردها إلى أصولها، وذلك بقوة العارضة ونفاذ الحجة والبرهان، ودقة الاستنباط وصفاء البصيرة، بالإضافة إلى نقول مختارة يعضد بها منزعه ومسلكه.

وإذا تأملنا المبحثين الخامس والسادس وهو الجانب التطبيقي لهذا البحث، نجد في المبحث الخامس إحدى عشر مسألة خالف فيها المالكية الراجح على حساب العمل بالمشهور، أما المبحث السادس فذكر اثنا عشر مسألة هي بمثابة نماذج من العمل بالراجح واطراح المشهور عكس المبحث السابق، لكن الملاحظة العامة على هذين المبحثين هو اقتصره على مسائل العبادات دون غيرها، مع أن قسم المعاملات فيه من تعارض الأقوال الشيء الكثير والحظ الوفير، وكان الأولى أن يُنوع الأمثلة من القسمين لئلا يُظن أن فقه المعاملات مهجور لا يدرس ولا يبحث، كما يُسوق لذلك ويروجه بعض المغرضين الذين لا قبل لهم بالبحث والدراسة، وإنما يركنون إلى صد من يبحث أو يدرس ما استطاعوا إلى ذلك ولو بالافتراء والبهتان.

وتكملة لما بدأه أستاذنا حفظه الله أورد مثالين فقط من فقه المعاملات تفاديا للإطالة، أنسج في ذلك على منوال الدكتور في كتابه :

1_ مسألة تفضيل بعض الأولاد في الهبة أو هبة جميع المال لبعض دون آخر :

أ_ مشهور المذهب :

المشهور في المذهب أن تفضيل الأولاد في الهبة مكروه، فإن فضل بعضهم على بعض جاز مع الكراهة وهو قول الجمهور من المالكية، وهي رواية ابن القاسم عن مالك 10 قال النفراوي: "يكره كراهة تنزيه للشخص أن يهب لبعض ولده ولو صغيرا أو مريضا ماله كله أو جله على مشهور المذهب 11" واحتجوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم رد عطية النعمان، وقال له: (اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم)، ويقوله: (لا أشهد على جور) وأجاز ذلك مالك في الأشهر عنه 12 وفي لفظ قال صلى الله عليه وسلم: "فأشهد على هذا غيري" ووجه الدلالة عندهم أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بالإشهاد على الهبة، ولو كانت حراما لما أمره بذلك فحملوا الأمر على الندب لأن أمره بإشهاد غيره صريح في الجواز.

ب_ الراجح :

أن التفضيل بينهم ممنوع، فإن خص بعضهم بهبة أو فاضل بينهم فهو آثم، وهي رواية أشهب عن الإمام مالك، واختاره الشيخ المحدث أحمد بن عمر القرطبي وحكى عن الإمام مالك انه كان يجهل حديث النعمان بن بشير على من وهب جميع ماله لواحد من بني 13 قال الإمام ابن جزى: "وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة فمكروه عند الجمهور وإن وقع جاز وروي عن مالك المنع وفاقا للظاهرية والعدل هو التسوية بينهم 14" واستدل هؤلاء بحديث النعمان بن بشير المتفق على صحته برواياته المتعددة، ووجه الدلالة فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم سماه جورا والجور حرام، فقال: "فلا تشهدني إذا فإني لا أشهد على جور" وفي رواية: "فإني لا أشهد على جور ليشهد على هذا غيري 15" كما أن التفضيل بينهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم والوسيلة إلى الحرام حرام 16.

2_ مسألة العقد على امرأة في العدة والدخول بها بعد انقضاء عدتها :

أ_ مشهور المذهب :

المشهور في مذهب مالك أن من عقد على امرأة في العدة ودخل بها بعد العدة أن يفرق بينهما فتحرم عليه تأبيداً، واستدلوا لذلك بقول عمر بن الخطاب في الموطأ 17: "... ثم لا يجتمعان أبداً" وبالقاعدة القاضية بالمعاملة بنقيض المقصود الفاسد: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بجرمانه 18" والعجب من ابن العربي كيف ادعى إجماع الصحابة على تأبيد التحريم مع مخالفة علي وابن مسعود وهما من فقهاء الصحابة 19.

ب_ الراجح :

الذي ذهب إليه الجمهور والذي تعضده الأدلة وتقويه أن التحريم هنا غير متأبد، فقد خالف الصحابة في ذلك كعلي وابن مسعود، وأيضاً فإن عمر رضي الله عنه رجع عن فتواه 20 في تأبيد التحريم إلى قول علي، فخطب الناس بذلك وقال: "ردوا الجهالات إلى السنة" وقد ثبت رجوع عمر عن فتواه فتعين الرجوع إلى ما ذهب إليه الجمهور لعموم قوله تعالى: "واحل لكم ما وراء ذلكم" بعد ذكر المحرمات وهو شامل للنكاح في العدة وغيره 21، قال ابن رشد: والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة 22.

بهذا أكون قد استوفيت ما عن لي من ملاحظات أثناء قراءتي لهذا البحث المتميز في بابه، والذي نتمنى أن تعقبه أبحاث أخرى تمثل رد الاعتبار للمذهب المالكي الذي يُزعم أنه عار عن الدليل والتأصيل، كما نتمنى أن تتواصل الجهود وتتضافر لخدمة التراث الفقهي والتأصيل له، وأن ترعى ذلك المؤسسات والمراكز العلمية المختصة، لتشكل بذلك طفرة فقهية أصيلة مرتكزة على نصوص الوحي، مجافية لكل هوى سقيم ومجانبة لكل نزعة مذهبية متعصبة، وأظننا بذلك نستطيع الخروج من هذا التطاحن المذهبي العارم الذي أعمى الأبصار والبصائر.

والحمد لله رب العالمين.

الهوامش :

1. ترتيب المدارك للقاضي عياض 184/1
2. وانظر شيئاً من هذا القبيل في المبحث الرابع من الكتاب المقروء ص 30 ط دار ابن حزم
3. الدكتور قطب الريسوني من الباحثين الشباب الذين أخذوا على عاتقهم البحث في الفقه الإسلامي مع إبراز سماته التجديدية، يدل ذلك كتاباته الفقهية وهي كثيرة، بالإضافة إلى مقالاته المتنوعة حول التأصيل لفقه مالك رحمه الله.
4. انظر ص 31 من الكتاب نقلاً عن البهجة للتسولي 21/1
5. التعارض بين الراجح والمشهور ص 92
6. جامع بيان العلم وفضله 32/2 نقلاً عن التعارض بين الراجح والمشهور ص 143
7. وصف شيخنا محمد بوخبزة الدكتور قطب الريسوني في مقدمته لأحد دواوينه بأنه أديب الفقهاء وفقه الأدياب.
8. التعارض بين الراجح والمشهور ص 24
9. نفسه ص 51

10. الاستذكار 226/7، بداية المجتهد 491/2، القوانين الفقهية ص 271

11. الفواكه الدواني 159/2

12. شرح صحيح البخاري لابن بطال 98/7

13. بداية المجتهد 491/2 دار الكتب العلمية، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي 4001/2

14. القوانين 271

15. صحيح البخاري كتاب الشهادات باب لا يشهد على شهادة جور رقم 2507، صحيح مسلم كتاب الهبات باب كراهة تفضيل بعض

الاولاد في الهبة رقم 1632، صحيح ابن حبان كتاب الهبة رقم 5102، وانظر فتح الباري 213/5

16. ينظر المزيد حول هذا "التفضيل بين الأولاد في الهبة والاحكام المتفرعة عنه" بحث منشور بالمجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية المجلد

الخامس العدد 2/1430_2009 ، ص 185

17. الموطأ، ط دار صادر، ص 249.

18. انظر القبس، ط دار الغرب الإسلامي 706/2

19. أحكام القرآن 494/1. ط دار الفكر

20. انظر المحرر الوجيز لابن عطية 317/1، وبداية المجتهد 83/2.

21. انظر مواهب الجليل من أدلة خليل 209/3، والشرح الكبير 230/2.

22. بداية المجتهد 83/2

أزمة قانون حق المؤلف في ظل حماية البرمجيات



الدكتورة عمارة مسعودة : أستاذة مساعدة أ
دكتوراه في القانون الخاص والملكية الفكرية
كلية الحقوق جامعة لبليدة- الجزائر -

المقدمة :

يعتبر اختراع الحاسوب إحدى أهم القفزات التي عرفها القرن العشرين التي فاقت معجزات العصور السابقة من هاتف و تلفزيون وغيره و أضحت حاجة أساسية في كل الشؤون الحياتية و بدخولها في مختلف النشاطات العلمية و البحثية... الخ أصبح من الضروري معالجة القوانين للعديد من القضايا . فالانفجار التكنولوجي للمعلومات أدى إلى التوجه نحو التوسع في مجال حماية الملكية الفكرية ، وذلك أدى إلى ظهور مجال حماية جديد تعنى به الملكية الفكرية ألا و هو المصنف الرقمي و نخص بالدراسة برامج الإعلام الآلي كأحد هذه المصنفات

لقد أدى دخول تقنية الحاسبات الآلية في مختلف النشاطات العلمية والبحثية والتجارية وغيرها إلى ضرورة معالجة القوانين للعديد من القضايا الجديدة لم تكن موجودة منذ منتصف القرن العشرين ومن بين هذه القضايا حق التأليف وبرامج الحاسبات الآلية.

و بدأ الاهتمام في الجزائر بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية، ووضع تعديل التشريعات الخاصة بها لمواكبة التطورات في قطاع المعلوماتية والبرمجيات، بدأ بالأمر 97/10- صادر في 97/3/6. ثم الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003

و كما اتخذت إجراءات صارمة للحد من القرصنة والنسخ غير المشروع، فالإحصائيات تشير إلى وقوع 200 إلى 250 اعتداء يوميا على أنظمة الكمبيوتر.

وعليه كلما رسخت قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية تعززت قدرة الاقتصاد على استقطاب الاستثمارات المطلوبة في قطاع التكنولوجيا والبرمجيات، وجذب الشركات الكبرى العاملة في هذا المجال. وبتوقيعها على اتفاقية الشراكة مع الإتحاد الأوروبي، وقرب انضمامها إلى المنظمة العالمية للتجارة عبرت الجزائر عن رغبتها في محاربة هذه

الظاهرة في العديد من المناسبات، وعلى هذا الأساس تم إصدار العديد من القوانين والأوامر من أجل تكييف المنظومة التشريعية مع المعايير الدولية في مجال الملكية الفكرية وحمايتها. و لدراسة هذا الموضوع لا بد من الإجابة عن الأسئلة الآتية: ما هي وضعية البرامج ضمن حقل حماية الملكية الفكرية في الجزائر؟ وما هي الآليات والإستراتيجيات المتبعة لحماية برامج الإعلام الآلي في الجزائر؟ و ما هو النظام القانوني الحمائي لهذا النوع من المصنفات الصناعية؟ فأين يمكن تصنيفها ضمن المصنفات التي اقرها قانون المؤلف؟

مبحث الأول: تأثير الرقمية على مفاهيم قانون حق المؤلف:

بدخول الرقمية كل المجالات بات من الضروري إعادة النظر في مفاهيم قانون المؤلف و مدى تماشيها مع هذه الموجة الرقمية الجديدة لأجل ذلك نعرف بالملكية الأدبية و ما فعلته لرقمية بمفاهيمها.

المطلب الأول: تعريف بالملكية الأدبية أو حقوق المؤلف:

إن حق المؤلف هو ذلك الحق الناتج عن إبداع فكري يعود أصلا وأساسا إلى شخصية المؤلف المراد حمايته عن طريق ذلك العمل، وهي تتضمن المواد المكتوبة كالكتب، والمواد الشفهية كالمحاضرات، و المصنفات الفنية الأدائية كالمسرحيات والموسيقى والتمثيل الإيمائي والمصنفات الموسيقية، و المصنفات المرئية والسمعية كالأشرطة السينمائية والمواد الإذاعية السمعية، والفنون التطبيقية كالرسم والنحت، والصور التوضيحية والخرائط والتصميمات والمخططات والأعمال الجسمة المتعلقة بالجغرافيا والخرائط السطحية للأرض، وهذا القسم من الملكية الفكرية يعرف أيضا بحقوق المؤلف، ويلحق به ما أصبح يطلق عليه الحقوق المجاورة لحق المؤلف المتمثلة بحقوق المؤدين والعازفين والمنتجين في حقل الفونوجرامات (التسجيلات الصوتية وحقل الإذاعة) والى جانب اتفاقية برن التي شهدت تعديلات عديدة آخرها تعديل باريس 1971 الشهير بصيغة باريس، توجد على الصعيد الدولي خمس اتفاقيات في حقل حق المؤلف وثلاث اتفاقيات بخصوص الحقوق المجاورة لحق المؤلف، أما على الصعيد الإقليمي العربي فان هناك الاتفاقية العربية لحقوق المؤلف والمشروع الموحد لقانون حق المؤلف¹.

المطلب الثاني: أزمة قانون المؤلف:

ظهرت أزمة قانون المؤلف بظهور البرمجيات و البحث عن ضرورة حمايتها من الناحية القانونية ذلك انه لم يكن في الماضي أي مع البدايات الأولى للحواسيب طرح لمسألة الحماية، بل كان التركيز والعمل المضي حول تطوير هذه الأجهزة لتقوم بمساعدة الإنسان في معالجة البيانات وحفظها وتداولها، وبعد التطور التكنولوجي أصبحت العديد من المؤسسات والشركات تعتمد على هذه الأجهزة والنقل الإلكتروني اعتمادا كليا وبدأ مع هذا الاعتماد الشعور بالخوف أولا من مخاطر الفيروسات وقرصنة البرمجيات والمعلومات تلاها إتاحة المضامين كليا، بل والمساهمة في إتاحتها وبالمجان ضمن بيئة جديدة أطلق عليها الفضاء الإلكتروني والتخوف الأكبر مع هذه البيئة هو ما ينشر فيها يتحرر من كل قوانين الحماية وحتى العديد من القيم الاجتماعية وأخلاقيات المستخدم لها، التهديد لم يعد مقتصرًا على المتخصصين والمنتجين في مجال البرمجيات ونظم التشغيل، بل امتد عموما ليشمل جميع المستفيدين في الوقت الذي أصبحت فيه المعلومات مادة خام في الإنتاج وسلعة منتجة في نفس الوقت منشئة نمطا من الاقتصاد الجديد والممتلكات الجديدة غير الملموسة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967: ص 274-275

من ناحية باتت ضرورة البحث عن نظام قانوني لحماية البرمجيات و كان قانون المؤلف الوعاء الحامي لهذه المصنفات الجديدة لكن التعامل مع هذه الأخيرة ليس بالأمر اليسير خاصة مع اختلاف الأنظمة القانونية فأنظمة الدول الانجلوساكسونية تعاملت بأكثر مرونة من أنظمة الدول اللاتينية ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأولى تميل تقليدياً إلى الأخذ بالقيمة التجارية للمؤلفات الفكرية و منها برامج الحاسوب و اعتبارها قابلة للبيع و الشراء بسهولة فهي اقرب إلى الصناعة منها إلى الإبداع الفني و الأدبي في حين القيمة الفكرية للمؤلفات الفكرية الأدبية و إلى مصالح و حقوق المؤلفين و من بينهم مؤلفي البرامج.¹

ويرى كيربي (Kirby) على أن قانون حماية الملكية الفكرية وضع لينصب حول الحميات المتصلة بالوعاء وليس بالمحتوى وذلك لأنه من غير الممكن تسجيل براءة اختراع أو حق مؤلف بالنسبة لفكرة مجردة، ومع تقنيات المعلومات أصبح من الممكن إبعاد البيانات مفهوماً عن تمثيلها المادي، فقد أصبح ممكناً من الناحية الفنية قراءة النص بدون شرائه أو نسخه ومع ذلك، فإن المعلومات يتم توصيلها، أي أن تقنية المعلومات قد جعلت المعلومات سلعة دون وعاء متداول، ولقد تعثرت المحاولات المبكرة الرامية للحماية القانونية للمعلومات أمام قوانين حق المؤلف القديمة، ذلك لأنه من الواضح أن الاختزان الإلكتروني وتطويع المعلومات لم يكن أمراً متوقفاً أمام المشرعين القدماء.²

المبحث الثاني : تأثير الرقمية على محل حق المؤلف :

إن المصنف المحمي هو الشكل المجسد الذي يظهر فيه الإبداع و يصبح الغير قادرين على استعماله و تحديده أمر ضروري لأن الأكد أن حق المؤلف لا يحمي الفكرة و لكن التعبير المجسد لها هذا التجسيد لم يبقى في صورته التقليدية بل شهد تحولات فإذا كان المصنف لم يعطي تعريف دقيق جداً للمصنف هذا لأنه لا يمكن حصره في تعبير معينة لأنه متنوع يأخذ أشكال متنوعة بتنوع الفكرة التي يجسدها. لذلك كان اتجاه إلى النظر في تحولات المصنف ذاته حيث لم يعد المصنف كتاب، لوحة فنية، صورة... إلخ إنما هو أوسع من ذلك بكثير فلم يقف المصنف عند هذا الحد. و لم يعد يعبر عن شخصية المؤلف و صورته بل أن التحولات التي لحقت منه لا يقف عند اختراع قوتنبرغ، بل يصل إلى أبعد من ذلك.

المطلب الأول : المصنف الأدبي و الفني :

تضمنت جل التشريعات و القوانين الوطنية لحق المؤلف و الاتفاقيات الدولية خاصة نصوص خاصة بأنواع المصنفات الأدبية و الفنية و العلمية التي تتمتع بالحماية على سبيل المثال و ليس الحصر.³

المشرع عدد جملة من المصنفات على سبيل المثال، تحض بالحماية فمن الضروري تحديد هذه المصنفات في المادة 04 من الأمر 05/03

1- طوني عيسى ، حماية برامج الكمبيوتر و قواعد البيانات ، إنماء المعلوماتية القانونية في لبنان دون دار نشر 1999 ص 1 و ما يليها

2- أحمد بدر ، جلال الغندور ، ناريمان إسماعيل، السياسة المعلوماتية وإستراتيجية التنمية: دراسات شاملة لمصر و الوطن العربي وبعض البلاد الأوربية والأمريكية والآسيوية والأفريقية، القاهرة: دار غريب، 2001: ص296

3 - عمر مشهور حديثة الجازي ، المبادئ الأساسية لحق المؤلف ورقة عمل مقدمة في ندوة حق المؤلف بالاردن بين النظرية و التطبيق 12/كانون الثاني/ 2004 الجامعة الاردنية دون دار نشر ص 03 www.jcdr.com

في الحقيقة لا يقتصر معنى المصنف *Ceuvre* على الكتاب بل ينصرف إلى كل إنتاج ذهني أيا كانت طريقتة و يستوي أن يكون بالكتابة، أو الصوت، أو الرسم، أو التصوير، أو الحركة م 4⁽¹⁾ و قد أوردت هذه المادة تعداد يتضح معه اختلاف طريقة التعبير حسب نوع المصنف إذ نصت " تشمل الحماية على الخصوص:

- 1- المصنفات الأدبية المكتوبة: مثل المحاولات الأدبية: و البحوث العلمية التقنية و الروايات و القصص و القصائد الشعرية و
 - 2- المصنفات الأدبية الشفوية: مثل المحاضرات و الخطب و المواعظ و باقي المصنفات التي تماثلها .
 - 3- مصنفات المسرح و المصنفات الدرامية و الدرامية الموسيقية و الإيقاعية و التمثيليات الإيمائية
 - 4- المصنفات الموسيقية: المغناة أو الصامتة .
 - 5- المصنفات السينمائية و المصنفات السمعية البصرية الأخرى سواء أكانت مصحوبة بأصوات أو بدونها .
 - 6- مصنفات الفنون التشكيلية و الفنون التطبيقية مثل: الرسم و الرسم الزيتي و النحت و النقش و الطباعة الحجرية و فن الزرابي
 - 7- لخرائط الجغرافية و الرسوم البيانية و و الخرائط و الرسوم المتعلقة بطبوغرافيا او الجغرافيا أو العلوم
 - 8- كما يحظى العنوان هو الآخر بالحماية باعتباره يمثل مصنف المادة 6، من الأمر 05/03
 - 9- الرسوم و الرسوم التخطيطية و المخططات و النماذج الهندسية المصغرة للفن و الهندسة المعمارية و المنشآت الفنية
 - 10- المصنفات التصويرية و المصنفات المعبر عنها بأسلوب يماثل التصوير
 - 11- مبتكرات الألبسة و الأزياء و الأوشحة
 - 12- و إلى جانب هذه المصنفات هناك ما نصت عليه
 - 13- كأعمال الترجمة و الاقتباس و التعديلات الموسيقية والمراجعات التصويرية و باقي التحويلات الأصلية للمصنفات أدبية و الفنية
 - 14- مصنفات التراث الثقافي أو الفلكلور التي ضمنها المشرع أمر 03-05 المنظم لحقوق المؤلف خصها بحماية خاصة دون أن تشرط فيها شرط معين و التي تعد ملك العام حسب المادة 8. و تظهر من خلال مصنفات تراث الثقافي التقليدي من مصنفات موسيقية كلاسيكية و أغاني شعبية، و أشكال تعبيرية المنتجة، و المتفرعة و المرسخة في أوساط المجموعة الوطنية، التي تعبر عن ثقافة و حضارة وطنية إلى جانب النوادر و الأشعار و الرقصات و العروض الشعبية و المصنوعات على مادة معدنية و خشبية كالحلي و أشغال الإبرة و منسوج الزرابي و المنسوجات.
- هذه جملة من المصنفات الأدبية التي عددها قانون المؤلف مثالا لا حصرا ، و هي تعبر عن مصنفات عرفت مرحلة الأولى لنشأة قانون المؤلف إذ سرعان ما اتسعت مضامينه مع ظهور مصنف آخر جعل من قانون المؤلف الوعاء القانوني الحامي له لذا نتساءل عن مدى احتواء مفهوم قانون المؤلف لهذا المصنف ؟ هذا ما نبينه فيما يلي من خلال تحديد المفهوم الجديد للمصنف الأدبي مع اتساع مجاله.

المطلب الثاني : اتساع مجال المصنف الأدبي :

يرى الفقيه " Jean Francois Lacan " اتجاه فكرة المصنف محل حق المؤلف إلى " المصنف الصناعي " و كان ذلك في مقال نشر له حيث لاحظ أن الحياة الثقافية تمثل لوحة سوداء و ذلك في مقال أسماه " صناعة الثقافة بعد ما ذكر في مقاله أن سوق الصناعات الثقافية تزن قليل في الحياة الاقتصادية التركيبية من السيارة و لكن هذه الصناعات أصبحت تمثل محل و موضوع من مطامع التجمعات الدولية الكبيرة¹ و التساؤل حول الخلافات الناشئة عن زواج الإبداع الفني و العقلية الصناعية و يرجع ذلك إلى :

- الثقافة الديمقراطية التي كان لها رؤى سريعة في صنع منتجات زائلة و نموذجية قادرة على جذب جلسات كبيرة لتقليص من ثمن توزيع القرص و التلفزة التي تعاني من ثقافة السلسلة La culture des séries و كذا الكتاب، و السينما بدأت بالاختفاء.

- التطور التكنولوجي من الكابل، و الأقمار الاصطناعية، و القرص الرقمي، التلفزة بمفهومها الواسع و التي تفرض استثمارات معتبرة ترغم على تكافؤ و تجر مسيري الإعلام الجدد للقيام باقتصاديات في ثمن البرامج و حقوق المؤلف و الفنانين و في هذا خطر أن يأكل كل الآخر Auto cannibalisme مما يزيد في المنافسة التي تهدد تنوع الإبداعات و الزيادة².

- كذلك الحرب التي تنتجها صناعة الثقافة و التي تهدد حياة كل دعامة مكتوبة و الصورة، و التلفزة تحارب لتقسيم الإشهار و الشاشة الصغيرة و أسطوانة الفيديو... الخ التي أفرغت قاعات السينما.

- و هذه اللوحة التي رسمها تعبر عن ثقافة أصبحت الصناعة في كل مكان، عقلية صناعية وضعت لنفسها مكان و غيرت مرة واحدة نظام المصنف و المؤلف نفسه فكيف هو رد حق المؤلف على هذا التطور ؟

يبدو أن مفهوم حق المؤلف كتعبير عن شخصية المؤلف لا يمكنه أن يلعب دورا في هذه العقلية إذ أصبح المؤلف غير مرئي، اختفى حتى وراء الشخصيات أو وراء عقلية اقتصادية.

المطلب الثالث : حق المؤلف بين المصنف الأدبي و المصنف الصناعي :

لا يوجد مقياس وحيد للمصنف الفكري كتعبير عن شخصية و مصالح الاقتصادية الكبيرة التي تمثل لعبة الثقافة. و في الوقت نفسه نجد أشكال أخرى أو مفهوم آخر للمصنف نشأ بين المصنف الصناعي و المصنف الأدبي⁽³⁾ يتعلق الأمر بوجه آخر للمصنف، المصنف الذي يقف في نصف الطريق أن صح التعبيرين ما هو صناعي و ما هو أدبي بين توجهه لتطبيقات التجارية

¹ - Bernard Edelman Nature du droit d'auteur et des droits voisins J-cl civil annexes fasc 301/1 1991p 63, Et Jean François Lacan, Les industries de la culture, le monde dossier et documents N° 160. Nov 1988.

² -- Bernard Edelman op. Cit p 64

³ - Jan Corbet, le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? RIDA 1991/1. p,p 74/72

أو هو حسب البعض الآخر، يمثل فكرة إبداعيه في لغة معطاة بصورة خاصة لتعبير عن فكرة و حسب Edelman فبرامج الإعلام الآلي تمثل وحش Monstre⁽¹⁾ وهذا بدون شك لطابعه الخاص فهو منتج العمل الفكري يمثل ظاهرة صناعية بالمفهوم الواسع للأشكال الجديدة للمصنف الفكري.

بالنسبة لمصنفات برامج إعلام آلي التي استحقت الحماية منذ الستينات و التي تنجز عادة من طرف مجموعة أشخاص أو فرق إبداعية تعمل أما "Freelance" في إطار المقاولات أو في مصلحة "Soft ware house" فتمنح الصفة لرب العمل في دول الكوي رأيت و في نظام اللاتيني لرب العمل كمتنازل له عن الحقوق، و ليس له صفة المؤلف إنما صاحب حقوق² "Cessio lego" لكن النتيجة نفسها في النظامين ذلك أن هذا المصنف مثل مصنف أدبي فني حسب المادة 4 من قانون المؤلف 05/03 و بالتالي تم حمايته بموجب هذا القانون

و حسب Jan corbet فبرامج الإعلام الآلي هي : حامل لمخاطر تدهور حق المؤلف خاصة مفاهيمه التقليدية، التي أصبحت غير قادرة على حمايتها فيجب التفكير جديا حول ما إذا كان حق المؤلف عامة يشكل تقنية ملائمة Adéquate لحماية هذه المصنفات.³

و يبدو واضحا أن التهديد الذي تواجهه فكرة المؤلف ليست مؤسسة حول التطور التقني، بل على مطالب مجموعة جديدة، أو ما يعرف بالفرق المصلحية التي تستعمل التقنية المتطورة و تسعى إلى حماية مخاطرها الصناعية و المالية و لا يمكن حسب corbet دائما القول أي شيء إلى هذه المطالب المبررة.

لكن الخطر حسب كبير من أن حق المؤلف يتدهور إلى حق منافسة و لذلك لا بد من تطور حق المؤلف نحو حق اجتماعي⁽⁴⁾ .

لكن كلام كهذا في اعتقادنا يطرح مشاكل كثيرة و ضرورة لإيجاد أجوبة، و ربما الجواب في إيجاد حل في قانون حق المؤلف نفسه و ملائمته مع هذه التحولات، و هذا ما تبينه بعض دول لحماية مبادئها بشأن فكرة المؤلف في مجال المصنفات السينمائية و منها المشرع الجزائري في م 15 97

و الأمر نفسه طرحته برامج الإعلام الآلي لذا يقول Corbet⁽⁵⁾ "أن حق المؤلف ليس جيد لكل فعل " n'est " pas une bonne à tout faire و في اعتقادنا ما قاله Kerever يجب عن التساؤل "لا يجب التركيز و الضغط على المفاهيم حتى تنهار الشرعية الاجتماعية لحماية و أن تكون الحماية بعيدة عن نشاط إبداعي

و بهذه الصورة العامة يتعين تحديد مفهوم واحد للمصنف الذي تحول من كتاب إلى لوحة فبرنامج إعلام آلي... إلخ هذا يؤكد التطور المستمر لمفهوم المصنف نحو التوسع لشمول أنواع مختلفة من المصنفات تعبر عن إبداع سواء أكان أدبيا أو صناعيا

¹ - Ibid. p p 80 et 81

² - Jan Corbet, op cit p79

³ - Ibid p 93

⁴ - Idem

هذا ما دفع جانب من الفقه إلى البحث عن حماية أخرى غير قانون المؤلف و ذلك بحماية البرمجيات من خلال قانون البراءة¹ وهذا ما يدفعنا لتحديد التعريف الذي يقف عنده المصنف الرقمي .

المبحث الثالث : المصنف الرقمي الوجه الجديد للمصنف الأدبي و الفني :

إذا كان البرنامج نوع من المصنفات الأدبية فهو بالدرجة الأولى مصنف رقمي ينتمي إلى طائفة المصنفات الرقمية فما هي هذه الطائفة ؟

المطلب الأول : المصنف الرقمي :

نجد ثلاث مصنفات البرمجيات، وقواعد البيانات وطبوغرافيا الدوائر المتكاملة. وهي مصنفات جاءت وليدة علوم الحوسبة مستقلة عن علوم الاتصال وتبادل المعطيات وشبكات المعلومات، ومع ظهور شبكات المعلومات، والتي ارتبطت في الذهنية العامة بشبكة الانترنت كمعبر عنها وعن التفاعل والدمج بين وسائل الحوسبة والاتصال، ظهرت أنماط جديدة من المصنفات أو عناصر مصنفات تثير مسألة الحاجة إلى الحماية القانونية وهي :- أسماء النطاقات أو الميادين أو المواقع على الشبكة Domain Name، وعناوين البريد الإلكتروني، وقواعد البيانات على الخط التي تضمها مواقع الانترنت، تحديدا ما يتعلق بالدخول إليها واسترجاع البيانات منها والتبادل المتعلق بمحتواها الحاصل على الخط، وهو تطور لمفهوم قواعد البيانات السائدة قبل انتشار الشبكات التي كان مفهوما أنها مخزنة داخل النظام أو تنقل على واسطة مادية تحتويها. ومادة أو محتوى موقع الانترنت من نصوص ورسوم وأصوات ومؤثرات حركية (يطلق على المؤثرات الصوتية والحركية لوسائط المتعددة - MultiMedia).

ونضم المشرع بموجب الأمر رقم 03-08 المؤرخ في 19/07/2003 طبوغرافيا الدوائر المتكاملة وقد عرفت المادة الثانية منه الدائرة المتكاملة بأنها "منتوج في شكله النهائي أو في شكله الانتقالي يكون أحد عناصره على الأقل نشيطا وكل الارتباطات أو جزء منها هي جزء متكامل من جسم و/أو سطح لقطعة من مادة، ويكون مخصصا لأداء وظيفة إلكترونية".

اما التصميم الشكلي نظير الطبوغرافيا فهو: " كل تركيب ثلاثي الأبعاد، مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها، لعناصر يكون أحدها على الأقل عنصرا نشيطا، ولكل وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعد لدائرة متكاملة بغرض التصنيع"².

اما قواعد البيانات: تعتبر قواعد البيانات تجميعاً مميزاً للبيانات أو الترتيب أو التوبيخ عبر مجهود شخصي بأي لغة أو رمز، ويكون مخزناً بواسطة الحاسب الآلي ويمكن استرجاعه بواسطة أيضاً، وهي من المصنفات المشتقة أو

¹ -voir pour plus d'information : R.Plaisant : La protection du logiciel avec le droit d'auteur gaz. Pal 1982 ; 2 doctrine P : 348 et Maurice Baslé ; Daniel Dufouri ; Jean Alain Hérard ; Jacques Perrain, changement institutionnel et changement technologique évaluation droits de propriété intellectuelle système national d'invention l'industrie du logiciel de la protection a la normalisation ; Jean Benoit Zimmermann SMI ,1992 p181

² - انظر لمزيد من التفصيل الموقع الإلكتروني : <http://www.elhandasa.net>

كما يسميها البعض مصنفات (اليد الثانية)؛ وهي تلك المصنفات الجديدة التي تدمج في مصنف سابق الوجود دون أن يشترك مؤلف المصنف الأصلي بها.¹

ونحن نرى أن المصنف الرقمي يشمل كافة المصنفات المتقدمة، فبرنامج الكمبيوتر من حيث البناء والأداء مصنف رقمي، وقاعدة البيانات من حيث آلية ترتيبها وتبويبها والأوامر التي تتحكم بذلك تنتمي إلى البيئة الرقمية، وذات القول يرد بالنسبة لكافة العناصر المتقدمة، وبالتالي نرى أن أي مصنف إبداعي عقلي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات يعد مصنفا رقميا.

المطلب الثاني: موقع برامج الحاسوب من تصنيف المصنفات في قانون المؤلف²:

تعد برامج الحاسوب أول وأهم مصنفات المعلوماتية أو تقنية المعلومات التي حظيت باهتمام كبير من حيث وجوب الاعتراف بها وتوفير الحماية القانونية لها، والبرمجيات هي الكيان المعنوي لنظام الكمبيوتر دونها لا يكون ثمة أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة والوسائط و اعتبرها المشرع مصنفات أدبية و حظيت بحماية قانون المؤلف و استبعدت من حماية قانون براءة الاختراع بحيث لا يمكن اعتبارها اختراعا، حيث نص المشرع في المادة 8 و 7 على ما لا يعتبر اختراعا في مفهوم هذا القانون³.

و عرفها المشرع الجزائري في المادة 2/ب "كل نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذا لبرنامج معين"⁴. وهي بوجه عام تنقسم من الزاوية التقنية إلى برمجيات التشغيل المناط بها إتاحة عمل مكونات النظام معا وتوفير بيئة عمل البرمجيات التطبيقية، وتمثل البرمجيات التطبيقية النوع الثاني من أنواع البرمجيات وهي التي تقوم بمهام محددة كبرمجيات معالجة النصوص أو الجداول الحسابية أو الرسم أو غيرها، وقد تطور هذا التقسيم للبرمجيات باتجاه إيجاد برمجيات تطبيقية ثابتة وأنواع مخصوصة من البرمجيات تتراوح في مهامها بين التشغيل والتطبيق، أما من ناحية الدراسات والتشريعات القانونية فقد أثير فيها عدد من المفاهيم المتصلة بأنواع البرمجيات أبرزها برمجيات المصدر وبرمجيات الآلة والخوارزميات ولغات البرمجة وبرامج الترجمة، ونعرض فيما يلي بإيجاز هذه المفاهيم:

¹ راجع المادة 05 من الأمر رقم 05/03 المتعلق بحماية حقوق المؤلف الجزائري، لمزيد من التفصيل راجع الدكتور محمد سامي عبد الصادق- حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- المكتب المصري الحديث القاهرة- الطبعة الأولى 2002- صفحة 119.

² من الجدير التنويه إليه بداية أن المشرع الجزائري في تعديل قانون حقوق المؤلف في سنة 2003 اعتبر أن برامج الحاسب الآلي من المصنفات الأدبية الأصلية، وهذا التعديل يتماشى مع ما جاءت به اتفاقية "بيرن و التريبس"، في حين أنه كان قبل ذلك يعتبره من المصنفات المشتقة، حسب نص المادة 06 الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06 مارس 1997 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنشور على الموقع الإلكتروني، www.arabpip./arablaw_alg_auther.htm، راجع لمزيد من التفصيل أمجد حسان-مدى الحماية القانونية لحق المؤلف" دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون الخاص-جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر- السنة الجامعية 2007-2008- صفحة رقم 225.

³ -قائن براءة الاختراع 09/03 المؤرخ 23/يوليو 2003 العدد 44

⁴ - قانون المتضمن الوفاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها 04/09 المؤرخ في 2009/8/5 حيث نجد المشرع في نص هذا القانون و تحديدا في نص المادة 2 ، أعطى جملة من المفاهيم القانونية لبعض المصطلحات التقنية : جرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال ، معطيات المعلومات ، مقدموا الخدمات ، المعطيات المتعلقة بحركة السير ، الاتصالات الالكترونية .

أ- برنامج المصدر :

الأوامر التي يضعها المبرمج أو مؤلف البرنامج وتكون مدركة له لكنها غير مدركة للآلة التي هي الكمبيوتر كجهاز مادي (وحدة المعالجة تحديدا) ويستخدم في تأليفها أو وضعها لغات البرمجة التي شهدت تطورا مذهلا عبر السنوات الخمسين المنصرمة، هذه اللغات التي تختلف من حيث سهولتها وتعقيدها ومن حيث فعاليتها في إنجاز البرنامج للغرض المخصص له.

ب- برنامج الآلة:

برنامج الآلة عكس مفهوم برنامج المصدر تماما، إذ تدركه الآلة وتستطيع التعامل معه وتشغيله، وبين برنامجي المصدر والآلة توجد برامج ذات غرض تحويلي أو (برامج ترجمة) بموجبها تتحول برامج المصدر إلى برامج آلة.

ت- الخوارزميات :

العناصر والرموز الرياضية التي يتكون منها بناء البرنامج وهي كالأفكار والحقائق العلمية ليست محل حماية لأنها ليست موضعا للاستئثار (مادة 2/9 من اتفاقية تريبس) لكنها متى ما نظمت على شكل أوامر ابتكاريه لتحقيق غرض معين أصبحنا أمام برنامج، وهو بهذا الوصف إن توفرت له عناصر الجدة والابتكار والأصالة محل للحماية شأنه شأن أي من مصنفات الملكية الفكرية الأدبية الأخرى .
المطلب الثالث : ظهور تدابير تشريعية وقضائية لحماية البرمجيات :

في هذه البيئة الجدلية بدأت تظهر التدابير التشريعية في حقل حماية البرمجيات اعتبارا من 1973 (في الفلبين)، وفي الولايات المتحدة الأمريكية نجد قانون حق المؤلف الصادر عام 1976.

مع أن موجة هذه التشريعات يتم إرجاعها للثمانينات لان الأخيرة شهدت تدابير تشريعية وطنية واسعة في حقل حماية البرمجيات بسبب الأثر الذي تركته القواعد النموذجية لحماية برامج الكمبيوتر الموضوعه من خبراء المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) عام 1978. ولهذا نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية قد أدخلت تعديلات على تشريعاتها خصوصا فيما يتعلق بحق المؤلف وأصدرت سنة 1980 قانونا جديدا يشمل تعريف برنامج الحاسب الذي يؤكد على أن البرنامج لم يعد مجرد عمل فكري ولكن له فئته الخاصة.

ولكن هناك مشكلة في حماية برامج الحاسوب بالولايات المتحدة الأمريكية وذلك بسبب الانفجار الهائل في إنتاج هذه البرامج إذ يصل حوالي 15000 برنامج في اليوم، ولكن بعضها غير صالح لأن تفرض عليه الحماية وهذا بسبب عدم امتلاكه الأصالة أو البرنامج يضم مجرد فكرة، وعلى كل فإن القانونيين هما منابع أساسية للأحكام القضائية الجديدة في الولايات المتحدة الأمريكية من بينه

- قضية تاندي شركة الميكرو الشخصية Tandy v. personnel Micro Corp. حيث قامت شركة تاندي بمقاصة شركة الميكرو لتعديدها على حق المؤلف، وذلك لنسخها لبرنامج روتين (Routine) المستخدم في الحاسب الآلي الخاص بشركة تاندي وهو (TRS-60) فقد وضعت المحكمة سابقة في هذا المجال وهي أن البرامج المتبته في ذاكرة (ROM) تخضع لقوانين حق التأليف.

- شركة حاسبات آبل ضد شركة حاسبات فرانكلين Apple computer Inc.v. Franklin computer corporation وتضمنت القضية دعوى مقدمة من شركة آبل لمنع شركة فرانكلين من استخدام برنامج (ACEROO) أسيرو الخاص بشركة آبل الذي يجوي النظام التشغيلي لأجهزة آبل¹:

ولم تنكر شركة فرانكلين قيامها بنسخ أربعة عشر برنامجا ولكنها احتجت على شركة آبل في أن برامج النظام التشغيلي التي قامت بنسخها لا تخضع لحق المؤلف، أي أن شركة فرانكلين في إدعائها قد أبرزت ثلاث قضايا قانونية مهمة:

1- هل يخضع البرنامج على هيئة (ROM) لحق المؤلف.

2- هل تعد برامج تشغيل النظام ضمن البرامج الخاضعة لحق المؤلف.

وبالتالي نجد أن الأحكام الصادرة آنذاك اعتبرت أن كلا برامج الحاسب الآلي المحفوظة على هيئة (ROM) تتم حمايتها من النسخ غير المصرح به، أما بالنسبة لبرامج التشغيل فقد قامت المحكمة بانتقاد شركة فرانكلين في محاولتها التمييز بين برامج التطبيق applications programs وبرامج نظم التشغيل operating Systems programs نظرا لأنهما تقدمان تعليمات محمية بواسطة قانون حق المؤلف.

وبالرغم من أن الدول الأوروبية وأستراليا كذلك قد تنبته لهذا الموضوع مبكرا مع مطلع السبعينات إلا أن الموجة التشريعية المتصلة بهذه القواعد بدأت حقيقة وعلى نطاق واسع في منتصف الثمانينات (ابتداء من عام 1984 بريطانيا²، أما في الجزائر كما تم تبيانه عرف تنظيم المنظومة المعلوماتية عامة³ و البرامج خاصة تطور كبير بموجب الامر 10/97 الذي تم إلغائه بالأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 وكذا مصادقة الجزائر على جملة من الاتفاقيات الدولية المنظمة للمعلوماتية كاتفاقية الملكية الصناعية 20 مارس 1883 و المعدلة⁴ ، و الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف 1952 المعدلة 24/ يوليو 1971⁵ ، و اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية و الفنية 1886 المعدلة المتممة⁶ وكذا الانضمام إلى الاتفاقية المنشأة لمنظمة الملكية الفكرية 1967⁷ ، إلى جانب قانون العقوبات الصادر في 1966 في تعديله بموجب القانون 15/04 المؤرخ 10/11/2004 بالإضافة إلى الانضمام إلى كل التوصيات و البرتوكولات المتعلقة بتكنولوجيات الاتصال و الإعلام كبروتوكول نظام إدارة الشبكة الدولية

¹العربي بن حجار ميلود تشريعات الملكية الفكرية في حقل حماية البرمجيات في الجزائر دورية الكترونية فصلية محكمة متخصصة في مجال المعلومات و المكتبات 2011 ص1 من الموقع الالكتروني www.cybrarians journal

²-محمد حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، جامعة بني سويف، 1987

³-الأزرق بن عبد الله و احمد عمراني نظام المعلوماتية في القانون الجزائري : واقع و آفاق ، المؤتمر السادس لجمعية المكتبات و المعلومات السعودية البيئة المعلومات الأمنية : المفاهيم و التشريعات و التطبيقات المنعقد برياض ما بين 6-7 /ابريل 2010

⁴ بموجب الأمر 48/66 المؤرخ 1966/2/25 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية باريس و بعد التعديل صادقت عليها بموجب الأمر 02/75 المؤرخ 9 يناير 1975 العدد 10

⁵ - بموجب الأمر 26/73 المؤرخ 5/ يونيو 1973 العدد 53

⁶- بموجب المرسوم الرئاسي 341/97 المؤرخ في 13/09/1997 العدد 13

⁷- بموجب الأمر 2/75 مكرر مؤرخ 9/ يناير 1975 العدد 13

للاترنت .ICCAN و رغم تحفظها بشأن العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الدولية لمحاربة الجرائم الالكترونية لبودابست 2001¹ و الاتفاقية الترييس².

و يرجع اهتمام المشرع بوضع هذه الترسانة القانونية للانتشار واسع لآفة التزييف و التقليد في الآونة الأخيرة خاصة بعد فتح السوق الجزائرية ، و مع توسع استيراد المنتجات المزيفة بالإضافة إلى الصناعة المحلية للسلع المزيفة والمرتفعة بمعدل 83% من المنتج المزيف لسنة 2004 حيث احتلت الجزائر المرتبة التاسعة عالميا في التزييف في مختلف أنواعه³. لدرجة انه أصبح من الصعب التمييز بين السلع المزيفة والأصلية في السوق، ومن بين أهم القطاعات المعرضة للتزييف أجهزة الإعلام الآلي إذا بلغ حجم الانخفاض بالنسبة لحقوق المؤلف في الجزائر سنة 2003 حوالي 207 مليون دينار⁴

ويرجع الفضل إلى تنامي التدابير التشريعية إلى عاملين أساسيين هما :

الأول: وجود المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، التي ساهمت عبر ملتقياتها وأدلتها الإرشادية وقوانينها النموذجية في حسم الجدل بشأن موضوع حماية البرمجيات ليكون قانون حق المؤلف لا قانون براءات الاختراع، أي الحماية عبر نظام الملكية الأدبية الفكرية وليس الملكية الصناعية.

الثاني : توجه سياسات الأسواق الرأسمالية إلى استراتيجيات الاستثمار في حقل الملكية الفكرية ومصنفاتها كمقدمة لبناء الاقتصاد الرقمي الذي بدأت أول ملامحه في اتجاه الولايات المتحدة الأمريكية مدفوعة بتأثير الشركات متعددة الجنسيات لوضع الملكية الفكرية ضمن أجندة اتفاقيات تحرير التجارة والخدمات ومساومة الولايات المتحدة العالم كله على قبول اتفاقيات تحرير التجارة في البضائع مقابل انجاز تقدم في حقلي تحرير الخدمات والملكية الفكرية⁵.

الخاتمة :

ما نحتم به بحثنا هذا أن نقول أن حق المؤلف نشأته و مسيرته منذ القرن 15 رسمت له هدوء لم يدم طويلا إذ مع دخول عالم الاتصال و الكمبيوتر مجاله، تحول هذا الهدوء أو السكون الذي كان يخفي حركية إلى حق يبحث عن مجال للخروج و التحرر من مبادئه، و وجد هذا التحرر في الحق المركونتي Un droit mercantile فهذه الدراسة أثبتت لنا كيف تأثر حق المؤلف بما يحيط به من مفاهيم قانونية من جهة و ضرورة وضع اطر قانونية لنظم المعلوماتية لان مفاهيم قانون المؤلف لايمكنها احتواءها بشكل كبير بل لا بد من وضع اطر قانونية خاصة لهذه المصنفات و تبقى قوانين المؤلف القواعد العامة التي يرجع إليها عند غياب القاعدة القانونية فعل المشرع الجزائري السعي قدما لوضع نصوص قانونية للبرامج خاصة مع تزايد المستمر للقرصنة اذ تصنف الدول العربية من أكثر الدول عرضة

¹ - الاتفاقية الدولية حول الإجمام التي أبرمت بتاريخ 2001/11/8 من طرف المجلس الأوروبي ، و تم وضعها لتوقيع في 2001/11/23

² - اتفاق جوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة، إتفاق بين منظمة الدولية للملكية الفكرية ومنظمة التجارة العالمية أبرم 1994/4/15 ساري

المفعول 1993/1/1

³ -تحقيق بعنوان "ماركات عالمية تغزو الأسواق الجزائرية"، جريدة الشروق اليومي، ليوم 03 ماي 2007، ص9

⁴ -نفس المرجع اعلاه ص 9

⁵ -العربي بن حجار ميلود المرجع السابق ص 1 و ما يليها .

للإعتداءات حيث كشف تقرير تم نشره في المجلة الكويتية⁽¹⁾، أن نسبة القرصنة في : دول آسيا و الشرق الأوسط تصل إلى 90% ، كما أن الخسائر الناتجة عن القرصنة في 11 دولة من الشرق الأوسط و شمال إفريقيا بمبلغ: 666 مليون دولار سنة 1994⁽²⁾.

من هنا تتضح الحاجة إلى وضع عقوبات رادعة لهذه التعديات التي تعد انتهاكا صارخا للملكية الفكرية.

قائمة المراجع :

- باللغة العربية :

- المؤلفات :

- 1* عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967
 - 2* أحمد بدر، جلال الغندور، ناريمان إسماعيل، السياسة المعلوماتية وإستراتيجية التنمية: دراسات شاملة لمصر والوطن العربي وبعض البلاد الأوربية والأمريكية والآسيوية والأفريقية، القاهرة: دار غريب، 2001
 - 3* محمد حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، جامعة بني سويف، 1987
 - 4* رضا متولي وهدان حماية الحق المالي للمؤلف ، دار الجامعة الجديدة 2001
- الرسائل و المذكرات :
- 4* أمجد حسان-مدى الحماية القانونية لحق المؤلف " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون الخاص-جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر- السنة الجامعية 2007-2008
- المقالات و الدوريات :
- 5* العربي بن حجار ميلود تشريعات الملكية الفكرية في حقل حماية البرمجيات في الجزائر دورية الكترونية فصلية محكمة متخصصة في مجال المعلومات و المكتبات 2011
 - 6* عبد الرحمن توفيق، الإدارة بالمعرفة ، التكنولوجيا تقود العالم ، مجلة العربي الكويتية عدد452 السنة 1966
- المؤتمرات :
- 6* عمر مشهور حديثة الجازي ، المبادئ الأساسية لحق المؤلف ورقة عمل مقدمة في ندوة حق المؤلف بالأردن بين النظرية و التطبيق 12/كانون الثاني/2004 الجامعة الأردنية دون دار نشر 2004
 - 7* الأزرق بن عبد الله و احمد عمراني نظام المعلوماتية في القانون الجزائري : واقع و آفاق ، المؤتمر السادس لجمعية المكتبات و المعلومات السعودية البيئة المعلومات الأمنية : المفاهيم و التشريعات و التطبيقات المنعقد برياض ما بين 6-7 /ابريل 2010
- الصحف و الجرائد :
- 7* تحقيق بعنوان "ماركات عالمية تغزو الأسواق الجزائرية"، جريدة الشروق اليومي، ليوم 03 ماي 2007

¹- راجع هذه المعطيات عند : عبد الرحمن توفيق ، الإدارة بالمعرفة ، التكنولوجيا تقود العالم ، مجلة العربي الكويتية عدد452 1966 ص 35 - هذه الأرقام في تزايد مستمر

²- رضا متولي وهدان حماية الحق المالي للمؤلف ، دار الجامعة الجديدة 2001 ص 63

النصوص القانونية :

*قانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المتضمن تعديل قانون العقوبات لسنة 1966
*قانون 04/09 المؤرخ في 2009/8/5 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من جرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و
الاتصال

* المرسوم الرئاسي 341/97 المؤرخ في 1997/09/13 المتضمن المصادقة على اتفاقية برن العدد 13
* الامر 05/03 المؤرخ 19/بوليو 2003 المتضمن قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة

* 2/75 مكرر مؤرخ 9/يناير 1975 المتضمن الانضمام إلى منضمة الملكية الفكرية العدد 13
* الأمر 48/66 المؤرخ 1966/2/25 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية باريس

* الأمر 02/75 المؤرخ 9 يناير 1975 المتضمن المصادقة على تعديل اتفاقية باريس العدد 10

* الأمر 26/73 المؤرخ 5/يونيو 1973 المتضمن المصادقة على الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف العدد 53

الاتفاقيات :

إتفاق جوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة، إتفاق بين منظمة الدولية للملكية الفكرية ومنظمة التجارة العالمية
أبرم 1994/4/15 ساري المفعول 1993/1/1

Les ouvrages en langues françaises

Ouvrages :

8*Bernard Edelman Nature du droit d'auteur et des droits voisins J-cl civil annexes
fasc 301/1 1991

9*Jean François Lacan, Les industries de la culture, le monde dossier et documents
N° 160. Nov 1988.

10*Jan Corbet, le développement technique conduit-il à un changement de la notion
d'auteur ?RIDA 1991/1

Les sites électroniques :

www.jcdr.com

<http://www.elhandasa.net>

www.cybrarians.journa

الجرائم المتعلقة بتزوير الشيك في القانون المقارن



الأستاذة هداية بوعزة

أستاذة مؤقتة وباحثة بالدركتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية

لجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر

عضو بمخبر القانون المقارن بالجامعة

مقدمة :

يعرف التزوير اصطلاحا بأنه كذب مكتوب ، والكذب هو تغيير الحقيقة أو إحلال أمر غير صحيح ، أو إدخال بالإضافة أو الحذف أو التعديل على شيء صحيح . أما قانونا ، فيعرف التزوير بأنه تغيير الحقيقة في محرر رسمي أو عرفي بإحدى الطرق التي نص عليها القانون ، وبذلك فهو يختلف عن التزييف لأن التزييف هو كل اصطناع لعملة صحيحة أو تقليدها¹ .

و التزوير المادي يمثل كل تغيير للحقيقة في محرر رسمي أو عرفي بطريقة مادية تترك أثرا يدركه الحس و يمكن مشاهدته بالعين المجردة للشخص العادي أو الفني المتخصص، سواء كان ذلك التغيير بالزيادة أو الحذف أو التعديل أو بإنشاء محرر لا وجود له في الأصل و الحقيقة .

أما التزوير المعنوي ، فيقتصر فيه تغيير الحقيقة في محرر على جعل واقعة مزورة في صورة واقعة حقيقية أي أن تغيير الحقيقة يكون في معنى المحرر لا في مادته أو شكله ، فلا يترك أثرا ماديا عليه تدركه العين .

و يعتبر من مظاهر منح المشرع الجزائري الحماية القوية للشيك أثناء تداوله في المعاملات التجارية أو المصرفية، نصه في المادة 375 من قانون العقوبات على معاقبة كل من زور أو زيف شيكا، و كل من قبل استلام شيك مزور أو مزيف مع علمه بذلك .

¹ - عبد الرحمن خليفاتي ، الحماية القانونية للمتعامل بالشيك في القانون الجزائري المقارن ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2009 ، ص 99

كما أننا نجد أن بعض التشريعات العربية لم تكتف بتجريم تزوير أو تحريف الشيك بل جرمت كذلك الادعاء بسوء نية و على خلاف الحقيقة بتزوير الشيك، وهي الجريمة التي نص عليها المشرع المصري في تعديله الأخير لأحكام القانون التجاري .

و للتفصيل في جرائم تزوير الشيك ارتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين اثنين، بحيث نتناول في المبحث الأول جريمة تزوير الشيك كما نص عليها المشرع الجزائري، ثم نخصص المبحث الثاني إلى جريمة الادعاء بسوء نية بتزوير شيك.

المبحث الأول: جريمة التزوير في الشيك :

من خلال استقراء نص المادة 375 من قانون العقوبات الجزائري، نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يفرق بين عملية التزوير و عملية التزييف . وإذا اعتبرناهما عبارتين مترادفتين فإن معناهما يكون عبارة عن تغيير في حقيقة الشيك ووضع واقعة كاذبة في صورة واقعة صحيحة سواء من حيث تاريخه أو من حيث اسم صاحبه. و عليه فواقعة التزوير في الشيك تشكل بهذا المعنى جريمة تزوير أو تزييف شيك وتعرض فاعلها للعقوبة وفقا لأحكام المادة 375 من ق عقوبات جزائري¹ .

كما أن المشرع لم يعاقب فقط الشخص الذي قام بتزوير الشيك بل حتى الشخص الذي يقبل استلام شيك مزور مع علمه بذلك .

إن الحديث عن جريمة التزوير في الشيك، يستدعي منا التطرق إلى أركان كل من جريمة التزوير في الشيك و جريمة استلام شيك مزور ثم لتسبب حكم الإدانة بتزوير شيك أو بقبوله على أن نتطرق بعد ذلك إلى مسؤولية البنك المسحوب عليه عند وفائه لشيك مزور .

الفرع الأول: أركان جريمة التزوير في الشيك :

أ - الركن المادي :

يتمثل الركن المادي في تغيير الحقيقة في المحرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون ، وعليه فإن الركن المادي يتضمن ثلاثة عناصر:

* العنصر الأول: تغيير الحقيقة :

و يقصد بتغيير الحقيقة كما سبق القول، إحلال أمر غير صحيح محل أمر صحيح أي إدخال أو إضافة أو حذف أو تعديل شيء صحيح في الأصل .و بما أن تغيير الحقيقة يقصد بها إبدالها بما يغيرها ، فلا يعتبر تغييرا لها أية إضافة لمضمون الشيك أو حذف منه ، طالما الحقيقة المنبعثة منه تبقى بنفس حالتها قبل الإضافة أو الحذف .و على هذا الأساس لا تغيير للحقيقة عند إضافة الرقم الألفي والمئوي لتاريخ تحرير الشيك ، ونفس الأمر عند حذف عبارة مكرر في الشيك لم تزل بحالتها . والقانون لا يتطلب أن تتغير الحقيقة برمتها ، وإنما يكفي بأقل قدر من التغيير ، سواء

1 - عبد العزيز سعد ، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة ، دار هومه ، الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 2007 ، ص 69 .

انصب على مضمون المحرر و بياناته ، كتغيير مبلغ الشيك و تاريخ إصداره، أم انصب التغيير على واحد فقط من هذه البيانات .

* العنصر الثاني : أن يقع التصرف في محرر .

يجب أن يتم تغيير الحقيقة في محرر موجودا أصلا أو أنشئ خصيصا لذلك، وسواء كان المحرر مكتوبا كله أو بعضه بالطباعة أو بخط اليد .

* العنصر الثالث : أن يقع التصرف بإحدى طرق التزوير :

يشترط أن يقع التزوير بإحدى الطرق التي نص عليها القانون على سبيل الحصر ، حسب المادة 216 عقوبات جزائري الخاصة بالتزوير في المحررات التجارية و المصرفية ، و المبنية كالاتي :

- تقليد أو تزيف الكتابة أو التوقيع .

- اصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو ملخصات أو بإدراجها في هذه المحررات فيما بعد.

- إضافة أو إسقاط أو تزيف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات لتلقيها أو لإثباتها .

- انتحال شخصية الغير أو الحلول محلها .

ب - الركن الشرعي :

لقد نص المشرع الجزائري على تجريم واقعة التزوير في الشيك من خلال الم 375 من عقوبات ، حيث عاقب كل من ارتكب جريمة التزوير على شيك بالحبس من سنة إلى عشر سنوات، و بغرامة لا تقل عن قيمة الشيك .

وعليه فان المشرع الجزائري كيف جريمة التزوير بالجناية، و هذا استنادا إلى المادة 375 و المادة 5 فقرة 3 من قانون العقوبات.

بالنسبة لجريمة الشروع فان المشرع الجزائري لم يبين رأيه صراحة، بل لنا أن نقيس على المادة 219 عقوبات، لمعرفة نية المشرع الذي يعاقب على جريمة الشروع بنفس العقوبة للجريمة الأصلية .

أما في حالة ما إذا كان المجرم من رجال المصرف ، فيضاعف الحد الأقصى للعقوبة ، وهذا بالقياس مع الم 219 عقوبات جزائري ، حيث أن المشرع الجزائري جرم التزوير على المحررات التجارية و المصرفية في قانون العقوبات و هذا في القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول أي من المواد 219 إلى 221 من قانون العقوبات. و باعتبار الشيك من المحررات التجارية و المصرفية فيمكن اعتبار جريمة التزوير على الشيك من الجرائم المعاقب عليها في هذا الفصل¹.

¹ - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 102 .

ج - الركن المعنوي لجريمة التزوير في الشيك :

تعتبر جريمة التزوير في الشيك من الجرائم العمدية، التي يجب أن تتوفر فيها القصد الجنائي لدى مرتكبيها، أي انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، علماً أن القانون يجرم الفعل المادي ويعاقب عليه. بالإضافة إلى توافر نية خاصة محددة، وهي نية الإضرار بالغير، أي أن يعلم الجاني أنه يرتكب جريمة التزوير، بجميع أركانها. أي أنه يغير الحقيقة بإحدى الطرق المنصوص عليها في القانون، وأن من شأن التغيير للحقيقة إلحاق الضرر بالغير.

الفرع الثاني: أركان جريمة قبول و استلام الشيك المزور :

أ - الركن الشرعي :

إن عملية قبول و استلام الشيك المزور تشكل جريمة مستقلة و متميزة عن جريمة تزوير أو تزيف الشيك نفسه؛ وتعرض فاعلها إلى نفس العقوبة المقررة لجريمة التزوير في الشيك¹. حيث يعاقب بنفس العقوبة كل من قبل استلام مزور مع علمه بذلك. و هو ما قرره الم 375 ق ع ج في فقرتها الثانية. وبالتالي لهذه الجريمة نفس الركن الشرعي لجريمة التزوير في الشيك.

ب - الركن المادي :

يختلف الركن المادي لجريمة قبول و استلام الشيك المزور عن الركن المادي لجريمة التزوير في الشيك، إذ يجب أن تتوفر فيها استعمال الشيك المزور و أن يتم فعل قبول الشيك المزور أو استلامه مع العلم بأنه مزور.

ج - الركن المعنوي :

على خلاف جريمة التزوير في الشيك، ففي جريمة قبول و استلام شيك مزور يكفي أن تتوفر العلم بأن الشيك مزور فلا يشترط قصد الإضرار. فحتى يتعرض الفاعل إلى عقوبتي الحبس والغرامة يكفي توافر علم المتهم علماً ثابتاً، بأن الشيك الذي استلمه من صاحبه هو شيك مزور أو مزيف، ومع ذلك قبله فاستلمه ووضع في التداول.

الفرع الثالث: تسبب حكم الإدانة بتزوير الشيك أو بقبوله مزوراً :

يجب عند تسبب حكم الإدانة بتزوير الشيك أن يتضمن الحكم عدة عناصر، هي العنصر المادي المتمثل في مباشرة تزوير الشيك و تزيفه بطريق تقليد إمضاء صاحبه مثلاً، أو إضافة شيء إليه، أو تغيير قيمة الشيك. كذلك يجب أن يتضمن الحكم العنصر المعنوي، المتمثل في قصد المتهم أخذ أموال الغير دون موجب شرعي، إضافة للعناصر المذكورة في الم 379 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أما بالنسبة لتسبب حكم الإدانة بجريمة قبول و استلام شيك مزور أو مزيف، فإنه يجب الإشارة هنا كذلك إلى تحقق الركن الماديين و هو فعل القبول أو الاستلام. والإشارة إلى أن المتهم الذي قبل الشيك المزور كان يعلم يقيناً أنه مزور، ومع ذلك استلمه و قبل التعامل به إلى جانب ما تضمنته الم 379 من ق الإجراءات الجزائية الجزائري. لأن

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 70.

عدم تعرض المحكمة إلى إثبات هذه العناصر و مناقشتها بجدية، جعل الحكم ناقصاً و منعدم التسيب، مما يعرضه للإلغاء كلما وقع الطعن فيه بالاستئناف أو بالنقض¹.

وبقي أن نشير في الأخير، إلى أنه فيما يخص الإثبات في هاتين الجريمتين، فينبغي على المدعي أن يقدم كافة القرائن والأدلة لإثبات وقوع التزوير على الشيك، و على المسحوب عليه أن يقدم للمحكمة ما لديه من مستندات محررة بخط يد المدعي أو الموقعة منه في تواريخ سابقة لتاريخ الصرف، بالإضافة إلى بطاقة نموذج التوقيع. و كل هذه الوثائق مهمة لإيضاح الحقيقة أمام المحكمة. و للقاضي السلطة التقديرية لتقرير الأخذ بأية طريقة للإثبات من الطرق المعروفة في هذا المجال، كالمضاهة أو الإحالة إلى خبير أو الاستكتاب، أي الحصول على نماذج خطية من خطوط من أنكر توقيعه على الشيك، ويتم هذا الاستكتاب بمعرفة المحكمة أو النيابة العامة أو خبير المضاهة، وبذلك تكتسب هذه الطريقة الصفة الرسمية².

الفرع الرابع: مسؤولية المسحوب عليه عند وفائه شيكات مزورة:

لتحديد مدى مسؤولية البنك المسحوب عليه عند وفائه لشيكات مزورة يكون قد حرف فيها أحد البيانات، أو حملت توقيعاً مزوراً على ساحبه، يجب تحديد أولاً نوع التزوير و درجته. إذ تختلف مسؤولية المسحوب عليه حسب نوع التزوير، وكذلك حسب ما إذا وقع خطأً من الساحب أو لم يقع خطأً منه.

أ - مسؤولية البنك عند وفائه شيكا مزوراً تزويراً متقناً على أساس نظرية المخاطر:

يعتبر التزوير المتقن من أدق أنواع التزوير، بحيث لا يمكن لموظف البنك المتخصص اكتشافه بسبب دقته، ويستوجب لاكتشافه خبير متخصص في اكتشاف التزوير، كما يلزمه اختبارات وأدوات علمية. وهذا الأمر غير متيسر عند البنوك و لا يتفق مع طبيعة العمل المصرفي و سرعة الأداء المطلوبة فيه، حيث لن يتمكن البنك من صرف الشيكات التي تقدم إليه يومياً إذ تطلبنا منه الاستعانة بخبراء لكشف التزوير.

وعليه لا يعتبر البنك مخطئاً إذا قام بصرف شيك مزور تزويراً متقناً، لأنه قام بالمضاهة لتوقيع الساحب، لكنه رغم ذلك لم يتمكن من اكتشاف التزوير بسبب دقته. إلا أنه في هذه الحالة يتحمل البنك المسؤولية و ذلك على أساس نظرية المخاطر، و تقضي هذه النظرية بأن البنك تاجر وعليه أن يتحمل مخاطر تجارته، و صرف الشيكات يعد من بين المخاطر المتوقعة³.

يمكن اعتبار مسؤولية البنك عند دفعه الشيك في هذه الحالة، نوعاً من المسؤولية الموضوعية، المبنية على فكرة قبول المخاطر الملازمة لحرفة البنوك. فعندما يقوم البنك بتسليم عملائه دفاتر شيكات، فهو يخلق للغير مخاطر تعرضها لشيكات مزورة، وعليه أن يتحمل النتائج المالية للأوضاع التي يساهم بإيجادها⁴.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 72.

2 - عبد الرحمن خليفاتي، المرجع السابق، ص 101.

3 - نفس المرجع، ص 104.

4 - خير عدنان، القانون التجاري: الأوراق التجارية، الإفلاس و الصلح الاحتياطي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2003، ص 426.

ب - مسؤولية البنك عند وفائه شيك مزور تزويرا عاديا على أساس نظرية الخطأ :

إذا قام البنك المسحوب عليه بوفاء شيك مزور تزويرا عاديا فان ذمته لا تبرأ ، لأن هذه الورقة لم يكن لها في أي وقت صفة الشيك لتخلف شرط جوهرى وهو التوقيع الصحيح للساحب. وبذلك يعتبر وفاء الشيك من البنك وفاء غير صحيح حتى وإن وقع خطأ من الساحب . إذ في هذه الحالة تكون المسؤولية مقسمة على البنك و العميل . أما في حالة عدم خطأ الساحب، و قيامه بتبليغ المصالح المختصة و كذا المسحوب عليه بضياح الشيك مثلا، فتبقى المسؤولية على عاتق المسحوب عليه على أساس الخطأ بوفاء شيك مزور، والذي كان بإمكانه اكتشافه بطريقة المضاهاة دون اللجوء إلى خبير. وهذا بدون التطرق إلى الاعتبارات الشخصية للموظف كقدراته الفنية ، لأن البنك مسؤول عن تابعيه¹.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية ، بهذا الحل ، استنادا إلى أن الشيك الذي يحمل توقيعاً مزورا للساحب ، لا يعد شيكا بالمعنى القانوني ، لتخلف شرط جوهرى لصحته هو توقيع الساحب . ومن ثم لا مجال لتطبيق قاعدة براءة الذمة لإيفاء شيك صحيح غير معترض عليه ، بل يجب إخضاعه للقواعد العامة ، و التي بمقتضاها أن الوفاء لشخص غير ذي صفة في الاستيفاء لا يبرئ ذمة المدين² . و يؤيد هذا الموقف الدكتور " مصطفى كمال طه " ، لأن إبراء ذمة البنك الذي يدفع شيكا مزورا منذ إصداره هو تحميل للمودعين في البنوك خطرا لم يقصدوا تحمله . وقد يودعهم ذلك إلى عدم إيداع أموالهم فيها ، فيضعف انتشار الشيكات نتيجة لذلك³ .

إن المشرع الجزائري ، قرر حماية الموقعين على الشيك إلزامهم بما يتضمنه الشيك بعد تحريف أو تزوير الشيك وهذا طبقا للمادة 526 من القانون التجاري الجزائري ، ذلك أن الشيك المزور أو المحرف قد يتم تداوله و يترتب على هذا التداول التزامات معينة .

غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري ، أنه لم يضع حلا للإشكالية مسؤولية البنك عن وفائه للشيكات المزورة ؛ خلافا لما فعل نظيره المصري ، و الذي قرر بموجب المادة 527 من التجارة المصري رقم 1999/18 مدى مسؤولية البنك عند وفائه شيكات مزورة ، فلم يتركها للأحكام العامة والاجتهادات القضائية .

لقد حمل المشرع المصري ، المسحوب عليه مسؤولية وفاء الشيك المزور في توقيع الساحب أو أحد البيانات ، بشرط ألا يكون هناك خطأ من الساحب . و يكون خطأ الساحب عندما لا يبذل مجهود الرجل العادي في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه . أما عن تزوير توقيعات المظهرين أو الضامين الاحتياطين فهو لا يكون مسؤولا عنها ، و يعتبر هذا الحكم من بين الأحكام التي أغفلها المشرع الجزائري⁴ . وقد أشارت لذلك الفق 3 من الم 528 من ق التجارة المصري ، ويعد هذا الحكم منطقياً لأنه ليس للبنك المسحوب عليه أن يتحقق من توقيعات أي من الملتزمين خلاف الساحب ، لعدم وجود نماذج لتوقيعات هؤلاء حتى تتم المضاهاة بمقتضاها .

و بعبارة أخرى ، فان مسؤولية المسحوب عليه في حالة الوفاء بشيك مزور ، مشروط بعدم صدور خطأ من الساحب ، فإذا ساعد هذا الأخير على تزوير الشيك أو سرقة نتيجة عدم المحافظة على دفتر الشيكات ، كما إذا ترك

1 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 105 .

2 - خير عدنان ، المرجع السابق ، ص 200 .

3 - مصطفى كمال طه ، أصول القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 190 .

4 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 106 .

الساحب دفتره الخاص به لدى أحد الأشخاص و كان غير مؤتمن و لجأ إلى تزوير توقيعه ، ففي هذه الحالة يتحمل الساحب نتيجة خطئه و تزول مسؤولية البنك . ويراعى في تقدير خطأ البنك المسحوب عليه معيار الرجل العادي ، كما يراعى قدر خطأ الساحب بالنسبة لخطأ البنك المسحوب عليه و مدى استغراق أي منهما الآخر ، و يخضع ذلك لمحنة الموضوع¹ .

ج - مسؤولية البنك المسحوب عليه عند وفاء شيك مزور تزويرا مفضوحا على أساس نظرية الخطأ :

يقصد بالتزوير المفضوح ذلك النوع من التزوير ، الذي يسهل على أي شخص عادي اكتشافه ، ويكون من اليسير جدا على الموظف المسحوب عليه، بمجرد نظرة أولية بسيطة على الشيك أن يكتشف التزوير دون أي مجهود لأنه تزوير مفضوح يختلف تمام عن نموذج التوقيع المحفوظ لدى البنك .

و هذا النوع من التزوير ، يتحمل البنك وحده المسؤولية حتى لو كان هناك خطأ جسيم من جانب الساحب أو العميل، لأنه كان من السهل جدا على موظف البنك اكتشاف هذا التزوير ، ويعتبر خطأ البنك في عدم اكتشاف هذا التزوير المفضوح خطأ مهنيا جسيما ، وبالتالي يكون ملزما بتعويض الساحب عن المبلغ الذي تم صرفه بموجب هذا التزوير و ذلك عن طريق التضامن مع مرتكبي التزوير² .

المبحث الثاني : جريمة الادعاء بتزوير شيك على خلاف الحقيقة :

تعتبر جريمة الادعاء بسوء نية بتزوير شيك على خلاف الحقيقة من بين الجرائم المستحدثة في " القانون المصري" . إذ قرر قانون التجارة المصري اعتبار الادعاء بسوء نية بتزوير شيك ، ثم يتضح عدم صحة هذا الادعاء بحكم نهائي ، فعلا مؤثما معاقبا عليه بالحبس و الغرامة التي لا تتجاوز نصف قيمة الشيك أو بإحدى هاتين العقوبتين .

حيث لوحظ في العمل أن كثيرا من المتهمين بإصدار شيك لا يقابله مقابل وفاء يدفعون عن أنفسهم المسؤولية بالادعاء بوقوع تزوير في الشيك، سواء في توقيع الساحب أو أي بيان من البيانات الأخرى في الشيك ، حتى إذا ثبت التزوير انتفت جريمة إصدار الشيك بغير مقابل وفاء³ .

لقد نصت الم 536 من ق التجارة المصري على أنه: " يعاقب بالحبس و بغرامة لا تتجاوز نصف قيمة الشيك أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ادعى بسوء نية تزوير شيك، وحكم نهائيا بعدم صحة هذا الادعاء " .

ويتضح من نص المادة السالفة الذكر، بأنه يشترط لقيام الجريمة ثلاثة أمور أو أركان ، أولهما الادعاء بالتزوير ، والثاني توافر سوء النية ، والأخير الحكم نهائيا بعدم صحة الادعاء :

الركن الأول : الركن المادي :

يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة في الادعاء بتزوير الشيك . أي الدفع بأنه قد وقع في الشيك تغيير في الحقيقة صلبا أو توقيعا، سواء كان تزويرا ماديا - و هو كما سبقت الإشارة إليه تغيير للحقيقة بطريقة مادية ، بحيث يترك أثرا

1 - سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 428 .

2 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 105 .

3 - حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في جرائم الشيك ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 182 .

يدركه الحس و تقع عليه العين - أم تزويرا معنويا ، والذي يكون بتغيير الحقيقة في موضوع المحرر أو ظروفه وملاساته أثناء التحرير ، فهو لا يكون في مادة المحرر أو شكله و ليس له علاقة ظاهرة يدركها الحس .

ويشترط أن يكون الادعاء بالتزوير في دعوى قائمة أصلا ، سواء كانت جنائية تم رفعها عن إحدى الجرائم الناشئة عن الشيك ، أم في دعوى غير جنائية تتعلق بالشيك تنظر أمام المحكمة المدنية والتجارية . كما يلزم طبقا لنص المادة 536 السالفة الذكر أن يكون الادعاء بتزوير شيك أمام جهة التحقيق أو المحاكمة ، و جهة التحقيق هي الجهة المنوط بها إجراء التحقيق الابتدائي وهو من اختصاص النيابة العامة بصورة أصلية ، وقاضي التحقيق بصورة ثانوية ، و يستفاد ذلك من نص المادة 536 التي جاءت فيها عبارة : " كل من ادعى بسوء نية تزوير شيك " ، لأنه لو أراد المشرع غير ذلك لاستخدم عبارة : " كل من جحد أو أنكر أو زعم تزوير شيك " أو غير ذلك من التعبيرات التي تمس القوة الثبوتية للشيك أو سلامته ، دون أن يبلغ ذلك درجة الطعن بالتزوير¹.

الركن الثاني : الركن المعنوي :

يتمثل الركن المعنوي لهذه الجريمة، في عنصر سوء النية الذي ورد ذكره كثيرا في جرائم الشيك.

و قد اختلف الفقهاء المصريون حول القصد الجنائي بصدد جريمة الادعاء بتزوير الشيك ، فذهب رأي² إلى أنه يلزم لقيامها القصد الجنائي الخاص ، فلا يقصد بسوء النية فقط علم مدعى التزوير بعدم صحة ادعائه، بل قصده الإضرار بالحامل و حرمانه من الحصول على قيمة الشيك . و من أمثلة ذلك أن يكون البيان المدعى بتزويره صادرا منه شخصا، و بخطئه أو بناء على أمر منه . أو كانت الظروف المحيطة بتحرير الشيك تؤكد هذا العلم ، ورغم ذلك يتمسك بتزوير هذا البيان لحرمان الحامل من حقوقه ، إضرارا به و بالتزاماته في مواجهة الغير و التسبب في اضطرابات مالية له.

بينما ذهب رأي آخر³ إلى أنه يكفي القصد الجنائي العام ، أي يكفي أن يوجه الشخص إرادته الحرة نحو الفعل المعاقب عليه عن إدراك وعلم بأن الشك صحيح وغير مزور صلبا أو توقيعا ، وانصراف إرادة الجاني رغم ذلك إلى الادعاء بتزوير الشيك .

ويرجح البعض الآخر هذا الرأي الأخير ، لما هو مقرر من أن اشتراط نية الإضرار لقيام بعض الجرائم ، ينطوي على التضيق من نطاق الحماية الجنائية لبعض المصالح ، بينما يوسع القصد الجنائي العام من نطاق الحماية الجنائية للمصالح التي استهدف المشرع حمايتها⁴.

الركن الثالث : وجوب صدور حكم نهائي بعدم صحة الادعاء :

استلزمت المادة 536 من ق التجارة المصري لقيام هذه الجريمة، صدور حكم نهائي بصحة الشيك . فيشترط لقيام جريمة الادعاء بسوء نية بتزوير شيك، أن يصدر حكم بصحة الشيك ، يكون متمتعا بحجية الشيء المقضي دون لزوم تمتعه بقوة الشيء المقضي ؛ على أن الفرق بينهما هو أن قوة الشيء المقضي به ، حالة في الحكم ذاته ، كعمل

1 - أبو الوفاء محمد أبو الوفاء ، جريمة الادعاء بتزوير شيك في قانون التجارة الجديد ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ص 56 .

2 - سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 492 .

3 - حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص 182 .

4 - أبو الوفاء محمد أبو الوفاء ، المرجع السابق ، ص 84 .

قانوني يبين مدى استمرار قابليته لإحداث فاعلية قانونية ، أما حجية الشيء المقضي فهي ذات الفعالية القانونية التي يحدثها الحكم المقضي¹.

و نشير في الأخير ، إلى انه لا أهمية للبيان المدعى تزويره في صلب الشيك ، كما أن العقوبة متروك تقديرها للمحكمة ، إن شاءت قضت بعقوبة الحبس و الغرامة معا أو إحداهما ، مع مراعاة ألا تتجاوز الغرامة نصف قيمة الشيك .

وجدير بالذكر هو أن المشرع المصري قصد عند تأثيم هذا الفعل القضاء على أسباب تأخير الفصل في الدعاوى المتعلقة بالشك دون وجه حق حيث يعتمد الساحب أو مدعي التزوير بسوء نية الطعن بتزوير بيان ما ، ليستفيد بذلك من طول مدة التقاضي للتأخير عادة في البت بمدى صحة التزوير بمصلحة الطب الشرعي سواء إضرارا بالحامل أو استغلالا للمبالغ طوال هذه المدة².

مجلة الفقه والقانون العدد الثامن / يونيو 2013

1 - نفس المرجع ، ص 89 .

2 - سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 493 .

الواجب الكفائي و العمل الاجتماعي أية علاقة ؟



علي زروقي : حاصل على دبلوم الدراسات

العليا المعمة من دار الحديث الحسنية بالرباط

وحاليا باحث بسلك الدكتوراه السنة النهائية

بوحدة العمل الاجتماعي في الإسلام بجامعة محمد الأول بوجدة

رغم المحاولات التي قام بها المهتمون لتطوير مفهوم الواجب الكفائي إلا أنه بقي أسير النظرة الأصولية التقليدية، وهو أمر لا يقدم حولا عملية على المستوى الواقعي، بل يتيح فرصا للتملص من المسؤوليات الاجتماعية. وإذا أردنا النهوض بمجالات العمل الاجتماعي وجب النظر أولا في الأسس الشرعية التي يقوم عليها وأهمها الواجب الكفائي. كما أن مفهوم العمل الاجتماعي نفسه يعتبر جديدا في حقل الدراسات الإسلامية، مما يطرح ومجدية موضوع النظر في المفهومين والعلاقة بينهما.

أولا : تعريف العمل الاجتماعي.

يمكن اعتبار مصطلح العمل الاجتماعي من جهة استمرارية تاريخية للأعمال الخيرية الإحسانية والتكافلية الموجهة إلى أفراد المجتمع، ومن جهة أخرى يشتمل على مفردة مشبعة بدلالات التنظيم والقصد والتنوع وهي كلمة " العمل " قال الله تعالى: (و قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله) سورة التوبة الآية 105. ولا تكون الحاسبة على عمل ما إلا إذا كان وفق منهج منضبط. والمعاجم المختصة تعرف العمل بأنه: عملية يشارك فيها كل من الإنسان والطبيعة، وفيها يأخذ الإنسان على عاتقه أن ينظم و يتحكم في التفاعلات المادية¹. فهي في العمل التنظيم والقدرة على التحكم بخطوات مدروسة مسبقا، لذلك يقول أبو البقاء الكفوي أن: العمل لا يقال إلا فيما كان عن فكر وروية

¹ وهبة، مراد : المعجم الفلسفي، دار قباء الحديثة للطباعة و النشر و التوزيع القاهرة . ط 5 ، سنة 2007 م، ص 437 .

ولهذا قرن بالعلم¹. كما يعرفه رشدي فكار بأنه: يعني القيام بمجهود ما من أجل إنجاز شيء ما، و قد يكون فكريا كما يكون عضليا².

وما يهمننا في هذا التعريف هو أنه جعل العمل أنواعا، وليس نوعا واحدا، يضم الفكري والعضلي .

بناء على ما تم تقريره ،يمكن تعريف العمل الاجتماعي³ بأنه نظام قانوني تكافلي ،عقلاني ،ومنظم يعمل على مساعدة الأفراد،والجماعات،والمجتمعات الإنسانية،في المجالات المتعددة والمتجددة،إذ يقوم على تحسين أحوال الأفراد ماديًا،ومعنويًا،وفكريًا،وتنمية قدراتهم للاعتماد على أنفسهم،وكذلك بالنسبة للجماعات والمجتمعات. فالعمل الاجتماعي عملية اجتماعية تنظم فيها الجهود لتحقيق هدف أو أهداف مشتركة. فجهود المتعاونين لتحقيق الأهداف المشتركة يكمل بعضها بعضًا. وعلى مستوى المجتمع قد تشارك في إنجاز عمل واحد مجموعة من المؤسسات التي تقوم كل منها بإعداد وتنفيذ جزء من العمل يكمل عملا آخر.وحيث إن العمل الاجتماعي - فعل اجتماعي⁴ إنساني يُدخل في الحسبان سلوك الآخرين وتصرفاتهم واحتياجاتهم، ويتأثر هو بهم لتدعيم وتصحيح مساره - فإنه يقوم على التفاعل المنظم،وليس سلوكًا تلقائيًا.

فالعمل الاجتماعي من جهة يستوعب كل الأشكال الأخرى كالعمل التطوعي والعمل الخيري والتكافل الاجتماعي والكفالة الاجتماعي وغيرها،ومن جهة أخرى يتجاوزها بما يتميز به من مقومات وخصائص تعمل على تقويته وترسيخ وجوده في المجتمع. وبهذا فهو يتميز بمجموعة من الخصائص منها:

الشمول: العمل الاجتماعي في الإسلام يقدم لكل محتاج إليه،سواء أ كان قريبًا أم بعيدًا،صديقًا أم عدوًا،مسلمًا أم كافرًا. وقد ذكر الله في آية الحقوق الوصية بالجيران فقال:(و الجار ذي القربى والجار الجنب) سورة النساء الآية 36 أي البعيد ، فالمللوب أن يعم الخير الجميع. وإذا كان القرآن قد نهانا أن يحملنا كره قوم على أن لا نعدل معهم كما في قوله تعالى:(ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا،اعدلوا،اعدلوا هو أقرب للتقوى) سورة المائدة الآية 8 ، كذلك لا ينبغي أن تحملنا العداوة على ألا نرحمهم ونقدم إليهم العون والمساعدة،روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال:لا يدخل الجنة إلا رحيم قالوا يا رسول الله كلنا رحيم،قال:إنه ليس برحمة أحدكم صاحبه،و لكن رحمة العامة⁵.

فشملت بذلك عناية الإسلام جميع أفراد المجتمع مسلمين وغير مسلمين من أهل الذمة،ومن يقيم في دار الهجرة،كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى عامله على البصرة:" وانظر من قبلك من أهل الذمة قد كبرت سنه،وضعفت قوته وولت عنه المكاسب،فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه،فلو أن رجلا من المسلمين كان له مملوك كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب كان من الحق عليه أن يقوته حتى يفرق بينهما موت أو عتق،وذلك أنه بلغني أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب مر بشيخ من أهل الذمة يسأل على أبواب الناس،فقال: ما أنصفناك أن كنا أخذنا منك الجزية في شببيتك وضيعناك في كبرك،ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه"⁶.

¹ الكفوي،أبو البقاء أيوب:الكليات،تحقيق محمد المصري و عدنان درويش مؤسسة الرسالة ط2 سنة1432/2011 ص519.

² رشدي فكار :علم الاجتماع معجم موسوعي عالمي ، دار النشر العالمية جنتنير باريس 1980م ، المجلد1 ص280 .

³ اجتماعي : مصطلح يستعمل صفة ونعتا لكل ماله علاقة بالمجتمع لينسب إليه. المرجع السابق ، المجلد1 ص240

⁴ غي ، روشيه : الفعل الاجتماعي . تعريب مصطفى دندشلي ، مكتبة الفقيه ببيروت ، ط 2 ، سنة 2002 م ، ص 45 .

⁵ أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه كتاب البر و الصلة 4 / 185 .

⁶ أبو عبيد القاسم بن سلام : كتاب الأموال ، تحقيق د محمد عمارة ، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع القاهرة ، ط1 1430/2009 ص 113 .

وجاء في تعهد خالد بن الوليد رضي الله عنه لأهل الحيرة: "أما شيخ ضعف عن العمل، أو أصابته آفة من الآفات، أو كان غنيا فافتقر و صار أهل دينه يتصدقون عليه، طرحت جزيت، وعيل من بيت مال المسلمين وعياله ما أقام بدار الهجرة" ¹.

التنوع: يقوم العمل الاجتماعي في أداء مهمته داخل المجتمع على مبدأ التنوع، حيث يعنى بالدرجة الأولى بإيجاد مجتمع متكامل من جميع الوجوه المادية، والروحية. فالإسلام في منهجه لتحقيق الرفاهية الاجتماعية يدعو إلى إقامة عدالة اجتماعية شاملة، تتساوى فيها الناحيتان المادية والروحية "فكل نشاط يباشره الإنسان هو في نظر الإسلام عمل صالح، طالما كان مشروعاً وكان يتجه به إلى الله تعالى. فالإسلام يضمن حد الكفاية لكل فرد حسب حاجته، إلا في الظروف الاستثنائية كمجاعة أو حرب حيث يلتزم الجميع بحد الكفاف، وهذا الضمان لحد الكفاية هو حق شرعه الله لعباده يعلو فوق الحقوق" ²، وكما أن التنوع مكفول للذي يستفيد من خدمات العمل الاجتماعي، فهو أيضاً متاح للقائم بهذا العمل إذ فتح له الإسلام جميع أبواب الخير على قدم المساواة يعمل في أيها أوفق لطاقته، وإمكاناته، وميوله " فقد يكون الخير بمنح جزء من المال لأهل الحاجة، وقد يكون بمنح جزء من الوقت والجهد من ذي الخبرة المعينة على أن التنوع هنا محمود و محبوب، فكل يتبرع مما عنده" ³.

ومن روائع التوجيه النبوي أن الرسول صلى الله عليه و سلم حين أمر بالصدقة، و فرضها على المسلمين في كل اليوم، لم يقصرها على الصدقة المالية فيحتكرها الموسرون من أرباب المال، بل نوع في هذه الصدقة تنوعاً يشمل من أنواع الخير مالا يخطر ببال الكثيرين. فهناك الصدقة النفسية: كقوله عليه السلام « الكلمة الطيبة صدقة» ⁴، وقوله « تيسمك في وجه أخيك صدقة» ⁵.

الاستمرارية: من خصائص العمل الاجتماعي في الإسلام الاستمرار، لأن فعل الخير - الذي هو أحد أهم غايات العمل الاجتماعي - إما فريضة دورية يلزمه أداؤها بحكم إيمانه وإسلامه، وإما فريضة غير دورية مثل كل حق مالي أو معنوي يجب بوجوب المقتضى له.

وهناك مساحة رحبة لفعل الخير والتسابق إليه في حياة المسلم، في غير الفرائض والواجبات اللازمة والملزمة. فلخير وفعله ونيته جزء من حياة المسلم " فإن استطاع فعل الخير لم يدخر وسعاً، وإن لم يستطع نواه في قلبه، ودعا غيره إليه، و دلّه عليه، ليكون له مثل أجره" ⁶. وقد علم الرسول الكريم كل مسلم أن يتصدق بصدقة كل يوم تطلع فيه الشمس عن نفسه، بل على كل عضو من أعضائه، كما في الحديث الصحيح: {على كل مسلم صدقة} فقالوا: يا نبي الله، فمن لم يجد؟ قال: {يعمل بيده فينفع نفسه ويتصدق} قالوا: فإن لم يجد؟ قال: {يعين ذا الحاجة الملهوف} قالوا: فإن لم يجد؟ قال: {فليعمل بالمعروف وليمسك عن الشر، فإنها له صدقة} ⁷.

¹ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان سنة 1399هـ / 1989م ص 144.

² العسال، إبراهيم حسين: التنمية في الفكر الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط 1/ 1426هـ / 2006م ص 101.

³ القرضاوي، يوسف: أصول العمل الخيري في الإسلام، دار الشروق القاهرة، ط 2 سنة 2008م، ص 38.

⁴ رواه البخاري في كتاب الصلح رقم 2707 و مسلم في كتاب الزكاة رقم 1009. عن أبي هريرة.

⁵ رواه الترمذي في كتاب البر والصلة رقم 1956 وقال حديث حسن غريب.

⁶ القرضاوي، يوسف: أصول العمل الخيري في الإسلام، دار الشروق، ط 2، سنة 2008، ص 42.

⁷ رواه البخاري رقم 1445 و مسلم رقم 1008 و النسائي رقم 2538 كلهم في كتاب الزكاة عن أبي موسى الأشعري.

الإسلام لا يدع للمسلم فرصة البطالة والتكاسل والتفاعص عن خدمة المجتمع، مهما كانت إمكانياته؛ فاستمرارية العمل لنفع الناس مفروضة .

المسؤولية و الإلزام: الفرد المسلم مسؤول عن المجتمع الذي يعيش فيه، فهو جزء منه، والجزء لا ينفصل عن الكل، والغاية العليا هي سعادة الكل وربط القلوب بأواصر المحبة والأخوة. ومن لا يهتم بأمر المسلمين يخرجهم عمله هذا من جماعتهم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { من لا يهتم بأمر المسلمين فليس منهم، ومن لم يصبح و يس ناصحا لله ورسوله و لكتابه و لإمامه و لعامة المسلمين، فليس منهم }¹.

لقد كان تحمل المسؤولية أمرا معتادا بين أفراد الأمة الإسلامية دون إلزام من جهة أخرى إذ " كانت هي التي تدبر وتدير شؤونها الدينية والثقافية، وتحل مشاكلها المعيشية وتلبي حاجاتها الاجتماعية، وتنهض بمشاريعها العلمية والتعليمية، وتحقق إنجازاتها العمرانية والحضارية، وكانت الدول تشجع وتساعد وتنظم، وقد تضعف فتصبح عالة على المجتمع، وقد تنحرف فتصبح عائقا في طريقه، ولكن المجتمع يبقى نشيطا متجددا في طاقاته وعطاءاته"². قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { مثل المؤمنين في توادهم تراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى }³.

وإذا لم يقم أفراد المجتمع فإن الدولة تأخذ على عاتقها هذه المهمة لما لها من أهمية في استقرار البلاد وسلامة العباد وأمنهم، يقول الدكتور يوسف القرضاوي: وتقوم الدولة الإسلامية بدورها في التكافل الاجتماعي فلو لم تكف الأموال المدفوعة كحقوق مستحقة على الناس فإن الدولة تخرج من بيت مال الخراج وغيره مما تحت يدها لسد هذا النقص، ففي أملاك الدولة الإسلامي والأموال العامة التي تديرها وتشرف عليها مورد للفقراء والمساكين⁴.

مع أن هذا التدخل من الدولة لا يعفي المواطنين من القيام بمهامهم وتحمل مسؤولياتهم وإن أدى ذلك عند نكوصهم إلى إلزامهم من الدولة الراعية لشؤون مواطنيها، وهذا مستفاد من روح الشريعة الإسلامية وتعاليمها.

ثانيا : تعريف الواجب الكفائي.

ظهر مما سبق أن العمل الاجتماعي خدمة إنسانية أمر الإسلام أتباعه القيام به وحضهم عليه يجعله في مستوى الواجبات الضرورية، حيث يمثل العمل الاجتماعي وسيلة مهمة لإيصال الحقوق إلى أصحابها، فهو بذلك في درجة الوسائل الواجبة. ومعلوم أن الوسائل كما قرر العلماء تابعة لمقاصدها في أحكامها التكليفية. فإذا اعتبرنا أن من المقاصد المعتبرة الواجبة على المستطيع مساعدة المحتاجين، وأن العمل الاجتماعي وسيلة لإيصال هذه المساعدات لمستحقيها، كان بذلك العمل الاجتماعي وسيلة واجبة.

ومن أقسام الواجب التكليفي عند الأصوليين قسمان: واجب عيني، وواجب كفائي. فما معنى كل منهما؟ ثم ما هي الدلالات المختلفة التي تتعلق بجلب الحقوق إلى مستحقيها تأسيسا وتأصيلا؟

¹ الهيثمي، نور الدين علي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد منشورات دار الكتاب العربي بيروت ج87/1.

² الريسوني أحمد: الأمة هي الأصل، منشورات عيون الندوات، مكناس، طبع طوب بريس الرباط ص 23.

³ مسلم: كتاب البر و الصلة و الآداب ، باب تراحم المؤمنين و تعاطفهم ، حديث 2583

⁴ القرضاوي ، يوسف : مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام . مكتبة وهبة ، القاهرة ط1 ، 1386هـ/1966 م ، ص 107 .

الحكم التكليفي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء والتخيير¹. والاقتضاء هو الطلب، ويأتي على أقسام: فإن كان طلب فعل على سبيل الحتم والإلزام؛ فهو الإيجاب، وإن لم يكن على سبيل الحتم والإلزام؛ فهو الندب. وإن كان طلب ترك فعل على سبيل الحتم والإلزام؛ فهو التحريم، وإن لم يكن على سبيل الحتم والإلزام؛ فهو الكراهة. و التخيير: التسوية بين الفعل والترك؛ وهي الإباحة².

ويتضح من التعريف أنه يشتمل على ثلاثة عناصر مهمة وهي:

(1) الوصف الشرعي أي طلب الفعل أو الترك أو التخيير.

(2) أفعال المكلفين من أفعال القلب كالاقتقاد أو أفعال الجوارح.

(3) المخاطب بمقتضى الحكم وهو المكلف ويعني الإنسان البالغ العاقل الذي بلغته دعوة النبي صلى الله عليه وسلم، والمكلف مصطلح يدل على أن الفرد باعتباره عضواً في المجتمع متحمل مسؤولية أو ملزم بأداء واجب أو طائفة من الواجبات، دون تفرقة من حيث النظر إلى المكانة أو الطبقة أو النسب أو الجنس³.

ويتبين مما سبق كيف أن الواجب أحد أنواع الحكم التكليفي، ومعناه ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم واللزوم، وينضم إلى هذا طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم واللزوم، وذلك بحسب النظر المصلحي، فالواجب طلب محتم بإتيان الفعل لتحصيل ما فيه من النفع والمصلحة للنفس وللغير، والحرام طلب الكف عن إتيان الفعل على وجه الحتم واللزوم لدرء ما فيه من ضرر ومفسدة للنفس وللغير.

وللواجب عدة تقسيمات تختلف باختلاف الاعتبارات، وباعتبار متعلقه "الفاعل" وهو المقصود بالبحث، ينقسم إلى قسمين هما: الواجب الكفائي، وقسيمه الواجب العيني.

القسم الأول: الواجب العيني: وهو المهم المتحتم الذي يقصد حصوله منظورا بالذات إلى فاعله⁴.

وهو ما كان فيه الطلب إلزامي وحتمي على كل واحد من المكلفين؛ كالصلوات المكتوبات و الصيام، فهو مطلوب من المكلف ذاتا لا يسقط بفعل غيره وعبر عنه ابن عابدين بأنه " واجب ثابت على كل واحد بعينه "5.

القسم الثاني: الواجب الكفائي: وهو المهم المتحتم الذي يقصد حصوله من غير نظر على فاعله أصالة، فالقصد حصول الفعل من غير نظر على ذات الفاعل إلا بالتبع من حيث الجزاء، كما أنه لا فعل من غير فاعل؛ وذلك كإغاثة الملهوف، وإنقاذ الغرقى، وإقامة المرافق العمومية كالمستشفيات وغيرها.

فما هو مضمون الواجب الكفائي؟ وما هي حقيقته وأحكامه؟ وهو ما سيجيب عنه المبحث الآتي.

الواجب الكفائي، تعريفه وأقسامه.

¹ - الزركشي: البحر المحيط، دار الكتب العلمية، ج1 ص 91.

² - القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، دار الفكر، 1424/ 2004م، ص 60.

³ محمد ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، سنة 1975م، ص 236.

⁴ أمير باد شاه: تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2 ص 213.

⁵ ابن عابدين، محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عدل أحمد وعلي محمد معوض دار الفكر بيروت، 1/538.

القسم الأول: تعريف الواجب الكفائي:

- لغة: الكفائي مأخوذ من الكفاية، والكفاية هي ما يستغني به الإنسان عن غيرهن من كفى يكفي كفاية، تقول كفاه الأمر إذا قام فيه مقامه، وكفاه ما أهمه أي قام بالأمر الذي أهمه¹.

قال الراغب الأصفهاني: "الكفاية ما فيه سد الخلة وبلوغ المراد في الأمر"²، قال الله تعالى: (وكفى الله المؤمنين القتال) سورة الأحزاب: الآية 25، وقال الله تعالى: (إنا كفيناك المستهزئين) سورة الحجر: الآية 95.

قال الفيومي: "كفى الشيء يكفيه كفاية فهو كاف؛ إذا حصل به الاستغناء عن غيره، واستكفيت بالشيء استغنيت به"³.

- اصطلاحاً: اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفهم الواجب الكفائي، تبعاً لاختلافهم في تصور حقيقته، وهو ما يثمر الخلاف في تعيين المخاطب بهن وكذا حدوده ومجالاته. وفيما يلي عرض لأهمها وأشهرها:

التعريف الأول: الواجب الكفائي عند الإمام الغزالي هو: "كل مهم ديني يراد حصوله ولا يقصد به عين من يتولاه"⁴. والمهم ما يحرك الهمة لأهميته، فهو معتنى به⁵.

وتخصيصه بالديني بناه على رأيه أن الحرف والصناعات وما به قوام المعاش ليست من فرض الكفاية، كما صرح به في "الوسيط"⁶؛ وحجته أن في بواعث الطباع ما يغني عن إيجابه، والرسم التشريعي المستقرى من أحكام الشريعة قاض: أنه إذا كان في داعية الجبلة وبواعث الطبع ما يدعو إلى فعل ضرورة؛ لم يأت الشرع بإيجابه في الغالب؛ فيكون مندوباً أو مباحاً اكتفاء بالضرورة الطبيعية⁷، يقول الزركشي: "قال الرافعي: ومعناه أن فرض الكفاية أمر كلي تتعلق به مصالح دينية ودينية، لا ينتظم الأمر إلا بحصولها. وقول الرافعي ودينية لا يوافق الغزالي؛ فإنه يرى أن الحرف والصناعات وما به قوام المعاش ليس من فروض الكفائيات، لكن المرجح خلافه"⁸.

لكن الناظر في شرح الغزالي كلامه بالتفصيل، يجد أنه يعتبر ما يتعلق بالمعاش من الواجبات الكفائية ومن هذا التفصيل قوله في إحياء علوم الدين: "أما فرض الكفاية فكل علم لا يستغنى عنه في قوام أمور الدنيا؛ كالتب طب إذ هو ضروري في حاجة بقاء الأبدان، والحساب فإنه ضروري في المعاملات وقسمة الوصايا والموارث وغيرها، وهذه العلوم لو خلا البلد عمن يقوم بها خرج أهل البلد؛ وإذا قام بها واحد كفى وسقط الفرض عن الآخرين... فإن أصول الصناعات أيضاً من فروض الكفاية كالزراعة والحياكة والسياسة بل والحجامة والخياطة"⁹، فهو صريح منه في عدها عدها من الواجبات الكفائية، بل إنه أشار إلى المصلحة المقصودة منه.

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربية، بيروت، ج 12/132.

² الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، دار القلم، دمشق، ص 719.

³ الفيومي: المصباح المنير، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر مج 1 ج 2 ص 650.

⁴ الغزالي: الوجيز، ضبطه طارق فتحي السيد، منشورات دار الكتب العلمية، ط 1 سنة 1425/2004 188/2.

⁵ العطار: حاشية العطار على شرح المحلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1/237.

⁶ الغزالي: الوسيط، تحقيق محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط 1 سنة 1417/1997 م، ج 7/06.

⁷ الشاطبي: الموافقات، منشورات دار الكتب العلمية، مج 1 ج 2 ص 138-139.

⁸ الزركشي محمد بن بهاور الشافعي: المنشور في القواعد الفقهية، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، منشورات وزارة

الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط 1، 1982/1406 م 33/3.

⁹ الغزالي: إحياء علوم الدين، 16/1.

ومعنى الشرط الأخير من التعريف " ولا يقصد به عين من يتولاه ": أن المقصود من فرض الكفاية وقوع الفعل من غير نظر إلى فاعله، بخلاف فرض العين فإن المقصود منه الفاعل، فهذا قيد يخرج به فرض العين. مع أن النظر إلى الفاعل في الفرض الكفائي مهم أيضا بدليل الثواب الذي يلحقه، كما أنه لا فعل بغير فاعل، قال الزركشي: " لكن الحق؛ أن فرض الكفاية لا ينقطع النظر عن فاعله بدليل الثواب والعقاب، نعم ليس الفاعل فيه مقصودا بالذات بل بالعرض، إذ لا بد لكل فعل من فاعل، والقصد بالذات وقوع الفعل "1.

التعريف الثاني: الواجب الكفائي هو: " مهم حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله "2.

يلاحظ أن هذا التعريف أصله تعريف الإمام الغزالي، مع حذف قيد "الديني" لإدخال الدنيوي، وهو من فروض الكفايات أيضا كما سبق، واستغنوا عن لفظ "كل" في بدايته، لأنه لشمول الأفراد والتعريف للماهية والحقيقة، فيستغنى عنها³.

على أن تعريف أمير باد شاه: " مهم متحتم حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله "4 بزيادة " متحتم " أدق من غيره؛ لسلامته من كون التعريف غير مانع بدخول سنة الكفاية.

ولا يسلم التعريف من الاعتراض بالقول بعدم النظر إلى الفاعل فيه مطلقا، وهو نفس الاعتراض على تعريف الغزالي الأول.

التعريف الثالث: الواجب الكفائي هو: " واجب على الجميع، ويسقط بفعل بعضهم "5. وقريب منه تعريف الرازي إذ قال: " الأمر إذا تناول جماعة، فإما أن يتناولهم على سبيل الجمع... أما إذا تناول الجميع فذلك من فروض الكفايات، وذلك إذا كان الغرض من ذلك الشيء حاصلًا بفعل البعض... فمتى حصل ذلك بالبعض لم يلزم الباقيين "6.

وعلى هذه المفاهيم دارت تعريفات غيرهم من القدامى والمحدثين⁷.

والتعريف الذي يمكن أن نخرج به من هذه الدراسة مع السلامة من الاعتراضات أن: الواجب الكفائي هو ما طلب الشارع فعله حتما، يقصد حصوله من غير نظر إلى فاعله بالأصالة.

فهو كل أمر من الشارع على سبيل الحتم والإلزام مع ملاحظة كون المقصود منه حصول مطلق الفعل لما يشتمل عليه من المصلحة؛ فتلك هي غاية الكفائي، قال الإمام الشاطبي: " وحاصل الثاني - طلب الكفاية - إقامة الأود العارض في

¹ - الزركشي: البحر المحيط، راجعه عمر سليمان الأشقر، ط2 سنة 1413/1993م، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت دار الصفوة بالغرندقة، 242/1.

² - والفتوح: شرح الكوكب المنير تحقيق مشترك مكتبة العبيكان سنة 1413/1993م، ج 375/1. المحلي: شرح جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت 237/1.

³ الجلال المحلي: شرح جمع الجوامع، 237/1. والفتوح: شرح الكوكب المنير 374/1.

⁴ العطار: حاشية العطار على شرح المحلي لجمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، 237/1.

⁵ أمير باد شاه: تيسير التحرير، نشر دار الفكر ج 213/2.

⁶ ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر وجنة الماظر، تحقيق عبد العزيز السعيد نشر جامعة محمد بن سعود سنة 1399 ص 208.

⁷ الرازي: المحصول من علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، دون تاريخ، 186/2.

⁷ أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي 35-36. الخصري محمد: أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى سنة 1389/1969

الدين وأهله"1، ولا ينظر إلى فاعله بالأصالة بل تبعاً؛ من حيث لحوق الثواب والعقاب، كما أنه لا فعل من غير فاعل.

وبهذا الإطلاق تدخل الواجبات الكفائية الدنيوية والدينية على السواء، فينظر إليها بالدافع الشرعي ولا يستغنى بدافع الطبع وداعية الجبلة عن إيجابها إذ "معظم الوصايا الشرعية منوط بتنفيذها بالوازع الديني"2، فالأمة مطالبة بإقامتها على السواء؛ ولعله من الممكن في العصور المتقدمة أن يستغنى بحث الطبع عن حث الشرع لسهولة الحياة التي كانت تكفي فيها الجهود الفردية في التصدي لحاجات المجتمع وضروراته. لكن العصر الحديث والتطور المشهود في جميع المناحي يحتم علينا القول بوجوب الكفايات الدنيوية، خاصة مع ضياع مصالح الأمة وتضررها الكبير جراء تخلي أفرادها عن القيام بالواجبات الكفائية المناطة بهم، فلا بد من توزيع المسؤوليات على حسب الميول والقدرات، بأخذ الحاجة العامة للأمة بعين الاعتبار.

القسم الثاني : أقسام الواجب الكفائي : تعداد الواجبات الكفائية مظهر لأهميتها البالغة والمصالح المتغيرات منها؛ قصد إصلاح الأمة الإسلامية وإقامة الأود الموجود بها، فالإسلام دين جاء بالصالح والإصلاح للبشرية كافة، ورفع من مكانة المصلحين إذ جعلهم سبباً لرفع العذاب عن الناس إذ يقول الله عز وجل: (وما كان ربك مهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون) سورة هود الآية 117.

الأول: الواجب الكفائي باعتبار متعلقه".

1) الواجب الكفائي الديني : " كإقامة الدعوة الحجاجية بالعلم"3 والبراهين القاطعة على وجود الله، وإثبات النبوات، ودفع الشبهات التي تثيرها المذاهب الفكرية المعاصرة مع حتمية التجديد في وسائل الحجج والبراهين وفقاً لمنطق العصر وعلومه. والاشتغال بسائر علوم الشرع؛ قال العز بن عبد السلام: " قد دلت قواعد الشريعة على أن حفظ الشريعة فرض كفاية"4.

قال الله عز وجل: (وما كان المومنون لينفروا كافة فلولى نفر من كل فرقة طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون) سورة التوبة: 122. وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم: (طلب العلم فريضة على كل مسلم)5،

فتعلم العلم وتعليمه واجب كفائي على الأمة، ويلزم استخدام مختلف الوسائل في تيسير وصول العلوم إلى الناس خاصة المحتاجين منهم ممن لا يستطيعون طلبه بالاعتماد على إمكانياتهم الخاصة، لهذا فمؤسسات العمل الاجتماعي التي تعمل على توفير هذا المطلب الحيوي لأفراد المجتمع ممن تعوزهم الحاجة إلى بلوغه، إنما تقوم بواجب كفائي تنوب فيه عن الأمة في سد هذه الحاجة.

1 الإمام الشاطبي : الموافقات، مج 1 ص 114.

2 ابن عاشور ، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية ، دار السلام ودار سحنون ، سنة 2006/1427م ، ص 124.

3 الغزالي : الوسيط ، تحقيق محمد محمد تامر ، دار السلام ، مصر ، ط 1 سنة 1997/1417م ، 06/7 .

4 العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد، دار القلم دمشق، 205/2.

5 أخرجه ابن ماجة في السنن رقم 224، المقدمة باب فضل العلماء والحث على طلب العلم: 81/1 قال العجلوني

" وهو حسن وقال المزي روي من طرق تبلغ رتبة الحسن" كشف الخفاء: 75/2 ،

والاشتغال بالعلوم الدنيوية المفيدة داخل في مسمى الواجب الديني، كالتب والهندسة و الرياضيات، وعلوم الاقتصاد والإعلام والاتصال، وغيرها مما يدر نفعاً للأمة المسلمة، ويلحق صاحبها جزيل الأجر وكفاه فضلاً أنه من طلاب العلم قال الله تعالى: (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات) سورة المجادلة الآية 11. فإقامة المعاهد والكليات ومؤسسات البحث العلمي، وتكوين العناصر المتخصصة اللازمة لتغطية هذه المجالات؛ كل هذا من الأعمال الاجتماعية التي لا ينكر أحد فضلها.

(2) الواجب الكفائي الديني: باستقراء أحكام الشريعة كما نص غير واحد من العلماء، ليس ثمة في أحكامها ما يناقض المصلحة الدينية، والدنيوية التي مردها إلى إقامة الدين وهذه المطلوبات الكفائية الدنيوية، مقصدها المشترك هو تحقيق الصلاح العام، والذي يشمل الأفراد قطعاً، وبه تقوم سعادة الأمة الإسلامية في الدنيا قبل الآخرة، ومن جملة هذه الواجبات "دفع الضرر عن محايج المسلمين وإزالة فائتهم" ¹، قال الإمام الجويني: "ولا أعرف خلافاً أن سد خلات المضطرين في سني المجاعات محتوم على الموسرين" ² من كسوة أو طعام إذا لم تندفع بالزكاة أو بين المال، وهذا من الواجبات الكفائية التي يجب على القادرين القيام بها؛ قال الإمام الغزالي: "فإن بقيت ضرورة بعد تفرقة الزكوات كان إزالتها من فرض الكفاية" ³. وذلك بإقامة المؤسسات الكفيلة بتأمين ضرورات المعيشة من غذاء وكساء ومسكن وصحة وتعليم مجاناً لغير القادرين، وتنظيم التكافل المعاشي بكافة صورته لجميع المواطنين.

هذه الأعمال الخيرية وغيرها من توفير تعلم الحرف والصناعات وما به قوام المعاش قصد تحقيق الاكتفاء الذاتي للمحتاجين، وتأهيلهم ليكونوا فاعلين في المجتمع، هو من صميم اهتمامات مؤسسات العمل الاجتماعي التي لا يجب أن تنتظر حصول المجاعات للقيام به بل يكفي وجود من يحتاجون هذه الخدمات. أما نص الإمام الجويني عليه جاء تبعاً لما افترضه في كتابه "غيث الأمم في التياث الظلم".

الثاني: الواجب الكفائي باعتبار حصول المراد منه.

(1) ما تتكرر مصلحته بتكرر الفاعلين: وهذا النوع يمثل أكثر الواجبات الكفائية مثل: الاشتغال بطلب العلم بمختلف التخصصات؛ فالديني والدنيوي في ذلك شرع، وكالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قال الزركشي: "ما كان مما تتجدد مصلحته بتكرار الفاعلين يقع فرضاً" ⁴. وهذا يدفع إلى القول بقيام عدة جهات ومؤسسات تنشط في مجال العمل الاجتماعي، وتعمل على نفس المهمة بصورة متكاملة أو تخصص كل واحدة منها بنوع خاص من الحاجات الضرورية، والجميع له أجر أداء الفرض الكفائي قال النووي: "قال أصحابنا في صلاة الجنائز: فإذا صلته طائفة سقط الحرج عن الجميع؛ فلو صلت طائفة أخرى وقعت الثانية فرضاً أيضاً، وتكون الأولى مسقطاً للحرج عن الباقيين لا مانعة من وقوع فعلها، وهكذا الحكم في جميع فروض الكفايات" ⁵.

(2) ما يحصل تمام المراد منه بمجرد إيقاعه: وهذا النوع لا فائدة في تكرار فعله إذا ما وقع مرة؛ بحيث تتحقق المصلحة التي أرادها الشارع من طلب الفعل بمطلق إيقاعه، وذلك "لداع موضوعي هو انتهاء الحاجة إليها ما دام البعض قد

¹ الغزالي: الوسيط، تحقيق محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط1 سنة 1997/1417م، 06/7.

² الجويني، أبو المعالي: غياث الأمم في التياث الظلم، ت مصطفى حلمي دار الدعوة سنة 1400 ص 205.

³ الغزالي: الوسيط، تحقيق محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط1 سنة 1997/1417م، 06/7.

⁴ الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق، 203/1.

⁵ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير شوايش، المكتب الإسلامي، ط3 سنة 1991/1412م، ج10/202.

قام بها فكفى الآخرين"1. وهذا لا يعني الركون من قبل العاملين في مجال الأعمال الاجتماعية من أهل الخير والإحسان إلى الراحة وترك الأمة بعد انتهاء المهمة الأولى، بل هم مدعون للبحث عن مكامن الحاجة عند آخرين لسدها " لأن في المجتمع تكاليف أخرى تنتظر أن يتفرغ لها أفراد آخرون مؤهلون للقيام بها"2.

الثالث: الواجب الكفائي باعتبار متعلق الخطاب: الواجبات الكفائية واجبات جماعية تضامنية، يجب على الأمة جميعا القيام بها، فإن تركتها رأساً أو أقامها من لم تحصل بهم الكفاية أثم الجميع، لكن الاختلاف بين العلماء جار بينهم في تحديد المخاطب بالفروض الكفائية؛ أهم الجميع أم البعض؟

1) القول الأول يذهب إلى أن الخطاب بالفروض الكفائية موجه للجميع، وإذا قام به البعض أو الكل سقط الوجوب، لأن علته زالت بتحقق المصلحة منه. وسبب تعلقه بالكل ابتداءً؛ لثلا يتعلق الخطاب بغير معين، فيؤدي إلى ضياع المصالح، وهذا قول الجمهور3. وصرح بذلك الإمام الشافعي في الأم قائلاً: "حق على الناس غسل الميت والصلاة عليه ودفنه، لا يسع عامتهم تركه"4.

ونقل الفتوحي عن الإمام أحمد أنه قال: "الغزو واجب على الناس كلهم فإذا غزا بعضهم أجزاء عنهم"5. وعزاه ابن السمعاني للأشعرية6، وبه قال القاضي الباقلاني والصيرفي والغزالي7، واختاره ابن الحاجب، ونقله الأملدي عن الشافعية8، قال الغزالي: "فإن قيل فما حقيقة فرض الكفاية، فهو فرض على الجميع... قلنا الصحيح من من هذه الأقسام الأول وهو عموم الفرضية"9.

ومن أدلتهم قول الله تعالى: (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) سورة البقرة: 216 والآية صريحة الدلالة على أن وجوب القتال على الجميع، وهو من الواجبات الكفائية إذ يسقط بفعل البعض لتحقق المقصد الشرعي منه "والأصل أن يحمل العام على عمومته كما هو مقرر في علم الأصول، ولا يصار إلى تخصيصه إلا بدليل مخصص"10، وقال الشافعي لما أورد بعض الآيات المشابهة: "فأما الظاهر في الآيات فالفرض على العامة"11.

2) القول الثاني يذهب إلى أن الخطاب بالفروض الكفائية موجه للبعض، وليس الجميع وينسب هذا القول للرازي واختاره ابن السبكي12.

¹ بنحمة، مصطفى: العمل الاجتماعي في الإسلام، سلسلة دفاتر المركز، العدد 3، مطبوعات الهلال، ط1 ص12

² بنحمة، مصطفى: العمل الاجتماعي في الإسلام، ص12.

³ الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد شاکر دار الكتب العلمية ص 363. ابن أمير الحاج: التقرير والتحرير، دار الكتب العلمية

ط سنة 1983/1403، ج2/136. ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة سنة

1998/1418، 1/398. البخاري: كشف الأسرار، دار الكتب العلمية، ط1 سنة 1997/1418، ج 206/1.

⁴ الشافعي: الأم، تحقيق رفعت فوزي، دار الوفاء ط سنة 2001/1422، 1/274.

⁵ الفتوحي: شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي و نذير حماد، طبعة مكتبة العبيكان الرياض سنة 1993/1413، 1/376.

⁶ ابن السمعاني: قواطع الأدلة، تحقيق علي الحكمي، مكتبة التوبة، ط الأولى سنة 1998/1418 ص 25.

⁷ الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق، 1/195.

⁸ الأملدي: الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، دار الصمعي، ط1 سنة 2003/1424، مج1 ج1 / 100.

⁹ الغزالي: المستصفى من علم الأصول، تحقيق بن زهير حافظ، طبعة 1413 ص ج217/1.

¹⁰ الألويسي، محمود شكري: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، 93/10.

¹¹ الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد شاکر دار الكتب العلمية ص 363.

¹² ابن اللحام البعلبي، علي بن عباس الحنبلي: القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة

المحمدية القاهرة، سنة 1956/1375، ص 187.

ومن أدلتهم قوله تعالى: (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون) سورة آل عمران: 104، وقوله أيضا: (وما كان المومنون لينفروا كافة فلولى نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون) سورة التوبة: 122 فالآية الأولى تدل على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو من الواجبات الكفائية، واجب على بعض الأمة، فإن من تبعيضية، ومثله ما دلت عليه الآية الثانية في طلب العلم.

وأجيب عنه بأن من في الآية الأولى لبيان الجنس وليس للتبعيض؛ أي يكونوا هم الأمة الداعية إلى الخير، والأمر بالمعروف¹.

ثم إن هناك وجها جيدا للجمع بين القولين، ذكره عضد الدين الإيجي²: وهو أن الخطاب إنما توجه للبعض من حيث حيث إن فعلهم مسقط للتكليف عن غيرهم.

ولالإمام الشاطبي كلام نفيس في الجمع بين القولين، وإن كان له تعلق بمذهب الجمهور؛ ولكن له تفصيل جيد خاص به، أشار من خلاله إلى تنبيهات مهمة ونكتة علمية دقيقة هي بالإبانة حقيقة لما لها من أهمية مرتبطة بموضوع البحث الذي نحن في صدد التأصيل له، والتي تهم القيام بالأعمال الاجتماعية الموجهة للجمهور، حيث تعتبر هذه الأعمال من قبيل الواجبات الكفائية التي إذا قام بها البعض سقطت عن الباقي. ولكن ليس هذا السقوط بالكلية، بل هناك دور على الباقي ممن لا تتوفر فيهم الكفاءات المناسبة لأداء أدوار مباشرة في العمل الاجتماعي؛ وهو ما سيوضحه كلام الإمام الشاطبي إذ يقول: "طلب الكفاية يقول العلماء بالأصول إنه متوجه على الجميع، لكن إذا قام به بعضهم سقطت عن الباقي، وما قالوه صحيح من جهة كلي الطلب، وأما من جهة جزئية ففيه تفصيل، وينقسم أقساما وربما تشعب شعبا طويلا، ولكن الضابط للجملة من ذلك؛ أن الطلب الوارد على البعض - ولا على البعض كيف كان - ولكن على من فيه أهلية القيام بذلك الفعل المطلوب، لا على الجميع عموما... ولكن قد يصح أن يقال إنه واجب على الجميع على وجه التجوز"³.

ومعنى كلام الشاطبي؛ أن إيجاد المطلوب الكفائي هو المفروض على الجميع، أما اعتبار البعض فمقصوده القيام بالفعل وتأديته، إذ المؤهل هو المطالب حقيقة بالقيام بالفعل، وتكليف غير المؤهل تكليف بما لا يطاق، وإنما هو مطلوب منه إعداد المؤهلين القادرين، وتهيئة الظروف لهم حتى يؤديوا الواجب، قال الشاطبي: "فبعضهم هو قادر عليها مباشرة وذلك من كان أهلا لها، والباقيون وإن لم يقدروا عليها قادرون على إقامة القادرين،...، فالقادر إذا مطلوب بإقامة الفرض، وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القادر؛ إذ لا يتوصل إلى قيام القادر إلا بالإقامة، من باب ما لا يتم الواجب إلا به"⁴. وهذا المعنى يفيد تحديد المسؤوليات بمراعاة الفروق الفردية والمهارات والمواهب، وضرورة تفعيل ذلك في توزيع الواجبات الكفائية.

وبهذا يكون الفرض الكفائي فرضا اجتماعيا واسع الأرجاء يستغرق الحياة كلها، ويشمل المواطنين جميعا، ويشعر بأن العمل الاجتماعي ليس مجرد تطوع قد تسخو به النفس وقد لا تسخو، وإنما هم جزء من الفرائض الشرعية التي

¹ ابن عاشور: التحرير والتنوير، دار سحنون، ط 1997، 39/4.

² عضد الدين الإيجي: شرح مختصر ابن الحاجب، ص 77.

³ الشاطبي: الموافقات، مج 1 ص 126.

⁴ الشاطبي: الموافقات، مج 1 ص 128-129.

يخشى المسلم أن يآثم إن أضاعها المجتمع، فيكون هو أيضا من جملة المحاسبين عن تلك الإضاعة¹، قال أبو زهرة: "كل صناعة أو عمل لا تستغني عنه الجماعة، ويقوم عليه نظامها الحكومي والاجتماعي والاقتصادي، يخاطب به الكافة ويطلب على الخصوص من الخاصة"²، وبذلك تتكامل مسؤولية الجميع من حيث آحاد هذه الواجبات ومجموعها.

فمن الخطأ أن يظن أن التلبس بأداء الفرض الكفائي من القائمين؛ مسقط للخطاب به، بل هناك امتدادات للواجب تفسر توجه الخطاب ابتداء لجميع الأمة فلا يسقط إلا بتحقيق الكفاية وحصول المقصود، مما يقتضي من جميع الأمة ممثلة في مؤسساتها المتنوعة وآحاد أفرادها، المسؤولية والمساندة، لأجل تحقيق الكفاية التي تهدف إلى تحقيق الاكتفاء الذاتي للأفراد ومن ثم تحقيق الصلاح العام. وأداء هذا الدور يتم بطريقتين:

- الأولى حمل القائمين بالواجبات الكفائية وإعانتهم، "فلا يعني تصدر مؤسسات العمل الاجتماعي مثلا للقيام بمهام كفاية حاجات المحتاجين من الطعام واللباس والمسكن والتعلم والتطبيب وغيرها، أن البقية ممن لم ينخرطوا في الأعمال الاجتماعية ليس عليهم أي دور بل هم مطالبون بالتشجيع المادي والمعنوي"³.

- الثانية متابعة هذه المؤسسات والقائمين على هذه الأعمال للوقوف على مدى الإلتقان وتفعيل أدوارهم، كل هذا سعيا لتحقيق المقاصد المبتغاة من العمل الاجتماعي في قيامه بالواجبات الكفائية.

النوع الثاني: حدود المسؤولية في العمل الاجتماعي.

إن مما يثير انتباه المتتبع لتفريعات وتقسيمات الأصوليين وسجلاتهم حول مفهومي "العيني والكفائي" للواجب، أن جمهورهم وغالبيتهم يرون تقديم العمل بالواجب العيني على الواجب الكفائي، قال الفتوحى وهو يشرح قول المؤلف "وفرض العين أفضل من فرض الكفاية: لأن فرض العين أهم ولأجل ذلك وجب على الأعيان، وهذا قول الأكثر"⁴، ولهم في ذلك استدلالات ومناقشات مطولة ترى في عينية توجه الخطاب الشرعي للمكلف مرجحا معتبرا في تغليب السمة الفردية في الرؤية التشريعية على السمة الجمعية، والمؤسسة على إيلاء قدر أكبر للفرد على حساب المجتمع؛ إما على صعيد دفع المضار وسقوط الإثم، وإما على صعيد جلب المنافع والمصالح.

فيما رأى البعض تقديم العناية بفرض الكفاية على الفرض العيني حال تعارضهما، وهو الحكي عن أبي إسحاق الإسفراييني، وإمام الحرمين أبي المعالي الجويني، وعن أبيه أبي الجويني⁵. وفيه قال إمام الحرمين: "القيام بما هو من فروض الكفايات أخرى بإحراز الدرجات وأعلى من فنون القربات من فرائض الأعيان، فإن ما تعين على المتعبد المكلف لو تركه، ولم يقابل أمر الشارع فيه بارتسام؛ اختص المأثم به، ولو أقامه فهو المثاب، ولو فرض تعطيل فرض من فروض الكفايات لعم المأثم على الكافة على اختلاف الرتب والدرجات، والقائم به كفى نفسه وكافة المخاطبين الحرج والعقاب، وآمل أفضل الثواب، ولا يهون قدر من يحل محل المسلمين أجمعين في القيام بمهم من مهمات الدين"⁶، وقال النووي: "للقيام بفرض الكفاية مزية على القيام بفرض العين، من حيث إنه مسقط الحرج عن نفسه

¹ بن حمزة، مصطفى: العمل الاجتماعي في الإسلام، مرجع سابق، ص 14.

² أبو زهرة، محمد: الشافعي، دار الفكر العربي ط 2، سنة 1948/1367م، ص 173.

³ عبد الباقي عبد الكبير: إحياء الفروض الكفائية سبيل تنمية المجتمع، كتاب الأمة العدد 105، بتاريخ محرم 1426، ص 43.

⁴ الفتوحى، الكوكب المنير، مرجع سابق، ج 1/377.

⁵ الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق، 1/201.

⁶ أبو المعالي، الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص 261.

نفسه وعن المسلمين، وفاعله ساع في صيانة الأمة عن المآثم، ولا يُشك في رجحان من حل محل المسلمين أجمعين في القيام بهم من مهمات الدين "1".

وحاول بعض المتأخرين حل المشكلة بالعمل بقول الجمهور من العلماء حال عدم التعارض، فيما يعمل بالقول الثاني حال تعارض الواجبين أحدهما عيني والآخر كفائي فيرجح الثاني لما فيه من سقوط الإثم والمطالبة بالأداء عن نفسه وغيره. قال كمال الدين الزملي: "ما ذكر من تفضيل فرص الكفاية على فرض العين محمول على ما إذا تعارضوا في حق شخص واحد، ولا يكون ذلك إلا عند تعينهما، وحينئذ هما فرضا عين، وما يُسقط الحرج عنه وعن غيره أولى، وأما إذا لم يتعارضوا، وكان فرض العين متعلقا بشخص وفرض الكفاية له من يقوم به فرض العين أولى"2.

يبدو أن الرؤية الفردية في هذا الموضوع ظلت حاکمة حتى على المرجحين لأداء الواجب الكفائي على العيني. بدليل نزوعهم في تعليل ذلك الترجيح إلى صيغة "الخلاص" الفردية المنشأ والمأل ومقايستها به. على اعتبار أن في أداء الواجب الكفائي تحقيقا لخلاص عدد أكبر من المكلفين "الأفراد". فيما كان الأولى أن تتم الموازنة بين الفعلين باعتبار ما قد يترتب على تحقيقهما من منافع ومصالح تعود آثارها على المجتمع. ولو تم تحقيق ذلك لاعتبر نقلة نوعية على صعيد التخفيف من الرؤية الكلاسيكية التجزيئية في التشريع، والتأسيس لقيام مجتمع مدني عصري ينزع أبناؤه جميعا إلى تحصيل منفعه ومصالحه ولو على حساب مصالحهم الفردية والشخصية.

ورغم اعتراف العلماء بسلطة الحاكم أو الإمام الأعلى في تعيين الواجب الكفائي وتحويله بالتالي إلى واجب عيني بتعيين القيام به على فرد ما، وذلك بأمر أو قرار صادر منه، قال الماوردي في حديثه عن الحسبة: "فهي واجب كفائي على الأمة، لكنها على المحتسب الرسمي واجب عيني"3، وقال ابن القيم: "ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة كالزراعة والنساج والبناء وغير ذلك، فلولي الأمر أن يلزم بذلك بأجرة مثلهم؛ فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك"4، وإليه ذهب الزركشي عندما قال: "وكذا لو أمر الحاكم أحدا بتجهيز الميت تعين عليه"5، مع العلم أن كلا من الصناعات وتجهيز الميت مما يدخله العلماء في فروض الكفريات.

رغم هذا كله فإن الرؤية الكلية لمفهوم الكفاية في الواجبات لا تنزع عن هذه الواجبات الشرعية دلالتها الاجتماعية على مستوى التأصيل والممارسة.

فتدخل الحاكم أو الدولة في هذا النوع من الواجبات هو تدخل آني وظرفي مؤقت، ومؤطر بضوابط الضرورة والمصلحة العامة التي تنزل منزلة الضرورة الفردية، بحيث يُبقي على فروض الكفاية معينا أصيلا لخدمة المرافق الاجتماعية المتعددة "الوقف، المستشفيات، المدارس، الجمعيات الخيرية" في الوقت الذي تعبر فيه عن خصوصية هذه الواجبات الكفائية، ومن جهة أخرى عدم توقف العمل بها على وجود هرم سياسي ناظم ومعين لها، الأمر الذي يجعل من هذا اللون من الواجبات فريضة اجتماعية باقية إلى يوم القيامة لا تتوقف على وجود إمام أو حاكم سواء كان عادلا أم جائرا، وهو ما يسهم في توضيح جانب من ملامح التصور الإسلامي حول هذه القضية.

¹ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج10/202.

² الزركشي، البحر المحيط، 1/202.

³ الماوردي: الأحكام السلطانية، تحقيق أمد مبارك، دار ابن قتيبة الكويت، ط1 سنة 1409/1989، ص 270.

⁴ ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن حمد الأحمد نشر دار علم الفوائد، ص 359.

⁵ الزركشي، البحر المحيط، 1/201.

يبقى السؤال المعرفي الذي يثيره موضوع " فروض الكفايات ودورها في المجتمع الإسلامي المعاصر " معلقا على مدى مشروعية اللجوء والاعتماد على هذا النوع التكليفي من الأحكام الشرعية للتأسيس لمجتمع اجتماعي معاصر في ظل المعرفة المسبقة بمفارقة الظرف التاريخي السياسي الحاكم لفترة تبلور وتقييد هذه الفروض الكفائية وهو زمن الخلافة الإسلامية، للظرف السياسي التاريخي الذي رافق وأسهم في ظهور مفهوم الدولة الحديثة.

من غير الممكن ابتداء إنكار اختلاف النظام السياسي والمفاهيم والممارسات السياسية في كلا الجانبين. ففيما كان فرض الكفاية في نظام الخلافة الإسلامي مؤسسا على رابطة الدين و متمحورا حول خدمته. فإنه في نظام الدولة الوطنية العلمانية الطابع والمنشأ مؤسس حول مفهوم المواطنة وموجها لخدمة أهداف الدولة؛ كمفهوم ونظام يعتمد رابطة الولاء للنظام والدولة بدل الدين والعقيدة.

إن طبيعة الفروض الكفائية ذاتها قائمة على أساس التقعيد والتقنين لجملة من النشاطات والممارسات الاجتماعية الداعمة لنشوء مجتمع ما يمارس دور الحماية الذاتية لكيانه من الانهيار والتفكك حال سقوط السلطة السياسية الرسمية أو انهيارها، وبالتالي محاولة الحفاظ على وحدة هذا المجتمع وتنظيم مقاومته ضد صنوف الغزو الفكري والعسكري. تلك الطبيعة كفيلة بنفض غبار الشك الذي يحيط بالأنظمة السياسية واختلافها حول نشوء هذه الفروض ونموها.

إن العمل الاجتماعي هو الجهد الذي تبذله الأمة بجميع فئاتها وطوائفها ومؤسساتها مستهدفة تحقيق مقاصد الشرع الخمسة: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظ العقل، وحفظ المال. أو بعبارة أخرى فإن جوهر العمل الاجتماعي في الرؤية الإسلامية هو تحقيق مقصد العمران في الأرض الذي هو سبيل تحقيق ذاتية الأمة ومثالياتها في أرض الواقع. قال الله تعالى: (هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها) سورة هود: 61.

والعمل الاجتماعي يتأسس على مجموعة من المفاهيم المحورية أهمها :

أولا : فروض الكفاية والمسؤولية الجماعية للأمة.

تجد فروض الكفاية سندها في توجيه الخطاب القرآني بتكاليف الله سلبا وإيجابا (يا أيها الناس، يا أيها المؤمنون، أقيموا الصلاة، وافعلوا الخير).

وخطاب الله للأمة يشمل التكاليف الفردية كما يشمل التكاليف الجماعية. فالإسلام لا يخاطب الفرد فحسب، وإنما يخاطب الجماعة في عمومها أيضا. فهناك فروض أوجبها الإسلام على كل فرد بعينه وهناك فروض أوجبها الإسلام على الجماعة بجمعها وبوصفها كلا متميزا عن ذات الأفراد المتدرجين فيها.

وهذه الفروض هي ما يطلق عليها " فروض الكفاية " التي تعد بمثابة واجبات اجتماعية تساهم في تماسك نسيج الأمة الاجتماعي وتشعرها بالمسؤولية التضامنية وتنتهي بها إلى مرحلة الاكتفاء الذاتي على مختلف الأصعدة. مما تتحول معه فروض الكفاية التي إذا قام بها البعض سقطت عن الآخرين إلى فروض عين على من توفرت فيه أهلية القيام بها حتى يؤديها على الوجه الأكمل إلى درجة الكفاية الاجتماعية.

ولا يعني ذلك مباشرة الفروض فقط كما هو شائع، إذ العبرة بتحقيق المقصود وإنجاز المصلحة المعتبرة شرعا تتحكم في كم القائمين بفرض الكفاية إلى الدرجة التي يتحول معها فرض الكفاية إلى فرض عين. ومن هنا جاءت المسؤولية التضامنية والجماعية في القيام بهذه الفروض أو في الجزاء عليها فيما يعرف بالحساب الجماعي للأمم والمجتمعات.

فكما أن للأفراد أجلا فكذلك للأمم والمجتمعات أجلا ، قال الله تعالى: (ولكل أمة أجل فإذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون) سورة الأعراف: الآية 34.

وكما أن للفرد كتابه فكذلك للأمم كتابها كما قال الله تعالى: (وترى كل أمة جاثية كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ما كنتم تعملون) سورة الجاثية: الآية 28. وعدم الأخذ على يد الظالم ما يزال موجبا لنزول العقاب على الجماعة كلها وفق قول الله تعالى: (واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة واعلموا أن الله شديد العقاب) سورة الأنفال: الآية 25.

وفروض الكفاية تعبير عن مدى التزام الأمة أولا بأحكام الإسلام وشرائعه وإن لم تلتزم السلطة بتلك الأحكام والشرائع. فمقصود الدين في الرؤية الإسلامية يتحقق بالأمة وليس بالسلطة أو الإمام، باعتبار أن السلطة مؤسسة من مؤسسات كثير تنشئها الأمة لتحقيق مقصود الدين وتجسده في واقع معاش.

ثانيا: فروض الكفاية والمسؤولية الفردية.

الإنسان وفق الرؤية الإسلامية إنسان مكلف ومسؤول عن أعماله، إن خيرا فخير وإن شرا فشر، قال الله تعالى: (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة خيرا يره) سورة الزلزلة الآية 7-8، وهو يقوم بدوره وواجبه انطلاقا من هذه المسؤولية الفردية قال الله تعالى: (وكلهم آتية يوم القيامة فردا) سورة مريم: 95، وفي هذا السياق نقطة جديرة بالتأمل، وهي قول الفقهاء في موضوع الوقف "إن شرط الواقف كنص الشارع" حين يعبر الفرد عن إرادته في صورة مجموعة من الشروط التي يحدد بها كيفية إدارة أعيان الوقف وتقسيم ريعه وصرفه إلى الجهات التي ينص عليها أيضا. ويلاحظ أن الفقهاء بهذه المقولة قد أضفوا على هذه الشروط صفة القداسة، ما لم تحرم حلالا أو تحل حراما. وجعلوا لها حرمة لا يجوز انتهاكها إلا في حالات استثنائية وذلك بأن دفعوها إلى منزلة النصوص الشرعية من حيث لزومها ووجوب العمل بها. فالفرد ينشئ الشخصية المعنوية للوقف التي تنشأ من نشأة الوقف وبإرادة الواقف.

إن المسؤولية الجماعية والمسؤولية الفردية معا، والتوازن الدقيق الذي يقوم بينهما في الرؤية الإسلامية يستدعيان مفهومين على درجة كبيرة من الأهمية يتأسس بهما العمل الاجتماعي في الرؤية الإسلامية وهما: الفرد والأمة.

واقع التجارة الإلكترونية وتأثيرها على الاقتصاد الرسمي والافتراضي في الدول الإسلامية (العقبات-التحديات والأمال)



بقلم الأستاذ بن صغير عبد المومن ، أستاذ مساعد قسم (ب) بكلية الحقوق
والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس - الجزائر-

الملخص:

لا ريب أن ما يشهده العالم اليوم من تقدم في العلوم المختلفة ومن اكتشافات واختراعات معرفية لاسيما ما حدث من تقدم في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أو ما يعرف بالثورة المعلوماتية هو حقا تقدم علمي وإنجاز حضاري يحسب في تاريخ الإنسانية ودليل على التقدم العلمي الذي وصل إليه الإنسان في هذا العصر. إن هذا التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات قد أحدث ثورة معلوماتية، أسماه البعض الثورة الصناعية الثالثة، ونقله نوعية في وسائل الاتصالات وسرعة المعلومات، وأصبح العالم المترامي الأطراف قرية كونية صغيرة تتناقل فيها المعلومات إلكترونيا وبسرعة فائقة عبر شبكة الإنترنت، وقد أسهم ذلك في توسيع دائرة حجم التبادل التجاري بين دول العالم، وأضحى العالم في سوق إلكترونية تنافسية واسعة لمختلف السلع والخدمات، وأصبحت مجالا خصبا أمام الدول للإفادة منها كوسيلة حديثة لزيادة حجم تجارتها الخارجية وتحقيق معدلات نمو أعلى في اقتصادياتها.

وفي ظل الأوضاع الاقتصادية التي تعيشها الدول الإسلامية أضحى التجارة الإلكترونية بالنسبة لها ضرورة ملحة ومتطلبا تنمويا لزيادة إسهامها في التجارة الخارجية وكذلك تطوير قطاعاتها الإنتاجية المحلية والتسويقية وتوفير فرص واسعة لرفع نموها الاقتصادي ليس فقط في مجال الاقتصاد الحقيقي وإنما تحول الأمر إلى الاقتصاد الافتراضي الذي يقوم على أساس الأسهم والسندات والبورصات . ولكن لكي تحقق الدول الإسلامية الاستفادة من التجارة الإلكترونية وتطبيقها على الاقتصاد الافتراضي ، فإنه من الضروري أن تعمل على تذليل العقبات التي تواجه استخدام هذه التكنولوجيا فيها، وكذلك توفير متطلباتها الضرورية من البنى التكنولوجية التحتية والتنظيمات والتشريعات المتعلقة بتطبيقاتها.

Summary :**The reality of e-businesses and its effects on the economy in virtual Islamic (problems - perspectives) Countries**

There is no doubt that what the world is witnessing today has been made in the various sciences and discoveries and inventions knowledge, especially what happened made in information and communication technology or what is known as the information revolution is truly scientific progress and completion of a civilized calculated in human history and evidence of scientific progress reached rights in this era. This technological progress in the means of communication has the latest information revolution, he called some third industrial revolution, and a quantum leap in communications and speed information, and the world has become sprawling small global village circulating the information electronically and quickly over the Internet, has contributed to the expansion of the size trade between the countries of the world, and has become the world market in electronic competitive range of different goods and services, and become fertile ground for States to take advantage of them as a modern means of increasing the volume of its foreign trade and achieve higher growth rates in their economies. Under the economic conditions that prevailed in the Islamic countries have become e-commerce for her pressing need and requirement developmentally to increase its contribution to foreign trade, as well as develop their productive sectors and local marketing and provide ample opportunities to raise their economic growth not only in the field of the real economy, but turned out to be a virtual economy which is based on stocks, bonds and stock markets. But in order to achieve Islamic countries to take advantage of e-commerce and applied to the virtual economy, it is necessary to work to overcome obstacles to the use of this technology, as well as providing the necessary requirements of the technological infrastructure structures, regulations and legislation relating to its applications.

إن الإسلام كدين سماوي من لدن عزيز حكيم، وشريعة ربانية لكافة البشرية، جاء بكل ما فيه صلاح للناس في معاشهم في الحياة الدنيا ونجاتهم في آخرتهم. ولأهمية صلاح الإنسان وكسب معاشه في الدنيا، فقد اهتم الإسلام بذلك اهتماماً عظيماً وحث الإنسان على عمارة الأرض والتدبر والتفكير في آياته الكونية، والبحث عن الوسائل والأسباب التي تسهم في تطوير حياته ومعاشه الدنيوي، قال سبحانه وتعالى: {قُلْ انظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا تُغْنِي الآيَاتُ وَالنُّذُرُ عَنْ قَوْمٍ لَّا يُؤْمِنُونَ} (101) سورة يونس. ولأهمية العلم في تطوير حياة الإنسان، وكونه وسيلة لاكتشاف أسرار العلوم والمعارف في مختلف المجالات، فقد وهب الله عز وجل الإنسان العقل وميزه عن سائر المخلوقات ليتدبر في آيات الله سبحانه وتعالى وملكوته قال تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا} (70) سورة الإسراء، كما اعتنى الإسلام بالعلم والعلماء أيما اعتناء ورفع مكانتهم وفضلهم على غيرهم قال تعالى {أَمَّنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةَ رَبِّهِ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ} (9) سورة الزمر، وما ذاك الاهتمام إلا لشرف فضل العلم وعلو قدره في الإسلام، بل إن أول خطاب وجهه الله تعالى لرسوله الكريم صلى الله عليه وسلم هو قوله: {اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ} (1) سورة العلق، مما يدل على أن الإسلام دين يحث على العلم والمعرفة، لأنهما الطريقان لمعرفة الله سبحانه وتعالى وخشيته، وكذا معرفة ما أوجبه عليهم من عباداته ومعرفة ما نهاهم عنه وحثهم منه، يقول تعالى: {وَمِنَ النَّاسِ وَالْدَّوَابِّ وَالْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ كَذَلِكَ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ} (28) سورة فاطر.

لذلك فإن ما من شيء فيه صلاح للفرد والمجتمع في حياتهم الدنيوية وآخرتهم إلا وحثهم الإسلام على اكتسابه والإفادة منه، وما من شيء فيه ضرر في حياتهم الدنيا أو فساد في آخرتهم إلا حذرهم منه ونهاهم عنه. ولا ريب أن ما يشهده العالم اليوم من تقدم في العلوم المختلفة ومن اكتشافات واختراعات معرفية لاسيما ما حدث من تقدم في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أو ما يعرف بالثورة المعلوماتية هو حقا تقدم علمي وإنجاز حضاري يحسب في تاريخ الإنسانية ودليل على التقدم العلمي الذي وصل إليه الإنسان في هذا العصر. إن هذا التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات قد أحدث ثورة معلوماتية، أسماه البعض الثورة الصناعية الثالثة، ونقله نوعية في وسائل الاتصالات وسرعة المعلومات، وأصبح العالم المترامي الأطراف قرية كونية صغيرة تتناقل فيها المعلومات إلكترونياً وبسرعة فائقة عبر شبكة الإنترنت، وقد أسهم ذلك في توسيع دائرة حجم التبادل التجاري بين دول العالم، وأضحى العالم في سوق إلكترونية تنافسية واسعة لمختلف السلع والخدمات، وأصبحت مجالاً خصباً أمام الدول للإفادة منها كوسيلة حديثة لزيادة حجم تجارتها الخارجية وتحقيق معدلات نمو أعلى في اقتصادياتها.

تكمن أهمية هذه الدراسة في أن التجارة الإلكترونية أصبحت عاملاً مؤثراً في نمو اقتصاديات الدول وتعزيز تجارتها الخارجية، وقد غدت وسيلة هامة في زيادة المقدرة التنافسية من تسويق للمنتجات وتوفير المعلومات والخدمات الفورية للمتعاملين، إضافة إلى تمكين المستهلك أينما كان من الطلب الفوري للسلع والخدمات. ولذلك اعتنت الدول المتقدمة وغيرها من الدول بتهيئة اقتصادياتها وبيئتها ومؤسساتها للتحويل إلى الاقتصاد الرقمي (Digital Economy) إلى الاقتصاد الافتراضي من خلال تطبيق التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت والعمل على الاستفادة القصوى منها. وتعد الدول الإسلامية من الدول المتأخرة في هذا المجال، وهي تعمل جاهدة على توظيف تقنية المعلومات والإفادة من التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت للنهوض باقتصادياتها وللحاق بالدول التي

سبقتها في هذا المجال.

وعى ضوء ما سبق ذكره يمكن تحديد إشكالية البحث على شكل التساؤل الرئيسي الآتي :
إلى أي مدى يمكن أن تؤثر التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الرسمي في الدول الإسلامية ؟
ويندرج ضمن الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية :

- ما المقصود بالاقتصاد الافتراضي من منظور إسلامي ؟ وما العلاقة التي تربطه بالتجارة الإلكترونية؟
- ما هو مفهوم التجارة الإلكترونية وما هي أنواعها وتطورها والمتطلبات اللازمة لها؟ وما هي مجالات تطبيقها على الاقتصاد الافتراضي في الدول الإسلامية؟ وكيفية تأثيرها على الاقتصاد الافتراضي ؟
- ما هي أهم العقبات والعراقيل التي تعترض قيام التجارة الإلكترونية وتطبيقها على الاقتصاد الافتراضي في الدول الإسلامية ؟ وما هي الحلول والبدائل الجديدة في إطار التحديات التي تواجه الدول الإسلامية لتفعيل دور الاقتصاد الافتراضي ؟

يهدف البحث عموماً إلى تحليل ظاهرة التجارة الإلكترونية ودراسة واقع الدول الإسلامية إزاء هذه الظاهرة ومدى الإفادة منها وتطبيقها على الاقتصاد الافتراضي، وتحديدًا سوف نركز على النقاط التالية :

- 1- مفهوم الاقتصاد الافتراضي من منظور إسلامي وعلاقته بالتجارة الإلكترونية .
- 2- استعراض مفهوم التجارة الإلكترونية وأنواعها ومجالاتها وتطورها والمتطلبات اللازمة لها وآثارها الاقتصادية.
- 3- تحديد ومعرفة أهم التحديات والعقبات التي تواجه الدول الإسلامية في استخدام التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الافتراضي .
- 4- إبراز أهم المجالات والقطاعات في الدول الإسلامية التي يمكن أن يستفاد فيها من تطبيقات التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الافتراضي .

أولاً: مفهوم الاقتصاد الافتراضي من منظور إسلامي وعلاقته بالتجارة الإلكترونية

ينفرد الاقتصاد الإسلامي سواء كان اقتصاد حقيقي أو افتراضي عن غيره من الأنظمة الاقتصادية الوضعية بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من الاقتصاديات الدولية الأخرى ، ويمكن تعريف الاقتصاد الافتراضي على أنه ذلك الاقتصاد الخفي الذي يقوم على أساس أسواق الأسهم والسندات والعقود الآجلة والسلع والعملات إضافة إلى سوق القروض والمنتجات البنكية، أما عن علاقة الاقتصاد الافتراضي بالتجارة الإلكترونية فيمكن القول بأن هذا النوع من الاقتصاد لا يكاد يقوم إلا على أساس التجارة الإلكترونية ، فهي المحور الأساسي لبنائه .

ثانيا : مفهوم التجارة الإلكترونية وتحديد مجالات تطبيقها على الاقتصاد الافتراضي ومدى استفادة الدول الإسلامية منها :

01- مفهوم التجارة الإلكترونية :

في هذا العصر الرقمي الذي انتشر فيه الانترنت انتشارا هائلا⁽¹⁾، لم يعد الإنترنت اليوم مقتصرًا على المجال العلمي بل شمل جميع الميادين ولعل الميزة التي ميزته حاليا استخدامه في التداول التجاري ، الأمر الذي تمخض عنه ظهور احتياجات جديدة نتجت عنها أنشطة تجارية جديدة نمت بتطور الإنترنت ، وشاع مفهوم التجارة الإلكترونية (E- COMMERCE) التي تتيح العديد من المزايا ، فبالنسبة لرجال الأعمال أصبح من الممكن تجنب مشقة السفر للقاء شركائهم وعملائهم وأصبح بمقدورهم الحد من الوقت والمال للترويج لبضائعهم وعرضها في الأسواق ، أما بالنسبة للزبائن فليس عليهم التنقل كثيرا للحصول على ما يريدون أو الوقوف على ما يريدون أو الوقوف في طابور طويل أو حتى استخدام النقود التقليدية إذ يكفي اقتناء جهاز كمبيوتر موصول بشبكة الإنترنت .

لكن مفهوم التجارة الإلكترونية يلبسه الغموض⁽²⁾ لدى البعض ويرونه محصورا في بيع المنتجات من المنتج إلى المستهلك عن طريق المراسلة باستخدام الإنترنت ، إلا أن نظرة هؤلاء جد ضيقة فما المقصود بالتجارة الإلكترونية ؟

مع بداية القرن الحادي والعشرين وبداية الألفية الثالثة استدعى انتباه الجميع -بجلاء شديد- التقدم العلمي المذهل الذي ظهر على الساحة الدولية، وهو بلا شك ثمرة تطور طويل. لذلك يدور الحديث الآن عن ثورة صناعية جديدة قوامها المعلوماتية بكافة عناصرها، لذلك يسميها البعض بالثورة الصناعية الثالثة⁽³⁾ ويسميها البعض الآخر⁽⁴⁾ بالثورة الإلكترونية. إن التجارة الإلكترونية تعد ثمرة حقيقية من ثمار هذا التقدم العلمي المذهل.

إن السمة الرئيسية التي تميز كل العصور هي دور الاختراعات والاكتشافات العلمية. إنها- وبصفة أساسية- مكاسب⁽⁵⁾ إنتاجية والمسئولة حتى يومنا هذا عن النمو الاقتصادي.

لذلك يلاحظ أن الدول التي قطعت شوطا في النمو الاقتصادي كأريكا ودول أوروبا واليابان، تجد أساس نموها في هذا الجانب، وعليه فإن عمليات الابتكار والإبداع - في كل المجالات - هي المسئولة اليوم بصورة أكبر مما حدث في نهاية القرن التاسع عشر.

ومن المشاهد أن دول عالمنا المعاصر لا تعيش بمعزل عن بعضها البعض بل ترتبط فيما بينها بعلاقات اقتصادية ومالية وسياسية واجتماعية وثقافية متعددة، والملاحظ أن العلاقات الاقتصادية المتبادلة بين الدول في نمو مطرد سواء أكان ذلك بسبب الكميات الهائلة من السلع والخدمات التي يتم تبادلها بين الدول من خلال التجارة الدولية، أم بسبب الأصول المالية المتداولة بين الدول، أم بسبب النشاط المتعاظم للشركات الدولية متعددة الجنسيات.

ولاشك فإن التجارة الدولية للسلع والخدمات وما يترتب عليها تعد مظهرا حقيقيا للارتباطات التي تنشأ بين النظم الاقتصادية لدول العالم المختلفة، ويترتب على وجود التجارة الدولية بهذا الحجم الهائل، ضرورة وجود تنظيمات وسياسات معينة تسهل القيام بالتجارة الخارجية والمدفوعات الدولية التي تنشأ بمناسبةها. ويجب أن تكون هذه المؤسسات من المرونة التي يهيئ لها التكيف مع التغييرات المستمرة في العلاقات الاقتصادية الدولية.

ومن العوامل التي ينتظر أن تؤدي دورا هاما في نمو وازدهار التجارة الدولية دخول شبكة الانترنت في مجال

التجارة الدولية، إذ يتوقع أن تؤدي إلى آثار إيجابية متعددة في مجال التجارة الدولية.

ومن المسلم به أن التجارة الإلكترونية سيكون لها آثار متعددة علي التجارة في الدول المتقدمة والدول النامية، وكذلك علي دول العالم الإسلامي، ومن المنتظر أن تؤدي التجارة الإلكترونية خدمات متعددة في مجالات مختلفة من المأمول أن تكون لها آثار إيجابية علي دول العالم أجمع.

تعد ظاهرة التجارة الإلكترونية عبر شبكات الإنترنت (**E-Commerce**)، وما تنطوي عليه من تطبيقات، ظاهرة حديثة كانت بداياتها في أوائل التسعينيات من القرن الماضي.⁽⁶⁾ وقد ظهر عدة تعريفات يحاول كل منها أن يصف ويحدد طبيعة هذه التجارة الإلكترونية وما يتعلق بها من ممارسات وأنشطة. وربما يرجع تعدد هذه التعريفات إلى أن تطبيقات التجارة الإلكترونية تشتمل على عدة مكونات أساسية لا بد من توفرها لتنفيذ عمليات التجارة الإلكترونية، مثل استخدام الحواسب الآلية وتقنية الاتصالات ونظم المعلومات والبرمجيات وغيرها. ومفهوم التجارة الإلكترونية بعامته يندرج تحت مفهوم أوسع يسمى بالاقتصاد الرقمي (**Digital Economy**) حيث يشمل الأخير التجارة الإلكترونية والقطاعات المنتجة والمستخدمة لتقنية المعلومات، وأجهزة الاتصالات، وقطاعات خدمات الاتصالات.⁽⁷⁾ ومن تعريفات التجارة الإلكترونية المتداولة في أدبيات هذه الظاهرة أنها " ممارسة تجارة السلع والخدمات بمساعدة أدوات الاتصال وغيرها من الوسائل ذات العلاقة بالاتصالات.⁽⁸⁾ ويعرفها آخرون بأنها " إتمام أي عملية تجارية عبر شبكات الحاسب الآلي الوسيطة والتي تتضمن تحويل أو نقل ملكية أو حقوق استخدام السلع والخدمات⁽⁹⁾، حيث تعقد العملية التجارية ضمن آلية إلكترونية معينة مثل عملية البيع والشراء، وتتحقق العملية عندما يتم الاتفاق بين الطرفين أي البائع والمشتري على نقل ملكية أو حق استخدام السلع أو الخدمات عبر شبكات الحاسب الآلي الوسيطة، وتعد الموافقة الإلكترونية أو الرضاء بين البائع والمشتري على عقد عملية البيع أو الشراء عنصرا أساسيا في تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية. لذلك فإن العمليات المجانية مثل تحميل البرامج المجانية (**Downloading Free software**) المتاحة في الإنترنت تستثنى من مفهوم التجارة الإلكترونية.⁽¹⁰⁾ وهناك من يعرف التجارة الإلكترونية وفقاً لمكوناتها أو الأطراف المشاركة فيها، فمن وجهة نظر خبراء الاتصالات تمثل التجارة الإلكترونية وسيلة من أجل إيصال المعلومات أو الخدمات أو المنتجات عبر خطوط الهاتف أو عبر الشبكات العنكبوتية أو عبر أي وسيلة تقنية. ومن وجهة نظر أصحاب الأعمال التجارية هي عملية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تسير بصورة تلقائية وسريعة، في حين أنها من جانب الخدمات تعرف بأنها أداة من أجل تلبية رغبات الشركات والمستهلكين والمدراء في خفض تكلفة الخدمة والرفع من كفاءتها والعمل على تسريع إيصال الخدمة. و أخيرا يصفها خبراء الإنترنت بأنها التجارة التي تفتح المجال من أجل بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الإنترنت).

- التعريف بالتجارة الإلكترونية:

تمثل التجارة الإلكترونية أهمية كبيرة في العلاقات الاقتصادية والمالية سواء أكان ذلك علي المستوى القومي أم الدولي، لدرجة قيل معها⁽¹¹⁾ أن التجارة الإلكترونية ستكون أهم حدث اقتصادي مع بداية القرن الحادي والعشرين.

لم تعد التجارة الإلكترونية شيئا جديدا، وذلك بعد أن زادت المبادلات الإلكترونية زيادة كبيرة في السنوات الأخيرة لاسيما في الدول المتقدمة.

ويقصد بالتجارة الإلكترونية⁽¹²⁾ - في مفهومها الواسع - المبادلات التجارية التي تتم عن طريق وسائل إلكترونية، وعلي ذلك تشمل التجارة الإلكترونية جميع المبادلات الإلكترونية المتعلقة بالتجارة. بعبارة أخرى⁽¹³⁾ الصفقات والتدفقات المعلوماتية الخاصة بالسلع والخدمات. وبالتاليفهي تشمل العلاقات بين الشركات المختلفة، وبين الشركات والوزارات والإدارات الحكومية، وبين الشركات والأفراد... وذلك باستخدام الأشكال المتعددة للإرسال والاتصال الإلكتروني مثل: الهاتف و التلفزيون و شبكات الحاسب الآلي و الانترنت.

وتشمل التجارة الإلكترونية ثلاثة أنواع مختلفة من الصفقات هي⁽¹⁴⁾ :

أ- تقديم خدمات الانترنت نفسها، أي تقديم طرق الوصول لهذه الشبكة بالنسبة لرجال الأعمال والمستهلكين.

ب- التسليم الإلكتروني للخدمات ، بما يعني تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية.

ج- استخدام الانترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير الكتروني.

وهكذا تساعد التجارة الإلكترونية على إمكانية إتمام الصفقات التجارية دون حاجة إلى انتقال الطرفين والتقاءهما في مكان معين، وإن لم يتم إتمام الصفقة فيكفي أن يتم التعريف بها تعريفًا كاملاً وذلك من خلال أجهزة الحاسب الآلي، وبذلك يتوفر الكثير من الجهد والوقت والمال⁽¹⁵⁾، وبعبارة أخرى فإنه بفضل أجهزة الحاسب الآلي لن تكون سوق التجارة الخارجية مقصورة على منطقة جغرافية معينة، بل ستمتد وتتسع لتغطي السوق كافة أنحاء المعمورة وهكذا تصبح التجارة الإلكترونية أداة⁽¹⁶⁾ جديدة للتوزيع.

والملاحظ الآن أن هناك موجة هائلة من التطور التكنولوجي تحتاج جميع الدول المتقدمة تكنولوجياً وتنسحب بآثارها كذلك على الدول الساعية للنمو، وكل هذا يقطع بمولد نظام اقتصادي جديد يشهد العالم بواوره ويؤثر على مجتمعاته، لذلك تعد المعلوماتية اليوم في ظل التغيرات التكنولوجية المتطورة أساس الاقتصاد الحديث وعماده.

فالتطورات العلمية الحديثة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأنظمة المعلوماتية والاتصالات. وتعتمد المعلوماتية في انتشارها على أنظمة المعلومات، فكلما تقدمت هذه الأنظمة وارتقت، أتيح للمجتمع أن ينمو ويتطور ويتقدم وأصبح من المسلم به الآن أن برامج المعلومات تعد قيمة غير تقليدية نظراً لاستعمالاتها المتعددة في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية، ولاشك في أن المعلوماتية تتكلف مبالغ كبيرة لإنتاجها⁽¹⁷⁾، إلا أنها تستخدم استخدامات عديدة وفي مجالات مختلفة مما يؤدي إلى تعويض ماينفق عليها وبزيادة كبيرة.

وهذه القيمة المتميزة لبرامج المعلومات تجعلها محلاً للتداول⁽¹⁸⁾ في سوق يدور فيها الصراع حول مبالغ هائلة⁽¹⁹⁾، وترجع أهمية سوق المعلوماتية إلي تنوع التطبيقات المعلوماتية المنتشرة في كافة المجالات ذات البعد الاقتصادي والمالي ، فهي تستخدم الآن في مجال المعاملات التجارية والأعمال المصرفية وإدارة المرافق القومية الكبرى.

وفي تصوير رائع لآثار المعلوماتية يقول **Angus J.Kennedy** " إنه بفضل الإنترنت فإنه يتوافر أمامك 100 مليون مستشار يكونون تحت تصرفك، بل إنك تستطيع ان تجد الإجابة عن كل سؤال يراودك ، إنك تستطيع أن ترسل رسائلك إلى كل العالم وتستقبلها في ومضة. كذلك فإنه يمكنك أن تقرأ وتكتب وتسمع الموسيقى وتزور ما يروق لك من معارض فنية في أنحاء المعمورة وبالجملة فإنك تستطيع أن تقف على كل أخبار العالم بكل اللغات، بل تستطيع أن تقابل أناساً كثيرين من كل دول العالم.

وأمام هذا التعاضم لدور المعلوماتية، فإن الدول توليها اهتماما كبيرا، لذلك قيل - وبحق - أن المعلوماتية ستعيد تشكيل حياة الإنسان في القرن القادم في مجالات عديدة منها التجارة الإلكترونية وبعبارة مختصرة ستكون المعلوماتية هي الحاكمة في حضارة القرن الحادي والعشرين.

-مجالات تطبيق التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الافتراضي مقارنة بالاقتصاد الحقيقي ومدى استفادة الدول الإسلامية منها

أدى التقدم السريع لتقنية المعلومات وانتشار استخدام الإنترنت الواسع على نطاق دول العالم، إلى تحويل كثير من الأنماط التقليدية للتجارة والأعمال وغيرها من الأنشطة الاقتصادية إلى أنماط إلكترونية عبر شبكة الإنترنت. وتقدم الإنترنت فرصا متعددة للدول الإسلامية لتطبيق التجارة الإلكترونية في العديد من القطاعات التجارية والاقتصادية سواء على المستوى المحلي أو فيما بينها وبين العالم الخارجي. وستناول في هذا القسم بعضا من هذه المجالات في الدول الإسلامية والمتاحة للاستفادة من تطبيقات⁽²⁰⁾ التجارة الإلكترونية.

أ- قطاع الخدمات المصرفية:

تقدم تقنية الإنترنت مجالا واسعا وواعدا لقطاع الخدمات التمويلية والمصرفية في البلدان الإسلامية، حيث لعبت هذه التقنية دورا جوهريا في البلدان المتقدمة في إعادة هيكلة مستقبل القطاعات البنكية فيها. وبالرغم من أن القطاعات المصرفية في الدول الإسلامية بعامة هي أكثر القطاعات استخداما للتكنولوجيا وتقنية المعلومات إلا أن انتشار الإنترنت وما تتيحه من فرص وإمكانيات غير مسبوقة، يفتح المجال أمامها لمواكبة هذه الثورة المعلوماتية والاستفادة من الفرص المتاحة في تطوير خدماتها المصرفية وتعزيز قدراتها التنافسية وفتح قنوات جديدة للعبور إلى الأسواق الإقليمية والعالمية.

وقد أصبح توظيف تكنولوجيا الإنترنت في الخدمات المصرفية ضرورة ملحة ينبغي على كافة الدول الإسلامية العمل على إعداد وتطوير الاستراتيجيات الملائمة التي تمكنها من تطبيقها والتأقلم مع المتغيرات المصرفية العالمية والاستفادة منها بما يحقق مصالحها. ومن أبرز مزايا الصيرفة الإلكترونية تقديم الخدمات المصرفية مثل إدارة الحسابات الشخصية وغيرها من الخدمات إلى العملاء بدلا من ذهابهم إلى المصارف وفق الطريقة التقليدية. إضافة إلى تمكين المصارف من اجتذاب عملاء جدد نتيجة لسهولة الوصول وسرعة التعامل مع المصارف في مواقعها على الإنترنت، وزيادة الكفاءة وانخفاض التكاليف الإدارية من خلال توفير الخدمات على مدار الساعة، وكذلك الاستغناء عن إنشاء فروع إضافية للمصرف أو تحويل بعض الفروع القائمة إلى فروع إلكترونية بدون موظفين. كما تتيح الإنترنت للمصارف في البلدان الإسلامية فرصة للانتشار ووسيلة لتسويق خدماتها المصرفية والتمويلية للأفراد والمؤسسات محليا ودوليا، إذ أنها تملك إمكانات وقدرات تؤهلها لتحقيق مزايا تنافسية في مجالات لا تقدمها بنوك أخرى مثل الصيرفة الإسلامية. وعلى مستوى التعامل بين الدول الإسلامية، توفر الصيرفة الإلكترونية فرصة تطوير العلاقات التجارية فيما بينها، وتوحيد شبكة معلومات المصارف مما يسهل عملية ربط حسابات ومعلومات الشركات التجارية والأفراد الذين يتعاملون في هذه الدول.

ومن ناحية أخرى، يسهم تبني المصارف التقليدية في البلدان الإسلامية للأعمال الإلكترونية في إنجاح التجارة الإلكترونية، حيث إنها تلعب دور الوسيط بين البائعين والمشتريين لتسهيل وإنجاز العمليات الإلكترونية والوفاء بالالتزامات الناشئة عن التعاقدات الإلكترونية. فالمصارف هي جهات موثوق بها في التعاملات المالية مما يزيد من ثقة

المتعاملين، وبالتالي زيادة حجم المعاملات المصرفية وعوائد المصارف.

ب- قطاع الصادرات :

يعد قطاع التجارة الخارجية أكثر القطاعات الاقتصادية تأثراً بتقنية المعلومات والاتصالات (ICT) والتجارة الإلكترونية (E-Commerce). وكما ذكرنا سابقاً تؤدي تطبيقات التجارة الإلكترونية في قطاع الصادرات إلى زيادة حجم التجارة وتعزيز القدرة التنافسية للدولة في الأسواق الدولية، وذلك نظراً لسهولة الوصول إلى مصادر الطلب في أي مكان في العالم، وسرعة إتمام الصفقات عبر الحدود الجغرافية والجمركية. كما أن التجارة الإلكترونية لها تأثير جوهري خصوصاً على قطاع الصادرات الخدمية (الصادرات غير المنظورة) التي يمكن تحويلها إلى منتجات رقمية (Digital Products) وإتمام عملية بيعها وتسليمها عبر شبكة الإنترنت.

وفي هذا المجال بإمكان البلدان الإسلامية الاستفادة من تطبيقات التجارة الإلكترونية لدعم تجارتها الخارجية وتعزيز مكانتها ومقدرتها التنافسية في الأسواق الدولية. ويمتلك العالم الإسلامي من المقومات والعوامل التي تؤهله أن يكون له نصيب من التجارة الدولية. فمن ناحية المقومات البشرية والثقل السكاني فهو يمتلك ما يعادل أكثر من خمس سكان العالم، وأكثر من ربع سكان العالم النامي. وجغرافياً يمتلك مساحات شاسعة تعادل سدس مساحة العالم، تمتد فوق أربع قارات من ألبانيا في أوروبا شمالاً إلى موزنبيق في أفريقيا جنوباً، وغرباً من قيانا في أمريكا اللاتينية إلى اندونيسيا في آسيا شرقاً، وبالرغم من امتلاك الدول الإسلامية هذه المقومات إلا أن حجم صادراتها لا يزال متدنياً مقارنة ببعض الدول الأخرى. كما أن صادراتها تتركز غالباً في الصادرات السلعية وتحديدًا المواد الأساس مثل المنتجات الزراعية والنفط الخام والمنتجات النفطية. وهذا يتطلب من هذه الدول العمل على تنويع هيكل صادراتها وتبني برامج دعم قطاعات التصدير والإفادة من التجارة الإلكترونية في تسويق منتجاتها في الأسواق الدولية. أما فيما يتعلق بصادراتها الخدمية فهي لا تزال دون المأمول مقارنة ببعض الدول، فكما تشير البيانات في جدول 01 تحتل دول إسلامية مثل تركيا وماليزيا ومصر واندونيسيا مراتب متأخرة (ما بين مرتبة 26 إلى 40) فيالتصنيف الدولي للصادرات الخدمية على مستوى العالم، حيث لم تمثل نسب صادراتهم الخدمية من إجمالي صادرات العالم سوى (1.1) ، (0.7) ، (0.6) ، (0.4) على التوالي. بينما دولاً مثل كوريا الجنوبية وسنغافورة والهند وتايلاند تتقدم عليها في حجم صادراتها الخدمية. وهذا الأمر يوضح مدى تأخر الدول الإسلامية في هذا المجال مما يتطلب ضرورة الاهتمام بقطاعات الصادرات الخدمية والاستفادة من قنوات التجارة الإلكترونية في الوصول إلى الأسواق الدولية.

ومن-؟ ناحية أخرى فإنه بإمكان الدول الإسلامية الاستفادة من التجارة الإلكترونية في تعزيز حجم التجارة البينية، حيث لا يزال التبادل التجاري فيما بين الدول الإسلامية يتراوح بين 8 - 11 % خلال الفترة 1997م-2000م، مما يعني أن ما يقارب 90% من صادراتها يذهب إلى دول غير أعضاء وبخاصة الدول الصناعية.

ج- قطاع المنشآت الصغيرة والمتوسطة :

تقدم تطبيقات التجارة الإلكترونية مجالاً واسعاً ورحباً لقطاع المنشآت التجارية المتوسطة والصغيرة في البلدان الإسلامية في تحويل أنماطها التجارية التقليدية إلى وسائل إلكترونية سريعة. واقتصادياً يكتسب هذا القطاع أهمية متزايدة في معظم بلدان العالم لما يقدمه من فرص عمل جديدة وزيادة متنامية في حجم الاستثمار وما تحققه من تعظيم للقيمة المضافة، وزيادة في حجم المبيعات. إضافة إلى دورها في تحقيق التكامل بين الأنشطة الاقتصادية على اختلاف مستوياتها وأحجامها. وتبرز أهمية تطبيق التجارة الإلكترونية في هذه المنشآت في كون الدول الإسلامية كغيرها من

البلدان النامية تعج بالمنشآت الصغيرة ومتوسطة الحجم. ففي المملكة العربية السعودية على سبيل المثال تشير الإحصائيات، في منتصف 1422هـ إلى وجود أكثر من 500 ألف منشأة تمثل المؤسسات الفردية منها نحو 94.8%، وتبلغ المصانع المتوسطة، التي يتراوح رأس مالها 1-5 مليون، أكثر من 2465 مصنعا، وإذا أخذنا المنشآت المسجلة في البلديات فإن نسبة المنشآت المتوسطة والصغيرة تتجاوز 90% من إجمالي عدد المنشآت التجارية في المملكة. ومن خلال تبني هذه المنشآت الصغيرة والمتوسطة لتقنيات التجارة الإلكترونية سوف يفتح أمامها المجال في الدخول إلى نطاق أوسع في السوق المحلي والأسواق الدولية متخطية بذلك عقبة الحدود الجغرافية، مما يمكنها من التعامل مع أعداد كبيرة من المستهلكين الجدد وكذلك يمكنها من التعامل مع عدد كبير من المنشآت الأخرى في قطاع التوريد عوضا عن ارتباطها مع منشآت محددة في ظل تجارتها التقليدية.

ولكي تتمكن مثل هذه المنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم من الاستفادة من تقنيات التجارة الإلكترونية وتحويل عملياتها التجارية التقليدية إلى أساليب إلكترونية في كافة مراحل عملياتها التجارية، فإنها تحتاج إلى الدعم المالي والكوادر المؤهلة لهذه البيئة والتخطيط الاستراتيجي المنظم. وهنا يمكن للحكومات والمؤسسات الرسمية ذات العلاقة بقطاع التكنولوجيا وتقنية المعلومات أن تلعب دورا بارزا في ذلك.

د- قطاع النشر:

قطاع النشر من القطاعات الأخرى المتاحة لتطبيق التجارة الإلكترونية في الدول الإسلامية، والذي يتمثل في إنتاج وتوزيع الأعمال الأدبية المكتوبة أو المطبوعة مثل الكتب والصحف والدوريات العلمية وغيرها من المطبوعات. ويعد قطاع النشر من القطاعات الهامة التي لها أبعاد اقتصادية وذلك عن طريق الفوائد التي يتحصل عليها الأفراد والمجتمع من خلال اكتساب المعارف ونقل التكنولوجيا والتقدم في العلوم والصناعة، إضافة إلى ما ينتج عنه من إيجاد فرص عمل جديدة وتطوير الخدمات الاجتماعية، الأمر الذي ينعكس في نهاية المطاف على النمو الاقتصادي في المجتمع. ومن أبرز مزايا تحويل قطاع النشر من نمطه التقليدي إلى قطاع نشر إلكتروني (E-publishing) انخفاض تكاليف إنتاج وتوزيع المطبوعات مما يمنح الأفراد والمنشآت الصغيرة فرصة المساهمة في هذا القطاع، وبالتالي إيجاد أسواق تنافسية مما يؤدي إلى انخفاض الأسعار ومضاعفة حجم إنتاج النشر في المجتمع. وبالنظر إلى مكانة هذا القطاع في الدول الإسلامية نلاحظ أنه لا يزال متأخرا مقارنة مع دول نامية أخرى إذا ما أخذنا بعض المؤشرات المتاحة لحجم قطاع النشر فيها.

فكما نلاحظ في جدول 02 مدى الفجوة بين قطاع النشر في الدول الإسلامية وتلك التي في بعض الدول النامية، وهذا يعني زيادة حجم واردات الدول الإسلامية من منتجات النشر عن صادراتها وبالتالي زيادة حجم عجزها التجاري في هذا القطاع. لذلك فإن توظيف تقنيات الإنترنت في هذا القطاع سيدفع عجلة النمو في قطاع النشر المحلي لدى الدول الإسلامية من حيث تطوير هيكل القطاع والارتقاء بنوعية وجودة مواد النشر واتساع أسواقها وانخفاض تكاليف إنتاجها، حيث تشير بعض الدراسات إلى أن تكلفة إنتاج وتوزيع المجلات العلمية إلكترونيا (E-journal)، على سبيل المثال تقل عن تكلفتها التقليدية بنحو 28% إلى 48%.

ثالثا- آثار التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الرسمي في الدول الإسلامية :

تعد التجارة الإلكترونية مثالا ملموسا للظاهرة التي تتعدد جوانبها وآثارها، فتستطيع التجارة الإلكترونية أن تساعد على تحقيق آثار اقتصادية مرغوبة من خلال تبني الاقتصاد الافتراضي، كذلك من المنتظر أن تؤدي التجارة الإلكترونية إلى تسهيل التجارة الدولية بصورة كبيرة، وتتناول فيما يلي توضيح آثار التجارة الإلكترونية على

الاقتصاد الافتراضي وذلك علي النحو التالي:

01- التجارة الإلكترونية كأداة لتسهيل المبادلات التجارية :

ظهرت في الآونة الأخيرة أدوات متعددة ومتطورة في مجال التجارة الإلكترونية، ومن شأن هذه الأدوات تسهيل المعاملات التجارية⁽²²⁾ سواء أكان ذلك علي المستوى القومي أم الدولي. وبفضل هذه الأدوات المتطورة يسهل اتصال المشروعات بعضها ببعض مقللة بذلك- إلي حد كبير- تكاليف النقل والتحويل وغيرها. كما أن هذه الأدوات المتطورة تساعد كثيرا في عمل الحكومات لاسيما في تقدير الضرائب والرسوم الجمركية وغيرها من الحقوق المستحقة للدولة، ويبدل في هذا المجال مجهودات متعددة على المستوى الدولي⁽²³⁾ وهي مجهودات تغطي مجالات متعددة مثل: الجمارك، التحويل الإلكتروني، الإجراءات الإدارية، المواصلات، البنوك ووسائل الدفع، التأمين والمعلومات التجارية وغيرها، وكل ذلك في سبيل التوصل إلى قواعد موحدة تحكم مثل هذه المسائل على المستوى الدولي، ولاشك فإن التبادل الإلكتروني للمعاملات والإنترنت يلعبان دورا جوهريا في تسهيل المعاملات التجارية مهيةً بذلك شبكة من الاتصالات بين المتعاملين والمشروعات والمنظمات العامة المهتمة بمثل هذه الموضوعات.

ومنذ مايزيد علي ثلاثين عاما هناك منظمات متعددة حكومية وغير حكومية مثل المجلس الاقتصادي الأوربي، المنظمة الدولية للجمارك وغرفة التجارة الدولية، وهي تجتهد في تبسيط وتنسيق إجراءات التجارة الدولية.

وكان أول إجراء تم في هذا المجال منذ عدة سنوات سابقة هو وضع مستندات وصيغ متطابقة مع الصيغ التي وضعتها الأمم المتحدة للمستندات التجارية والتي تنظم الإجراءات في مجال المستندات التجارية، وقد تم اختبار ومناقشة المسائل المرتبطة بتبسيط الإجراءات الجمركية وتطابقها وذلك في مؤتمر كيتو. وبعده تم الانطلاق نحو اختبار القواعد والإجراءات الجمركية لتكون متطابقة على المستوى الدولي، وبذلك يتيسر على الإدارات الجمركية القومية أن تعمل وفقا لطرق إلكترونية متماثلة، والملاحظ في السنوات الأخيرة أن تبادل المستندات بين المتعاملين وإدارات الجمارك، والمؤسسات العاملة بالطريق الإلكتروني من شأنه أن يقتصد كثيرا في النفقات وذلك لأن المستندات يتم تبادلها بصورة مباشرة عبر الإنترنت والحاجة لطبعتها أو إعادة طبعتها يدويا مرات عديدة. ويترتب علي ماسبق أيضا توفير الوقت الكثير، فضلا عن تقليل نسب الخطأ بصورة كبيرة.

وكانت سنغافورة أولى الدول التي أسست نظاما متكاملًا لمعاملاتها التجارية مؤسسا على تكنولوجيا المعلوماتية ونظام التبادل الإلكتروني. ومنذ عام 1989م أسست شبكة سميت باسم (Trade Net) شركة تجارية للتفاوض والنقل والإرسال. ودخلت فيها عشرون مؤسسة عامة بغرض التصدير والاستيراد، وبفضل هذه المؤسسة يمكن إتمام حلقة الاتصال بين الشركات والمؤسسات العامة خلال مدة من 15 دقيقة إلي 30 دقيقة، بينما كانت تتم مثل هذه العمليات قبل إنشاء الشبكة في خلال مدة يومين أو ثلاثة أيام. والآن يتم أكثر من 98% من المستندات والتقارير التجارية في سنغافورة بالنظام نفسه، ويسمح كل هذا بتخفيض التكاليف والنفقات وقد انتشر أسلوب التبادل الإلكتروني للمستندات التجارية في دول أخرى عديدة مثل: الولايات المتحدة، وكندا وكثير من دول الاتحاد الأوربي، وأصبح أكثر من 90% من المستندات الجمركية تتم بطريقة إلكترونية، ومن المأمول أن يقوم الإنترنت أيضا بتسهيل أكبر للمستخلصات الإلكترونية، لأن برامج المعلوماتية قطعت شوطا كبيرا في التطور والتحسين لدرجة أنها يمكن أن تغطي كافة المراحل بدءا بإعداد المستخلصات الجمركية.

02- التجارة الإلكترونية ستتمو وتتطور بسبب تقليل نفقات التحويل والنقل والتسليم:

إن توسع التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت لا يرجع فقط إلى التطور الحادث في مجال البنية الأساسية، وإنما يعتمد كذلك على إتمام المبادلات بطريقة مرحة. وفي المجال التجاري يوفر الإنترنت إمكانيات هائلة ومتطورة بدءاً من الإنتاج حتى التوزيع، فعناصر أية عملية يمكن أن تتم عبر الإنترنت، كذلك يوفر الإنترنت خدمات متكامل مع الوسائل الأخرى مثل التلفون والفاكس وكذلك يقلل من النفقات بصورة ملحوظة.

03- الإنترنت يسمح بتقليل نفقات التحويل:

من الآثار الملموسة للتجارة الإلكترونية بالنسبة للصناعات المستخدمة أثرها على الوسطاء، لاسيما بعد التدخل في سلسلة العرض، منذ مرحلة الإنتاج حتى البيع النهائي للمستهلك.

أما الأثر الثاني للتجارة الإلكترونية على الصناعة فيتمثل في أثرها على هيكل السوق. فالمأمول أن يؤدي الإنترنت دوراً كبيراً في المساواة بين المشروعات الصغيرة والكبيرة، حيث يسمح للمشروعات الصغيرة بأن تقارن نفسها وتتبارى مع المشروعات الكبيرة وهذا من شأنه تقوية المنافسة في نهاية المطاف، ويفسر الأثران السابقان بأنه بفضل الإنترنت ستكون نفقات التحويل أقل، كما أن نقل المعلوماتية وإتمام المبادلات ستكون أسرع وأقل تكلفة.

كذلك يسمح الإنترنت بالنسبة لكثير من المشروعات باستعمال مواد أقل في تكلفتها وأمام ماسبق ستكون الفعالية هي ثمرة التحسينات في إدارة الإنترنت للمشروعات وبفضل تقوية المنافسة للموردين في هذا المجال. ويوفر الإنترنت كذلك إمكانيات هائلة تساعد على تحسين أداء الخدمات، فهو يعمل على موازنة العرض مع التطورات السريعة في الطلب، أخذاً في الحسبان التقدم الملحوظ الذي يتم في المنتجات وبالتالي فهو يستطيع أن يقيس اتجاهات السوق ومسارها.

04- التجارة الإلكترونية يمكن أن تغير من تركيبة المشروعات والقطاعات الاقتصادية والإنتاج⁽²⁴⁾ عموماً:

بالإضافة إلى الآثار السابقة للتجارة الإلكترونية، يلاحظ أن أثرها على المستوى الرأسي بالنسبة للمشروعات ذو أهمية كبيرة. فمن المعروف أن كل منتج هو عبارة عن توليفة من مجموعة من السلع والخدمات. فالكتاب الذي نقرأه في المكتبة - علي سبيل المثال - يحتوي على أفكار للمؤلف، وأوراق طبع عليها، وخدمات التجميع والتغليف، ثم تأتي عملية تسويق الكتاب ونقله إلى أماكن توزيعه. فكل هذه السلع والخدمات المتعلقة بإنتاج الكتاب يمكن أن تتم كلها بواسطة مشروع واحد يتكفل بتداول هذا المنتج بين المؤلف والقارئ وكل ذلك بفضل مشروعات متخصصة. وهكذا يظهر أن التوسع الرأسي هو درجة من التكامل بين السلع والخدمات في نفس المشروع، ويترتب على ماسبق أثر إيجابي للتجارة الإلكترونية يتمثل في انخفاض تكاليف المبادلات ونقل المعلوماتية. وهكذا أصبحت تكنولوجيا المعلوماتية والاتصالات شرطاً جوهرياً في إتمام العمل في الاقتصاد الحديث.

كذلك يلاحظ أن من شأن عمل التجارة الإلكترونية أن تجعل الصفقات تتم على نحو أسرع، ومن شأن كل ذلك أن تزيد إنتاجية دوران رأس المال.

05- التجارة الإلكترونية تسهل الدخول المربح للمشروعات المتوسطة والصغيرة:

يرى كثير من الاقتصاديين أن التجارة الإلكترونية ستعدل من درجة تركيز السوق وستقوى المنافسة، وذلك من خلال تسهيلها ظهور منافسين جدد في هذا المجال. وهذه الظاهرة ستكون محمودة في أثرها بالنسبة للمشروعات الصغيرة والمتوسطة وذلك لعدة أسباب منها⁽²⁵⁾:

1- أن الاستثمار، أي مقدار المبلغ الضروري لفتح موقع تجارى على الإنترنت سيكون قليلا بالنسبة للاستثمار الضروري اللازم لفتح محل تجارى بالطريقة التقليدية.

2- أنه يسهل عمل سمعة تجارية بصورة قوية وبتكاليف أقل عما يحدث في المحل التجاري الذي سبق تأسيسه.

06- التجارة الإلكترونية ستزيد من المبادلات التجارية لأنها تقلل من نفقات التحويل والتسليم والنقل :

لا مندوحة فى أن الطلب على السلع والخدمات المقدمة بواسطة أدوات التجارة الإلكترونية ستتحمل آثار نجاح الإنترنت، ويرجع ذلك إلى أن شبكة الإنترنت تسمح بتخفيض تكاليف البحث وإعادة البحث بالمقارنة بأدوات التجارة الإلكترونية الأخرى أو الوسائل التقليدية، ومن المعروف أن المستهلك عادة ما يميل بمعرفة سعر السلع التي يقبل علي شرائها وجودتها، ولاشك أن تحقيق ذلك يحقق مزايا متعددة للمستهلك. وبملاحظة أدوات التجارة الإلكترونية يلاحظ أنها لا تسعف المستهلك بطريقة كاملة في هذا المجال، سواء تمثل ذلك في إعلانات عن السلع في الصحف، أم استخدام التلفون وغير ذلك من الوسائل، وهنا تظهر ميزة جوهرية للإنترنت إذ يسهل عرض السلع بطريقة متقدمة للغاية مما يمكن للمستهلك الاطلاع على السلعة بكافة تفاصيلها والإحاطة بمدى جودتها واتفاقها مع ما يريد شراءه.

ولاشك فإن قيام الإنترنت بتحقيق المزايا السابقة لاسيما خفض نفقات المبادلات التجارية من شأنه أن يفتح المنافسة سواء أكان ذلك علي المستوى القومي أم الدولي وذلك بإتاحة التجارة الإلكترونية للسلع والخدمات بطريقة متنوعة وبإظهار جودة السلع على نحو واضح وكل ذلك بأسعار أقل من الطرق التقليدية.

وأمام كل ما سبق يمكن القول - وبحق - أن الإنترنت هو ثورة في عالم الشبكات.

07- أثر التجارة الإلكترونية على عرض السلع والخدمات وطلبها:

بفضل الإنترنت أصبحت الحدود والفواصل بين المنتج والمستهلك - فى أغلب الأحيان - غير موجودة تقريبا . ففي أحيان كثيرة يظهر المستخدم لخدمات الإنترنت وكأنه منتج لها. فعلى سبيل المثال هناك برامج ونصوص متعددة على الإنترنت تتيح للمستخدم التعديل والتغيير المباشر للمنتج، وفي مثل هذه الحالات يصبح المستخدم وكأنه منتج. انه يوجد الآن فى الإنترنت بعض المواقع التي تسمح للمستخدم بأن يختار بين بدائل متعددة. وفي بعض الصحف الأمريكية تحرر بعض الصفحات من خلال الإنترنت عن طريق القراء، بحيث يصبح القارئ محررا في نفس الوقت، وعلى المستوى الكلى، فإن شيوع استخدام التكنولوجيا المتطورة ساهم في انخفاض الأسعار بصورة كبيرة. فالملاحظ أن أسعار أجهزة الحاسب الآلي، والتلفون المحمول، وقطع غيار الإنترنت في انخفاض مستمر، وحتى تعم الفائدة الاقتصادية وتستمر فينبغي تطوير الاستخدام الاقتصادي التجاري لأدوات التجارة الإلكترونية لاسيما الإنترنت. إن التطوير المستمر لأدوات التجارة الإلكترونية من شأنه أن يفتح تطوير الكثير من الخدمات الجديدة.

08- الطلب على خدمات الإنترنت يعتمد على سعر هذه الخدمات، وعلى سعر السلع والخدمات البديلة

أو المكملة :

وفقا للقاعدة العامة في نظرية العرض والطلب فإن مسار الطلب على خدمات الإنترنت إنما يتوقف على سعر هذه الخدمات، وكذلك على سعر السلع والخدمات المرتبطة بذلك سواء أكانت سلع وخدمات بديلة أم مكملة وكقاعدة عامة فإن سعر خدمات الإنترنت يعد عاملا رئيسيا في تحديد الطلب.

وفي بداية استعمال الإنترنت كانت خدمات الإنترنت تقدم مجانا لغالبية المستخدمين، لأنهم كانوا يتلقون

الخدمات إما عن طريق هيئات عامة أو الجامعات, ولكن هذا الموقف سرعان ماتغير , وظهر عدد كبير من المستخدمين الخصوصيين لخدمات الإنترنت وكذلك عدد كبير من الشركات التجارية التي أصبحت ملتزمة بالدفع في مقابل الإفادة من خدمات الإنترنت. ولأمراء في أن هؤلاء المستخدمين سيسعون لتخفيض السعر قدر الاستطاعة, وتساعد حرية الأسواق في مجال الاتصالات بتخفيض الأسعار في هذا القطاع , وسيشجع ذلك بدوره على زيادة الطلب على خدمات الإنترنت. ففي أوروبا - علي سبيل المثال - فإن الشركات التي كانت تحتكر قطاع الإنترنت تقول أنها كانت مجبرة علي ذلك من قبل السلطات العامة, أما الآن فإنها تحدد أسعارا علي نحو يعكس الأسعار الحقيقية, وتجدر الإشارة إلى أن التكلفة الإجمالية لخدمات الإنترنت واستعمالها لا تتكون فقط من النفقات المتصلة بالتمويل المحلي لخدمات الإنترنت والاتصالات التلفونية وإنما تشمل أيضا المعدات المكتملة في مجال المعلوماتية. كذلك فإن الدخول علي الإنترنت يتطلب استخدام الحاسب الآلي الشخصي, والذي لا تزال تكلفته مرتفعة, كذلك فإن الطلب علي خدمات الإنترنت يتوقف علي سعر الخدمات البديلة. فمنذ فترة طويلة , تستخدم الشبكة - بصفة أساسية - للمراسلة الإلكترونية. وهذه الوسيلة حلت محل التلفون والفاكس والبريد العادي, ولكنها مازالت متصلة بكل هذه الوسائل . وأمام هذا الارتباط بين هذه الوسائل, فإنه إذا ماصارت الاتصالات إلكترونية مجانية , فإنه لن يوجد مجال لوسائل أخرى يمكن أن تحل محلها. وإن النجاح في إتمام الاتصالات من خلال الإنترنت إنما يرجع إلي اختلاف أسعارها عن أسعار الوسائل البديلة الأخرى. وهكذا يظهر بوضوح أن الطلب على خدمات الإنترنت إنما يتوقف علي سعر هذه الخدمات وكذلك علي سعر السلع والخدمات المرتبطة بها سواء أكانت مكتملة لها أم بديلة عنها.

09- ذبوع استخدام أدوات التجارة الإلكترونية يشير إلى أن النفقات الحدية ستكون قليلة جدا :

من الملاحظ أن هناك تزايد كبيرا في الطلب علي خدمات الإنترنت , كما أن هناك ضرورة لزيادة طاقة الإنترنت وإزالة كافة العقبات في هذا وأمام ذلك تعتبر طريقة تحديد أسعار الخدمات على الإنترنت عاملا جوهريا من بين العوامل الأخرى التي من شأنها أن تفعل من دور الإنترنت ووظائفه, ويتطلب ذلك - بالتالي - طاقات إضافية لتحقيق الطلب الكافي علي الإنترنت, وهناك عوامل متعددة ينبغي مراعاتها في هذا المجال من أهمها:⁽²⁶⁾.

أولا : ينبغي علي المستخدمين الرئيسيين لشبكة الإنترنت التفاهم فيما بينهم علي سعر يحترم بالنسبة للمبادلات التجارية .

ثانيا : يجب عليهم تحديد السعر المطلوب بالنسبة للوسطاء التجاريين حتى يمكنهم الاتصال بالشبكة الرئيسية بواسطة خطوط مستأجرة أو خاصة.

ثالثا : على الوسطاء التجاريين أن يحددوا السعر المطلوب لاستغلال الشبكة المستأجرة لأولئك الذين يستطيعون تطوير أعمالهم الضرورية.

رابعا وأخيرا : على الموردين لشبكة الإنترنت أن يسعروا خدماتهم للمستخدمين, لاسيما أولئك الذين لا يحتاجون إلى خطوط خاصة لتحقيق اتصالهم بشبكة الإنترنت, وهذه الطائفة تختلف - بالطبع - عن المشروعات الكبيرة التي تطلب خطوطاً لفترات طويلة, وعلى الرغم من ضرورة توافر الاعتبارات السابقة, فقد لوحظ في الوقت الحالي لأسباب مرتبطة بالتطور الحادث في شبكة الإنترنت, أن التنظيمات المتعلقة بموضوع تحديد الأسعار بين الموردين للخدمات عبر الإنترنت كانت مؤسسة علي مبدأ ؛ أن المرسل هو الذي يرعى كل شيء. «

“L’expéditeur garde tout”

10- التنافس في مجال البنية الأساسية ومعدات الإنترنت سوف يحد التطور في هذا المجال :

من الثابت أن المنافسة هي محور قوة الرأسمالية، إذ يرى فيها كل طرف نفسه، والمنافسة، في التحليل الأخير تعنى محاولة التفوق ويتفق الاقتصاديون - بصفة عامة- علي أن المنافسة تساهم في تخفيض الحد الأقصى للتكلفة، وتلك تمثل ميزة- بلاشك- للمستهلك.

ولاشك فإن درجة المنافسة بين المستغلين والموردين وطبيعتها في مجال خدمات الإنترنت ستتغير من دولة لأخرى. ففي الولايات المتحدة - علي سبيل المثال- فإن المنافسة قوية بين نوعين من الموردين لخدمات الإنترنت . لقد بلغ عدد الشركات ثلاثين شركة هيايتي تمون كل خدمات الإنترنت في الدولة بكاملها، وفي المقابل فإن عدد الموردين - في كثير من الدول- يعد محدودا للغاية سواء أكانت خاصة أم مملوكة للقطاع العام , مما يمكن للشركات العاملة في هذا المجال من خلق سوق احتكارية أو سوق احتكار القلة في هذا المجال، وفي هذا الصدد فإنه من الملائم والمفيد للغاية الأخذ بالأساليب والمعايير التي تقوى المنافسة , والعمل علي تحديد الأسعار عند مستوى المنافسة، ويرجع غياب المنافسة في مجال عرض البنية الأساسية في مجال الإنترنت لعوامل تاريخية , لأن الموردين للبنية الأساسية كانوا في موقف احتكاري طبيعي. إن عدد الشركات التي بدأت العمل في هذا المجال كانت قليلة للغاية. ولعل هذا مادعا إلي رفع دعوى قضائية على أبرز العاملين في هذا المجال- وهو المستثمر الأمريكي المعروف بيل جيتس- بدعوى أنه يمارس سلوك احتكاري لا ترضيه الرأسمالية.

وأمام ماسبق , ظهرت المنافسة سريعا في هذا المجال, فظهرت أسواق متعددة لهذا المجال في الولايات المتحدة الأمريكية , كذلك شهدت دول الاتحاد الأوروبي نموا ملحوظا في هذا المجال منذ عام 1998, وهو نمو يضارع - إلى حد كبير- التطور الحادث في الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁷⁾.

وهكذا تطورت المنافسة في مجالات تطبيقية متعددة في مجال الاتصالات والمعلوماتية, ويتجه عدد الشركات العاملة في هذا المجال إلى التزايد المستمر.

رابعا- تحديات وعقبات التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الرسمي في الدول الإسلامية :

تواجه الدول الإسلامية كغيرها من الدول النامية العديد من العقبات والتحديات في سبيل استخدامها للتجارة الإلكترونية. ويمكن تلخيص أبرز هذه التحديات حسب التقسيمات التالية:

01- التحديات التقنية والتكنولوجية :

تتمثل التحديات ذات العلاقة بمجال التقنية والتكنولوجيا في الآتي :

أ. ضعف البنية التحتية الإلكترونية ، مثل نوعية وسرعة وسائل الاتصالات ونقل المعلومات والربط الإلكتروني ومدى توفر قطع تقنية المعلومات مثل الحاسبات والأقراص الصلبة والمرنة وأجهزة الهواتف الرقمية وغيرها، والتي تعد من الوسائل الأساس للدخول في الإنترنت وللقيام بأي تعامل تجاري إلكتروني. وقد لاحظنا بعض هذه المؤشرات خلال استعراضنا لواقع الدول الإسلامية في مجال تقنية المعلومات، وتبين مدى تأخر الدول الإسلامية في هذا المجال سواء مقارنة مع مجموعات الدول الأخرى أو مقارنة بالمعدل العالمي. وعلى أية حال فإن المشكلة التكنولوجية التي تواجه الدول الإسلامية لا سيما في حقل تقنية المعلومات والاتصالات تختلف في حدتها من دولة إسلامية إلى أخرى، فبعض الدول تعاني أساسا من انعدام القاعدة التكنولوجية والبنية التعليمية اللازمة لها، إضافة إلى عدم وجود

الاستثمارات الكافية، بينما تعاني دول أخرى من قصور الإطار والهيكل القانوني والمالي والإداري المرتبط بقطاع تقنية المعلومات.

ب. ضعف الثقافة التقنية والوعي الإلكتروني بين أفراد المجتمع، حيث تلعب الثقافة والمعرفة بالتجارة الإلكترونية دورا هاما في انتشارها وتطورها لا سيما بين المؤسسات التجارية والقطاعات الإنتاجية. ويعد مستوى نوعية التعليم في أي بلد وسيلة مهمة في نشر الثقافة والاستخدام الإلكتروني. وفي هذا الصدد تشير نتائج بعض الدراسات إلى أن انتشار الحاسبات الآلية، وبالتالي فرص الدخول في الإنترنت، في المؤسسات التعليمية بمختلف مراحلها في الدول الإسلامية تعد محدودة وفي بعض البلدان الأخرى معدومة تماما.

ج. قصور الكوادر البشرية المدربة والمؤهلة في مجال تقنية المعلومات وتطبيقات التجارة الإلكترونية، حيث يمثل العنصر البشري ركيزة أساسية في تسخير تقنية المعلومات لخدمة اقتصاد المجتمع وبالتالي تطوير التجارة الإلكترونية. وتتطلب التجارة الإلكترونية الأيدي العاملة المدربة في مجالات عدة مثل تطوير المواقع على الإنترنت (Websites) ومهارات البرمجة في لغات (Java, Perl, XML, HTML)، وخبراء في قواعد البيانات (Databases) وأنظمة التشغيل، بالإضافة إلى مختصين في تصميم مواقع التجارة الإلكترونية وقوائم الكتالوجات ونظم الدفع الإلكترونية وغيرها.

02- عقبات تجارية :

إن التحول من بيئة التجارة التقليدية إلى أنماط التجارة الإلكترونية، تتم من خلالها التبادلات والأعمال والأنشطة التجارية عبر بيانات رقمية، يمثل تحديا حقيقيا أمام المؤسسات والمشروعات التجارية في الدول الإسلامية، حيث تفتقر غالبيتها قابلية التحول الجذري إلى مؤسسات الكترونية. فكثير من الشركات التجارية في البلدان الإسلامية مرتبطة ارتباطا وثيقا منذ نشأتها بأنماط التجارة التقليدية في عملياتها التجارية محليا وخارجيا، وعدم استيعابها بعد بشكل كاف لمفهوم الأعمال الإلكترونية الجديد، الأمر الذي يجعل التحول إلى التجارة الإلكترونية يتطلب أولا قناعتها بأهمية وفائدة التجارة عبر الإنترنت ومن ثم تبني سياسات ووضع استراتيجيات مرحلية للتحول إلى التجارة الإلكترونية. ويمكن تلخيص أهم العقبات التجارية في الآتي:

أ. ضعف الخبرات التجارية والمساعدات الفنية في البلدان الإسلامية اللازمة لتحويل الأعمال التجارية إلى أعمال إلكترونية⁽²⁸⁾.

ب. محدودية حجم التجارة الإلكترونية سواء بين الشركات التجارية نفسها، أو بينها وبين مورديها المحليين أو حتى بينها وبين المستهلكين محليا. كما أن كثيرا من المتاجر العربية الإلكترونية على سبيل المثال هي متاجر إلكترونية بصورة غير كاملة أي أنها إما أن تقوم بعمليات العرض والإعلان فقط، أو أن عمليات الدفع والتحويل تتم بوسائل أخرى.

ج. قصور أسواق رأس المال في معظم الدول الإسلامية لدعم مشروعات التجارة الإلكترونية، لأنه في ظل غياب رؤوس الأموال يصعب على الأفراد الذين لديهم الأفكار والإبداعات من الحصول على الفرص للانطلاق في مشروعاتهم التجارية الإلكترونية.

03- عقبات حكومية :

تتمثل التحديات الحكومية في طبيعة السياسات التي تتبناها بعض الحكومات، والتي لها تأثير مباشر أو غير مباشر

على انتشار التجارة الإلكترونية. ومن هذه السياسات إصرار كثير من حكومات الدول الإسلامية على مباشرة إدارة البنى التحتية التجارية مثل الموانئ التجارية البرية والبحرية والجوية مما يجعلها متدنية الكفاءة ومرتفعة التكاليف بشكل غير مبرر، والتي لا تتناسب وبنية التجارة الإلكترونية. بالإضافة إلى عجز الاستراتيجيات الحكومية لدعم المشروعات التجارية الوطنية للمنافسة مع نظيراتها العالمية، وبالتالي حتى إذا كانت هذه المؤسسات التجارية مرتبطة بشبكة الإنترنت فإنها لن تحقق أي نجاح في المنافسة الدولية. ومن ناحية أخرى، وجود الأنظمة البيروقراطية في إجراءات التصدير والاستيراد وطول فترات إتمام وتخليص العمليات الجمركية بجانب القيود المفروضة على الصادرات والواردات مثل التراخيص ونظام الحصص والتي تمثل تحدياً أمام أنشطة التجارة الإلكترونية التي تتصف بالكفاءة والسرعة.

04- عقبات اجتماعية:

تشكل الجوانب الاجتماعية والثقافية لبعض الأمم عوائق أمام انتشار التجارة الإلكترونية. وقد أظهرت بعض الدراسات أنه من الأسباب الرئيسة وراء تأخر بعض المشروعات التجارية الصغيرة والمتوسطة في بعض البلدان الأوربية، باستثناء البعض، وكذلك اليابانية عن نظيراتها في الولايات المتحدة الأمريكية يعود إلى أسباب اجتماعية وثقافية. وتظهر هذه العوائق الاجتماعية أكثر حدة إذا ما أخذنا الدول الإسلامية في عين الاعتبار، حيث تتميز هذه البلدان بخصائص اجتماعية وثقافية تلعب دوراً كبيراً في مناحي حياتها.

ومن بين هذه التحديات عامل اللغة، حيث أن اللغة الشائعة والمستخدم في الإنترنت بعامة على مستوى العالم هي اللغة الإنجليزية، أي بما يعادل 80%، ونظراً لارتفاع معدلات الأمية ورداءة النظم التعليمية في الدول الإسلامية، فإن نسبة من يستخدم الإنترنت لأغراض تجارية تظل منخفضة ومحصورة في الطبقات المثقفة. كما أن النظرة السائدة في بعض المجتمعات الإسلامية إزاء الانفتاح على العالم الخارجي وما ينطوي عليه من غزو ثقافي وفكري وأخلاقي مثل ترويج السلع المحرمة إسلامياً أو ما يلقي بالشك على الدور التقليدي للمرأة في مجتمعاتها، قد يشكل عائقاً وتحدياً أمام انتشار استخدام التجارة الإلكترونية في هذه المجتمعات. ومن ناحية أخرى، فإن الشكوك حول أمن المعلومات وغياب الثقة لدى بعض المجتمعات الإسلامية كما هو الحال في الدول النامية، لاسيما في عمليات البيع والشراء ودفع الثمن عبر الإنترنت يعد عائقاً آخر لانتشار التجارة الإلكترونية. وقد أشارت بعض الدراسات التطبيقية على الدول النامية بما فيها الدول الإسلامية أن 26% من هذه الدول صنفت عامل عدم الثقة أو التأقلم مع التجارة الإلكترونية كأحد أهم العوامل التي تحد من انتشار التجارة الإلكترونية.

05- عقبات تشريعية وقانونية:

تشكل التشريعات والقوانين المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية أحد أهم البنى التحتية لقيام ونمو التجارة الإلكترونية، وتواجه دول العالم سواء المتقدمة منها أو النامية تحدياً حقيقياً في وضع التشريعات والضوابط القانونية التي تتلاءم و أنماط العمليات التجارية الإلكترونية الحديثة، سيما في ظل حداثة ظاهرة التجارة الإلكترونية وتباين أطر الأنظمة التشريعية المحلية لدول العالم. ويمكن إيجاز التحديات القانونية في بيئة التعاملات الإلكترونية وفق مراحل إتمام العملية التجارية الإلكترونية. ففي المرحلة الأولى التي تسبق عملية التعاقد، تظهر عقبات وتحديات أبرزها مدى توثق المشتري أو الزبون من حقيقة وجود الموقع والسلعة أو الخدمة المعروضة، ومشروعية ما يقدم في الموقع من حيث ملكية مواده ذات الطبيعة المعنوية (مشكلة الملكية الفكرية)، وحماية المستهلك من عمليات الاحتيال

سواء على الخط أو عبر المواقع الوهمية أو المحتوى غير المشروع للمنتجات المعروضة، وكذلك آلية احتساب الضرائب على عوائد التجارة الإلكترونية. وفي المرحلة التالية المتمثلة في إبرام العقد حيث يتلاقى الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية سواء في الموقع على الويب أو عبر مراسلات البريد الإلكتروني.

وهنا تظهر مشكلتان: أولها مدى توثق كل طرف من صفة وشخص ووجود الطرف الآخر، أي سلامة صفة المتعاقد. وهنا تظهر ضرورة وجود طرف محايد يتوسط بين المتعاقدين ويقوم بعملية التوثق والتأكد من صفة وحقيقة كل طرف. وثانيها مدى حجية العقد الإلكتروني ومدى قبوله في الإثبات، ومن هنا ظهرت فكرة التوقيع الرقمي (**DigitalSignature**) ليقوم بدور التوقيع العادي. أما المرحلة الثالثة والمتمثلة في إنفاذ التزامات المتعاقدين من تسليم السلعة أو الخدمة، والوفاء بالثمن، فمن ناحية تسليم السلعة فتثور مشكلة التأخير أو الإخلال بمواصفات الاتفاق، ومن ناحية الوفاء بالثمن فإن التحدي يظهر في وسائل الدفع التقنية مثل السداد بالبطاقات الائتمانية أو تزويد بيانات البطاقة عبر الهاتف. وهذه التحديات ترتبط بمشكلة أمن المعلومات عبر شبكة الإنترنت. ويضاف إلى ذلك، تحديات أخرى مثل حماية الأنشطة التجارية من تطفل مخترقي نظم الكمبيوتر والشبكات أو ما يعرف بجرائم الإنترنت، وكذلك تحدي الاختصاص القضائي في فض النزاعات التي تحدث بين الأطراف المتعاقدة سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

وبأخذ الدول الإسلامية في عين الاعتبار، نجد أنها تواجه تحدياً حقيقياً في التعامل مع مثل هذه الإشكاليات القانونية المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية، حيث أشارت إحدى الدراسات التطبيقية حول مدى توفر بيئة الاستعداد الإلكتروني لدى الدول، أن جميع الدول الإسلامية لا تزال في مرحلة الخطر في مجال البيئة القانونية والتشريعية للتجارة الإلكترونية، فيما عدا كل من الإمارات العربية المتحدة وماليزيا واللتان ظهرت أكثر استعداداً وأقل خطورة. وفي مواجهة هذه التحديات القانونية والتشريعية وفي سبيل توفير بيئة آمنة وبناء الثقة بين الأطراف في فضاء التجارة الإلكترونية، فإن على الدول الإسلامية وضع استراتيجية لبناء الإطار القانوني لتشمل إبرام العقود الإلكترونية، والاختصاص والولاية القضائية باعتبار أن التجارة الإلكترونية تجارة بلا حدود، وحماية الملكية الفردية للمنتجات الرقمية ومحتوى المواقع، والتوقيع الإلكتروني كإثبات قانوني، وأنظمة الدفع الإلكتروني في الوفاء بثمان المشتريات الإلكترونية، والمسئولية القانونية للشركات الوسيطة في التجارة الإلكترونية مثل مزودي خدمة الإنترنت وتلك التي تقوم بتسليم أو توصيل المبيعات، والقواعد والتشريعات التي تنظم الضرائب الجمركية في بيئة التجارة الإلكترونية.

ويمكن في هذا الإطار الاستفادة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية التي أصدرتها لجنة اليونسترال (**UNICITRAL**) التابعة للأمم المتحدة.

ومن ناحية أخرى، فإنه يجدر الإشارة إلى ضرورة قيام علماء المسلمين من فقهاء وباحثين بدراسة ظاهرة التجارة الإلكترونية وتقديم الرؤى الفقهية والشرعية لطبيعة التعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وتأصيلها الشرعي وبيان أحكامها ومدى تحقق القواعد الشرعية في التعاملات التجارية عبر الإنترنت، مثل مفهوم الغرر والجهالة في مواصفات السلعة أو الخدمة المباعة، أو وقوع الظلم على أحد المتعاقدين بعد إتمام البيع وغيرها.

خامسا: الحلول والبدائل الجديدة على ضوء التحديات التي تواجه الدول الإسلامية في مجال تنمية اقتصادياتها الراهنة :

إن من أهم الحلول الكفيلة للدول الإسلامية بتحقيق تنمية اقتصادية راهنة ، وتجنب الأزمات المالية العالمية هي :

ضرورة التخلي عن النظام الاقتصادي الافتراضي واعتماد الاقتصاد الإسلامي :

مما لا شك فيه أن الاقتصاد الافتراضي⁽²⁹⁾ هو جزء لا يتجزأ من اقتصاديات الدول الغربية وعليه فهو ليس بمنأى عن الأزمات المالية العالمية ، لأنه يقوم على مبادئ وهمية غير متصلة بأمر الواقع ، خاصة وأن دول الغرب لها معتقداتها الخاصة ، ولها مفاهيمها الاقتصادية التي تنبع جميعا من اقتران الأوضاع المثلى بمعظمة الأرباح دون اهتمام بالنواحي الإنسانية والقيم الروحية ، وعلى العكس تماما نجد الاقتصاد الإسلامي هو الملاذ الأيمن لتجنب الانتكاسات التي حلت بالاقتصاديات الغربية ، وعليه بالرجوع إلى تعاليم الدين الإسلامي يمكن أن تحقق الأهداف في تنظيم العلاقات الاقتصادية للبشر تنظيما عادلا ورشيدا خاصة إذا طبقت ضمن إطار إسلامي عام يقوم على قيم أخلاقية إسلامية وعلاقات اجتماعية إسلامية تأخذ في الاعتبار التوازن بين ما يستطيع الإنسان أن يحققه في دنياه وما يجب أن يتركه للآخرين .

وعموما يمكن إجمال مزايا ومحاسن التي يتصف بها الاقتصاد الإسلامي عن الاقتصاد الافتراضي بصفة عامة على النحو الآتي⁽³⁰⁾ :

- الطابع التعبدي : إن دراسة الفكر الاقتصادي سواء كان اقتصاد حقيقي أم افتراضي يجب أن يخضع إلى عقيدة الإسلام وشريعته ، ومن ثم فإن الاقتصاد الإسلامي وعلى عكس باقي الاقتصاديات الوضعية ، يرتبط بالإسلام ككل ، الأمر الذي يضيف على أي نشاط اقتصادي - شأن أي نشاط آخر - إذا تحررت فيه النية وخلص القصد طابع العبادة ، سواء بعد ذلك كان النفع للفرد أو كان النفع للمجتمع ، وهذا عكس الأنظمة الاقتصادية الأخرى التي توجه اهتمامها للنفع والتطور المادي فقط دون أدنى اعتبار للقيم الروحية والخلقية .
 - الرقابة المزدوجة على النشاط الاقتصادي : إلى جانب الرقابة الخارجية التي تمثلها وتمارسها السلطة العامة طبقا للقانون ، ينفرد الاقتصاد الإسلامي بوجود رقابة داخلية أكثر فاعلية ، هي رقابة الضمير المسلم القائمة على الإيمان بالله والحساب واليوم الآخر التي تعتبر أكبر ضمان لسلامة السلوك الاجتماعي ، وعدم انحراف النشاط الاقتصادي .
 - تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة : يهدف كل نظام اقتصادي إلى تحقيق المصلحة لأتباعه ، لكن هذه المصلحة قد تكون خاصة أو عامة . وعلى عكس النظام الرأسمالي الذي يهتم بتقديم مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة ، ويمنح الفرد الحرية المطلقة ، يولي النظام الاشتراكي اهتمامه لتقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، ويصادر الحريات الاقتصادية لأفراد ويحظر الملكية الشخصية .
- بينما ينفرد الاقتصاد الإسلامي بموقفه المتميز بالتوفيق بين مصالح الفرد والجماعة ، فهو إذن يعترف بحرية الفرد ، ويضع لها الضوابط الكفيلة بدرء وقوع الأضرار على الجماعة ، فإذا تعارضت المصلحتان فإنه يقدم المصلحة للجماعة على مصالح الفرد ، اعتمادا على القاعدة الشرعية : " يدفع الضرر الأعلى بالضرر الأدنى " ، فإذا تعارضت المصلحتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما .

- الركيزة الأخلاقية : إن النظرية الإسلامية في الاقتصاد لا تنفصل عن الجانب الأخلاقي سواء من حيث الوسائل والنظريات أو من حيث المقاصد والأهداف ، ولهذا فإن تدعيم المبادئ الأخلاقية يعتبر من أهم مقاصد الشريعة المعترف بها .

وهذا بخلاف النظرة الغربية للاقتصاد ، حيث يرى أحد الاقتصاديين الغربيين (ناسو وليم سينيور) ، قائلاً : " ليس لعلم الاقتصاد السياسي صلة بالقضايا العملية أو الأخلاقية ، وأنه ليس للاقتصاديين أن يقدموا مشورة أو انتقاداً بشأن تلك القضايا " .

وفي هذا أشار أحد المفكرين الإسلاميين مالك بن نبي " أن المجتمع الإسلامي أجدر من يعيد إلى عالم الاقتصاد أخلاقته ، ويتلافى بذلك الانحرافات الإباحية للرأسمالية ، وينجو من ورطة الماركسية المادية التي سلبت الإنسان ما يميزه عن الآلات والأشياء الخاتمة :

على الرغم من أن الاقتصاد الإسلامي يعتبر أنجع الاقتصاديات الدولية تجنباً للأزمات المالية العالمية ، إلا أن طبيعة التعاملات الدولية في المجال الاقتصادي والتي فرضت في إطار زحف العولمة الاقتصادية على الدول الإسلامية حتمية الاندماج في الاقتصاد الافتراضي . إلا أنه على ضوء الدراسة التي تناولنا فيها ظاهرة تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية وتأثيرها على الاقتصاد الافتراضي ومدى إفادة الدول الإسلامية منها وما تضمنتها من استعراض وتحليل لأوضاع الدول الإسلامية في هذا المجال، يمكن الخروج ببعض النتائج الهامة وكذلك أهم التوصيات المقترحة، وهي كالآتي:

- النتائج :

إن بروز ثورة تقنية المعلومات والاتصالات وظاهرة التجارة الإلكترونية كأحد أبرز المنجزات في تاريخ البشرية مع دخوله الألفية الثالثة، واعتبارها أداة مهمة في تغير أنماط الحياة اليومية لاسيما الاقتصادية سواء على مستوى الأفراد أو المجتمعات أو الأمم، والدخول بها في عصر الاقتصاد الجديد أو ما يطلق عليه الاقتصاد الرقمي (Digital Economy). أو الاقتصاد الافتراضي .

1. تنامي الاهتمام بتطبيقات التجارة الإلكترونية واتساع مجالات استخدامها لتشمل كافة مستويات التعاملات الاقتصادية بين مختلف الوحدات والقطاعات الاقتصادية.
2. الارتباط الوثيق بين انتشار ونمو التجارة الإلكترونية وتوفير القاعدة التكنولوجية لتقنية المعلومات والاتصالات (Information & Telecommunication Technology) بصفتها البنية التحتية اللازمة لها.
3. بالرغم من صعوبة قياس كافة أنشطة التجارة الإلكترونية إلا أنه من الأهمية بمكان استحداث طرق وأساليب لقياس حجمها لما له من أهمية بالغة لصناع السياسات الاقتصادية ومتخذي قرارات الاستثمار.
4. أهمية توفر المتطلبات الأساس لقيام التجارة الإلكترونية وأهمها: البنية التحتية الإلكترونية والمتمثلة في قطاع تقنية المعلومات والاتصالات من شبكات الاتصال وأجهزة الاتصالات والهواتف الثابتة والنقالة والحواسيب الآلية وبرامج التطبيقات، وانتشار استخدام الإنترنت والحاسبات المضيئة ومزودي خدمات الإنترنت. إضافة إلى ضرورة سن التشريعات والأنظمة المناسبة للتعاملات عبر شبكة الإنترنت وحقوق الملكية الفكرية. وكذلك أهمية توفر الكوادر البشرية المؤهلة للتعامل مع تقنية المعلومات.

5. تأثير التجارة الإلكترونية على الاقتصاد بكافة قطاعاته سواء على مستوى قطاعات الأعمال أو القطاع الاستهلاكي أو على مستوى الاقتصاد القومي ككل.
6. تدني نسبة المحتوى التكنولوجي في صادرات الدول الإسلامية والذي يعد مؤشرا مهما في المقدرة التكنولوجية لاقتصادياتها. وهذا يشير إلى انخفاض إسهام عنصري البحث والتطوير في القطاعات الإنتاجية لدى الدول الإسلامية.
7. ضعف انتشار واستخدام تقنية المعلومات في معظم الدول الإسلامية نتيجة لتدني نسبة الإنفاق على تقنية المعلومات من الناتج المحلي وغياب الاستثمارات المخصصة في قطاع تقنية المعلومات. وهذا كان له أثره في محدودية انتشار استخدام الحاسبات الآلية في المجتمعات الإسلامية وبالتالي انخفاض فرص الدخول في الإنترنت والتي تعد وسيلة للتجارة الإلكترونية.
8. بالرغم من أهمية دور البحث والتطوير في التقدم والتوطين التكنولوجي، إلا أن الدول الإسلامية من خلال مؤشرات البحوث والتطوير لم تظهر اهتماما بها يتناسب مع أهميتها كأحد المتطلبات لبناء مجتمعات ذات ثقافة ومعرفة تكنولوجية. ويظهر ذلك من خلال المؤشرات المتدنية عن الإنفاق على البحوث والتطوير وتوفير المتخصصين والطلاب والعلماء في المجالات الهندسية والتطبيقية.
9. ضعف مؤشر الاتصالات، مثل الخطوط الهاتفية الثابتة والنقالة وتكلفة الاتصال وفترات الانتظار للحصول على خدمات هاتفية، في كثير من الدول الإسلامية لاسيما الدول الأقل نمو، رغم أهميته في دعم تطور التجارة الإلكترونية. كما أن كثيرا من الدول الإسلامية تفتقر إلى أسواق تنافسية في هذا القطاع نتيجة لامتلاك واحتكار الحكومات تقديم هذه الخدمات.
10. تواجه الدول الإسلامية تحديات مهمة في استخدام التجارة الإلكترونية، ومن أبرز هذه التحديات عدم توفر البنى التحتية اللازمة لقيام التجارة الإلكترونية، ضعف الثقافة والوعي التقني والالكتروني بين عامة أفراد المجتمع، قصور الطاقات البشرية المدربة والمؤهلة في مجال تطبيقات التجارة الإلكترونية، ضعف إمكانية وقدرات المؤسسات التجارية في الدول الإسلامية للتحويل إلى الأنماط الإلكترونية، ضعف الدور الحكومي الرسمي لهيئة قطاعات المجتمع للدخول في عصر تقنية المعلومات. إضافة إلى تحديات اجتماعية وثقافية في بعض البلدان الإسلامية مثل الخوف من الغزو الثقافي والفكري والانفتاح على العالم الخارجي. وعقبات تشريعية تتمثل في غياب الأنظمة والتشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.
11. هناك مجالات عديدة تستطيع الدول الإسلامية استغلالها في تطبيق التجارة الإلكترونية. وتشمل هذه المجالات قطاعات الخدمات المصرفية والتمويلية والتي تعد أكثر القطاعات استخداما لتقنية المعلومات. وكذلك قطاعات الصادرات من السلع والخدمات أو القطاعات الإنتاجية ذات النزعة التصديرية، وذلك للوصول إلى الأسواق الدولية بأقل التكاليف. إضافة إلى قطاعات المنشآت الصغيرة والمتوسطة نظرا لكبر حجمها في الدول الإسلامية. وكذلك قطاع النشر والمطبوعات لأهميته في نشر المعرفة ونقل تكنولوجيا العلوم والصناعة. وبجانب ذلك المجال الواسع الذي تقدمه الإنترنت للمرأة المسلمة سواء في إنشاء المشروعات الصغيرة عبر شبكة الإنترنت أو الإفادة والانخراط في الوظائف المصاحبة لتقنية المعلومات.

التوصيات المقترحة:

بالرغم من وجود الكثير من الصعوبات لدى الدول الإسلامية في سبيل الإفادة من التجارة الإلكترونية، إلا أن هناك أمل كبير في تخطي هذه العقبات واللاحق بركب الدول الأخرى في هذا المجال. ولكن لن يتحقق ذلك إلا بوضع

وتفعيل استراتيجيات بعيدة ومتوسطة المدى وعلى المستويين القومي والإقليمي لتطوير قطاع تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية. ومن هذه التوصيات التي ينبغي الاهتمام بها:

1. إعطاء الأولوية لقطاع العلوم وتقنية المعلومات في إعداد وصياغة برامج وخطط التعليم القومية.
2. إنشاء مراكز وهيئات وطنية في مجال تقنية المعلومات والاتصالات، ودعمها بالإمكانيات المادية والمعنوية بغرض تطوير القاعدة التكنولوجية والعلمية وتعزيز دور البحوث والتطوير في البلاد.
3. تبني سياسة التثقيف التكنولوجي واستخدام تقنية المعلومات بين أفراد المجتمع، وذلك من خلال برامج التدريب والتعليم في المؤسسات المهنية والإدارية، مع الاهتمام بنشر الوعي التقني في المؤسسات التعليمية والأكاديمية وتحديث مناهج التعليم بما يتناسب والبيئة التكنولوجية.
4. توجيه وتخصيص الاستثمارات المحلية وجذب رؤوس الأموال الأجنبية في مجال قطاع تقنية المعلومات والاتصالات.
5. تحرير قطاع الاتصالات وتقنية المعلومات من الإدارة الحكومية وتبني سياسة تخصيص هذه القطاعات في أسواق تنافسية حرة، وهذا في سبيل تطوير نوعية وجودة خدماتها بأسعار تنافسية.
6. سن التشريعات القانونية وتحديد الأطر التنظيمية لحماية مستخدمي تقنية المعلومات والحفاظ على حقوق المستهلكين والبائعين في بيئة التجارة الإلكترونية.
7. تعزيز ودعم دور المصارف التجارية في المعاملات التجارية الإلكترونية من خلال تسهيل إتمام وتحصيل المدفوعات والحفاظ على حقوق الأطراف المتعاملين.
8. دعم برامج التعاون فيما بين الدول الإسلامية في مجال التكنولوجيا وتقنية المعلومات والاستعانة بخبرات الدول الأخرى في هذا المجال.
9. استغلال تطبيقات التجارة الإلكترونية في مختلف القطاعات الاقتصادية في كل دولة، مع الاهتمام باستثمار ذلك في دعم التبادل التجاري الإلكتروني فيما بين الدول الإسلامية.
- 10.

قائمة الهوامش والمراجع :

(1): أنظر إبراهيم بختي ، التجارة الإلكترونية ، مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر الطبعة الثانية ، 2008، ص 39.

(2): أنظر إبراهيم بختي ، الإنترنت والمؤسسة الاقتصادية ، مداخلة في الأيام التكنولوجية الأولى 17-18 - نوفمبر 1998 ، جامعة ورقلة الجزائر ، ص 13.

(3) Mayère (Anne) : Pour une Economie de l'information, edition du centre national de la recherche scientifique, Paris, 1990, p.195.

(4) Goulvestre (Jean-Paul): Economie des Télécoms, Hermes, 1997, p.25.

(5) Niveau (Mourice), Crozet (Yves): Histoire des faits économiques contemporains, Quadrige PUF, 2000, pp.834 - 835.

6- See: SESRTCIC (a), Annual Economic Report on the OIC Countries:1998 , Journal of Economic Cooperation Among Islamic Countries 19, 4 (1998) 1-57.

7- See for example: Lall and Wignaraja (1998), OECD (1992), UNCTAD (1997), Lall (200), Mahmood (1999), Bhattacharyya (2000), IDB (2001) and OECD (1998).

(8)- UNCTAD (2002), E-commerce Development Report 2002, p. 248.

(9)Ibid, p. 248.

(10): أنظر د. عابد بن عابد العبدلي، التجارة الإلكترونية في الدول الإسلامية -الواقع - التحديات - الآمال ، مقال مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي تنظمه كلية الشريعة - جامعة أم القرى مكة المكرمة ص 74.

(11) Huet (Frédéric): La Fiscalité du commerce électronique ,Litec, 2000, p.XII.

Ministère de l'Economie, des Finances, et de l'industrie: Technologies et société de l'information , Paris (12) 1999, p.40.

Ministère de l'Economie, des Finances, et de l'industrie France, 1/10/1998, p.1. (13)

(14) World Trade organisation , General Council, 15 July 1998, p.1

Yesil (Magdalena): Creating the virtual store, John wiley & sons, Inc, 1997,pp.42-44. (15)

Shapiro (Carl), Varian (Hal): Economie de L'information, De Boek université, 1999, p.27. (16)

(17) أنظر ، د. عطية عبد الواحد، التجارة الإلكترونية ومدى استفادة العالم الإسلامي منها، مقال مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي تنظمه كلية الشريعة - جامعة أم القرى مكة المكرمة ص 36.

(18) Bertin (G.), et Lamberterie (I.): La protection du logiciel, enjeux juridique et économique, LGDJ, 1985, p. 37.

(19) قدرت هذه الزيادة على المستوى العالمي بـ 64 مليار فرنك فرنسي عام 1980 م ، و4 مليارات فرنك فرنسي على مستوى فرنسا ، وثلاثة مليارات فرنك سويسري عام 1984 م ، وهذه المبالغ ستستمر في الزيادة.

20)Kennedy (Angus J.): The Internet, the Rough Guide , 1999, p.11. (

للمزيد من التفاصيل حول هذه المجالات انظر:

Bochurberg (Lionel): Internet et Commerce électronique, Delmas, 1999, p.107.(21

(22) Politique économique 2001, Ropport économique , social et financier du Gouvernement Francais, 2001, p.13.

(23) O.M.C.: Le Commerce électronique et le role de l' O.M.C, op.cit.,p.36

(24) O.M.C.: Le Commerce electronique, op.cit.,p.22.

(25) Lorentz: New opportunities in electronic Commerc, op.cit.,p.3.

(26) سليه (فرنسوا) : " الأخلاق والحياة الاقتصادية " ترجمة د. عادل العوا , منشور اتعويدا تباريس 1989, ص 601.

(27) Krugman (Paul R.),.Obstfeld (Maurice) : Economie international , De Boek université 1995, p.8

28- أنظر د. عطية عبد الواحد، التجارة الالكترونية ومدى استفادة العالم الإسلامي منها، المرجع السابق، ص 31.

(29)- Krugman (Paul R.),.Obstfeld (Maurice) : Economie international , opcit p.18.

(30) - أنظر ، كمرودي صبرينة ، تمويل عجز الموازنة العامة للدولة في الاقتصاد الاسلامي .، دراسة تحليلية مقارنة ، 2007 دار الخلدونية ، الجزائر، ص

..19-17

تفسير إرادة المتعاقدين بين إرادة القاضي و إرادة المشرع



أديبة العيادي : طالبة باحثة بسلك الدكتوراه
شعبة الدراسات القانونية المدنية، العقارية والأعمال
السنة الثالثة، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، وهي إرادة تملي على الطرفين قانون العقد، بحيث لا يمكن لأحدهما أن ينفك ويتحلل عما إلتزما به بإرادتهما تجاه الآخر، ومن مقتضى ذلك يتوجب على كل واحد منهما تنفيذ إلتزامه بحيث لا يخرج عن هذا المبدأ.

غير أن تنفيذ العقد قد تعترضه صعوبات بسبب ما قد يعتريه من غموض، وهنا يكون القاضي ملزماً برفع ذلك اللبس بغاية الوصول إلى النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.

وفي سبيل تحقيق هذه الغاية، فإن القاضي يقوم في ذلك بالاستعانة بقواعد تفسير، وهي إما تشريعية من صنع المشرع وإما إستثنائية إبتكرها القضاء مستمدة من مبادئ العدالة والإنصاف.

وتهدف هذه القواعد بالأساس في الوصول إلى النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، وإلى الحفاظ على التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية.

الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مصير إرادة المتعاقدين محل تفسير القاضي، أمام هذه الازدواجية الوظيفية لقواعد التفسير التشريعية منها أو القضائية والتي تتجلى في البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، وفي نفس الوقت الحفاظ على توازنها.

ومن هنا، يمكننا طرح إشكالية الموضوع على الشكل التالي :

إشكالية الموضوع :

إلى أي حد تسعف قواعد التفسير القاضي في احترام ارادة المتعاقدين ؟
وهل ضرورة الحفاظ على التوازن العقدي تسمح بحلول ارادة ثالثة محل ارادة المتعاقدين؟

وحل هذه الإشكالية يتطلب طرح ثلاث فرضيات:

الفرضية الأولى : إن أثر تدخل القاضي في تفسير العقد على إرادة المتعاقدين، يتجلى في وصول -القاضي- إلى تعبير ضمني لإرادة الأطراف الحقيقية المشتركة.

الفرضية الثانية : إن أثر تدخل القاضي في تفسير العقد على إرادة المتعاقدين، يتجلى في إحلال إرادة القاضي نفسها أو ارادة المشرع عن طريق غير مباشر محل إرادة المتعاقدين، وبالتالي تقييدا لها.

الفرضية الثالثة : إن اثر تدخل القاضي في تفسير العقد على إرادة المتعاقدين، يتحدد بحسب قواعد التفسير التي اعتمدها ، والتي قد تكون خارجة أو داخلية بطبيعتها في إرادة المتعاقدين المشتركة، لنكون أمام تجسيد لإرادة المتعاقدين الحقيقية تارة أو الخروج عنها بحلول ارادة ثالثة محلها تعبر عن ارادة القاضي أو عن ارادة المشرع تارة اخرى وبالتالي تقييد لإرادة المتعاقدين تارة، وتارة أخرى في الوصول إلى تعبير ضمني لإرادة الأطراف المشتركة.

وبما أنه لا يمكننا التسليم بالقول على إطلاقه أن تدخل القاضي أو المشرع في تفسير العقد هو تقييد للحرية التعاقدية، نظرا لأن غاية التفسير هو الوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقدين، وأيضا القول بأن تفسير العقد هو تعبير ضمني لإرادة المتعاقدين، نظرا لأن القاضي يضطر في بعض الحالات إلى الاستعانة بقواعد يستحيل حمل التفسير فيها على الإرادة المشتركة كما سنرى، فإن الفرضية الثالثة تبقى محل مناقشة.

فالقاضي عندما يبحث عن جوهر النية المشتركة لأطراف العقد، فهو في نفس الوقت يقوم باستبعاد كافة الشروط التي لا تتوافق مع تلك النية، وإضافة ما أغفلت عنه إرادتهما المفترضة، وهذا في حد ذاته تعديل لإرادة المتعاقدين.

وبما أن هذا التعديل، هو نتيجة لتدخل القاضي في العقد بالاستعانة بقواعد التفسير، وأن هذه الأخيرة قد تتخذ شكل قواعد داخلية بطبيعتها في إرادة المتعاقدين المشتركة وقواعد خارجة بطبيعتها عن هذه الإرادة، فإن أثر تدخل القاضي على إرادة المتعاقدين تتخذ شكلا أيضا بحسب طبيعة قواعد التفسير التي استعان بها من أجل رفع الغموض واللبس عن العقد محل التفسير.

وفي هذا الإطار، نتطرق إلى كل حالة على حدة :

الحالة الأولى : استعانة القاضي بقواعد تفسير داخلية بطبيعتها في إرادة المتعاقدين المشتركة، من بينها :

- قاعدة "الاعتماد على طبيعة التعامل" :¹

¹ - وهي قاعدة منصوص عليها في الفصل 463 من ق.ل.ع المغربي والمادة 150/2 من القانون المدني المصري والمادة 151/2 من القانون المدني السوري والمادة 152/2 من القانون المدني الليبي والمادة 140/2 من القانون المدني السوداني.

وتعني أن العقد يفسر حسب طبيعة موضوعه، فإذا إحتملت العبارة معاني مختلفة، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة المعاملة المجراة بين الطرفين، وإقصاء للمعاني التي لا تتصل بإرادة المتعاقدين. وبالتالي فإن تدخل القاضي باعتماد هذه القاعدة يترتب عنه مجرد الوصول الى التعبير الضمني لإرادة المتعاقدين الحقيقية.

- قاعدة "حمل العبارة على المعنى الذي يولد أثر"¹ :

وتعني هذه القاعدة، أنه إذا إحتملت عبارة العقد أكثر من معنى، فإنه يتعين حملها على المعنى الذي ينتج معه آثار قانونية، ومن ثم يتعين استبعاد المعنى الذي يجردها من كل أثر².

و الحكمة من هذه القاعدة، أن وضع بند لا ينتج أثرا يعتبر عبثا، والعبث ينزه عنه كل عاقد عاقل.

إذن، فإن استبعاد القاضي لبنود عقد لا تولد أثر قانوني، هو في حد ذاته حصر وتحديد لإرادة المتعاقدين الحقيقية، وذلك باعتبار أن وضع مثل تلك البنود يعتبر عبثا، والعبث كما سبق وذكرنا ينزه عنه كل عاقد عاقل. وبالتالي، فإن تدخل القاضي باعتماد هذه القاعدة لا يمس بإرادة المتعاقدين وإنما هو استنباط ضمني لها.

- قاعدة "نصوص العقد تفسر بعضها بعضا"³.

وتعني هذه القاعدة، أن التفسير لا بد أن ينظر إليه على ضوء مجمل بنود العقد أو مجمل بنود عدة عقود، دائرة على موضوع واحد، وذلك للتوفيق بينهما على وجه يؤدي إلى استنتاج المعنى المقصود من مجموعها، ويصار إلى تحديد مرمها الحقيقي⁴، المتمثل في إرادة المتعاقدين المشتركة.

وبالتالي فإن تعديل العقد الذي نتج عن أعمال القاضي لقواعد التفسير -السالفة الذكر- الداخلة بطبيعتها في إرادة المتعاقدين المشتركة، ما هو إلا تعديل من حيث الظاهر، لأنه إنصب في البحث عن النية التي اتجهت إليه إرادة الطرفين المشتركة، وبالتالي الوصول الى التعبير الضمني لتلك الإرادة، لا تقييدا لها.

الحالة الثانية : استعانة القاضي بقواعد تفسير خارجة بطبيعتها عن إرادة المتعاقدين المشتركة :

وهي نوعان، قواعد من صنع المشرع، وقواعد من ابتكار القاضي :

¹ - وهي قاعدة منصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع المغربي والمادة 477 من ق.ل.ع الموريتاني والمادة 1157 من القانون المدني الفرنسي.

² - أنظر د. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، طبعة 2002، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص.285.

³ - وهي قاعدة منصوص عليها في الفصل 464 من ق.ل.ع المغربي والمادة 367 من القانون المدني اللبناني والمادة 476 من ق.ل.ع الموريتاني.

⁴ - أنظر د. سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني (في القانونين اللبناني والفرنسي المقارن، الطبعة الأولى 1987، مطبعة دار الفكر اللبناني، ص.413.

أ- قواعد من صنع المشرع منها:

- قواعد العرف والعادة¹:

أي أنه يجب الاعتداد بالعرف عند تفسير العقود، فلو حدث خلاف مثلا حول عقد البيع لم يرد به ذكر لكيفية توصيل السلعة من البائع إلى المشتري، كان العقد غامضا من هذه الزاوية، وتمسك البائع بعدم توصيلها وتمسك المشتري بوجوب توصيلها، فإن القاضي يحسم النزاع على ضوء العرف والعادة السائدة، وحكم العادة هو قيام البائع بتوصيل السلعة إلى المشتري، ويكون ذلك إستكمالا للعقد، خلافا لإرادة البائع²، وهنا نلاحظ أن القاضي اعتمد في التفسير إلى قاعدة تشريعية خارجة بطبيعتها عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، واستبدالها بحكم العادة، وهذا ضمينا تعديل لإرادة المتعاقدين وتقييد تشريعي لها.

- قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين³:

والمقصود من لفظ المدين في هذه القاعدة هو المدين في الإلتزام⁴، وهذا القول على إطلاقه لا يصدق في جميع الحالات، والصحيح أن المدين هنا يراد به المدين في الشرط الغامض، أي الشخص الذي يتضرر من الشرط الذي يجري تفسيره، فهو تارة يكون مدينا في الإلتزام الذي يقرره الشرط وهو الغالب، وتارة أخرى يكون مدينا في الشرط فحسب⁵.

ويقوم مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين على فكرة مفادها أن الذي يلتزم يكون في موقف ضعف بالمقارنة مع الذي يجر الشرط، وأن الإرادة المشتركة للأطراف هي التي تشكل المساواة في القوة بين المتعاقدين، وانعدام هذه المساواة يؤدي إلى فرض القبول، وهذا الاختلال في التوازن العقدي هو الذي يفرض مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين⁶.

إذن فالواضح أن القاضي عند الاستعانة بهذه القاعدة في تفسير العقد، فهو لا يسعى إلى مجرد الوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقدين، بل إلى تحقيق العدالة بين طرفي العقد، وهو بذلك استعان بقاعدة تشريعية خارجة بطبيعتها عن النية المشتركة للمتعاقدين، مستمدة من مبادئ العدالة، وهذا ضمينا خروج عن إرادة المتعاقدين الحقيقية المشتركة، وبالتالي تعديل جوهري لإرادة المتعاقدين ومقيدا لها باحلال ارادة المشرع محلها.

1 - أنظر الفصل 463 و 470 من ق.ل.ع المغربي والمادة 150/2 من القانون المدني المصري والمادة 151/2 من القانون المدني السوري، والمادة 152/2 من القانون المدني الليبي، والمادة 140/2 من القانون السوداني والمادة 1159 من القانون المدني الفرنسي.

2 - انظر د. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، الطبعة الأولى 1999م مطبعة حلبي لطباعة الأوقست، ص.179.

3 - انظر الفصل 173 من ق.ل.ع المغربي والمادة 485 من ق.ل.ع الموريتاني والمادة 151/1 من القانون المدني المصري، والمادة 152 من القانون المدني السوري، والمادة 167 من القانون المدني العراقي، والمادة 153 من القانون المدني الليبي، والمادة 161 من القانون التجاري الكويتي والمادة 141 من القانون المدني السوداني والمادة 1162 من القانون المدني الفرنسي.

4 - انظر د. محمد الهيني، دور القاضي في تفسير العقد، مجلة الإشعاع، العدد 29، غشت 2004، ص.81.

5 انظر د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مطبعة دار النهضة العربية، ص.465.

6 - انظر، د. إدريس فتاحي، الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، مطبعة الأمنية، الرباط، ص.140.

- قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى¹ :

بالرغم من عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود المغربي والموريتاني والقانون المدني الفرنسي يقضي بهذه القاعدة، إلا أنه هناك بعض الفقهاء الفرنسيين يسير في اتجاه إقرارها، وكذلك الحال بالنسبة لكل من القضاء الفرنسي والمغربي².

كما يتضح أن التشريعات التي أخذت بهذه القاعدة قد استندت إلى ذات المبرر والعلة التي كانت سببا في تبنيها تفسير الشك لمصلحة المدين، وهي حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان تحقيقا لمبدأ العدالة.

ب- قواعد من ابتكار القاضي أو قواعد التفسير الإستثنائية أو المكملة :

هي قواعد تفسير واسعة، ابتكرها القضاء بحيث تمكن القاضي من التدخل في استكمال ما نقص من بنود العقد، وإحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين في إتمامه، وذلك بهدف تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية، وهي قواعد مبنية على افتراض وجود التزامات أخرى بين المتعاقدين غير تلك المصرح بها، مستمدة من مبادئ العدالة والإنصاف، كالإلتزام بالسلامة والتبصير التي يتحتم على المحتر في عقود الإذعان احترامها³.

ولذلك فإن تفسير العقود بهذه الصفة، لا ينحصر في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل أيضا إلى حماية الطرف الضعيف باعتماد قواعد خارجة بطبيعتها عن إرادة المتعاقدين كقواعد العدل والإنصاف باعتبارهما مكملين للإرادة، وبالتالي تصبح أمام عقد معدل بإرادة شخص ثالث وهو القاضي، وهو ما يعتبر تقييدا قضائيا بهدف حماية توازن العقد.

وفي الأخير، لا يسعنا إلا أن نسلم بصحة الفرضية الثالثة، وهي أن أثر تفسير العقد على إرادة المتعاقدين، يتحدد بحسب قواعد التفسير التي استعان بها القاضي في الوصول إلى نية المتعاقدين الحقيقية المشتركة.

فإن استعان القاضي في تفسير العقد بقواعد داخلية بطبيعتها في إرادة المتعاقدين المشتركة، فإن النتيجة هي الوصول إلى تلك الإرادة الحقيقية الضمنية دون المساس بهاته الإرادة وإن أصبحنا أمام عقد معدل ظاهريا.

أما إذا استعان القاضي في تفسير العقد بقواعد خارجة بطبيعتها عن إرادة المتعاقدين، فإن نتيجة هذا التدخل، هو في الحقيقة تقييد لتلك الإرادة، وبالتالي تصبح أمام عقد معدل من حيث الظاهر، و من حيث الجوهر.

¹ - انظر المادة 151/2 من القانون المدني المصري، والمادة 152/2 من ق.م. السوري، والمادة 167 من ق.م. العراقي، والمادة 141/2 من ق.م. السوداني، والمادة 161/3 من ق. التجاري الكويتي، والمادة 153/2 من ق.م. الليبي والفصل 1432 من ق.م. البلجيكي.

² - للتوسع أكثر الرجوع إلى :

د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى 1414 هـ - 1994م، دار الهاني للطباعة، ص.52.

-أنظر قرار عدد 18736 في الملف الجنائي عدد : 84/11872، مذكور عند محمد كشبور، المهن القانونية الحرة، انطباعات حول المدونة والتأمين، ندوة المهن القانونية الحرة المنعقدة بكلية الحقوق الدار البيضاء، يومي 23-24/11/1990، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 25، ص.159 وما بعدها.

-أنظر قرار مدني رقم 74 بتاريخ 10 يناير 1969، منشور بقضاء المجلس الأعلى، عدد 9، السنة الأولى، يونيو 1969، ص.12.

³ - انظر، د. العربي ميا، عقود الإذعان، الطبعة 2004، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، ص.491.

-انظر: قرار مدني عدد 18 بتاريخ 26 نوفمبر 1969، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 16، السنة الثانية، أبريل 1970، ص.7.

-قرار جنائي عدد 791 صادر بتاريخ 12 يناير 1961 منشور بمجلة المحاكم المغربية السنة 1961، ص.15.

الدعوى وفق قانون المسطرة المدنية



بدر الدين بن عودة : حاصل على الإجازة في القانون

الخاص من : الكلية المتعددة التخصصات بتازة

تقديم :

نظم المشرع المغربي الدعوى في قانون المسطرة المدنية وحدد كيفية وشروط رفعها؛ وذلك وفق فصول خاصة منظمة لها في هذا القانون- قانون المسطرة المدنية -، ورغم أن الدعوى تختلف باختلاف الموضوع الذي ترمي إليه، إلا أنه وجب احترام عدة شروط شكلية و أخرى موضوعية حتى تقبل هاته الدعوى، وتأسيسا عليه، سأعالج هذا الموضوع وفق المنهجية التالية:

المبحث الأول : مفهوم الدعوى وأنواعها.

المطلب الأول : مدلول الدعوى.

المطلب الثاني : أنواع الدعوى.

المبحث الثاني : شروط الدعوى.

المطلب الأول : الشروط الموضوعية.

المطلب الثاني : الشروط الشكلية.

المبحث الأول : مفهوم الدعوى وأنواعها :

اختلف الفقه حول تعريف الدعوى* حيث إن مسألة التعاريف هي مسألة فقهية لا قانونية، فبعض الفقه اعتبرها وسيلة توصل إلى الحق، بينما يرى الفقه الآخر أنها الحق نفسه. كما أن للدعوى تقسيمات؛ حيث نجد الدعاوى الشخصية والدعاوى العينية.... وعليه، أتساءل: ما هو مفهوم الدعوى وما هي أنواعها وشروطها؟

* - يراجع د عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة مراكش، طبعة أبريل 2009، ص 144.

المطلب الأول: مدلول الدعوى:

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية، لم يبين المشرع المغربي مفهوم الدعوى لكن بالرجوع إلى الفقه نجد بأنه أعطى لها تعاريف تختلف من فريق إلى آخر. فهناك من عرفها على أنها "سلطة يملكها شخص بمقتضى القانون يحصل بواسطتها من القضاء على تقرير أو حماية الحق الذي يدعيه، أو بتعبير آخر: الدعوى حق الشخص في أن يطلب من القضاء حماية أو تقرير من يدعيه".¹

وهناك من عرف الدعوى على أنها وسيلة الزام الدولة بإقامة العدل ممن طلب منها.² أو يمكن تعريفها على أنها وسيلة قانونية قررها القانون للأشخاص بلجؤون إليها عندما يدعون مساس الغير بحقوقهم، وذلك أمام القضاء بصفته المكلف بالنظر في كل الدعاوى التي تعرض أمامه بسبب الخلافات التي تنشأ بين الأفراد.³

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى:

تنقسم الدعوى إلى عدة أقسام وذلك لأهمية هذا التقسيم في معرفة اختصاص المحاكم وكذا "صبغة وسمه الحق موضوع الدعوى"⁴ وبناء عليه، ماهي تقسيمات وأنواع الدعوى؟

الفقرة الأولى: الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية:

1- الدعاوى العينية: وهي دعاوى تهدف إلى المطالبة بحق عيني، والحق العيني هو: "سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تمكنه من استخلاص حقه من ذلك الشيء مباشرة ودون وساطة أحد، كما يكون له أن يحتج بذلك الحق ضد الكافة. وهذا يعني أن الحق العيني لا يحتوي إلا على عنصرين هما صاحب الحق، وموضوع الحق".⁵

2- الدعاوى الشخصية: هي كل دعوى تهدف إلى حماية حق شخصي، هذا الأخير "هو رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين تجاه الآخر الذي هو الدائن، بأن يؤدي له مبلغا من النقود أو بأن يقوم لصالح ذلك الدائن بعمل معين".⁶

الفقرة الثانية: الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة:

1- الدعاوى العقارية: هي التي يكون موضوعها عقارا؛ وقد انقسم الفقهاء المسلمون في تحديد معنى هذا الأخير، يرى غير المالكية من حنفية وشافعية وحنابلة أن العقار هو كل شيء لا يمكن نقله من مكانه أبدا وهذا يعني أن كلمة العقار لا تنطبق إلا على الأرض. في حين يرى المالكية أن العقار هو كل شيء لا يمكن نقله أبدا، أو لا يمكن نقله إلا بتغيير هيأته، وهذا يعني أن كلمة عقار كما تطلق على الأرض تطلق أيضا على الأشجار والبناء وما يتصل بها مما لا يمكن نقله إلا بتغيير هيأته.⁷

¹ عمر أبو الطيب، الدعوى العمومية، دراسة تأصيلية وتحليلية ومقارنة لأحكام الدعوى العمومية، ط1/1995 شركة بابل للنشر والتوزيع الرباط، ص 113

² عمر أبو الطيب، م، س، ص 144.

³ د، عبد الكريم الطالب، م، س، ص، 146.

⁴ د، عبد الكريم الطالب، م، س، ص، 147.

⁵ محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2008/1429 ص 22

⁶ محمد بن معجوز، م، س، ص، 21-22

⁷ محمد بن معجوز، م، س، ص، 23

2- الدعاوى المنقولة : هي كل الدعاوى التي تنصب على المنقولات دون سواها، والمنقول هو كل شيء ينقل من مكان لآخر دون إحداث تغيير في هيأته.

الفقرة الثالثة : الدعاوى الحيازية ودعاوى الاستحقاق :

1- الدعاوى الحيازية : هي كل دعوى تهدف إلى حماية الشخص الحائز لها، والحيازة كما هي معرفة في المادة 239 من قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية هي "السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه".

2- دعاوى الاستحقاق : هي كل الدعاوى التي يكون موضوعها حماية حق الملكية* سواء أكان عقارا أم ملكية حق عيني مرتبط به.

المطلب الثاني : شروط الدعوى :

لا بد لرفع أية دعوى أمام القضاء أن تتوفر فيها شروط لكي تكون الدعوى مقبولة قانونا وهاته الشروط إما أن تكون موضوعية (المطلب الأول) أو شروط شكلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشروط الموضوعية :

المقصود بالشروط الموضوعية للدعوى ما هو منصوص عليه في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية والذي ينص على أنه: " لا يصح التقاضي إلا لمن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه....".

وبناء عليه، يتبين من خلال هذا الفصل أنه يجب أن تتوفر ثلاث شروط للتقاضي وهي: الصفة والأهلية والمصلحة. وسأفسر المقصود بكل واحدة منها من خلال ثلاث فقرات.

الفقرة الأولى : الصفة :

الصفة هي " ولاية مباشرة الدعوى، وهي الصفة التي يتحلى بها صاحب الحق في إجراءات الخصومة يستمد منها المدعي من كونه صاحب الحق أو خلفا له أو نائبه القانوني".⁸

وبالرجوع إلى الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية نجد ينص على أن الدعوى ترفع ضد :

1- الدولة في شخص الوزير الأول* وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء.

2- الخزينة العامة في شخص الخازن العام.

3- الجماعات المحلية* في شخص العامل بالنسبة للعمال والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس الجماعي بالنسبة للجماعات.

4- المؤسسات العمومية ، في شخص ممثلها القانوني.

*- حق الملكية هو حق دستوري يضمنه الدستور من خلال الفصل 35، الدستور الجديد للمملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 بتاريخ 30 يوليوز 2011 ص 33 وما بعدها.

⁸- د، عبد الكريم الطالب، م، ص، 157، نقلا عن، موسى عبود، ومحمد السماحي، المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، ص 121

*- طبقا للدستور الجديد للمملكة المغربية لسنة 2011 عدل اسم الوزير الأول برئيس الحكومة.

*- هذا المصطلح لم يعد له وجود في ظل دستور 2011 وغير بمصطلح الجماعات الترابية.

5- مديرية الضرائب في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها.

وبالتالي، يستشف من هذين الفصلين أن الدعوى يمكن أن ترفع ضد أشخاص كيفما كان نوعهم (طبيعيين أو معنويين) شريطة تحديد الصفة لأن هاته الأخيرة تعد شرطاً جوهرياً وضرورياً في الدعوى .

الفقرة الثانية : الأهلية :

يحدد سن الأهلية في القانون في سن 18 سنة شمسية كاملة (المادة 209 من مدونة الأسرة). وتنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية أداء وأهلية وجوب كما نصت على ذلك مدونة الأسرة وذلك في المادة 206 منها؛ أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفذ تصرفاته. أما أهلية الوجوب فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي حددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها. إلا أن الدكتور مأمون الكزبري يرى أن أهلية الوجوب: " تبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة."¹ لكن ما يهمنا هنا هي أهلية الأداء لأنها هي المقصودة في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية.²

وعليه، فالدعوى يجب أن تقدم من الشخص البالغ سن الرشد وأن تكون أهليته كاملة، هذا كقاعدة، وبما أن لكل قاعدة استثناء، فالاستثناء من هاته القاعدة هي أنه يمكن أن ترفع الدعوى من طرف القاصر أو ناقص الأهلية وذلك وفق الشروط التالية :

لقد نصت المادة 211 من مدونة الأسرة على أنه: " يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في هذه المدونة". كما حددت كل من المواد 229 و230 و231 المقصود بالنائب الشرعي وكذا صاحب النيابة.

الفقرة الثالثة : المصلحة :

يقال إنه لا دعوى بدون مصلحة. وبالتالي تعتبر المصلحة شرطاً أساسياً لقيام الدعوى بانعدامها تنعدم الدعوى ؛ وحيث إن المصلحة هي التي تحدد الأسباب والدوافع لرفع الدعوى يجب أن تتوفر في المصلحة ثلاث شروط:

- 1- أن تكون مصلحة قانونية : والمقصود هنا أن تكون المصلحة مبنية على حق يطالب به الرافع للدعوى³ وأن تكون مشروعة إذ لا عبرة برفع دعوى لأجل تحقيق مصلحة غير مشروعة كرفع دعوى من أجل مطالبة القاتل بالإرث لأن هنا القاتل عمدا لا يرث ويعامل بنقيض قصده.
- 2- أن تكون المصلحة قائمة وحالة : أي أن تكون مصلحة المطالب بالحق موجودة حين رفع الدعوى وذلك مثلا برفع دعوى للمطالبة بالحكم بالإفراغ، فهنا مصلحة المدعي هي إفراغ المحل من طرف المدعي عليه، فالمصلحة هنا قائمة بحكم أن المحل المراد استرجاعه فيه مصلحة للمدعي لكون هذا الأخير مثلاً يقطن في محل للكراء في حين أن له محل في ملكيته، هذا من جهة، و من جهة أخرى فالمصلحة هنا حالة لا تقبل التأجيل.

¹ - د مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، بيروت 1972، ص 135

² - د، عبد الكريم الطالب، م.س، ص 163

³ - د، عبد الكريم الطالب، م.س، ص 166.

3- أن تكون شخصية ومباشرة: فعلى المدعي إثبات أن له مصلحة شخصية في الدعوى وليس مصلحة شخص آخر ما لم يكن نائباً عنه.
المطلب الثاني: الشروط الشكلية للدعوى:

يقصد بالشروط الشكلية تلك البيانات الإلزامية التي يجب أن تتوفر في موضوع طلب الدعوى، فبالرجوع إلى الفصلين 31 و32 من قانون المسطرة المدنية نجد الشروط أو البيانات الإلزامية لرفع الدعوى؛ ينص الفصل 31 على أن الدعوى يجب أن ترفع بمقال مكتوب أي مقال افتتاحي للدعوى، وبين الفصل 31 على أن المقال الافتتاحي يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً من طرف المدعي ووكيله. وهنا تجدر الإشارة على أن المشرع أعطى إمكانية أن يدلي المدعي شفويًا بتصريح أمام أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين ويجررونه في محضر يوقع عليه المدعي أو يشار على أنه لا يمكنه التوقيع، لكن التصريح الشفوي له انتقادات وأتفق مع الدكتور عبد الكريم الطالب حينما يقول على أن "رفع الدعوى بواسطة تصريح شفوي محفوف ببعض المخاطر أهمها عدم الموضوعية أو الدقة في ترجمة التصريحات التي أدلى بها المعني بالأمر شخصياً أمام كاتب للضبط." واستثناء للفصل 31 في مسألة المقال المكتوب نجد الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أن تكون المسطرة شفوية في القضايا التالية:

- القضايا التي تختص فيها المحاكم الابتدائية فيها ابتدائياً وانتهائياً.
- قضايا النفقة والطلاق والتطليق.
- القضايا الإجتماعية.
- قضايا استيفاء ومراجعة وجيبة الكراء.
- قضايا الحالة المدنية.

وبالرجوع إلى قانون رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وبالضبط في الفصل السادس منه ينص على أنه "تكون المساطر أمام أقسام قضاء القرب شفوية ومجانية...". وبالتالي فبالإضافة إلى الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية نجد حتى المساطر المتعلقة في قانون قضاء القرب هي شفوية غير مكتوبة.

إضافة إلى ما ذكر توجد بيانات إضافية أخرى يجب أن تتوفر عليها المقال الافتتاحي أو المحضر وهي:

❖ - التعريف بأطراف الدعوى: وذلك بتضمين أسمائهم العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي، وفي الحالة التي يكون فيها وكيل للمدعي أو المدعى عليه فإن المقال يجب أن يتضمن اسم وصفة وموطن الوكيل كذلك، هذا إذا كان الطرفان أشخاص ذاتيين أما إذا كان أحد الأطراف شركة فيجب أن يتضمن المقال إسم الشركة وكذا نوعها ومركزها؛ والمقصود بنوع الشركة إما مثلاً شركة ذات المسؤولية المحدودة S.A.R.L أو شركة المساهمة S.A... الخ.

❖ - يجب أن يتضمن المقال كذلك لموضوع الدعوى وكذا الوقائع والوسائل المثارة ويجب أيضاً إذا كان ينوي المدعي استعمال المستندات أن يرفقها بالمحضر وأن يتسلم وصل من طرف كاتب للضبط يبين فيه المستندات المرفقة ونوعها، فإذا لم يتضمن المقال أو المحضر إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها في الفصلين 31 و32 فإن الدعوى لا تقبل وتطلب المحكمة إعادة تصحيح المسطرة.

إن كل متضرر يلجأ إلى القضاء لإنصافه وذلك برفع دعوى أمام المحكمة المختصة للنظر في قضيته، وبالتالي فالقضاء يعد لبنة أساسية لبناء دولة ديمقراطية دولة الحق والمؤسسات في إطار القضاء في خدمة المواطن.

تقليص مدة الشغل و تمديدتها على ضوء مدونة الشغل و العمل القضائي



إلياس التلفاني : طالب باحث بماستر قانون الأعمال

والمقاولات بكلية الحقوق السويسي - الرباط

مقدمة:

لقد عرف المشرع المغربي إجازة الخدمة أو العمل بكونه عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له، ومن المستقر عليه أن عقد الشغل يكون محدد المدة أو غير محدد المدة، إلا أن ما يجمع هذان العقدان هو كون الأجير ملزم بالقيام بالأعمال المتفق عليها في عقد الشغل.

هذه الأعمال يتعين على الأجير تنفيذها مما يترتب عنه تعسف رب العمل الذي قد يلجأ إلى تشغيل أجرائه لفترات طويلة، مع ما قد ينجم عن ذلك من أضرار لصحتهم، وفي سبيل الحد من تعسفهم اتجهت سائر الدول نحو وضع قواعد منظمة لمدة الشغل، وقد وضع المشرع المغربي قواعد منظمة لمدة الشغل كان أولها تحديد ساعات العمل في 10 ساعات يومية تتخللها راحة إجبارية لمدة ساعة على الأقل بمقتضى ظهير 13 يوليوز 1926، وتم تحديدها في القطاعات الغير فلاحية في 48 ساعة في الأسبوع، أي 2700 ساعة في السنة بمقتضى ظهير 24 أبريل 1973، وقد نص الفصل 180 من مشروع مدونة الشغل لسنة 1995 على نفس المبدأ كما جاء في الظهيرين الأخيرين.

أما المادة 184 من مدونة الشغل فقد حددت مدة الشغل في القطاعات غير الفلاحية في 2288 ساعة في السنة أو 44 ساعة في الأسبوع، كما نص على أن لا تتعدى المدة 10 ساعات في اليوم مع مراعاة بعض الاستثناءات، أما في الأنشطة الفلاحية فتم تحديد هذه المدة بمقتضى هذا الفصل في 2496 ساعة في السنة.⁽¹⁾

¹ - غالي عبد الكريم، في القانون الاجتماعي المغربي، دار القلم، الطبعة الرابعة، ص 167.

أهمية الموضوع :

يكتسي تخفيض مدة الشغل والزيادة في الأجور أهمية كبيرة عند الأجراء خصوصا بعد استقرار الشغل، إلا أن ظهور بعض الأزمات الاقتصادية جعل أرباب العمل يتخذون الاحتياطات الضرورية فيما يتعلق بالزيادة في الأجور وتخفيض ساعات العمل، إلا أن المشرع يتدخل في هذا الإطار، وكذلك الاتفاقيات الدولية لضبط العلاقة القائمة بين الأجراء والمشغلين، وكذلك الفرقاء الاجتماعيين، وذلك من أجل حماية حقوق كل طرف.

تحديد الموضوع :

إن لمدة الشغل معنيان ، معنى واسع و يقصد به تحديد هل مدة الشغل محددة أم غير محددة ، أما المعنى الضيق لمدة الشغل فهي المدة التي يقضيها الأجير في الشغل ، وعليه سوف أتناول المعنى الضيق لمدة الشغل من حيث تقليصها وتمديدتها من خلال المدونة مع عرض موقف القضاء.

الإشكالية :

إذا كان المشرع المغربي قد وضع القواعد العامة المنظمة لمدة الشغل، فما هو موقف القضاء من مدة الشغل ؟ من حيث تقليصها وتمديدتها ؟

خطة العمل :

تقتضي منا الإجابة على الإشكالية المطروحة، إذ قسم الموضوع إلى مبحثين :

- المطلب الأول : تقليص مدة الشغل على ضوء المدونة والقضاء.

- المطلب الثاني : تمديد ساعات العمل على ضوء المدونة والقضاء.

المطلب الأول :تقليص مدة الشغل على ضوء المدونة والقضاء

إذا كان المشرع قد حدد مدة الشغل العادية، فإن هذه الأخيرة يمكن أن يطالها التقليل، وهذا الأخير أقره المشرع ووضع له قواعد لا بد من إتباعها ليكون مشروعاً، كما اتخذ القضاء مجموعة من المواقف المتعلقة بتقليل مدة العمل.

الفقرة الأولى- تقليص مدة الشغل على ضوء المدونة :

لقد حدد المشرع ساعات العمل في الأنشطة غير الفلاحية في 2288 ساعة في السنة، أي ما معدله 44 ساعة في الأسبوع، وفي الأنشطة الفلاحية في 2496 ساعة في السنة، إلا انه يمكن للمشغل التقليل من ساعات العمل للوقاية من الأزمات الدورية العابرة، وذلك بتوزيع المدة السنوية الإجمالية للشغل على السنة، حسب حاجيات مقاولته، شريطة أن لا تتجاوز مدة العمل العادية 10 ساعات في اليوم، هذا التوزيع يتعين على المشغل قبل اللجوء إليه أن

يستشير مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين عند وجودهم، إلا أنه يجب أن لا يترتب على هذا التوزيع أي تخفيض من الأجرة الشهرية.

لقد حول المشرع للمشغل الذي تواجهه أزمة اقتصادية عابرة أو ظروف طارئة خارجة عن إرادته إمكانية التقليل من مدة الشغل العادية لفترة متصلة أو منفصلة لا تتجاوز ستين يوما في السنة، وذلك بعد استشارة مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقابلة عند وجودهم، يتعين على المشغل أداء الأجر عن مدة الشغل الفصلية على أن لا يقل عن 50% من الأجر العادي ما لم تكن هناك مقتضيات أكثر فائدة للأجراء.

إذا تجاوزت مدة التقليل ستين يوما في السنة وجب الاتفاق بين المشغل ومندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقابلة عند وجودهم حول فترة التقليل إذا لم يتم التوصل إلى أي اتفاق لا يسمح بالتقليل لمدة الشغل العادية، إلا بإذن يسلمه عامل العمالة أو الإقليم طبقا للمسطرة الإدارية المحددة في المادة 67 من المدونة.⁽¹⁾

وقد أجبرت المدونة المشغل الذي يعتزم تقليل مدة الشغل العادية، والذي يشغل اعتياديا 10 أجراء أو أكثر على أن يبلغ مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين للمقابلة عند وجودهم، وذلك قبل أسبوع على الأقل من تاريخ التقليل، كما عليه أن يزودهم بكل المعلومات حول الإجراءات المجمع اتخاذها والآثار التي يمكن أن تترتب عنها، كما يجب على المشغل استشارة الممثلين في كل إجراء من شأنه أن يحول دون التقليل من مدة الشغل العادية ويخفف من آثارها.

أما بالنسبة للمقاولات التي يزيد فيها عدد الأجراء عن 50 أجير فإن لجنة المقابلة تحل محل مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين.

يتبين لنا مما سبق أن المشرع فرض رقابة إدارية على تخفيض ساعات العمل حال تجاوز مدة التخفيض 60 يوما في السنة، فإن القضاء بدوره يراقب مدى احترام المشغل للمقتضيات القانونية المنظمة لتقليل ساعات الشغل، وما سبب هذا التقليل إلا الاستثناء الذي أخرج الأصل عن أصله، وتطبيق مبدأ الضرورات تبيح المحضورات فإننا نرى أن المشرع حاول أن يرضي طرفي العقد حتى يبقى على وجود المقابلة قائمة.

الفقرة الثانية- موقف القضاء من تقليل مدة الشغل :

إذا كان المشرع قد وضع قواعد أمره نظم بمقتضاها تقليل مدة الشغل فإن القضاء بدوره وضع مجموعة من القواعد ذات ارتباط بتقليل مدة الشغل، وذلك ضمانا لتوازن العلاقة الرابطة بين الأجير والمشغل والتي كانت ولا تزال مشوبة بنوع من التعسف.

¹ - عبد العزيز العنفيقي، محمد الشرقاني، محمد العزي اليوسفي : مدونة الشغل مع تحليل أهم المستجدات، مكتبة سجلماسة، مكناس، طبعة 2010/2009، ص 53.

لقد استقر المشرع من خلال الفصل 8 من ظهير 18 يونيو 1936 المنظم لمدة الشغل، والذي تم نسخه بموجب مدونة الشغل الجديدة، على أنه يمنع على المشغل تخفيض الأجر بمناسبة تقليص ساعات العمل، وكل تقليص لساعات العمل يعتبر طردا مقنعا.

وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا في أحد قراراته الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 6 شتنبر 1993 في الملف الاجتماعي عدد 92/8008 " ... حيث يتبين من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة تعترف في جميع المراحل بتخفيضها لساعات العمل إلى 45 ساعة في كل 15 يوم، دون موافقة الأجراء، وأن تقليصها لساعات العمل العادية ترتب عنه بالضرورة تخفيض الأجر الذي كان يتقاضاه أجيرها بالنسبة للساعات المحفظة، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف عندما عللت قرارها" من أن أمام عدم وجود موافقة الأجراء على قرار التقليص من عدد ساعات العمل، فإن قرار المشغلة المذكورة يكون مخالفا لمقتضيات الفصل 8 من ظهير 1936 المتعلق بساعات العمل القانونية."

وبذلك فقد أجابت الطاعنة جوابا كافيا مما تكون معه الوسيلة غير مرتكزة على أساس⁽¹⁾.

وفي ذات الاتجاه صدر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قرار بتاريخ 6 يونيو 1995 في الملف الاجتماعي عدد 93/8761، اعتبر تخفيض ساعات العمل بمثابة طرد تعسفي، حيث أن تخفيض ساعات العمل بكيفية جعلت الأجير لا يمكنه أن يعيش من أجر ساعة في اليوم الذي يقل عن درهم في اليوم، يعتبر طردا تعسفيا لأنه يخل بأهم عنصر في عقد العمل الذي هو الأجر، كما أن تخفيض ساعات العمل إلى أربع أو ست ساعات في الأسبوع يعتبر إعفاء تعسفيا مقنعا⁽²⁾ يتبين من خلال القرارين السابقين أن المحكمة اعتبرت كل تخفيض فاحش في ساعات العمل بمثابة إعفاء تعسفي للأجير.

كما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 1487 بتاريخ 17 أبريل 1989 في الملف الاجتماعي عدد 88/1227 جاء فيه: "حيث أن الشركة المستأنفة بإقرارها تخفيض ساعات العمل من 8 ساعات في اليوم إلى ساعة واحدة ...، وحيث أن هذا الخفض إلى أجل غير محدد هو إخلال خطير ومساس بعنصر الأجر الذي يعتبر من أركان عقد الشغل، وتصرف المشغلة على هذا النحو يعد تعسفا في استقبال الحق أضر بالأجير ضررا فادحا والمتجلى في حرمانه من جزء من أجرته التي هي مصدر عيشه هو وأسرته وإعفاء مقنعا في حقه، يعتبر من تاريخ تسجيله للدعوى يستحق عنه التعويض عن الإشعار والإعفاء والإعفاء التعسفي"⁽³⁾.

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 3569 بتاريخ 30 شتنبر 1987 في الملف الاجتماعي عدد 87/466 أنه "حيث أن المدعى عليها أجابت على مطالب المدعي بأنه هو الذي غادر العمل بسبب رفضه لقرارها الرامي إلى تخفيض ساعات العمل إلى أربع ساعات في اليوم بدلا من 8 ساعات نظرا لأزمة مالية حلت بها.

¹ - عبد اللطيف خالفي : الاجتهاد القضائي، المادة الاجتماعية، المكتبة والوراقة الوطنيتين مراكش، الطبعة الأولى، 2001، ص 162.

² - مجلة قضاء المجلس الأعلى : المادة الاجتماعية 1966/1962، مطبعة المعاريف الجديدة، الرباط، ص 117.

³ - مجلة المحاكم المغربية ، العدد 61، 1990، ص 136.

لكن حيث أنه ليس بالملف ما يدل على وجود هذه الأزمة الاقتصادية ... هذا فضلا عن كون القرار الانفرادي بتخفيض ساعات العمل هو في آن واحد تهرب من مقتضيات المرسوم الملكي لـ 14 غشت 1967، وإغلاقا جزئيا للمقولة بصفة مقنعة".⁽¹⁾

يتبين لنا من خلال هذا الحكم أن المحكمة عاملت المشغل بنقيض قصده عندما اعتبرت المشغل من خلال لجوئه إلى تخفيض ساعات العمل يكون قد تهرب من تطبيق مرسوم 1967 تفاديا لإغلاق المقولة، إذ أن المحكمة اعتبرت التقليل من مدة الشغل بمثابة إغلاق جزئي للمقولة بصفة مقنعة.

يثار السؤال عن مدى إمكانية استفادة الأجير من تعويض عن تقليص ساعات العمل، فإذا كانت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قد ذهبت إلى أن كل أجير كان محل تخفيض لساعات عمله يستحق تعويضا عن الضرر الناتج عن هذا التقليل (قرار 135 بتاريخ 17 يناير 1995 ملف اجتماعي عدد 94/2820) فإن قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) واعمالا لمقتضيات الفصل 735 من قانون الالتزامات والعقود، ربط استفادة الأجير من التعويض بتوفر شرطين وهما كون الأجير وضع نفسه تحت تصرف مشغله، وأنه لم يؤجر خدماته لشخص آخر وقت تخفيض ساعات العمل.⁽²⁾

المطلب الثاني: تمديد ساعات العمل على ضوء المدونة والقضاء:

يتمحور توقيت الشغل أساسا حول مدة الشغل التي يمكن تقديرها على مستوى اليوم أو الأسبوع أو السنة، إلا أنه ولا اعتبارات اجتماعية واقتصادية، واستجابة لمطالب النقابات العمالية، وللتوصيات واتفاقيات منظمة العمل الدولية، فإن المدونة قد وضعت نصوصا آمرة في تنظيمها لظروف العمل داخل المقولة، وبصفة خاصة مدة العمل التي تتطلب تنظيما ملائما للحفاظ على راحة الأجير، حيث حددت حدا أقصى لساعات العمل والذي لا يمكن تجاوزه أو الإنقاص منه إلا استثناء.

وإذا كانت المادة 184 قد حددت الحد الأقصى من ساعات العمل سواء في النشاط الفلاحي أو غير الفلاحي، فإنه وكما يقال لكل قاعدة استثناء، فقد وردت استثناءات على مضمون المادة أعلاه، حيث سمح المشرع بصفة استثنائية بالخروج عنه، إما بالإنقاص - كما سبقت الإشارة - وإما بالتمديد، وذلك وفق شروط خاصة.

الفقرة الأولى - تمديد مدة الشغل على ضوء المدونة:

تتمثل الحالات التي يجوز فيها تمديد مدة الشغل العادية في حالة التشغيل المنقطع أو الضروري أو المستعجل (أ)، وحالات استدراك ساعات الشغل الضائعة (ب)، وحالات الساعات الإضافية (ج).

¹ - عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، المرجع السابق، ص 165.

² - عبد اللطيف خالفي، مرجع سابق، ص 167، 168.

أولا : حالات الشغل المنقطع أو الضروري أو المستعجل.

- الشغل المنقطع :

ويقصد به الشغل الذي يتوقف لفترات طويلة كالعامل في محطات لتوزيع البنزين الذي يشتغل عند وجود سيارات، ويتوقف عن الشغل عند عدم وجودها.⁽¹⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 190 من مدونة الشغل : "إذا كان الشغل الذي يؤديه الأجراء في مؤسسة ما شغلا متقطعا أصلا ... فإنه يمكن تمديد فترة شغل الأجراء المتخصصين لتنفيذ تلك الأشغال إلى ما بعد المدة العادية المذكورة، على أن لا تتجاوز الفترة المحددة 12 ساعة في اليوم كحد أقصى".

- الشغل الضروري :

ويراد به الشغل التحضيري أو التكميلي الذي لا غنى عنه للنشاط العام للمؤسسة مع استحالة انجازه في حدود مدة الشغل العادية، وهذا ما نصت عليه المادة 190 من مدونة الشغل : "... أو عندما تقتضي الضرورة تأدية أشغال تحضيرية أو تكميلية لا غنى عنها للنشاط العام للمؤسسة مع استحالة انجازها في حدود مدة الشغل العادية، فإنه يمكن تمديد فترة شغل الأجراء المخصصين لتنفيذ تلك الأشغال إلى ما بعد المدة العادية المذكورة، على أن لا تتجاوز الفترة الممتدة 12 ساعة في اليوم كحد أقصى".

- الشغل المستعجل :

فهو الذي تقتضي الضرورة انجازه فورا من أجل اتقاء أخطار وشيكة، أو تنظيم تدابير النجدة، أو إصلاح ما تلف من معدات المقولة أو تجهيزاتها أو بناياتها، أو لتفادي فساد بعض المواد، ففي هذه الحالة جاز تمديد مدة الشغل العادية باستمرار في الشغل طيلة يوم واحد ثم تمديدها بساعتين خلال الأيام الثلاثة التي تلي ذلك اليوم، وهذا ما نصت عليه المادة 192 من مدونة الشغل.

ويؤدى الأجر عن الساعات التي تقضى في الشغل في هذه الحالات بسعر الأجر المؤدى عن مدة الشغل العادية، إلا إذا أعطى الأجير في مقابلها راحة تعويضية، أو إذا كانت تلك الساعات مقررة لإعطاء الأجير مهلة تناول وجبة طعامه إذا كان وقت الطعام يتخلل وقت الشغل أو معدة بحكم طبيعة الشغل المنقطع بحيث تطابق ساعات حضور لا ساعات شغل فعلي، وذلك إذا تخللت ساعات الشغل فترات استراحة طويلة.⁽²⁾

ثانيا : استدراك ساعات الشغل الضائعة :

طبقا للمادة 189 من مدونة الشغل، يمكن للمشغل في حالة توقف الشغل جماعيا في مؤسسة أو في جزء منها لأسباب عارضة أو لقوة قاهرة أن يمدد فترة الشغل اليومية لاستدراك ساعات الشغل الضائعة بعد استشارة مندوب

¹ - عبد الطيف خالفي : الوسيط في مدونة الشغل، ص 5781.

² - المادة 193 من مدونة الشغل.

الأجراء والممثلين النقابيين بالمقولة إن وجدوا شريطة أن لا تفوق مدة التمديد ساعة في اليوم، وأن لا تفوق مدة الشغل اليومية 10 ساعات، وأن لا يتم العمل لأكثر من 30 يوما في السنة لاستدراك الساعات الضائعة.⁽¹⁾

ثالثا: الساعات الإضافية :

إن الساعات الإضافية هي ساعات يقضيها الأجير في الشغل زيادة عن مدة الشغل العادية، وكما أشارت المادة 198 من مدونة الشغل، الساعات الإضافية هي عادة الساعات الزائدة عن مدة الشغل الأسبوعي أو تتجاوز مدة الشغل المقررة عادة لشغل الأجير، وذلك بالإضافة إلى حالات خاصة نصت عليه المادتان 199 و200 من مدونة الشغل، ولا بد للمشغل مبدئيا من طلب الحصول على موافقة مفتش الشغل للقيام بالشغل الإضافي.⁽²⁾

وقد حددت المادة 196 من مدونة الشغل حالات اللجوء إلى الساعات الإضافية، وهي إذا تحتم على المؤسسات أن تواجه أشغالا تقتضيها مصلحة وطنية أو زيادة استثنائية في حجم الشغل، سمح لها المشرع بتشغيل أجراءها خارج مدة الشغل العادية وفق شروط معينة، وبشرط أن تدفع لهم بالإضافة على أجورهم تعويضات عن الساعات الإضافية، وهناك حالات يلجأ فيها المشغل دائما إلى الساعات الإضافية بدون إذن من مفتش الشغل عندما يتعلق الأمر بحالات دائمة، كتنظيف الآلات مثلا، حيث لا يمكن القيام بهذه العملية أو بهذه الأعمال أثناء اشتغال الآلات، ومن قبيل الحالات الدائمة ما نص عليه الفصلان 191 و192 من مدونة الشغل.

وهناك حالات يلجأ فيها المشغل إلى الساعات الإضافية بصفة مؤقتة، وهذا ما يتعرض له الفصل 11 من قرار 1937، وترجع عادة إلى بعض الظروف أو الحوادث :

- الأشغال المستعجلة لتفادي الحوادث، وتحضير وسائل الانقاذ وإصلاح الأضرار.
 - الأشغال الموسمية أثناء فترة التصدير مثل جني المحصولات الفلاحية.
 - الأشغال المنجزة للمصلحة العامة مثل الأعمال التي تنجز لفائدة الدفاع الوطني وغيرها من المؤسسات العامة.
- والمشغل غير ملزم منطقيا بالحصول على موافقة مفتش الشغل بالنسبة للأشغال المستعجلة لكنه يبقى ملزما بها بالنسبة للأشغال الموسمية وأعمال المصلحة العامة.⁽³⁾

وقد نصت على مثل هذه الحالات، المادة 196 من مدونة الشغل، وتؤدي للأجير الذي اشتغل لساعات إضافية كيفما كانت طريقة أداء أجره زيادة قدرها 25% عن هذه الساعات إذا قضاها بين الساعة 6 صباحا و9 ليلا في

¹ - المادة 189 من مدونة الشغل.

² - أستاذنا عبد الكريم غالي : "في القانون الاجتماعي المغربي"، الطبعة الرابعة، 2010، ص 172.

³ - عبد الكريم غالي، مرجع سابق، ص 173.

النشاطات الغير فلاحية، وبين 5 صباحا و8 ليلا في النشاطات الفلاحية، و50% إذا قضاها بين الساعة 9 ليلا و6 صباحا في النشاطات الغير فلاحية، وبين 8 ليلا و5 صباحا في النشاطات الفلاحية.⁽¹⁾

وترفع الزيادة المحددة في 25% إلى 50%، والزيادة المحددة في 50% إلى 100% إذا قضى الأجير الساعات الإضافية يوم راحته الأسبوعية حتى ولو عوضت له فترة الراحة الأسبوعية براحة تعويضية.⁽²⁾

الفقرة الثانية- موقف القضاء من تمديد مدة الشغل :

إذا كان المشرع قد نظم تمديد مدة الشغل والساعات الإضافية بمقتضى قواعد أمر، فإن أهم ملاحظة يمكن تسجيلها تتجلى في قلة الأحكام والقرارات القضائية بشأن تمديد مدة الشغل والساعات الإضافية.

لكن تبقى الإشارة واجبة إلى أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قد تناول في أحد قراراته حالة رفض الأجير العمل لساعات إضافية، حيث جاء في قرار للغرفة الاجتماعية عدد 186 بتاريخ 20 فبراير 2008 في الملف عدد 2007/1/5/481 جاء فيه " ... إن تَغْيِبَ المطلوب عن العمل بسبب رفضه العمل خلال الساعات الإضافية عن مدة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا يعتبر مبررا ذلك أن الالتزام بأوقات العمل من قبل الأجير يجب أن تكون في حدود الساعات التي يحددها القانون خاصة وأن المادة 184 من مدونة الشغل حددت مدة الشغل العادية في 2288 ساعة في السنة أو 44 ساعة في الأسبوع. وأن توزيع هذه المدة ممكن حسب حاجيات المقاول شريطة ألا تتجاوز مدة العمل العادية عشر ساعات في اليوم مما كان معه القرار معللا والوسيلتان لا سند لهما".⁽³⁾

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن الأجير ملزم بالاستغلال في حدود مدة الشغل العادية، وأنه غير ملزم بالاستغلال لمدة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا، وكل رفض من الأجير لا يشكل خطأ من طرفه يبرر فسخ العقد.

خاتمة :

لقد تضمنت مدونة الشغل مجموعة من الأحكام المستجدة بخصوص تحديد مدة عقد الشغل وظروف العمل، وهو ما خلق جدلا لدى الفرقاء الاجتماعيين، وطرح أمام القضاء إشكالات عملية.

ولعل أهم مسألة تطرح على صعيد مستقبل توقيت العمل هي التطلع إلى مزيد من تخفيض وقت الشغل، لاسيما وقد حصل إجماع في الدول المصنعة على أن تخفيض ساعات العمل يرمي إلى توازن سوق العمل من جهة، ومن جهة ثانية يصاحبه تحسين في المردودية، وتخفيض مدة الشغل كما تقتضيه راحة الأجير تتطلبه كذلك المساهمة في التنمية الاجتماعية، وأيضا الحفاظ على البيئة الطبيعية، وكل ذلك من أجل إيجاد توازن نفسي واجتماعي وبيئي.

¹ - المادة 201 من مدونة الشغل.

² - عبد الكريم عالي: نفس المرجع السابق.

³ - مجلة قرارات المجلس الأعلى، السلسلة 1، 2009، الجزء الأول، ص 189.

النظام القانوني لعقد النشر الإلكتروني



الأستاذة شريف هنية : حاصلة على شهادة الدكتوراه

كلية الحقوق جامعة البليدة- الجزائر-

تطرقنا في هذا المقال بالدراسة والتحليل الجانب القانوني لعقد النشر الإلكتروني خاصة وأن هذا الأخير يثير جملة من التساؤلات حول طبيعته القانونية ، والنظام القانوني الذي يحكمه ، ومدى إمكانية تطبيق قواعد عقد النشر التقليدي المدرجة ضمن أحكام حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة (الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003) على المجال الرقمي ، إذ أن هذه المسألة حاول الإجتهد القضائي الفرنسي الخوض فيها ضمن عدة قضايا عرضت عليه.

Le contrat d'édition possède un statut très particulier au sein des contrats relatifs au droit d'auteur que l'éditeur est amené a négocier fréquemment , le législateur , dans un souci de protection des auteurs , s'est en effet attaché a limiter la liberté contractuelle des éditeurs et a entourer la conclusion d'un contrat d'édition de nombreuses conditions .

Est ce que ces conditions sont applicables a l'édition numérique malgré la spécificité de celle ci , de même que les éditeurs possèdent bien entendu des droits sur leurs propres créations , en plus de ceux qu'ils acquièrent auprès des écrivains , illustrateurs , etc.

لقد سادت فكرة النشر لأمد طويل بوصفها أحد الوسائل الهامة لاستنساخ المصنف بواسطة الطباعة ... والنشر بهذا المعنى ينطوي على نشاطات متعددة يقوم بها شخص طبيعي أو معنوي يسمى الناشر ، هذا الأخير له دور في اختيار وتحرير وإعداد المواد ونشرها، وتنظيم إنتاجها وتوزيعها وتحمل المسؤولية المالية وكافة المسؤوليات الأخرى المرتبطة بعملية النشر .

وبما أن هذا العقد يشتمل على طرفين فإحداث توازن في الوضع التعاقدى لا يتحقق إلا بمجموعة من الترتيبات التشريعية الإلزامية^[1]، لهذا ، تحركت معظم التشريعات بشأن حماية حق المؤلف بإصدار قوانين تنظمه وخصصت جزء منها لتنظيم عقد النشر ، خاصة وأنه لا يمكن تجنب انتقال الحق بواسطة تصرفات تتعلق باستغلال الإبداع والابتكار ، فالمؤلف عندما يقوم بإنجاز المصنف يكون هدفه في غالب الأحيان وضعه في متناول الجمهور لتداوله وليس لاستعماله الشخصي، كما يريد بهذا التداول الحصول على فائدة مالية مقابلة للجهد المبذول يحققه له عقد النشر وعقود الاستغلال الأخرى.

غير أن الواقع العملي أكد عدم إمكانية الحديث على عقد النشر بمعزل عن مجتمع المعلوماتية *La société de l'information* ، فمن المسلم به وفق نطاق عالمي أن التقنيات الجديدة تعد جزءا لا يتجزأ من العالم الواقعي ، فلا يمكننا أن نغفل في هذا الشأن ما توصل له العلم من طرق جديدة للتثبيت المادي للمصنفات ، خاصة وأن موجة الإنترنت أوجدت طريق جديد للنشر يعرف بالنشر الإلكتروني الرقمي .

من هنا تبدو أهمية هذا البحث في تسليطه الضوء على " النشر الإلكتروني " لبيان نظامه القانوني ، خاصة وأن هذه الوسيلة وسعت من النطاق الثقافي ، إلا أنها بالمقابل أثارت مشكلات معظمها يتعلق بالاعتداء على حق المؤلف بوجهيه الأدبي والمالي إذا تم دون احترام إرادة المبدع، وبما أن هذا الأخير يبذل قصارى جهده لابتكار مجموعة من الأفكار ثم يحاول جمعها في شكل مصنف، فإذا ما أراد أن تصل هذه الأفكار إلى الجمهور يقوم بنشرها بأية وسيلة من وسائل التبليغ قد تكون في بعض الأحيان الوسيلة الإلكترونية ، من أجل ذلك رأينا أن نلقي الضوء للإجابة على تساؤل يمكن أن يطرح حول ما إذا كان النشر الإلكتروني يعبر على مجرد نسخ للمصنف لا يتمتع بذاتية تنتج عن طبيعة حق المؤلف من جهة و خصوصية الوسائل التقنية من جهة أخرى ؟ .

وقد تعرضنا في هذه الدراسة إلى النشر الإلكتروني أملا في جلب أنظار التشريعات الوطنية إليه لاستحداثه ضمن نصوص حق المؤلف ، خاصة وأنه موضوع قانوني لم تتضح معالمه في معظم الدول العربية بما فيها الجزائر ، وسنتولى عبر سطور نفس الدراسة بيان ماهية عقد النشر الإلكتروني في مبحث أول ، ثم تحديد أركان انعقاده الذي تظهر فيه المصنفات الرقمية المنشورة كمحل للعلاقة العقدية في مبحث ثاني ، ومن الموضوعات الهامة التي سوف نتناولها كذلك في مبحث ثالث ، التزامات أطراف العلاقة العقدية التي يظهر من خلالها كيفية تنفيذ هذا الأخير مع التطرق إلى أسباب انتهائه في المرحلة الأخيرة .

المبحث الأول : ماهية عقد النشر الإلكتروني :

يتجه العالم بخطوات ثابتة نحو الاعتماد على الشكل الإلكتروني لتخزين المعلومات واسترجاعها عند الضرورة لتوفير الوقت والجهد والمال ، مكن من برمجة كافة أنواع المصنفات رقميا في شبكة الإنترنت ، وبذلك يمكن لمستعملي

الإنترنت الرجوع إليها متى أرادوا ذلك بإتباع خطوات معينة يعرفها كل من يستعمل هذه الشبكة ، وذلك باستعمال جهاز الحاسب الآلي^[2] .

لذلك يجب بداية تعريف عقد النشر الإلكتروني الذي من خلاله تتضح خصائصه ، لنصل بعدها إلى تحديد طبيعته القانونية لإثبات ذاتية هذه الوسيلة الرقمية ، وأخيرا تمييزه عن عقد النشر التقليدي .

المطلب الأول : تعريف عقد النشر الإلكتروني :

إن عملية النشر يتم فيها صنع وإعلان المؤلف ، ولا يتحقق ذلك الأمر إلا من خلال نقل المصنف إلى الجمهور عن طريق نسخه ، هذا النسخ يمثل التثبيت المادي للمصنف بكل الطرق التي تسمح بإبلاغه للجمهور بطريقة غير مباشرة، بما في ذلك النشر الإلكتروني ، بالتالي هذا النوع من النشر يدخل ضمن الطريقة الغير مباشرة لاستغلال المصنف^[3] ، التي يتم فيها نسخ صور من المصنف ونشرها للتداول باستعمال وسائل غير مباشرة لإبلاغ المصنف للجمهور ومن ضمن هذه الوسائل الكتاب الإلكتروني .

والاعتراف بأن النشر الإلكتروني يسمح بإدراج المصنف بصورة إلكترونية رقمية في صفحات الويب WEB^[4] يدفعنا لتقريبه لعقد النشر التقليدي ، هذا الأخير هو " العقد الذي بمقتضاه يتنازل مؤلف المصنف الذهني أو أصحاب الحقوق من بعده وفق شروط محددة لشخص يعرف بالناشر على حق صنع أو العمل على صنع عدد من النسخ للمصنف وأن يلتزم هذا الأخير بتأمين النشر والتوزيع"^[5] وهذا المدلول هو في الحقيقة مأخوذ من القانون الفرنسي للملكية الفكرية ، ومنه نخلص إلى أنه عقد يبرم بين المؤلف والناشر يتنازل على إثره المؤلف وخلفه من بعده للناشر على حق استغلال المصنف بطريقة غير مباشرة ، ولا يعد ذلك تنازلا عن الحق المالي للناشر إنما هو مجرد تحقيق لمنفعة متولدة على محل حق المؤلف أي المصنف ، ويلتزم على إثره الناشر بنشر المصنف وتوزيعه فيتداوله الجمهور كما يتحمل على عاتقه مخاطر الصنع والتوزيع^[6] ، ويلتزم بالإضافة إلى ما تقدم بدفع المقابل المادي إلى مؤلف المصنف نتيجة هذا التنازل .

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه في العشرية الأخيرة هل هذا المدلول يمكن تطبيقه على النشر الإلكتروني؟ أو طبيعة التقنيات الحديثة للنشر غيرت معالمه فأوجدت قواعد أخرى أثرت على حقوق المؤلف سواء من حيث محله (المصنف) أو مضمونه ، خاصة وأنه عند دراسة النشر الإلكتروني نجد أن حرية التعاقدية السائدة في عقد النشر تلاشت شيئا فشيئا لأن إرادة المؤلف في التعاقد على نشر وتوزيع مصنفه استجابة لحقه الإستثنائي الخالص باتت من الأمور النظرية إزاء مؤسسات وشركات ضخمة التي تملك تقنيات النشر والتوزيع الرقمي كطرف قوي يترك أثرا ملموسا في مضمون العقد منشئه إلى منتهاه^[7] ، لذلك نجد أن النشر الإلكتروني يقترب عمليا إلى عقود الإذعان ، فعلى المشع التدخل لحماية حقوق المؤلف باعتباره طرف ضعيف في العلاقة العقدية .

والأكيد إذن أنه ما من عقد يحمل أوصاف النشر الإلكتروني إلا وتوفر فيه شروط هذا الأخير، وهذه الشروط يمكن استنتاجها من خلال المفاهيم المتعددة المقدمة من قبل دارسي النشر الإلكتروني التي في مجملها أقرت أن "النشر الإلكتروني ما هو إلا الاعتماد على التقانات الإلكترونية والتقانات الاتصالات بعيدة المدى في جميع الخطوات التي تندرج تحتها عملية النشر بدءا من إعداد مسودة المؤلف إلى إجراء التعديلات وتحكيم الوثيقة ثم قبول العمل للنشر

ووضعه مع الأعمال التي أجزيت وأصبحت متاحة للمستفيد^[8]، بينما يعتبره البعض بأنه "الاختزان الإلكتروني للمعلومات والمصنفات سواء كانت نصوصاً أو صوراً أو رسومات"^[9].

والملاحظ وجود تباين في تعريفات عقد النشر الإلكتروني، حيث اهتم بعضها ببيان الوسائل التي يتم بها، بينما اهتم بعضها الآخر بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها، إلا أن غالبيتها عرّفته رجوعاً إلى عقد النشر التقليدي مع التركيز على خاصية هامة لا يكون للنشر الإلكتروني وجود من دونها تمثلت في الترخيم^[10]، لهذا يمكن تعريف النشر الإلكتروني على أنه " إتاحة الأعمال الفنية أو الأدبية المرقمة للجمهور للإطلاع عليها أو شرائها والاستفادة منها عن طريق الأقراص الممغنطة أو المليزة أو من خلال شبكة الإنترنت الدولية بترخيص من صاحبها"، كل هذا من أجل تحقيق التثبيت المادي للمصنف من أجل السماح لمستخدمي الإنترنت عمل نسخ منه عند الحاجة ويكون كل هذا في وسط تقني رقمي متطور.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن النشر الإلكتروني لا يتم إلا بموافقة الشخص المبدع عن طريق عقد يبرم بين المؤلف والناشر الإلكتروني، والخروج على هذه القاعدة يضع مرتكبها في حكم المعتدي على حق المؤلف، فبالرغم من أن الترخيم يحقق الاختصار في الوقت من خلال سهولة استخدام واسترجاع المصنفات الرقمية، إلا أن هذه الخصوصية لا تمنع الناشر الإلكتروني من طلب ترخيص قبل القيام بعملية الترخيم في حد ذاتها، وكل هذا من أجل سير وتوزيع الأفكار و العلامات من شخص إلى أشخاص آخرين بدءاً بصاحب الإبداع المتمثل في المؤلف الذي يملك أصل المصنف وصولاً لتداوله بعد ذلك بين الجمهور في شكل نسخ إلكترونية.

المطلب الثاني: طبيعة عقد النشر الإلكتروني:

تبين مما تقدم أن النشر وسيلة يلجأ لها المؤلف عند استغلاله الشق المالي لحقه على مصنفه بمساعدة شخص آخر يعرف "بالناشر" شرط احترام هذا الأخير للحق الأدبي الذي يتمتع به المؤلف، كما ساعدت على تطوره بجعله يتماشى مع مقتضيات العصر عوامل متنوعة أثرت بالدرجة الأولى على الطبيعة القانونية للنشر الإلكتروني، نظراً لأن الثورة المعلوماتية جعلت عقد النشر بعد أن كان يتم بطريقة تقليدية بنشره في شكل كتب ورقية يصل مؤخرًا إلى نشره بطريقة إلكترونية رقمية.

هذا العقد له طبيعة مركبة ترجع لصفة كل طرف^[11]، فإذا نظرنا له من جانب المؤلف تدخل هذه العلاقة العقدية ضمن الأعمال المدنية بالنسبة للمؤلف وإن قصد الربح من ورائه، كون الربح بالنسبة له يأتي في المرتبة الثانية مقارنة بالقصد الأول، حتى أن البعض أدرجه ضمن أعمال التصرف من الناحية القانونية، ومن الوجهة العملية لأهمية هذا العقد وخطورته من الناحية الاقتصادية، وبناءً عليه تكون الأهلية اللازمة قانوناً لمباشرة عقد النشر الإلكتروني هي الأهلية المدنية بالنسبة للمؤلف، على عكس الناشر الإلكتروني الذي يكون عادة شخصاً معنوياً يمثله شخص طبيعي فيباشر نشاطه وتعاقداته، لكن يبقى هو الوحيد المسؤول مسؤولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التي من ضمنها إبرامه لعقد النشر الإلكتروني، فالعقد تجارياً يشتري فيه الناشر الإلكتروني حق التأليف من أجل استغلاله مادياً والحصول على عائد مالي.

فبالرغم من أنه من المستحيل الفصل بين العقد المدني والعقد التجاري ، لكن يجب الإقرار بأن العقود التجارية تتمتع بجملة من الخصائص التي تميزها عن مثيلتها من العقود المدنية ، لهذا تنبت بعض الآراء نظرية العقد المختلط الذي يثبت الطبيعة المزدوجة لعقد النشر .

والظاهر أن التطور الذي عرفته التكنولوجيا في العشرية الأخيرة أثر على الملكية الفكرية وبالأخص حقوق المؤلف عندما وسع من نطاق حق النشر ليشمل طرق جديدة لإبلاغ المصنف للجمهور، مما فرض على الاتفاقيات المنظمة لهذه الحقوق أن تتماشى معها ، هذا ما دفع البعض إلى التساؤل عن كيفية حماية حقوق المؤلف خاصة أن هذا التأثير قد شمل حتى الممارسات العقدية في نطاق حقوق المؤلف^[12] .

أما المشرع الجزائري فقد تطرق إلى الوسائط الحديثة لإبرام عقد التنازل عن الحق المالي للمؤلف في المادة 62 من الأمر 05/03 لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة^[13] ، أين سمح بإبرام العلاقة العقدية عن طريق برقيات تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها متبعاً في ذلك القانون الفرنسي في المادة 131 الفقرة الثالثة (L 131/3) من تقنين الملكية الفكرية ، لكنه لم ينص صراحة على عقد النشر الإلكتروني^[14] ولا على طبيعته ، بل يفهم ضمناً حيث أن المادة 27 الفقرة الأولى من نفس القانون تتضمن حق المؤلف في استغلال مصنفه مادياً بأي طريقة يراها مناسبة لذلك، فجاء فيها أنه: "يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي منه" ، بل أبعد من ذلك نجد المادة 61 سمحت للمؤلف أن يتنازل عن حقه بدون مقابل في بعض الأحيان كون هذا الأخير طرفاً مدنياً في علاقاته العقدية .

المطلب الثالث : تمييز عقد النشر الإلكتروني عن التقليدي :

إن التوافق في الغاية الموجود بين عقد النشر والنشر الإلكتروني يدفعنا للتفكير في اعتباره صورة خاصة لعقد النشر إذا تم بموافقة صاحب المصنف ، إذ على إثر ذلك يتم تطبيق بعض القواعد العامة للنشر التقليدي على النشر الإلكتروني مع تحفظ في بعض المسائل المرتبة بخصائص التقنية الرقمية الحديثة .

ولسنا وحدنا نميل إلى هذا الفرض بل نجد بعض الاتفاقيات الدولية و من أهمها اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية التي أبرمت في 1886/09/09 وتولت جملة من المؤتمرات تعديلها تماشياً مع التطورات ، قد أكدت على هذا الموقف عندما سمحت في المادة التاسعة (09) للمؤلف بالتصريح لعمل نسخ من هذه المصنفات بأية طريقة وبأي شكل باعتباره صاحب حق استثنائي على مصنفاته الأدبية والفنية^[15] ، الأمر الملاحظ على اتفاقية برن أنها وسعت من طرق النشر بأية وسيلة تسمح بوصول المصنف إلى الجمهور ، وبذلك أعطت الحرية للمؤلف في استعمال الطريقة التي يراها ملائمة ، وفتحت بذلك الباب بمصراعيه للوسيلة الجديدة التي تعبر على تقنية رقمية في مجال المعلومات والمعروفة بشبكة "الإنترنت" ، من خلالها تحققت مسألة تداول المصنفات الرقمية عبرها بكل حرية ودون أي قيد يذكر .

لهذا ، تنبته المنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI) المعروفة باللغة الإنجليزية بـ "الويبو WIPO" لهذه المسألة باتخاذها موقفاً واضحاً عند إبرامها لاتفاقيتين دوليتين في 20 ديسمبر 1996 بعد إجرائها لمؤتمرها الدبلوماسي^[16] ، إذن تتضمن هاتان الاتفاقيتان نصوصاً خاصة تستهدف دعم فعالية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في مواجهة ما يسمى بـ "الطرق السريعة للمعلومات"^[17] .

بالتالي يمكن التوسع في مفهوم نسخ المصنف الذي يعد الهدف الأساسي من النشر ، من خلال عدم اقتصره على التثبيت المادي للإبداع وعمل النسخ منه بأية وسيلة تسمح بنقله إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة ، خاصة وأنه ثبت أن " ترقيم المصنف يعد نسخا له قانونا " " la digitalisation d'une œuvre constitue une reproduction " ، فإذا أصبحت عملية النشر لا تخضع إلى أية دعامة مادية خاصة بها ، فإنه في هذه الحالة يمكن بسهولة استعمال مصطلح النشر للتعبير على مباشرة الناشر الذي يكون إما شخصا طبيعيا أو معنويا لعملية ترقيم المصنفات الأدبية لعرضها على الإنترنت ، مع العلم أنه مؤخرا أصبح من المتداول استعمال هذا اللفظ للتعبير على عملية وضع المصنفات على الشبكة^[18] .

فالظاهر أن معظم المبادئ القانونية المطبقة على هذا النشاط (النشر) مستمدة في مجملها من عملية الطباعة، لذلك وضّح الأستاذ موييس (Pierre-Emmanuel Moyse) السبب الذي دفع بالتكنولوجيا الحديثة إلى إعادة إقحام المبادئ القانونية الناتجة عن حقوق المؤلف بقوله أن: " القوانين { المتعلقة بحق المؤلف } ما تزال تحتفظ ببصمة المادة كون توزيع النسخ يتم بالطريقة التقليدية ، لكن التكنولوجيا تتقدم بخطوة سريعة تاركة وراءها مجموعة من بقايا مذاهب من ضمنها معنى التثبيت وسيتسع أكثر في المستقبل حتى يشمل مفهوم الاستنساخ "^[19] .

فعن التثبيت : إذا نسخ المصنف في دعامة مادية على قرص مضغوط (disquette) أو على مذكرة الحاسب الآلي ، ففي هذه الحالة تثبيت النسخ ليس محلا للنقاش ، لتطابقه مع النسخ على الدعامة التي يمكن إتلافه أو حرقه ، لكن الصعوبة تكمن عندما ينسخ المصنف في المذكرة الحية للحاسب الآلي بمعنى المذكرة التي تفقد عندما يتوقف العمل بالحاسب ، في هذا الشأن القضاء الأمريكي أقر أن المصنف ثبت حقيقة في هذه الحالة لأن المستعمل قادر أن يحصل على المصنف عندما يُشغل الحاسب الآلي ، وهذا ما يتحقق واقعا^[20] .

ومن المسلم به أن الإجابة على مسألة مدى اعتبار النشر الإلكتروني عقدا للنشر ، تبرر تطبيق المبادئ التقليدية للنشر على عقود بث المصنفات الأدبية والفنية عبر الإنترنت ، فالأكيد أن عملية إقحام هذه المبادئ يجب أن يكون له أساس من الصحة ، لهذا فقد ثار جدل فقهي في شأنه مما دفع البعض إلى البحث في إمكانية احتفاظ النشر الإلكتروني بخصائص النشر التقليدي من خلال تحليل كل خاصية على حدى .

لكن الكلمة الأخيرة كانت للقضاء كما سنرى ، هذا الأخير طبق مبادئ عقد النشر من خلال المعاقبة على نشر المصنفات على شبكة الإنترنت إذا تم بدون موافقة ورضا صاحبه ، وهذا ما حدث وما زال يحدث في عدة محاكم أوروبية ، كما أكدته كذلك المحكمة الابتدائية لباريس في حكم قضائي صادر في تاريخ 14 أوت 1996 من خلال قضية تتعلق بالترقيم ووضع على خط شبكة الإنترنت مصنفات موسيقية للفنان جاك بريل (Jacques Brel) .

وعلى الرغم من اعتبار النشر الإلكتروني صورة من صور عقد النشر ، لكنه ينفرد بخصوصياته لاسيما وأنه يتم عبر شبكة عالمية مفتوحة للجميع بدءا من المفاوضات ثم إبرام العقد وصولا إلى تنفيذه ، فالنشر الإلكتروني يتم بين شخصين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان ، كما أن العقد يتوافق مع عقد النشر الإلكتروني في تطابق الإيجاب والقبول وفي أهم طرف وهو المؤلف الذي يملك التراضي لكن يختلفان في الطرف الثاني المتمثل في الناشر الإلكتروني ، أضف إلى ذلك أن تسليم المصنف في عقد النشر الإلكتروني يتم باستعمال وسائط إلكترونية من أهمها البريد الإلكتروني .

لذلك يتضح لنا إمكانية إدراج أنواع جديدة للنسخ والاتصال بالجمهور تحت طائلة عقود استغلال حق المؤلف على أن يبقى هناك حد فاصل بينه وبين عقد النشر، فالنشر الإلكتروني ينفرد بخصوصية كما ذكرنا .

المبحث الثاني : انعقاد عقد النشر الإلكتروني :

إن وجود النشر الإلكتروني يتطلب اشتماله على عناصر أساسية أهمها حصول الناشر الإلكتروني على ترخيص من المؤلف صاحب الإبداع ، بالإضافة إلى شرط وجود المصنفات الرقمية باعتبارها موضوع لهذه العلاقة ، وسنتعرض فيما يلي إلى هذه العناصر دون التقليل من قيمة العناصر الأخرى .

المطلب الأول : موافقة المؤلف على النشر الإلكتروني :

لا ينعقد عقد النشر الإلكتروني إلا بتطابق الإيجاب والقبول فعلى ضوء ما تقدم فإن النشر يسمح بأن يجعل من الممكن سير وتوزيع الأفكار و العلامات^[21] من شخص إلى أشخاص آخرين بدءا بصاحب الإبداع المتمثل في المؤلف الذي يملك أصل المصنف وصولا لتداوله بعد ذلك بين الجمهور في شكل نسخ رقمية للمصنف الأصلي ، ولا يتحقق ذلك إلا بتوفر شرط أساسي لا يمكن التنازل عنه يتمثل في موافقة المؤلف على نشر المصنف الرقمي ، فإذا لم يتحقق ذلك وتم نشر المصنف يعد ذلك مساسا بحق تقرير النشر الذي يشكل أهم الحقوق الأدبية من جهة ، وإهدار لحق النشر الذي يدخل ضمن الحقوق المالية للمؤلف من جهة أخرى ، بالتالي بصفة عامة المساس بحق المؤلف .

هذا الشرط أقره القضاء عامة من خلال توقيع جزاءات مدنية أهمها دفع تعويض بالإضافة إلى عقوبات جزائية لارتكاب المعني جنحة التقليد إذا لم يحصل هذا الأخير على ترخيص من المؤلف ، بالتالي قامت عدة محاكم بالمعاقبة لنشر المصنفات على شبكة الإنترنت إذا تم بدون موافقة ورضا صاحبه ، وهذا ما حدث وما زال يحدث في عدة محاكم أوروبية من أهمها المحاكم المدنية البلجيكية^[22] ، كما أكدته كذلك المحكمة الابتدائية لباريس في حكم قضائي صادر لها في تاريخ 14 أوت 1996^[23] من خلال قضية تتعلق بالترقيم ووضع على خط شبكة الإنترنت مصنفات موسيقية وبالأخص نصوص أغاني الفنان جاك برييل (Jacques Brel)

ووقائع هذه القضية تتلخص في أن طالبين من المدرسة الوطنية العليا للاتصالات الفرنسية

(Ecole National Supérieure des Télécommunications) قد نسخا بشكل رقمي مصنفا موسيقيا محميا من قبل قانون حماية حق المؤلف للفنان "جاك برييل" ووضعه في متناول الجمهور عبر شبكة الإنترنت ، بحيث يسمح لكل متجول على الصفحات الرقمية الخاصة بهما (الويب) الإطلاع عليها، كل هذا بدون حصول الطالبين على تصريح المعني ، وفي هذه القضية المعني هو الشركة المتنازل لها عن الحقوق المالية الخاصة باستغلال المصنف الموسيقي ، وقد ذهب الطالبان إلى أبعد من ذلك بحيث سمحا باستعمال هذا المصنف المحمي بطريقة جماعية لكل شخص من الغير ينفذ إلى الشبكة ويزور المواقع والصفحات الخاصة بالطالبين ليتسنى له نسخ المصنف بسهولة^[24] مع العلم أن الطالبين برّرا عدم الحصول على إذن كتابي من المعني لوضع أغانيه على صفحات الويب ، أن النسخة كانت للاستعمال الشخصي الذي يعد استثناءا يسمح فيه بالنسخ دون الحصول على ترخيص، فالمشكل الذي طرح في هذه القضية هو معرفة ما إذا كان الاستثناء المتعلق بالنسخ للاستعمال الشخصي يمكن تطبيقه ، لكن هذه الحجة رفضت من قبل المحكمة الفرنسية بباريس فرغم اعترافها بإمكانية تطبيق هذا الاستثناء على شبكة الإنترنت ، إلا أنها لم تطبقه على هذه القضية كون أغاني الفنان برييل وضعت للاستعمال الجماعي وليس الشخصي كما ادعى

الطالبان^[25] ، من خلال السماح لزوار موقع الويب بنسخ الأغاني بصرف النظر عن أن البعض منهم يملك الوسائل الإلكترونية التي تساعده على ذلك والبعض الآخر قد لا يملكها .

و في النهاية أقرت المحكمة على إثر الوقائع السابقة الذكر أن : " كل نسخ بطريقة ترقيم المصنفات الموسيقية المحمية بقانون حق المؤلف ، يمكن أن يكون قابلة لوضعها تحت تصرف الأشخاص الباحثين على شبكة الإنترنت ، بشرط وجوب أن يكون مرخص صراحة من قبل صاحب الحق أو المتنازل له عن الحقوقفإن مجرد طرح المصنف الفكري للتداول عبر شبكة الإنترنت يشكل تقليدا للمصنف مادام أنه لا يوجد ترخيص من المؤلف صاحب الحق الإستثنائي بذلك"^[26] ، وليس هذا الحكم الوحيد الصادر في هذا الشأن بل تأيد بعد ذلك في حكم آخر عن محاكم باريس في تاريخ 05 ماي 1997 فصدر حكم مشابه للحكم السابق الذكر ، وكان يتعلق بنسخ ونشر مصنفات الشاعر -ريموند كينوا Raymond queneau^[27] .

وتعتبر كلا القضيتين سابقة قضائية غاية في الأهمية حول تداول المصنفات الرقمية على شبكة الإنترنت ، تم التأكيد على إثرهما أن مجرد " التقييم " يعد " نشر " للمصنف^[28] فنشر المصنف المحمي وفق لقانون حق المؤلف عبر الإنترنت وفق تقنيات التقييم يعد استغلالا للمصنف يقتضي ضرورة وجود تصريح بذلك من قبل المؤلف كصاحب حق أو متنازل له من حقوق الاستغلال ، وإذا لم يتوفر هذا الشرط يعاقب من قام بالنشر على ارتكابه جريمة التقليد ContreFaçon .

بالتالي عقد النشر الإلكتروني يعبر على علاقة عقدية أطرافها المؤلف والناشر الإلكتروني ، فلا يكفي أن ينعقد صحيحا ، بل يجب أن تكون إرادة الطرفين خالية من العيوب وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، كما تشترط القواعد العامة أن يكون كل من طرفي العقد أهلا للتعاقد^[29] .

المطلب الثاني : المصنفات الرقمية محل عقد النشر الإلكتروني :

مع دخول الموجة الإلكترونية عصرنا الحالي ، وظهور شبكة الإنترنت ، أدى ذلك إلى بروز نوع جديد من المصنفات تختلف على سابقتها لم تكن معروفة من قبل ، فبالإضافة للمصنف الأدبي والفني التقليدي أوجدت تقنيات التقييم ما يعرف بـ " المصنفات الرقمية " ، هذه الأخيرة يتم بثها رقميا على مواقع الشبكة العنكبوتية (WWW) ، سواء كانت مصنفات لمؤلف واحد أو مصنفات جماعية ، كما يمكن أن تكون مشتركة بين العديد من المؤلفين أو مشتقة من مصنف أصلي آخر ... الخ ، والمصنف محل عقد النشر الإلكتروني ما هو إلا وضع مصنف أدبيا كان أو فنيا في شكل رقمي يتسنى بعده تداوله باستعمال أجهزة رقمية .

بالتالي شبكة الإنترنت سمحت بوصول المصنفات إلى الجمهور بطريقة مريحة بداية بترقيمها ترقيما بسيطا أو متفاعلا وصولا لإدراجها ضمن الشبكة ليتسنى بعد ذلك للجمهور الإطلاع عليها بمجرد تزويد الحاسب الشخصي ببرامج شبكة الإرسال واستقبال البيانات فبعد دفع اشتراك على هذه الأخيرة، يمكن الاطلاع على المصنف رغم اختفاء النسخ المادي له ، إلا في حالة التي يحتفظ فيها المؤلف بحقه في تقرير استخدام حق النسخ بوضع عمله الذهني في قالب مادي ينشر ويوزع ليصل إلى الجمهور .

ولكن تتواجد المشكلة حال نشر العمل الذهني عبر شبكة الإنترنت^[30] ، فالمصنف الرقمي ما هو إلا وضع المصنف أدبيا كان أو فنيا في شكل رقمي يتسنى بعده تداوله باستعمال أجهزة رقمية ، وبما أنه لحماية أي مصنف يجب

أن يكون نتاج فكر إبداعي ، فلا يهم شكل وقيمة ووجهة هذا الأخير، مما يترتب عليه ، أن البيانات أو المعلومات التي قد نجدتها على هذه الشبكة ليست كلها محمية بحق المؤلف ، رغم أن مجال تطبيق الملكية الأدبية والفنية يظهر أكثر توسعا^[31] ، فيشمل كل المصنفات الإبداعية التي تتوفر فيها شرط الأصالة من خلال ظهور شخصية المؤلف فيها ، لذلك فالنص المكتوب باختلاف طبيعته المعروف على الشبكة محمي بحق المؤلف ، كذلك الشأن بالنسبة للصورة سواء كانت ثابتة أو متحركة بجمع الصوت والصورة معا وبالإضافة للموسيقى التي تعبر على مصنف سمعي .

والمصنف الرقمي قد يتم إنشاؤه بأحد الطريقتين^[32] :

الطريقة الأولى : يكون عبارة عن مجرد نقل المصنف سابق الوجود من الوسط التقليدي إلى الوسط التقني الرقمي المتطور دون تعديل أو تغيير في النسخة الأصلية ، وفي هذا الشأن من المنطقي أن تكون شروط حماية المصنف وفقا لحق المؤلف من ابتكار ، و الأصالة قد توفرت قبلا في النسخة الأصلية الموجودة ، فلا يمكن نقل المصنف إلا بعد الحصول على موافقة من المؤلف .

الطريقة الثانية : هذه الطريقة تختلف عن الأولى في أن أول وجود للمصنف يكون في شكل رقمي ، بحيث يكون التثبيت المدادي الأول للمصنف لعمل نسخ منه قد تمّ على وسط تقني رقمي متطور ، يتحصل فيه المصنف الرقمي على الحماية متى توفرت شروطها في المصنف الرقمي .

وتثور الصعوبة في كلا الفرضين ، لأن المؤلف لا يستطيع السيطرة على عمله الذهني رغم الحماية المطبقة ، باعتبار أن كل مشترك في هذه الشبكة يمكنه الاستفادة من المصنف ، ويكون جمهور المشتركين هم الذين يتحكمون في عدد نسخ المصنف (غير مادية) وليس للمؤلف دخل في ذلك^[33] .

يبقى أن المصنف الرقمي الذي وضع خصيصا لتداوله على الشبكة المعلوماتية ، استغلاله يستلزم منطقي الحصول على تنازل من المؤلف عن الحقوق المالية وإلا اعتبر الشخص القائم بالاستغلال مرتكب لجريمة التقليد ومتعديا على الحق الأدبي لاسيما وأن التقنيات الرقمية قد تقتضي بطبيعتها تحوير المصنف ليلائمه بغض النظر إذا كان مصنفا أصليا أو مشتقا من مصنف آخر سابق وجود *préexistante* .

وأخيرا يظهر أن التشريعات في حيرة من أمرها بشأن المصنفات الرقمية حول إمكانية إبقاء القواعد المتعلقة بحق المؤلف لتطبق على هذا النوع من المصنفات دون إحداث تغييرات في قوانينها ، أو العكس لتمكن من التحكم في الشبكة المعلوماتية ، وفي انتظار حسم هذه المسألة يبقى عقد النشر الإلكتروني خاضع للقواعد التقليدية حتى وإن كان محله مصنفات ناتجة عن التكنولوجيا الحديثة .

المطلب الثالث : خصوصية السبب في عقد النشر الإلكتروني :

طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون لكل التزام ولو كان عقديا سبب ينشئه ، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو الدافع الحقيقي إلى أن يثبت العكس حسب نص المادة 98 القانون المدني الجزائري ، ويشترط في السبب أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، فالعبرة بمشروعية السبب لا بوجوده مما يفيد أن المشرع أخذ بالنظرية الحديثة^[34] ، لهذا الشرط له درجة من الأهمية إذ يبطل العلاقة العقدية في حال عدم توفره .

لكن فكرة مشروعية السبب مع التطور التكنولوجي الحاصل وإبرام ما يعرف بعقود التجارة الإلكترونية بصفة عامة وعقد النشر الإلكتروني بصفة خاصة جعلها مسألة نسبية خاصة إذا تم عبر شبكة الإنترنت التي يقصد بها شبكة الاتصالات الدولية^[35]، هذه الأخيرة قد يكون لها عدة مميزات تنفرد بها وتميزها عن الوسائط الإلكترونية الأخرى ليس فقط في نشر (بث) المصنفات للجمهور على مستوى الكون، بل إبرام وتنفيذ عقد النشر الإلكتروني خاصة، لذلك ما يعتبر مشروعاً في دولة قد لا يكون كذلك في دول أخرى من جهة، كما أن القانون في المادة 98 من القانون المدني جعل قرينة مشروعية السبب المذكور في العقد ما لم يقدم دليل على غير ذلك أمام القضاء الوطني عندما يكون أطراف العقد من دولة واحدة، لكن في أغلب الأحيان أطرافها تتجاوز حدود الدولة فتحسم النزاع غالباً رجوعاً للتحكيم الإلكتروني من جهة أخرى.

المبحث الثالث: آثار عقد النشر الإلكتروني وانتهائه:

إن دخول عقد النشر الإلكتروني ضمن العقود الملزمة للجانبين، يترتب آثاراً على عاتق الطرفين مؤلفاً كان أو ناشراً إلكترونياً، والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد حول ما إذا كانت هي نفسها الالتزامات الواقعة على عاتق أطراف عقد النشر التقليدي، أو أن هناك خصوصية فيها ناتجة عن طبيعة التعاقد عبر الإنترنت سواء في تسليم المصنف من جهة المؤلف، ووسائل استغلاله والإعلان عنه من قبل الناشر الإلكتروني وحتى أسباب انتهائه.

المطلب الأول: التزامات المؤلف في عقد النشر الإلكتروني:

يعتبر التزام المؤلف بتسليم المصنف أهم الالتزامات سواء في عقد النشر التقليدي أو الإلكتروني، فعلى الناشر الإلكتروني أن يسلم المصنف موضوع العلاقة العقدية وليس مصنفاً آخر غير المتفق عليه في العقد، إذ يجب القيام بهذا الالتزام في الآجال المحددة والمتفق عليها عادة بين المؤلف والناشر الإلكتروني، كما قضى القضاء الفرنسي بأنه يجب أن يرفق بالمصنف كل ملحقاته إن وجدت^[36]، كما يجب أن يكون التسليم من طرف الشخص صاحب الحق إذا تعدد المؤلفون في بعض أنواع المصنفات سواء كان محل إلتزام مصنفات مركبة أو مشتركة وحتى مصنفات جماعية^[37].

ومما لا شك فيه أن تحديد ميعاد للتسليم يجنب الناشرين الإلكترونيين العديد من المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها، لأن تأخر المؤلف أو صاحب الحق على المصنف أو الشركاء في التأليف على تسليم المصنف قد يترتب عليه ضياع الهدف من نشره إذا كان التسليم متوقف على ظروف المؤلف وطبيعة المصنف موضوع النشر الإلكتروني، كالمصنف المرتبط بمناسبة أو يحدث معين وتم التسليم بعد انتهاء هذه المناسبة أو ذلك الحدث^[38]، وهذا الأمر قد يؤدي حتماً إلى افتقار المصنف للغاية من إصداره، مما يترتب فوات الكسب وتوافر الخسارة في حق الناشر نتيجة هذا التأخير.

ولقد نص على هذا الالتزام المشروع الجزائي ضمن أحكام عقد النشر في المادة 87 الفقرة من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتمتد آثارها إلى النشر الإلكتروني بقوله: "يقع تحت طائلة البطلان كل عقد نشر لم يستوف الشروط الآتية... الشكل المناسب للمصنف الذي يجب أن يسلمه المؤلف للناشر قصد استنساخه، 6- أجل تسليم المصنف إذا لم يكن في حوزة الناشر عند إبرام العقد، ومتى تقرر أن يسلم المؤلف مصنفه في وقت لاحق"، ولكنه لم يتطرق للحالة التي يختلف فيها كل من المؤلف والناشر الإلكتروني على تسليم المصنف موضوع

النشر الإلكتروني ففي هذا الوضع يجب تسليمه في المدة التي تحددها المحكمة وفق ما استقر عليه القضاء الفرنسي ، متبعا في ذلك المادة 132 الفقرة التاسعة من قانون الملكية الفكرية الفرنسي حيث جاء فيها أنه : "يجب على المؤلف أن يضع تحت تصرف الناشر المصنف موضوع عقد النشر خلال المدة المحددة في العقد ، وبالشكل الذي يسمح للناشر استعماله لاستخراج النسخ أو الطباعات المتفق عليها"^[39] .

وفي هذا الشأن لا يشترط أن يسلم المؤلف للناشر أصول المصنف ، بل يكفي أن يسلم نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول دون الأصول ذاتها^[40] التي تبقى لدى المؤلف ، فالأمر سيان بالنسبة للناشر ، هذا الأخير همّه الوحيد استنساخ المصنف لتوزيعه من أجل أن يصل للجمهور ، وتحقيقا لكل هذا يمكنه استعمال النسخة الأصلية للمصنف الرقمي أو نسخة طبق الأصل لهذا المصنف.

ونفرق هنا بين المصنف الذي ينشر لأول مرة إلكترونيا أو المصنف الذي يعاد نشره إلكترونيا والموجود على دعامة تقليدية أيا كانت ، ففي النوع الأخير غالبا ما قد يتم تسليم نسخة مطابقة للأصل للناشر الإلكتروني وهذا ما يؤكد الواقع العملي للنشر الإلكتروني ، أما النوع الأول من المصنفات ، فإن المؤلف يستطيع تسليم نسخة مطابقة لأصل المصنف إلى الناشر الإلكتروني فور تأليفه أو إذا كان بخط اليد عن طريق البريد الإلكتروني وغيرها من الوسائل الأخرى ، أو أن يسمح للناشر الإلكتروني بتنزيل نسخة من المصنف موضوع العقد من حاسبه الشخصي عن طريق خدمة نقل الملفات النصية أو الثنائية .

تجدر الإشارة إلى أن المؤلف قد يلتزم بتصحيح المصنف خاصة إذا كان في صورته التقليدية سواء سبق نشره وتم التعاقد على بثه على الجمهور بطريقة النشر الإلكتروني بسيطة أو متفاعلة أو لم يتم نشره مسبقا نظرا لأن المادة 91 الفقرة الأولى من الأمر 05/03 اشترطت التصحيح في حالة الطباعة الخطية ، إلا أنه يمكن للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك بل حتى الاتفاق بين الناشر والمؤلف على أن التصحيحات التي تتعدى نسبة معينة من التكاليف يتحملها المؤلف^[41] .

لذلك فللمؤلف تصحيح المصنف موضوع النشر الإلكتروني سواء لغويا أو إملايا وحتى التصحيحات المادية وغيرها من التصحيحات التي قد تقع أثناء النسخ أو ترقيم المصنف ، والتي تعد تعديلات بسيطة لا تضر بمصلحة الناشر ، أما في الحالة العكسية التي يكون فيها التصحيح عبارة عن تعديلات جوهرية تثقل عاتق الناشر بتكاليف إضافية يستوجب ذلك تعويضه من قبل المؤلف^[42] ، لكن عادة الناشر الإلكتروني يتكفل بمهمة التصحيح بما يملكه من إمكانيات اقتصادية وتقنية سواء أثناء ترقيمها أو بعد بثها على الجمهور وهذا ما يؤكد الواقع العملي للنشر الإلكتروني .

ولا تقف التزامات المؤلف عند هذا الحد بل تجاوزته لتشمل ضمان المؤلف عدم تعرضه الشخصي وحتى تعرض الغير للناشر الإلكتروني ، ويتأسس ذلك بجعله ضمانا عاما في المادة 67 من الأمر 05/03 ضمن القواعد العامة للتنازل الذي يشمل كافة عقود الاستغلال ، فمن ثم تمتد أحكامه على عقد النشر الإلكتروني، إذ يتمتع المؤلف عن أي عمل من شأنه أن يتعارض مع حق الناشر في الاستغلال الهادئ للمصنف المتعاقد على نشره ، لذلك عليه عدم نشر المصنف بنفسه أو من خلال اللجوء إلى ناشر آخر بموجب عقد نشر جديد ما لم يتفق على خلاف ذلك ، كما عليه أن يرد على الناشر الإلكتروني إدعاء الغير بأنه يتضمن اعتداءا على شخصيته مثلا .

ويتبادر على الأذهان للوهلة الأولى أن عقد النشر الإلكتروني يتشابه مع عقد البيع في هذه الالتزامات لكن الواقع عكس ذلك ، فعقد البيع يهدف إلى نقل ملكية الشيء المبيع وهذا ما لا يوفره عقد النشر الإلكتروني ، لكن بالنسبة للجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ الالتزامات يختلف الأمر والذي يكون بفسخ العلاقة العقدية والتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية المدنية، ولقد نصت المادة 87 من الأمر 05/03 على ذلك من خلال إدراج عبارة "يقع تحت طائلة البطلان" ، فطبق المشرع جزاء البطلان على العقد كما أنه بالنسبة لضمان عدم التعرض أجاز للمحكمة الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له مقتضى .

المطلب الثاني : الالتزامات الأساسية للناشر الإلكتروني :

فرض القانون مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الناشر وتشكل في نفس الوقت حقوقا للمؤلف ، هذه الأخيرة لا تقتصر على النشر التقليدي بل تجاوزته بحيث تقع على الناشر الإلكتروني نفس الالتزامات على الرغم من تدخل التقنية الرقمية في إبرام وتنفيذ مثل هذه العقود ، ويعد استغلال المصنف والإعلان عنه بالوسائل المناسبة من الأهداف الأساسية للنشر الإلكتروني ، إذ يلتزم به الناشر الإلكتروني حتى في حالة دفع المقابل المالي للمؤلف ، فلا يعتد بأي اتفاق على إدراج بند في العقد يتضمن شرطاً بعدم نشر المصنف^[43] ، ومن ثم يفسخ العقد كجزاء لعدم تحقيقه للغرض الذي وجد لأجله .

هذا الالتزام قد يميز العقد عن غيره من عقود استغلال حق المؤلف بصفة عامة وعقد النشر التقليدي بصفة خاصة ، فمن جهة الإخلال بعدم نشر المصنف إلكترونياً في المدة المحددة في العقد أو المدة المعقولة وفقاً لطبيعته بالإضافة لعدم احترام مبدأ حسن النية في التنفيذ يمكن المؤلف من اللجوء للقضاء حتى ولو كان القضاء اتفاقي -محكمة التحكيم- بعد إعدار الناشر الإلكتروني، بهدف فسخ العلاقة العقدية مع تعويض المؤلف عما أصابه من ضرر، إلا في حالة وجود اتفاق يجعل العقد مفسوخاً تلقائياً في حالة عدم احترام الأجل المقررة لذلك ، ومن جهة أخرى نجد أن النشر الإلكتروني يكون فيه الاستغلال وفق الاتفاق مع احترام الأجل لكن لا يحتاج استغلال المصنف إلى احترام الناشر الإلكتروني عدد نسخ المصنف المتفق عليه كما في النشر التقليدي نظراً لطبيعة الوسيلة المستعملة للنشر التي تتيح المصنفات الرقمية لكل من يطلبها دون الاهتمام بالنطاق الجغرافي -الذي غالباً ما قد يكون عبر الفضاء الكوني- .

وعلى عكس المشرع الفرنسي حددت نصوص حماية حقوق المؤلف الجزائري (الأمر رقم 05/03) مدة قصوى يلتزم الناشر فيها باستغلال المصنف المتعاقد عليه وقدرت في المادة 88 بسنة بالنسبة للمصنفات البسيطة التي يسهل إنجازها ، كما استثنت بعض المصنفات التي لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تنجز في هذه المادة كالموسوعات والمختارات ...، فالتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد هل نستطيع تطبيق هذا الأجل في النشر الإلكتروني خاصة مع عدم وجود أساس قانوني لذلك؟.

تجدر الإشارة إلى أن حقوق المؤلف الأدبية والمالية تشكل التزامات في ذمة الغير الذي يستغل المصنف ، ومما ذكرناه يتبين أن الغير يكون الناشر الإلكتروني إذا تعلق الأمر بعقود محلها بث مصنفات عبر وسائل رقمية ، فعن احترام الحق الأدبي نجد أن هذا الشخص ملزم بنسبة المصنف لصالحه وهو ما يعرف بحق الأبوة^[44] ، هذا الأخير يترتب عليه عدة نتائج من أهمها وجوب وضع اسم المؤلف على المصنف أو أن يضع الاسم الذي اختاره لنفسه حتى ولو كان مستعاراً ، كما عليه احترام سلامة المصنف بعدم إجراء تعديلات التي من شأنها أن تغير طبيعته، فضلاً على

حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول عندما يرى أنه لا يتلاءم مع مستواه الفكري أو الأفكار السائدة في المجتمع على أن هذا الأخير لا يتم إلا بموافقة المحاكم^[45] منعا للتعسف، لكن الملاحظ أن احترام الحق المعنوي مسألة نسبية يصعب تحقيقها على شبكة الإنترنت، إذ أن حق تقرير النشر أكثر عرضة للاعتداء عليه، فبمجرد أخذ المؤلف قرار نشر المصنف عبرها يصبح معرضا للانتهاك لاحتمال نشره بعد ذلك من مستعمليه دون الحصول على موافقته كما وقع في القضية السابقة^[46].

كما يمثل المقابل المالي المدفوع للمؤلف نظير التنازل الجانب الثاني من حقوق المؤلف التي تشكل التزاما في ذمة الناشر الإلكتروني، هذه المكافأة كما سماها المشرع يتم تحديدها في العقد بطريقة تناسبية يتلقاها المؤلف أو خلفه من بعده على أن لا تقل على نسبة 10%^[47] كما يمكن تحديدها جزافيا، فالمهم تحقيق التعادل بين ما يجنيه الناشر الإلكتروني من أرباح وما يدفعه من مقابل نتيجة استغلال المصنفات الحديثة الإلكترونية، والواقع أن أنسب طريقة لتقاضي المؤلف المكافأة تكون عن طريق الجمع بين الصورتين أي أن يتفق المؤلف على حقه في الحصول على نسبة مئوية معينة من عائد استغلال المصنف في مجال النشر الإلكتروني يضاف له مبلغ جزافي يتفق عليه الأطراف، بيد أن نص المادة 95 من الأمر 05/03 المنظم لحقوق المؤلف لم تتطرق لهذا الفرض، لكن هذا لا يمنع من احتمال الاتفاق عليه تطبيقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

ويجوز للمؤلف أو خلفه أن يطلب إعادة النظر في المقابل المتفق عليه في عقد النشر الإلكتروني إذا تبين أن الاتفاق قد يكون مجحفا أو طرأت ظروف بعد التعاقد تفرض ذلك، بناء على ذلك لا يوجد ثمة ما يمنع أن تطبق أحكام عقد التنازل على عقد النشر الإلكتروني التي تطرقت إلى الغبن عند عدم التكافؤ في الأداءات، إذا كانت المكافأة مقدرة جزافيا حسب المادة 66 من الأمر 05/03 بغرض زيادة المقابل إلى حدود المعقول بإعطاء المؤلف جزءا من الربح الصافي الكافي الناتج عن استغلال المصنف^[48].

وليست هذه الأخيرة الضمانة الوحيدة بل فرض المشرع الجزائي التزام آخر يقع على عاتقه إذا كان المقابل المالي المتفق عليه مقدر نسبيا، فيلتزم الناشر الإلكتروني بتقديم كشف حساب للمؤلف محدد فيه مجموعة من البيانات تكفل إقرار صحة مبيعات نسخ المصنفات، ووجه السند في ذلك ما أقره في نص المادة 96 من الأمر 05/03 في فرض وسيلة فعالة تمكن المؤلف من مراقبة سير عملية النشر الإلكتروني وتنفيذه لهذا العقد من عدمه بما يتضمنه من بيانات ومستندات التي تدعم موقفه، وإذا رفض فيجوز إجباره بواسطة المحكمة ولو كانت تحكيمية ولها أن تفرض عليه تعويض أو فسخ العقد إذا اقتضى الأمر ذلك، وهذا الجزاء لا يقتصر على هذا الالتزام بل يشمل كل الواجبات المفروضة على الناشر الإلكتروني.

المطلب الثالث: انتهاء عقد النشر الإلكتروني:

ينقضي هذا العقد بذات الأسباب التي تنتهي به العقود عادة سواء بالفسخ مع التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو بأسباب أخرى في الحالة العكسية، هذه الأخيرة يمكن فيها لعقد النشر الإلكتروني أن يكون محدد المدة فينقضي بانتهاء الأجل على أن تضاف مدة أخرى لتصريف النسخ المتبقية قدرها المشرع الجزائي في المادة 98 من الأمر 05/03 بسنتين من تاريخ الانقضاء يمكن فيها التصرف في النسخ المتبقية وفقا للسعر المذكور في العقد أو بسعر جديد يكون محل اتفاق بين الطرفين شريطة عدم مطالبة المؤلف لها وأن يقدم له كل مبرر يتعلق بتصريفها^[49]، على أن الناشر الإلكتروني لا يحتاج لهذه المدة كون النسخ المنشورة تكون عادة مرقمة وغير ملموسة يتم بثها عن

طريق شبكة الإنترنت لكن توجد حالة تمكن الناشر من الاستمرار في استغلال المصنف بعد انتهاء المدة المحددة في العقد على أنه يبقى الناشر مهتدا بإنهاء العلاقة في أي مرحلة دون أن يستفيد من نظرية التجديد الضمني للعقد^[50].

وبالمقابل إذا كان العقد غير محدد المدة يظل ساري المفعول طوال المدة التي قررها القانون لحماية حق المؤلف إذا كان التنازل كاملا عن حقه في النشر ، مع العلم أن القانون منح الحماية لفائدة المؤلف طوال حياته ولذوي الحقوق الذي من بينهم الورثة مدة خمسين (50) سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته^[51] ، أما الحالة العكسية التي يتنازل فيها المؤلف عن الحق في استغلال مصنفه جزئيا وهو ما يحدث عادة ، فإن لكل من الطرفين الحق في فسخ العقد في أي مرحلة على أن لا يستعمل هذا الحق تعسفا للإضرار بالطرف الثاني .

وحسب اعتقادنا ، كلا الاحتمالين من النادر تصورهما في عقد النشر الإلكتروني لأنه يتم سحب المصنف الرقمي من الموقع بعد مرة من عرضه قد يتفق عليها أطراف العلاقة ، إذ لا يمكن إعمال مدة الحماية السابقة الذكر في المجال الافتراضي هذا من جهة ، كما أنه ومن جهة أخرى التنازل الجزئي على الاستغلال المالي للمصنف لا يقع على المصنفات الرقمية كونه يشمل طبعة معينة من طبعات الكتاب وليس النسخ الغير مادية الموجودة على شبكة الإنترنت .

الخاتمة :

هذه الدراسة أثبتت أن التشريعات في حيرة من أمرها بشأن المصنفات الرقمية حول إمكانية إبقاء القواعد المتعلقة بحق المؤلف لتطبق على هذا النوع من المصنفات دون إحداث تغييرات في قوانينها ، أو العكس للتمكن من التحكم في الشبكة المعلوماتية .

إلا أننا نعتقد النشر الإلكتروني أصبح حقيقة لا يمكن تجنبها ، هذه الحقيقة أضحت ماثلة أمام التشريعات الوطنية اليوم ومن ضمنها التشريع الجزائري ، لهذا لا يمكن أن ننكر مدى أهمية إحداث تغييرات على قوانين الدول فيما يخص حق المؤلف بما يتماشى ومقتضيات العصر ، خاصة وأن النسخ بالطريقتين السابقتي الذكر أثبتت بالأرقام تراجع أعداد الكتب المطبوعة بالطريقة التقليدية، ولجوء المؤلفين لنشر مصنفاتهم بالطريقة الرقمية من أجل السماح بالاستفادة من عدد هائل من المعلومات لكل مستخدم شبكة الإنترنت و إمكانية تداول هذه المصنفات، حتى وإن كانت تقانات المعلومات الحديثة لا تحمي حقوق المؤلف بالقدر الذي تحققه هذه الحماية لو كان في شكل عقد نشر تقليدي .

الحقيقة أن الإنترنت أحد آليات العولة التي تعمل على وضع العالم موضع التفاعل لتحرير اقتصاد ونسف الحدود من أجل خلق قرية كونية واحدة^[52] ، غير أن ذلك ليس معناه تراجع دور القوانين الوطنية في إرساء الحماية اللازمة للمؤلف كطرف الضعيف .

وفي انتظار حسم هذه المسألة يبقى عقد النشر خاضعا للقواعد التقليدية حتى وإن كان محله مصنفات ناتجة عن التكنولوجيا الحديثة .

-Claude Colombet: grandes principes du droit d'auteur et de droit voisins dans le monde- approche de droit ^[1]
comparé , LITEC 1990, UNESCO , P 84 .

^[2] إن الحاسب الآلي أو جهاز الكمبيوتر : عبارة عن آلة مجردة اخترعها الإنسان لتجمع له المعلومات ، بعد أن ثبت عجز الذاكرة الداخلية للكائن البشري عن الإحاطة بالكم الهائل من المعلومات الذي تحيط بنا ، وقد سماها البعض ببنك المعلومات كون لها طاقة التخزين والاسترجاع في نفس الوقت أيا كان نوع الحاسب أو حجمه أو الغرض من استعماله .

^[3] نقل المصنف للجمهور يتم بطريقتين : الطريقة الأولى : المتمثلة في الطريق المباشر وسميت كذلك لكونها أداء علني للإبداع، من أجل إيصال ما أنجزه المؤلف إلى الجمهور ويكون عن طريق التمثيل representation ، أما الطريقة غير المباشرة فتسمح بنسخ صور من المصنف ونشرها ليتداولها الجمهور.

- Etienne Montero : droit des technologies de l'information regards prospectifs , Bruxelles 1999, P51/52 .^[4]

- Pascale Desjonqueres : les droits d'auteur (Guide Juridique Sociale et Fiscale) 3ème édition actualisée et ^[5]
augmentée les éditions juris service AGECE , P140 .

- Claude Colombet : P.L.A , op cit , P262 .

- Robert Plaisant: contrat d'édition des œuvres littéraires ,J.Cl. P. P. L. A ,Fasc 330 , 1984 , P04.

Ibid , P 04 .-^[6]

^[7] أسامة أحمد بدر : تداول المصنفات عبر الإنترنت - مشكلات وحلول في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 ، المكتبة القانونية ، طبعة 2004 ، ص 18 .

^[8] هذا التعريف مأخوذ من المجلة العربية للعلوم والمعلومات -العدد 1- السنة الثامنة عشر ، ربيع الثاني 1424 الموافق لـ 05 جويلية 2003 تحت عنوان تقانة المعلومات وتأثيرها على التوثيق والنشر ، ص 132 .

^[9] السيد السيدالشار : النشر الإلكتروني ، دار الثقافة العلمية ، بدون طبعة ، ص 15 .

- Carine Jezequel , Alexandra Lemenicier , Ludovic Blin : la protection de la propriété intellectuelle face aux ^[10]
nouvelles technologies de l'information et de la communication , S.D.I , Février 1999 , P 06 .

- Robert Plaisant : op cit , P 09 .^[11]

- J.L.Goutal : multi média et réseaux , l'influence de technologies numériques sur les pratiques contractuelles ^[12]
en droit d'auteur , D 1997 , CHRON . P 357 .

^[13] تنص المادة 62 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أنه: " يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب.

ويمكن إبرام العقد ، عند الحاجة بواسطة تبادل رسائل أو بقرات تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها وفقا لأحكام المادة 65 أدناه " .

^[14] من التشريعات العربية التي تعد قد نصت صراحة على النشر الإلكتروني القانون المصري الجديد المنظم للملكية الفكرية في نص المادة 147 والتي نصت على أنه "يتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده ، بحق استثنائي في الترخيص أو المنع لأي استغلال لمصنفه بأي وجه من الوجود وبخاصة عن طريق...الإتاحة للجمهور، بما في ذلك إتاحتها عبر أجهزة الحاسب الآلي أو من خلال شبكات الإنترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات وغيرها من الوسائل" .

^[15] تنص المادة 09 : " يتمتع مؤلف المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استثنائي في التصريح بعمل نسخ من هذه المصنفات بأية طريقة وبأي شكل " .

^[16] - YsoldeGendreau : le droit de reproduction et internet , RIDA 1998 /2 , P 21 .

^[17] أسامة أحمد بدر : المرجع السابق ، ص 79 .

^[18] - Lionel Thomyre : approche contractuelle de l'édition d'oeuvres littéraires sur internet , SDI, P02 .
www.juris.net/uni/doc/1999.12.10.htm

^[19] - P.E. Moyse et Gautrais : " droit des auteurs et droit de la consommation dans le CYBER ESPACE - La relation auteur / utilisateur " , C.P.I. Octobre 1996 , Vol 09 , P35 .

^[20] "son incorporation dans un exemplaire donne un résultat suffisamment stable ou permanent pour lui permettre d'être perçue reproduite ou communiquée pendant un laps de temps plus que provisoire" Voir YsoldeGendreau : Le droit de reproduction et internet , RIDA 98/2 , op cit , P 15

^[21] - Tache Pierre Alain : le Contrat d'édition de l'oeuvre littéraire (contribution a l'étude de la remise de la législation Suisse) thèse 1970 , P 15 .

^[22] - Benoit Frydman : quel droit pour l'internet , S.D.I , P 09 .

^[23] -TGI Paris (réf) 14 aout 1996 , droit de l'informatique et des télécoms , 1996 ,vol .4 , P31 ; -D 1996, jur.P490 , note Gautier ; -JCP .1996 , 11, n 22727 , note F.Olivier et Barbry ; -JCP , ed : E. 1996 . 11 . n 881 , note : B .Edelman .

^[24] - "des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur ou été sans autorisation , numérisées et mises en ligne sur le réseau internet a l'initiative de deux élèves sur le serveur étudiant de leur école, ils ont ainsi reproduit et favorisé une utilisation collective de ces œuvres , des tiers connectés au réseau internet pouvant visiter leurs pages privées et en prendre copie " .

^[25] - Carine Jezequel , Alexandra Lemenicier , Ludovic Blin : op cit , P 60 .

"- [26] toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur susceptible d'être mise a la disposition de personnes connectées au réseau internet doit être autorisée expressement par "les titulaires ou cessionnaires des droitsœuvre de l'esprit constituant une contre façon

[27] - T.G.I Paris (REF) . 05 Mai 1997 ; J.C.P 1997 Ed : G , II , 22906 .

"- [28] "l'acte de numérisation est un acte de reproduction

[29] راجع الأهلية اللازمة للتعاقد الصفحة 04 .

[30] - Schonning (P) : loi applicable aux transmissions en ligne transnationales , RIDA 1996 , P 36, n 170 .

[31] - Caroline Jezequel , Alexandra Lemenicier , Ludovic Blin : op cit , P 05 .

[32] أنظر أسامة أحمد بدر : المرجع السابق ، ص 53 .

[33] جمال محمود الكردى : حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية - والنظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد- ، دار الجامعة الجديد للنشر 2003 ، ص 122 .

[34] علي فيلاي : الالتزامات - النظرية العامة للعقد - موفد للنشر ، طبعة 2008 ، ص 259 ؛ علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الطبعة الثانية ، ص 75 .

[35] خالد ممدوح إبراهيم : إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2006 ، ص 11 .

[36] TGI , PARIS 8 juillet 1981 , RIDA oct 1981 , P 211 : "elle doit être comprise , selon les cas des illustrations" .

[37] لقد حدد المشرع أصحاب الحقوق في المصنفات التي يتعدد فيها المؤلفين والذين يقع عليهم الالتزام بالتسليم ، ففي المصنفات المركبة هذه الصفة تتوفر في الشخص الذي أنجز المصنف المركب مع مراعاة حقوق مؤلف المصنف الأصلي وفقا لنص المادة 14 الفقرة 2 من الأمر 05/03 لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة ، أما المصنف المشترك والذي نصت عليه المادة 15 من نفس القانون فيجب التفرقة فيه بين حالة المصنف القابل للتجزئة أين يكون الالتزام بالتسليم واقع على كل شخص أما الحالة العكسية يكون على عاتق الشخص الذي أبرم عقد النشر لاستغلال الجزء الذي ينفرد بوضعه ، أما النوع الثالث من المصنفات والتي تعرف بالمصنفات الجماعية فوفقا للمادة 18 يتولى ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قام بالتنسيق رغم أنه ليس بالمؤلف الفعلي .

[38] محمد سامي عبد الصادق ، حقوق المؤلفين المصنفات المشتركة ، المكتب المصري الحديث ، الطبعة الأولى ، ص 200 .

[39] Art 132/9 : " l'auteur doit mettre l'éditeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l'œuvre , il doit remettre a l'éditeur dans le délai prévu au contrat , l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication normale .

sauf convention contraire ou impossibilités d'ordre technique l'objet de l'édition fournie par l'auteur reste la propriété de celui-ci " .

[40] محمد السعيد رشدي : عقد النشر في القانون المصري والفرنسي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية 1989، ص 102 .

[41] Roland dumas : Propriété littéraire et artistique , librairie de France 1987 , P 276

[42] نواف كنعان: حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)، الطبعة الثالثة 2000، ص 141 ؛ مختار القاضي: حق المؤلف ، الطبعة 1958 ، مكتبة الأنجلو المصرية ص 103/102 .

[43] Pierre Monet : nouveau memento de propriété littéraire et artistique pour la France et l'étranger , L.G.D.J 1954 , P 74.

[44] لقد اهتم المشرع بهذه الحقوق متبعاً في ذلك اتفاقية برن وحتى التشريعات الأوروبية والعربية من خلال نصها في الفصل الأول من الباب الثاني على الحقوق المعنوية وممارستها في المادة 22 وما يليها من الأمر 05/03 ، ونظراً لأهمية هذه الحقوق أعادت تكرارها ضمن أحكام عقد النشر في كل من المادة 90 و 92 من نفس الأمر .

[45] Xavier Linant de bellefonds : droit d'auteur et droit voisins , P 251

[46] راجع القضية في الصفحة 80 .

[47] هذه النسبة حددها المشرع الجزائري في المادة 95 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

[48] J.Matthyssens: sanctions de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur, RIDA 1959, P73 .

[49] هذا الأجل بقي مؤخوذاً به حتى بعد تعديل قانون حق المؤلف بمقتضى الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 ، إذ أن الأمر رقم 10/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 كان ينص عليه في المادة 100 بنفس الشروط السابقة الذكر .

[50] محمد السعيد رشدي : المرجع السابق ، ص 150 .

[51] نصت على ذلك المادة 54 من الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 05/03 بقولها : " تحظى الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين (50) سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته " .

[52] مقالة الدكتور : عبد الحميد حنورة ، تحت عنوان " الإبداع في عصر العولمة " المنشورة في مجلة التقدم العلمي، العدد الثامن والعشرون ، أكتوبر /ديسمبر 1999 ، ص 56 .

قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

- علي فيلاي : الالتزامات - النظرية العامة للعقد - موفد للنشر ، طبعة 2008 .

- خالد ممدوح ابراهيم : إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2006 .

- أسامة أحمد بدر : تداول المصنفات عبر الإنترنت - مشكلات وحلول في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 ، المكتبة القانونية ، طبعة 2004 .

-جمال محمود الكردي : حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد- ، دار الجامعة الجديد للنشر 2003 .

- نواف كنعان:حق المؤلف(النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)، الطبعة الثالثة 2000 .

-محمد السعيد رشدي : عقد النشر في القانون المصري والفرنسي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية 1989

-محمد سامي عبد الصادق ، حقوق المؤلفين المصنفات المشتركة ، المكتب المصري الحديث ، الطبعة الأولى .

-علي عيسليمان : النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري- الطبعة الثانية.

-مختار القاضي : حق المؤلف ، الطبعة 1958 ، مكتبة الأنجلو المصرية .

المقالات :

-المجلة العربية للعلوم والمعلومات -العدد 1- السنة الثامنة عشر ، ربيع الثاني 1424 الموافق ل 05 جويلية 2003 تحت عنوان تقانة المعلومات وتأثيرها على التوثيق والنشر .-مقالة الدكتور : عبد الحميد حنورة ، تحت عنوان "الإبداع في عصر العولمة " المنشورة في مجلة التقدم العلمي، العدد الثامن والعشرون ، أكتوبر/ديسمبر 1999 .

-السيد السيدالنشار : النشر الإلكتروني ، دار الثقافة العلمية ، بدون طبعة .

الاتفاقيات الدولية :

- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 1889/09/09 والمعدلة بروما في 1928/06/02 وبروكسل 1948/06/26 واستكهولم 1967/07/14 ، وباريس 1971/07/24 وأخيرا 1979.

النصوص القانونية

القوانين :

- قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/سبتمبر/1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 44 ل 2005/06/26 .

الأوامر :

- أمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 ، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، الجريدة الرسمية رقم 44 .

- أمر رقم 10/97 صادر في 10/03/1973 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، الجريدة الرسمية العدد 13

- Etienne Montero: droit des technologies de l'information regards prospectifs , Bruxelles 1999.
- Carine Jezequel , Alexandra Lemenicier , Ludovic Blin : la protection de la propriété intellectuelle face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, S.D.I , Février 1999 .
- Claude Colombet: grandes principes du droit d'auteur et de droit voisins dans le monde- approche de droit comparé , LITEC 1990, UNESCO .
- Pascale Desjonqueres : les droits d'auteur (Guide Juridique Sociale et Fiscale) 3ème édition actualisée et augmentée les éditions juris service AGECE .
- Roland dumas : Propriété littéraire et artistique , librairie de France 1987 .
- Pierre Monet : nouveau memento de propriété littéraire et artistique pour la France et l'étranger , L.G.D.J 1954 .
- Xavier Linant de Bellefonds : droit d'auteur et droit voisins .

Thèse :

- Tache Pierre Alain : le Contrat d'édition de l'oeuvre littéraire (contribution à l'étude de la remise de la législation Suisse) thèse 1970 .

Etudes doctrinales , Article et Chronique :

- Lionel Thomyre : approche contractuelle de l'édition d'oeuvres littéraires sur internet, SDI, P02 .www.juris.net/uni/doc/1999.12.10.htm.
- Ysolde Gendreau : le droit de reproduction et internet , RIDA 1998 /2
- J.L.Goutal : multi média et réseaux , l'influence de technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur , D 1997 , CHRON .
- Schonning (P) : loi applicable aux transmissions en ligne transnationales , RIDA 1996 , n 170 .
- P.E. Moyse et Gautrais :” droit des auteurs et droit de la consommation dans le CYBER ESPACE - La relation auteur / utilisateur “ , C.P.I. Octobre 1996 , Vol 09.

- Robert Plaisant: contrat d'édition des œuvres littéraires ,J.Cl. P. P. L. A ,Fasc 330 , 1984 .
- Benoit Frydman : quel droit pour l'internet , S.D.I .
- J.Matthyssens:sanctions de la lésion dans les contrats relatifs aux droit d'auteur,RIDA1959 .

Observations et principales notes de jurisprudence

- TGI Paris (réf) 14 aout 1996 , droit de l'informatique et des télécoms , 1996 ,vol .4 , P31 ; -D 1996, jur.P490 , note Gautier ; -JCP .1996 , 11, n 22727 , note F.Olivier et Barbry ; -JCP , ed : E. 1996 . 11 . n 881 , note : B .Edelman .
- T.G.I Paris (REF) . 05 Mai 1997 ; J.C.P 1997 Ed : G , II , 22906 .
- TGI , PARIS 8 juillet 1981 , RIDA oct 1981

الغرامة النهديدية في المادة الإدارية

(دراسة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)



الأستاذة : مايا دقايشية

أستاذ مساعد أ بقسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة 8 ماي 1945 قالمة -الجزائر-

مقدمة :

يقتضي مبدأ سيادة القانون خضوع جميع الأشخاص لما يقرره، و امتثالهم لأحكام و قرارات الجهات القضائية الفاصلة في المنازعات الناشئة بينهم.

و لما كانت الإدارة شخصا من أشخاص القانون وجب عليها لزوما الخضوع له في كل تصرفاتها ، ذلك أن الهدف المنشود من اللجوء إلى القضاء في مواجهة الإدارة ، ليس فقط أن ينصف القاضي الإداري رافع الدعوى و إنما أن يمارس رقابة فعالة على الإدارة ضمانا لتنفيذ أحكام القضاء و قراراته ، و هو ما يكسب تلك الأحكام هيبة و يكرس مبدأ المشروعية¹.

و تأسيسا عليه و ضمانا لتنفيذ الإدارة لأحكام القضاء وجب أن يخول هذا الأخير صلاحيات ووسائل كفيلة بإجبار الإدارة على التنفيذ.

¹ - تنص المادة 125 من دستور الجزائر لسنة 1996: " على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت و في كل مكان، و في جميع الظروف ، بتنفيذ أحكام القضاء". و عليه فقد كفل الدستور حسن تنفيذ الأحكام القضائية في المادة العادية و الإدارية على حد السواء و منع كل أجهزة الدولة من التأخر أو التماطل أو عدم تنفيذ تلك الأحكام و القرارات.

للتفصيل يراجع: الدكتور :عمار بوضياف، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية في القانون الجزائري، على موقع: www.alhodaithy.com

و باعتبار الغرامة التهديدية أحد أهم وسائل التنفيذ الجبري لأحكام القضاء، نحاول من خلال هذا البحث الإجابة على السؤال الآتي: هل تعد الغرامة التهديدية وسيلة فعالة لضمان تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء؟ وما هي سلطة القاضي الإلغاء في تقريرها و تصفيتها؟

إجابة على هذه الإشكالية و إحاطة بمختلف جزئيات الموضوع قدرنا البحث فيه من خلال الخطة الآتية:
المبحث الأول: مفهوم الغرامة التهديدية و طبيعتها القانونية.

المطلب الأول: مفهومها.

المطلب الثاني: طبيعتها القانونية .

المبحث الثاني: سلطة قاضي الإلغاء في النطق بالغرامة التهديدية .

المطلب الأول: سلطته في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم .

المطلب الثاني: سلطته بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

المبحث الثالث: شروط تقرير الغرامة التهديدية و تصفيتها.

المطلب الأول: شروط تقريرها .

المطلب الثاني: تصفية الغرامة التهديدية.

خاتمة .

المبحث الأول: مفهوم الغرامة التهديدية و طبيعتها القانونية :

المطلب الأول: مفهومها :

يقصد بالغرامة التهديدية التهديدات المالية التي ينطق بها القضاء قصد إلزام الممتنعين عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقهم بموجب سندات تنفيذية.⁽¹⁾

ويتلخص نظام الغرامة التهديدية في " أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغا معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام"⁽²⁾

(1) - غناي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 04، 2003، ص 146.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، لبنان، ط 3، 2005، ص 807.

ومن خلال التعريف يمكن القول أن الغرامة التهديدية تتمتع بجملة من الخصائص نوجزها كالآتي:

1- أنها ذات طابع تهديدي تحكيمي، فهي تحذر المحكوم عليه من الجزاءات المالية التي ستثقل عاتقه في حالة امتناعه عن التنفيذ، وأن القاضي يقدرها تقديرا تحكيميا لا يتقيد فيه إلا بمراعاة قدرة المدين على الماطلة والتعنت في التنفيذ، فيقررها بالقدر الذي يراه منتجاً في تحقيق غايتها وهي إخضاع المدين وجبره على التنفيذ.⁽¹⁾

2- أنها تقدر عن كل وحدة من الزمن، فلا يمكن تحديد مقدارها الإجمالي لأن ذلك متوقف على مدى تأخر المدين عن تنفيذ التزامه.⁽²⁾

3- أنها ذات طابع مؤقت مصيره الزوال، فهي تنتهي إما بوفاء المدين بالالتزام أو بإصراره على عدم التنفيذ مما يدفع القاضي لتصفية الغرامة التهديدية.

4- أنه لا يقضَ بها تلقائياً بل بناء على مطالبة قضائية من قبل صاحب الشأن.

المطلب الثاني : طبيعتها القانونية :

إن المشرع الجزائري عند تنظيمه للدعوى ترك البعض منها من غير تسمية وخص البعض الآخر باسم معين فجعلها بذلك دعوى قضائية مسماة.

ولما فصل المشرع شروط الغرامة التهديدية في المواد 340،471، من قانون الإجراءات المدنية القديم⁽³⁾، و على النسق ذاته بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،⁽⁴⁾ خصص المادة 625 منه للشروط العامة لتقرير الغرامة التهديدية ثم أضاف المواد من 980 إلى 988 لبيان أحكامها إذا تعلق بالمواد الإدارية، فهو بذلك يكون قد أضفي عليها حقاً وصف الدعوى القضائية المسماة.⁽⁵⁾

هذا و تعتبر الغرامة التهديدية أحد أهم وسائل التنفيذ الجبري للأحكام القضائية لأنها إكراه مالي للضغط على الممتنع عن التنفيذ بهدف إجباره و إرغامه على تنفيذ الالتزام.

و جدير بالذكر أن الغرامة التهديدية تختلف عن التعويض من حيث الهدف و التقدير، فالهدف منها هو إجبار المحكوم ضده على تنفيذ أحكام و قرارات القضاء بينما يرمي التعويض إلى جبر الضرر و إصلاحه.

(1)- د. منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط، 2002، ص 19.

(2) - مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط، 2008، ص 15.

(3) - الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل و المتمم، (جريدة رسمية رقم 47 لسنة 1966)

(4) - قانون رقم 80-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (جريدة رسمية رقم 21 لسنة 2008).

(5) - غناي رمضان، مرجع سابق، ص 150، 151.

أما من حيث تقدير القيمة فالقاضي عند تقدير التعويض يراعي ما فات الدائن من كسب و ما لحقه من خسارة ، في حين ينظر عند تقدير الغرامة التهديدية إلى مدى قدرة المبلغ المحكوم به على دفع المدين نحو التنفيذ العيني.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الغرامة التهديدية ليست جزاء و لا عقوبة لأن اعتبارها كذلك يتعارض و يتنافى و مبدأ المشروعية و الذي مفاده أن لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص ، و هي أساسا لم تكرر في قانون العقوبات .⁽¹⁾

المبحث الثاني : سلطة قاضي الإلغاء في النطق بالغرامة التهديدية :

استحدث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية آليات جديدة لتنفيذ قرارات الإلغاء القضائية، و خول للقاضي الإداري صراحة سلطة توقيع الغرامة التهديدية في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة، بعد أن اتسم العمل القضائي بالتردد و التذبذب في توجيهها ضد الإدارة في ظل سريان قانون الإجراءات المدنية الملغى.

و هو ما يفرض علينا البحث في سلطة قاضي الإلغاء في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم ثم سلطته بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الأول : سلطة قاضي الإلغاء في النطق بالغرامة التهديدية في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم :

أولا : على مستوى النصوص القانونية :

تقررت الغرامة التهديدية أساسا بموجب المادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾، و بما أنه لم يشر صراحة في كلتا المادتين إلى اختصاص القضاء الإداري بالحكم بالتهديدات المالية فقد ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن القاضي الإداري لا يملك سلطة أمر الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية تحت طائلة غرامات تهديدية ، و حجتهم في ذلك أن المادة 340 قانون إجراءات مدنية تحيل صاحب المصلحة من قبل القائم بالتنفيذ إلى المحكمة للمطالبة بالتهديدات المالية، و هو ما يدل على أن الاختصاص يعود إلى جهات القضاء العادي لا غير.⁽²⁾

و يستند أصحاب هذا الرأي كذلك إلى القانون رقم 91-02 المؤرخ في 08 جانفي 1991 و الذي يجدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء⁽³⁾ إذ لا يجيز الحكم بالإكراه المالي ضد الإدارة.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 816 * د منصور محمد أحمد ، مرجع سابق، ص 18 * مرداسي عز الدين، مرجع سابق، ص 16،17.

(1) - نصت المادة 340 قانون إجراءات مدنية على: " إذا رفض المدين تنفيذ إلتزام بعمل أو خالف إلتزاما بالإمتناع عن عمل يثبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضر و يحيل صاحب الصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية ما لم يكن قد يقضي بالتهديدات المالية من قبل".

و جاء نص المادة 471 قانون إجراءات مدنية: " يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية في حدود اختصاصها..."

و يجوز لقاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب الخصوم أن يصدر أحكام بتهديدات مالية..."

(2) - مرداسي عز الدين، مرجع سابق، ص 37،38 . * غناي رمضان، مرجع سابق، ص 153.

(3) - جريدة رسمية رقم 02 لسنة 1991.

و يرد على أصحاب هذا الاتجاه بان المادة 340 قانون إجراءات مدنية وردت بصيغة العموم و الإطلاق لتسري على الأفراد و الإدارة على حد سواء ، كما أنها تركزت تحت الباب الثالث من الكتاب السادس بعنوان " التنفيذ الجبري لأحكام المحاكم و المجالس القضائية" ، و عليه وجب تطبيقها على كل ممتنع عن التنفيذ سواء كان شخصا من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام.⁽⁴⁾

فضلا عن ذلك فإن النص العربي للمادة 340 قانون إجراءات مدنية و الذي يوحي خطأ بأن الغرامة التهديدية من اختصاص القضاء العادي فقط، بقوله " إلى المحكمة للمطالبة... بتهديدات مالية" ، و يثبت الخطأ فيه بالرجوع إلى النص الفرنسي و الذي جاءت صياغته أكثر دقة و صوابا عندما أحالت صاحب المصلحة للتقاضي دون تخصيص جهة القضاء"⁽¹⁾

"l'agent d'exécution renvoi le bénéficiaire à se pouvoir aux fins de ... "

و الأكثر من ذلك فإن كلا من المادة 40 من القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاص مجلس الدولة و تنظيمه، و المادة 2 من القانون العضوي 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية قد كرسا تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية أمام مجلس الدولة و المحاكم الإدارية.

هذا و بالرجوع أيضا إلى نص المادة 471 قانون إجراءات مدنية فإننا نجد يمنح اختصاص الفصل في دعاوى الغرامة التهديدية إلى الجهات القضائية دون تخصيص جهات القضاء العادي.

و عليه فالمادتين المذكورتين كافيتين لإقرار سلطة القاضي الإداري بالنطق بالغرامة التهديدية⁽²⁾.

إضافة إلى ما ذكر فإن القانون رقم 91-02 و الذي لا يجيز الحكم بالإكراه المالي ضد الإدارة ، يتناول تنفيذ الأحكام المتضمنة التعويضات المالية في حين أن الغرامات التهديدية تخص الأحكام المتضمنة إلزاما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.⁽³⁾

ثانيا : على مستوى القضاء الإداري :

تذبذب القضاء الإداري في الجزائر حول الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة عند امتناعها عن تنفيذ أحكام القضاء بين الإجازة تارة و المنع تارة أخرى، فأدى ذلك إلى صدور قرارات متناقضة حتى داخل الجهة ذاتها.

و تأسيسا عليه نتعرض للاتجاه المؤيد لتسليط الغرامة التهديدية ثم الموقف المعارض.

(4) - د.عمار بوضياف ،مرجع سابق * السعيد سليمان، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2004، ص 158.

(1) - عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ، دار هومة، الجزائر، دط، 2012 ،ص42. * غناي رمضان ، مرجع سابق ، ص 154.

(2) - د.بوشير محند أمقران ، حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مداخلة أقيمت بالملتقى

الوطني لسلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية ، يومي 18 و 19 ماي 2011، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 1945 -قائمة - ص 08.

(3) - مرادسي عز الدين ، مرجع سابق، ص 36.

1- الموقف المؤيد لتسليط الغرامة التهديدية ضد الإدارة العمومية :

يتضح لنا الموقف المؤيد لتسليط الغرامة التهديدية ضد الإدارة من خلال عدة قرارات نذكر منها :

- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر في 14/05/1995 تحت رقم 133944 بين السيد (ب.م) و رئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث جاء فيه : " حيث أن المستأنف طلب من المندوبية التنفيذية لبلدية سيدي بلعباس تنفيذ القرار الصادر في 06/06/1993 من الغرفة الإدارية للمحكمة العليا و أن هذه الأخيرة رفضت الاستجابة لطلبه، و أن مسؤولية البلدية قائمة بسبب هذا التعنت اتجه السيد (ب.م) و أن قضية الدرجة الأولى كانوا محقين لما قرروا بأن الضرر اللاحق يجب تعويضه بناء على غرامة تهديدية. لكن حيث أن المبلغ الممنوح أي 2000 دج زهيد فيجب رفعه إلى 8000 دج.⁽¹⁾
- و في قرار آخر للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا صادر في 11/05/1997⁽²⁾ بين نفس الأطراف، التمس السيد (ب.م) تصفية الغرامة على أساس مبلغ 8000 دج إلى غاية يوم رفع الاستئناف بمبلغ إجمالي قدره 6.608.000 دج و ذلك نظرا لتفاقم الضرر. و قد وصلت المحكمة العليا إلى الحكم بالمبلغ الذي التمسه المستأنف .

و إذا كانت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قد تبنى فكرة الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة عند ثبوت امتناعها عن تنفيذ أحكام القضاء فإن التهديدية ضد الإدارة عند ثبوت امتناعها عن تنفيذ أحكام القضاء فإن مجلس الدولة أيضا قد سلك الموقف ذاته في بعض قراراته التي نذكر منها:

- القرار الصادر في 03/03/1999⁽³⁾ و الذي ذهب إلى تأييد الحكم بالغرامة التهديدية و ذلك حال فصله في الاستئناف المرفوع من قبل بلدية ميله ضد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة في 01/07/1995 و القاضي بتصفية الغرامة التهديدية المحكوم بها ضد البلدية ، لعدم امتثالها للقرار القضائي الذي يلزمها بوقف أشغال البناء.

و نستشف نفس الموقف المؤيد من خلال قرار مجلس الدولة الصادر في 12/06/2002 تحت رقم 19117⁽⁴⁾ بين السيد (د.ب) ووالي ولاية عين تيموشنت و الذي أيد قرار صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران قضى بتصفية الغرامة التهديدية و بهذا يتجلى لنا أن كلا من الغرفة الإدارية للمحكمة العليا و مجلس الدولة، و في العديد من القرارات، قد أيد واعترفا للقاضي الإداري بسلطة الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارات العمومية عند تعنتها عن تنفيذ أحكام القضاء.

(1) - أشارت إليه بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دار هومة، الجزائر، دط، 2010، ص 321، * فاضل إلهام، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قلمة، الجزائر، 2005، ص 56.

(2) - قرار غير منشور، أشارت إليه: بن صاولة شفيقة، مرجع سابق، ص 323.

(3) - غير منشور: لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، دط، 2002، ص 33.

(4) - قرار غير منشور مشار إليه في: بن صاولة شفيقة، مرجع سابق، ص 322.

2- الموقف المعارض لتسليط الغرامة التهديدية ضد الإدارات العمومية :

مع أن المشرع الجزائري - كما سبق بيانه - لم يسن أي نص يمنع تطبيق الغرامة التعديدية ضد الإدارة ، و بالرغم من القرارات المؤيدة لذلك، إلا أن القضاء الإداري لم يستقر على مبدأ واحد و سجل موقف مخالفا في أغلبية قراراته التي ذهب فيها إلى عدم جواز الحكم بغرامات تهديدية ضد الإدارة، و هو الموقف الذي تجلّى في الكثير من القرارات التي نذكر منها :

- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 115284 الصادر في 1997/04/13¹ و الذي جاء فيه : " حيث انه لا سلطة للقاضي الإداري على ضوء التشريع و الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية الحاليين في الحكم على الإدارة بغرامات لتنفيذ القرارات القضائية المنطوق بها ضدها... " .
- كما سجل مجلس الدولة موقفا معارضا في القرار رقم 188258 الصادر في 2000/02/28² بين السيد (ب . ن) و رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سيدي بن عدة ولاية مستغانم ، فقد ذهب مجلس الدولة إلى انه لا يمكن الحكم على الإدارة بدفع غرامة تهديدية.
- و لقد بررت المستشار ليلي زروقي امتناع القضاء الإداري عن توجيه غرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة بأن السلطة القضائية ليس من شأنها تنفيذ القرارات الصادرة في القضايا الإدارية ، و ذلك طبقا لنص المادة 320 قانون إجراءات مدنية، فالإدارة هي من يقع عليها تنفيذ الحكم الذي يلزمها و في حالة رفضها فإنه يتعين الرجوع للقاضي لطلب التعويض بعد استنفاد طرق التنفيذ القانونية.³
- و جاء في القرار رقم 014989 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/08⁴ بين (ك . م) ووزارة التربية الوطنية أن : "الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة ، فينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات و بالتالي يجب سنها بقانون.
- و حيث أنه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية ،النطق بالغرامة التهديدية ما دام لا يوجد أي نص يرخص صراحة بها".
- و عليه فقد برر مجلس الدولة امتناعه عن توقيع غرامات تهديدية ضد الإدارة بأن الأمر يتعلق بجريمة تخضع لشرعية التجريم والعقاب الذي يقتضي وجود نص صريح وواضح يؤكد مسؤولية الإدارة.⁵

¹ - المجلة القضائية لسنة 1998، عدد 01، ص 193. و ينظر أيضا قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 118488 الصادر في 1996/12/15. نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 54، ص 81.

² - قرار غير منشور، أشارت إليه بن صالوة شفيقة ، مرجع سابق، ص 324.

و ينظر أيضا قرار مجلس الدولة الصادر في 2000/04/24. مشار إليه في لحسن بن شيخ أن ملويا، مرجع سابق ، ص 327.

³ - زروقي ليلي ، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة لسنة 99، العدد 54، ص 187.

⁴ - مجلة مجلس الدولة لسنة 2003، عدد 03، ص 177.

⁵ - د.عمار بوضياف، مرجع سابق.

وقد انتقد هذا التكييف بشدة كونه أعطى للغرامة التهديدية مفهومها غير مألوف عندما اعتبرها بمثابة عقوبة في حين أنها وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري للأحكام.

فالعقوبة هي أقوى أنواع الجزاء كونها تمس أساسا حريات الأفراد، و عليه لم يجز توقيعها إطلاقا إلا إذا كرسها القانون حتى لا يكون الحكم بها مخالفا لمبدأ الشرعية.¹

و بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات لا نجد الغرامة التهديدية عقوبة مكرسة قانونا - كما سبق بيانه في طبيعتها القانونية - .

و أما عن رفض مجلس الدولة لتوقيع الغرامة التهديدية على الإدارة بحجة غياب القانون الذي يرخص صراحة بها فقد سبق التعرض لمدى كفاية كل من المادة 340 و 471 قانون إجراءات مدنية لإقرار سلطة القاضي الإداري في النطق بالغرامة التهديدية .

فضلا عن ذلك فقد سمح مجلس الدولة و تطبيقا لأحكام المادة 340 قانون إجراءات مدنية بطلب التعويض إذا امتنعت الإدارة عن تنفيذ القرار الإداري² ، و عليه فلا يعقل أن يطبق القضاء الإداري المادة المذكورة بشأن طلب التعويض و يمتنع عن تطبيقها بشأن الغرامة التهديدية.³

و تأسيسا عليه يعد امتناع القضاء الإداري عن تسليط غرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة موقفا منتقدا لما يترتب من تقليل شأن الأحكام القضائية ، إذ لا فائدة ترجى من تمكين القضاء سلطة و صلاحية توجيه أوامر للإدارة إذا لم ترفق بسلطة إرغامها على تنفيذ الأوامر التي تتضمنها قراراته.

فضلا عن ذلك فإن استبعاد إمكانية تسليط غرامات تهديدية ضد الإدارات العمومية رغم امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي يعد انتهاكا واضحا لأحكام الدستور و التي تلزم الإدارات بتنفيذ أحكام القضاء أيا كان الظرف و المكان.

كما يعد ذلك مساسا بمعالم دولة القانون ، فكل الأشخاص ملزمين بالخضوع لأحكام القضاء ، فإن امتنعت الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية و منع القاضي الإداري من صلاحية جبرها على التنفيذ بتسليط غرامة تهديدية ، عد ذلك انتهاكاً لمبدأ المشروعية لأن ذلك سيؤدي إلى استمرارية نفاذ قرار إداري غير مشروع.⁴

¹ - غناي رمضان، مرجع سابق، ص 146 و ما بعدها .

² - راجع القرار رقم 013551 الصادر في 15/06/2004 ، مجلة مجلس الدولة لسنة 2004، العدد 05، ص 130.

³ - د . بوبشير محند أمقران، مرجع سابق ، ص 11.

⁴ - د . عمار بوضياف ، مرجع سابق. * غناي رمضان ، مرجع سابق، ص 158 و ما بعدها.

المطلب الثاني : سلطة قاضي الإلغاء في النطق بالغرامة التهديدية بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

بعد التذبذب الذي سجله القضاء بخصوص سلطة القاضي الإداري في توقيع غرامات تهديدية ضد الأشخاص الاعتبارية العامة، حسم المشرع الجزائي الخلاف بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليجيز صراحة للقاضي الإداري صلاحية فرض غرامة تهديدية ضد الإدارة العمومية ، و ذلك من خلال المواد 978 إلى غاية 989 منه.

و بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع قد نص على ثلاثة حالات رئيسية تجيز للقاضي الإداري إجبار الإدارة على التنفيذ تحت طائلة غرامة تهديدية ، و هي كالاتي :

1- حالة إخلال الإدارة بالتزامات الإشعار أو المنافسة عند إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية :

و تعتبر من حالات الاستعجال الإداري حسب نص المادة 946 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، و مفادها أن كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال أو ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية، أن يخطر المحكمة التي يمكنها أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته و تحدد له أجلا لذلك، تحت طائلة غرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.

2- عندما يتضمن الحكم القضائي إلزام الإدارة باتخاذ تدابير تنفيذ معينة :

و هي الحالة المنصوص عليها في المادة 978 قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ يقتضي تنفيذ الحكم القضائي أمر الإدارة باتخاذ تدابير تنفيذ معينة بطلب من صاحب المصلحة ، و عليه جاز للمدعي أن يقدم طلب مقترنا بالطلب الأصلي في الدعوى أو منفصلا عنه مستقلا عن عريضة افتتاح الدعوى شرط أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيها التنفيذ.

مثال: إلغاء قرار يتضمن رفض تسجيل الطالب مع الأمر بتسجيله خلال أجل معين من تاريخ التبليغ لاقتراب موعد انطلاق الدراسة .

3- إذا كان طلب التدابير التنفيذية لاحقا لصدور الحكم :

نظمت هذه الحالة المواد 979، 980، 981 قانون الإجراءات المدنية والإدارية و مفادها أن الإدارة حين تمتنع عن التنفيذ حكم قضائي تعنتا منها أو لكونه لم يتضمن أوامرا يلزمها تنفيذها لأن المحكوم له لم يطلب من المحكمة أن تأمر بما يكفل التنفيذ، فهنا يجوز له رفع دعوى جديدة يطلب من خلالها ما يراه لازما لتنفيذ الحكم الأول.

مثال: إذا قضت المحكمة الإدارية لصالح المدعى ضد البلدية بإلغاء قرار رفض منح رخصة البناء ، ثم امتنعت هذه الأخيرة عن التنفيذ بحجة أن القرار لم يلزمها بمنح الرخصة . فهنا يحق للمحكوم له رفع دعوى جديدة أمام نفس الجهة للمطالبة باتخاذ تدبير تنفيذي خلال أجل معين و هو إلزام البلدية بتسليم رخصة البناء خلال الأجل المحدد.

المبحث الثالث : شروط الغرامة التهديدية و تصفيتها :

المطلب الأول : شروط تقرير الغرامة التهديدية :

حدد القانون شروطا إجرائية لازمة لقبول طلب المحكوم له من المحكمة الإدارية بتوقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة العمومية⁽¹⁾، و قد وردت هذه الشروط ضمن نص المادتين 987 و 988 قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

و نميز تلك الشروط في النقاط الآتية :

1- أن يتضمن الحكم إلزام بعمل أو امتناع عن عمل: فالغرامة التهديدية لا تطبق إلا في حالة تنفيذ حكم الإلغاء طالما أن تنفيذه يتطلب اتخاذ الإجراءات اللازمة لتصحيح الوضع الناتج عن القرار الملغي و هو الأمر الذي لا يمكن أن تقوم به إلا الإدارة نفسها.

أما بالنسبة للأحكام ذات الطابع المالي فقط فهي تنفذ طبقا للأحكام التشريعية السارية المفعول حسب نص المادة 986 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يقصد بتلك الأحكام القانون رقم 91-02 المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء.

2- أن يكون الحكم نهائيا : اشترطت المادة 987 قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يكون الحكم الإداري محل طلب التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية حكما نهائيا أي غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية.

و لكنه جدير بالذكر أن هذا الشرط يسقط بالنسبة للأوامر الاستعجالية طبقا لنص المادة 987 من نفس القانون، كونها تكون معجلة النفاذ بقوة القانون.

3- رفض الإدارة تنفيذ الحكم : فحسب المادة 987 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلا بد أن يثبت رفض الإدارة لتنفيذ الحكم عند تبليغها و ذلك عن طريق المحضر القضائي، أو بواسطة قرار رفض التظلم الموجه للإدارة من أجل تنفيذ الحكم.

4- شرط الميعاد : و هنا يثور التساؤل فيما إذا كان الحكم بالغرامة التهديدية يتم في منطوق نفس الحكم الملزم للإدارة باتخاذ تدابير تنفيذية أم بموجب حكم لاحق؟

لقد أوجبت المادة 987 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تقديم طلب توقيع الغرامة التهديدية بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، و هو ما يعني استحالة أن يتضمن نفس الحكم إلزاما للإدارة باتخاذ تدابير تنفيذية تحت طائلة غرامة تهديدية في نفس المنطوق.

و تجدر الإشارة إلى أن أجل الثلاثة أشهر في حالة التظلم من امتناع الإدارة على التنفيذ لا يسري إلا ابتداء من صدور قرار الرفض و هو ما أقرته المادة 988 من القانون ذاته.

أما فيما يخص الأوامر الاستعجالية فيجوز تقديم الطلب بشأنها دون أجل حسب نص المادة 987 فقرة 2 قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(1) - د.مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2009، ص 393.

هذا و في الحالة التي تحدد فيها المحكمة الإدارية في حكمها محل التنفيذ أجلا للمحكوم عليه لاتخاذ تدابير تنفيذ معينة فإنه لا يجوز تقديم الطلب إلا بعد انقضاء الأجل .

المطلب الثاني : تصفية الغرامة التهديدية :

في حالة امتناع الإدارة عن التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي أو في حالة التأخر في التنفيذ تقوم الجهة الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها طبقا لنص المادة 983 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

و يعتبر طلب التصفية بمثابة امتداد لطلب الحكم بالغرامة و نتيجة له، و لذلك تكون جميع الشروط الواجب توافرها في طلب الغرامة هي نفسها الواجب توافرها في طلب التصفية.

أولاً: الاختصاص القضائي بالتصفية :

القاعدة طبقا للمادة 983 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي أن القاضي الذي حكم بالغرامة التهديدية هو الذي ينعقد له الاختصاص بتصفيتها دون التفرقة في هذا الشأن بين قاضي الموضوع و قاضي الأمور المستعجلة، و بين الأحكام الصادرة بالغرامة التهديدية عن المحاكم الإدارية و القرارات الصادرة عن مجلس الدولة.

ثانياً : أساس تقدير المبلغ المصفى :

بما أن المشرع ميز بموجب المادة 982 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين الغرامة التهديدية و التعويض فإن أساس تقدير المبلغ المصفى يجب أن يبنى في هذه الحالة على درجة العنت و فقط طالما أن الهدف من التهديد المالي هو كسر العنت ، في حين أن الهدف من التعويض هو جبر الضرر.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع لم يحدد العناصر التي يتم على أساسها تقدير المبلغ النهائي المصفى ووسع من سلطة القاضي الذي يكون له صلاحية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة حسب نص المادة 984 من القانون المذكور. ويفهم من ذلك أن الأمر بالغرامة التهديدية لا يكتسب حجية الشيء المقضي فيه.

غير أن حرية القاضي في تصفية الغرامة التهديدية يرد عليها استثناء و هو عدم جواز الزيادة في المبلغ النهائي المصفى طالما أن المشرع أتاح له سلطة التخفيض أو الإلغاء إذا أصرت الإدارة على عدم التنفيذ و كان لها عذرا، أما في حالة إذا لم يكن لها أي عذر جاز له الحكم بها كلية دون أن يكون له سلطة الزيادة فيها لأنه في هذه الحالة يقوم على توقيع التهديد الذي سبق القضاء فيه.

هذا و يقوم القضاء عادة بتقدير الغرامة التهديدية بمبلغ مرتفع من أجل أن تتوافق مع ما تتمتع به الإدارة من امتيازات ، فإذا ما دفع المبلغ كله للمحكوم له و الذي يكون له الحق أيضا في الحصول على تعويض ما أصابه من ضرر ، فقد يؤدي ذلك إلى نوع من الإثراء و الذي قد يصعب تبريره و إن كان ذلك لا يعني بأنه بلا سبب لأنه مبني على حكم قضائي.

لذلك أتاحت المادة 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري سلطة تقرير عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي إذا تجاوزت قيمة الضرر و أن تأمر بدفعه للخزينة العمومية⁽¹⁾.
غير أن القانون لم يحدد أي معيار لهذا الاقتطاع تاركاً ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الإداري.

ثالثاً: آثار التصفية :

بصدور حكم التصفية تنتهي خصومة الغرامة التهديدية لنتار إشكالية تنفيذ هذا الحكم في مواجهة الشخص الاعتباري الصادر ضده.

ولما كان الحكم المتضمن تصفية الغرامة التهديدية ما هو إلا حكم إلزام بدفع مبلغ مالي محدد القيمة ، فإن تنفيذه إذا يتم طبقاً للمادة 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي وفقاً للأحكام التشريعية السارية المفعول والتي يقصد بها القانون رقم 91-02.

وعليه وبناء على أحكام هذا الأخير يتولى أمين الخزينة العمومية تسديد المبالغ المحكوم بها في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر منذ إيداع طلب التحصيل على مستوى الخزينة.

خاتمة :

نصل في ختام دراستنا إلى أن الغرامة التهديدية تعد وسيلة إكراه لضمان التنفيذ الجبري للأحكام القضائية من طرف الإدارة العمومية، وهي لا تتعارض بأي شكل من الأشكال مع ما تتمتع به الإدارة من امتيازات بل تسعى إلى تحقيق مبدأ سيادة القانون.

وبالرغم من أن المشرع ووفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت صراحة على جواز فرض غرامات تهديدية ضد الإدارة ووسعت من صلاحيات قاضي الإلغاء في تقريرها وكذا تصفيتها يعتبر قد قنن وسيلة ذات فعالية لصالح الأفراد في مواجهة الإدارة عند تعنتها عن التنفيذ.

غير أن تلك الوسيلة لا تعد ذات فعالية مطلقة كون تحديد الغرامة التهديدية لا يكون في منطوق الحكم الملزم للإدارة بالتخاذ تدابير تنفيذية بل يكون في حكم لاحق تسيجه جملة شروط لتحقيق سرعة التنفيذ من قبل الإدارة ولا تغني المحكوم له من اللجوء مجدداً للقضاء للمطالبة بتوقيع الغرامة التهديدية فضلاً عما يربته ذلك من مصاريف إضافية تثقل عبء المحكوم له.

(1) - عمر حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص 68.

قائمة المراجع :

أولا/ النصوص الرسمية :

1/ دستور الجزائر رلسنة 1996 .

2/ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل و المتمم، جريدة رسمية رقم 47 لسنة 1966)

3/ القانون رقم 91-02 المؤرخ في 08 جانفي 1991 و الذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء (جريدة رسمية رقم 02 لسنة 1991)

4/ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (جريدة رسمية رقم 21 لسنة 2008)

ثانيا/ المؤلفات :

1/ شفيقة بن صاولة ، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دار هومة ، الجزائر، دط ، 2010.

2/ د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، لبنان، ط 3، 2005..

3/ عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ ، دار هومة ، الجزائر ، دط ، 2012.

4/ عز الدين مرداسي ، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2008.

5/ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة ، الجزائر ، ط ، 2002.

6/ د.مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، دط ، 2009.

7/ د. منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2002.

ثالثا/ مذكرات الماجستير:

1/ إلهام فاضل ، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ،جامعة قلمة، الجزائر، 2005.

2/ السعيد سليمان، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2004..

رابعا/ البحوث المتخصصة :

1/ الدكتور :عمار بوضياف ، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية في القانون الجزائري ، على موقع

www.alhodaithy.com .

2/ غنای رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 04، 2003.

3/ د. بوبشير محمد أمقران، حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني لسلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، يومي 18 و 19 ماي 2011، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 -قلمة- الجزائر.

4/ زروقي ليلي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة لسنة 99، العدد 54.

خامسا/المجلات القضائية :

1/المجلة القضائية لسنة 1998، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، عدد 01.

2/نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 54.

3/مجلة مجلس الدولة لسنة 2003، مجلس الدولة، الجزائر، عدد 03.

4/مجلة مجلس الدولة لسنة 2004، العدد 05.

ضباط الشرطة القضائية و عملية التفيتش



الأستاذة : شيخ نسيمه
أستاذة مساعدة بقسم الحقوق
المركز الجامعي - عين تموشنت

مقدمة :

حتى يتسنى لنا تفصيل عملية التفيتش من طرف ضباط الشرطة القضائية⁽¹⁾ على نحو دقيق، فإنه يلزم براءة بيان مهمة هؤلاء الآخرين.

نصّ المشرع الجزائري في المادة 12 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: " و يناط بالضبط القضائي مهمة البحث و التحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات، و جمع الأدلة عنها، و البحث عن مرتكبيها، ما دام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي".

و نصّ في المادة 13 من نفس القانون على ما يلي: " إذا ما افتتح التحقيق فإنّ على الضبط القضائي تنفيذ تفويضات جهات التحقيق و تلبية طلباتها".

⁽¹⁾ طبقا للمادة 1/12-2 من قانون الإجراءات الجزائية، يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء والضباط و الأعوان والموظفون المبينون في هذا الفصل، و يتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي، و يشرف النائب العام على الضبط القضائي بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي و ذلك تحت رقابة غرفة الإتهام بذلك المجلس.

على أنه يتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية طبقا لنص المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية كلّ من: رؤساء المجالس الشعبية، ضباط الدرك الوطني، محافظو الشرطة، ضباط الشرطة، ذوو الرتب في الدرك، و رجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل و الذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل و وزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة، مفتشو الأمن الوطني الذين قضوا في خدمتهم بهذه الصفة ثلاث سنوات على الأقل و عينوا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل و وزير الداخلية و الجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة، ضباط و ضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك بين وزير الدفاع الوطني و وزير العدل.

يستفاد بقراءة نصي هاتين المادتين أنّ قانون الإجراءات الجزائية يفرق بين دور ضبط الشرطة القضائية قبل فتح تحقيق قضائي و بعده، ذلك أنه في المرحلة الأولى يمارس الضبط القضائي عمله بكل حرية لجمع ما يستطيع من عناصر التحقيق، أما في المرحلة الثانية و التي تبدأ من تاريخ اتخاذ قرار المتابعة، فإنّ مسؤولية إدارة البحث والتحري تؤول مباشرة للقضاء، و يقتصر دور الضبطية القضائية على مساعدة قاضي التحقيق فقط.

و سنقصر دراستنا في هذا البحث على مجال التفتيش المناط بضباط الشرطة القضائية.

أولاً: تعريف التفتيش:

التفتيش لغةً هو البحث و التقصي، أما قانوناً فهو إجراء من إجراءات التحقيق، غالباً ما يلجأ إليه المحقق للوصول إلى أدلة مادية بغية التدليل بها على وقوع جريمة ما، من شخص معين بالذات.

من خلال هذا التعريف يثور سؤال مفاده: هل التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق أم جمع استدلالات؟

الواقع أن الفقه استقر على أنّ التفتيش عملٌ من أعمال التحقيق، و ليس مجرد جمع استدلالات، و إن كانت هناك بعض صور التفتيش التي اعتبرت داخل إطار جمع الاستدلالات فقط.

و التفتيش الاستدلالي الهدف منه التحري و جمع استدلالات متناثرة حتى مجرد احتمال وقوع جريمة ما، أما التفتيش الحقيقي فلا يكون إلا بعد وقوع جريمة معينة و من شخص ما، و الهدف منه البحث عن أدلة مادية استعملت في ارتكاب الجريمة.

ثانياً: أنواع التفتيش:

تتعدد أنواع التفتيش بحسب الحالات، إذ نجد:

01- التفتيش بعد القبض في حالة التلبس:

القاعدة العامة هنا أنه متى تمّ القبض على المتهم جاز تفتيشه، و لا يمكن لضباط الشرطة القضائية اللجوء إلى التفتيش إلا في حالات التلبس.

و لقد نصت المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية على هذه الحالات على سبيل الحصر، و هي متى كانت الجريمة- سواء جناية أو جنحة- مرتكبةً في الحال أو عقب ارتكابها، و إذا كان الشخص المشتبه فيه - في وقت قريب جداً من وقت وقوع الجريمة- قد تبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو آثار أو دلائل تفترض مساهمته في الجريمة، أو إذا كانت الجريمة قد ارتكبت في منزل و كشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها و بادر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها.

ففي هذه الحالات أجاز المشرع لضباط الشرطة القضائية تفتيش شخص المتهم أو منزله أو أمتعته للوصول إلى أدلة مادية، مع مراعاة ضوابط التفتيش المنصوص عليها في المادتين 44 و 47 من قانون الإجراءات الجزائية و التي سوف نتعرض لها لاحقاً.

02- التفتيش برضا صريح :

يجوز لضابط الشرطة القضائية أن يتحصل على رضا صريح من شخص ما لتفتيشه، أو تفتيش منزله أو ما يدخل في حكمهما حتى في غير حالات التلبس طبقاً لنص المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية و التي جاء نصها كالآتي: " لا يجوز تفتيش المساكن و معابنتها و ضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضاء صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات، و يجب أن يكون هذا الرضاء بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن، فإن كان لا يعرف الكتابة فبإمكانه الإستعانة بشخص يختاره بنفسه، و يذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه. و تطبق فضلاً عن ذلك أحكام المواد من 44 إلى 47 من هذا القانون...".

يستخلص من نصّ هذه المادة أنه لكي يكون التفتيش في هذه الحالة صحيحاً، لا بدّ من توافر الشروط التالية:

- يجب أن يكون الرضا صريحاً بالكتابة.
 - يجب أن يحصل ضابط الشرطة القضائية على هذا الرضا قبل البدء في عملية التفتيش.
 - يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يخبر الشخص بما يراد بعملية التفتيش وبكل دقة.
 - يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يخبر الشخص بأنّ عملية التفتيش غير مخرولة له قانوناً، وأنه في حالة رفضه ذلك، لا يمكنه إجراء عملية التفتيش بالقوة لأن هذا النوع من التفتيش فاقد لركن الإكراه.
- فضلاً عن ذلك، يتعيّن على ضابط الشرطة القضائية مراعاة أحكام المواد من 44 إلى 47 من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾ و التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها عند عملية التفتيش.

(2) تنص المادة 44 من ق.إ.ج على ما يلي: " لا يجوز لضابط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يحوزون أوراقاً أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل والشروع في التفتيش.

و يكون الأمر كذلك في حالة التحري في الجنحة المتلبس بها أو التحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادتين 37 و 40 من هذا القانون.

يجب أن يتضمن الإذن المذكور أعلاه بيان وصف الجرم موضوع البحث عن الدليل و عنوان الأماكن التي ستم زيارتها وتفتيشها و إجراء الحجز فيها، و ذلك تحت طائلة البطلان.

تنجز هذه العمليات تحت الإشراف المباشر للقاضي الذي أذن بها و الذي يمكنه عند الاقتضاء أن ينتقل إلى عين المكان للسهر على احترام أحكام القانون.

إذا اكتشفت أثناء هذه العمليات جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي فإن ذلك لا يكون سبباً لبطلان الإجراءات العارضة".

- تنص المادة 45 من نفس القانون على ما يلي: " تتم عمليات التفتيش التي تجري طبقاً للمادة 44 أعلاه على الوجه الآتي:

1- إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتبه في أنه ساهم في ارتكاب الجناية فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له. و إذا امتنع عن ذلك أو كان هارباً استدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته.

2- إذا جرى التفتيش في مسكن شخص آخر يشتبه بأنه يحوز أوراقاً أو أشياء لها علاقة بالأفعال الاجرامية فإنه يتعين حضوره وقت إجراء التفتيش، و إن تعذر ذلك اتبع الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

و لضابط الشرطة القضائية وحده مع الأشخاص السابق ذكرهم في الفقرة الأولى أعلاه الحق في الاطلاع على الأوراق أو المستندات قبل حجزها.

غير أنه يجب عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم قانوناً بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدمات جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر .

تغلق الأشياء أو المستندات المحجوزة و يختم عليها إذا أمكن ذلك، فإذا تعذرت الكتابة عليها فإنها توضع في وعاء أو كيس يضع عليه ضابط الشرطة القضائية شريطاً من الورق و يختم عليه بختمه.

و يحرر جرد الأشياء و المستندات المحجوزة.

03- التفتيش بناء على لوائح تنظيمية و قوانين في غير حالات التلبس :

يعتبر هذا النوع إجراءً من إجراءات الاستدلال لا عملاً من أعمال التحقيق، كتفتيش المسجون من طرف حراس السجن أثناء دخوله الأول إلى السجن للبحث عما قد يكون مجوزته من محظورات، و دخول ضباط الشرطة القضائية إلى المحلات العمومية المفتوحة للجمهور قصد إثبات ما يقع مخالفاً للوائح المعمول بها، أو لجمع استعلامات. و يدخل ضمن هذه الحالة أيضاً التفتيش الذي يقوم به رجال الجمارك للأمتعة والأشخاص في نطاق دائرة إختصاصهم.

04- التفتيش بناء على إذن من السلطة المختصة :

هذا النوع من التفتيش يدخل في إطار الإنابة القضائية التي يصدرها قاضي التحقيق لضباط الشرطة القضائية، و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإنابة القضائية في المواد من 138 إلى 142 من قانون الإجراءات الجزائية.

و يعد هذا التفتيش إجراءً من إجراءات التحقيق لا عملاً من أعمال جمع الاستدلالات بدون شك.

ثالثاً: حالات التفتيش :

ينقسم التفتيش حسب محله إلى عدة أنواع نذكرها تباعاً.

01- تفتيش المنازل :

أباح المشرع الجزائري لضباط الشرطة القضائية تفتيش منزل المتهم أو المشتبه فيه متى حصل على إذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، أو على رضا صريح و مكتوب من الشخص الذي يعترف تفتيش مسكنه، و يتعين عليه في هذه الحالة مراعاة الشروط الواجبة و المنصوص عليها في المواد 44، 45، 47 من قانون الإجراءات الجزائية و التي سيأتي تحديدها بشيء من التفصيل فيما بعد.

02- تفتيش الأشخاص :

القاعدة العامة في تفتيش الأشخاص أنه متى جاز القبض على الشخص جاز تفتيشه، إلا أنه نظراً للآداب العامة فيجب تفتيش الأنثى بالأنثى، و إن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة بنص قانوني رغم حساسيتها، و هي بذلك قاعدة أصولية تقع تحت طائلة البطلان.

لا تطبق هذه الأحكام إذا تعلق الأمر بجرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، باستثناء الأحكام المتعلقة بالحفاظ على السر المهني و كذا جرد الأشياء و حجز المستندات المذكورة أعلاه.

- تنص المادة 46 على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة تتراوح بين 2000 إلى 20000 دج كل من أفشى مستنداً ناتجاً من التفتيش أو أطلع عليه شخصاً لا صفة له قانوناً في الإطلاع عليه و ذلك بغير إذن من المتهم أو من ذوي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذلك".

- تنص المادة 47 على ما يلي: " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن و معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً، و لا بعد الساعة الثامنة مساءً، إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانوناً...".

03- تفتيش المنقولات :

في هذه الحالة يتعين التفرقة بين حالتين :

أ- حالة ما إذا كانت المنقولات كالعربات و السيارات ... في حيازة شخص، فإنه لا يجوز لضباط الشرطة القضائية تفتيشها إلا في الأحوال التي نصّ عليها القانون، ذلك أنّ المنقولات في هذه الحالة تدخل في حق الملكية و لها قدسية المنزل نفسه، مع اختلاف في شرط الوقت.

ب- حالة ما إذا لم تكن المنقولات في حيازة الشخص، أو إذا لم يظهر لها حائز، فإنه لا حرمة لها، و بالتالي يجوز لضباط الشرطة القضائية تفتيشها دون أية شروط، و التفتيش في هذه الحالة عملٌ من أعمال جمع الاستدلالات فحسب.

04- تفتيش المحلات العامة :

يقصد بالمحلات العامة المحلات التي تفتح عادة للجمهور كالمقاهي و نوادي القمار و المتاجر و غيرها، و هذه المحلات يجوز لضباط الشرطة القضائية تفتيشها، غير أنّ التفتيش يجب أن يتمّ في ساعات العمل، أما خارج ساعات العمل فتعود للمحلات العامة حرمة المساكن، و بالتالي لا يجوز تفتيشها إلا بناء على الإجراءات المتطلبة في تفتيش المنازل و المذكورة أعلاه.

كما و أنّ تفتيش المحلات العامة لا يعني تفتيش الأشخاص المتواجين بداخلها، وذلك أنه لو قام ضابط الشرطة القضائية بتفتيش نزل مثلاً فإنّ مهمته تقتصر على التفتيش الإداري للمحلات دون تفتيش غرف النزلاء أو اقتحامها لأنّ حرمتها من حرمة المنزل، وإنّ أيّ تفتيش للأشخاص أو بيوت النزلاء يعتبر باطلاً بطرانا مطلقاً.

هذا و إنّ محضر التفتيش الذي يحرره ضابط الشرطة القضائية في هذه الحالة يعد محضراً استدلالياً لا تحقيقياً.

لا يفوتنا أن نشير بهذا الصدد، أنّ مكاتب المحامين و الموثقين و العيادات الخاصة للأطباء لا تعتبر محلات عامة و لا يجوز بالتالي تفتيشها إلا على ضوء القوانين السارية المفعول في تفتيش المنازل.

05- تفتيش الأمتعة :

لقد حمت القوانين تفتيش الأمتعة في المحال و الطرقات العامة و الأمتعة المملوكة للأفراد و التي في حيازتهم حيازة قانونية أو مادية إذا كانت في مساكنهم أو في ملحقاتها بحيث يخضع في تفتيشها لنفس القيود الخاصة بتفتيش المنازل، و كذلك الشأن بالنسبة للأمتعة التي تكون في حيازة أصحابها عند تواجدهم في المحلات و الطرق العامة، أما إذا تخلّوا عنها فإنه يجوز تفتيشها.

هذا و إنّ كلّ تفتيش للأمتعة خارج القاعدة المذكورة لا يعدو أن يكون إجراء من إجراءات جمع الاستدلالات كما هو الشأن بالنسبة للتفتيش الذي يقوم به رجال الجمارك في المطارات و على الحدود الدولية.

رابعاً: خصائص التفتيش :

إنّ التفتيش لا يمكن أن يكون صحيحاً و قانونياً إلا إذا روعيت فيه الشروط الواجب توافرها أثناء عملية التفتيش سواء في شخص المتهم نفسه أو في منزله أو أمتعته أو منقولاته الأخرى كسيارته و ما شابهها.

هذه الضوابط و الأحكام نذكرها تباعاً :

01- يجب أن يقوم بالتفتيش ضابط الشرطة القضائية بنفسه، غير أنه يمكن للأعوان أن يقوموا بعملية التفتيش شريطة أن يكون ضابط الشرطة القضائية حاضراً ومشرفاً على العملية التفتيشية، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "ولضابط الشرطة القضائية وحده مع الأشخاص السابق ذكرهم في الفقرة الأولى أعلاه الحق في الإطلاع على الأوراق أو المستندات قبل حجزها".

02- يجب ألا يخرج ضابط الشرطة القضائية عن المهمة المحددة له، و عن الغرض الذي من أجله وقع التفتيش، فإذا كان التفتيش بغرض البحث عن بندقية استعملت في الجريمة مثلاً، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يفتش في باقة زهور موضوعة في الشرفة، فإذا وقع و فعل ذلك، و اكتشف حينها وجود مخدرات، فإنه لا يجوز عندئذ اتهام صاحب المنزل بتهمة تعاطي المخدرات لأنه غير متلبس بها، أو متابعته جزائياً وإن كان يجوز فقط مصادرة المخدر.

03- لا يجوز لضابط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يحوزون أوراقاً أو أشياء متعلقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو من قاضي التحقيق⁽³⁾.

04- لا يسوغ لضابط الشرطة القضائية الدخول إلى منزل المشتبه فيه و الشروع في التفتيش إلا بعد أن يستظهر له أمر وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق⁽⁴⁾.

05- يجب أن يتمّ التفتيش - في مسكن المتهم أو الشخص المشتبه في أنه ساهم في ارتكاب جناية - بحضوره شخصياً أو بحضور من ينوب عنه، و إذا تعذر ذلك إما بسبب امتناعه أو لأنه كان هارباً، فإنّ ضابط الشرطة القضائية يستدعي شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته لحضور عملية التفتيش، و هذا عملاً بنص المادة 45 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية.

06- الأصل في التفتيش أن يقع على شخص المتهم أو في منزله، غير أنه يجوز تفتيش منزل شخص آخر غير المتهم متى قامت قرائن قوية تدل على أنّ هذا الأخير يخفي شيئاً يفيد كشف الحقيقة، و يتعين في هذه الحالة أن يتمّ التفتيش بحضوره أو باتباع الإجراءات المنصوص عليه في الحالة السابقة إن تعذر ذلك.

(3) يراجع نص المادة 44 من ق.إ.ج .

(4) نفس المادة.

07- لا يجوز لضابط الشرطة القضائية إفشاء سر اكتشفه أثناء عملية التفتيش سواء أكان هذا السر ماديا أو معنويا، كما يتعين عليه أن يتخذ مقبدا جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر و إلا تعرض للعقاب⁽⁵⁾.

08- يقوم ضابط الشرطة القضائية بغلق الأشياء أو المستندات المضبوطة و ختمها إذا أمكن ذلك، أما إذا تعذرت الكتابة عليها فإنها توضع في وعاء أو كيس يضع عليه الضابط شريطا من الورق و يختم عليه بختمه⁽⁶⁾.

09- يجب على ضابط الشرطة القضائية في حالة تفتيش المنازل أن يحترم المدة الزمنية المحددة في القانون و لا سيما المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ لا يجوز له أن يشرع في التفتيش إلا بعد الخامسة صباحا و قبل الثامنة ليلا، و العلة هنا ببدء التفتيش لا بمدته، و بالنتيجة يجوز لضابط الشرطة القضائية أن يواصل التفتيش إلى غاية ساعة متأخرة من الليل شريطة أن يبدأ قبل الساعة الثامنة ليلا و لو يبضع دقائق.

غير أنه توجد استثناءات على هذا المبدأ :

أ- إذ يجوز إجراء التفتيش في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل قصد التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد 342 إلى 348 من قانون العقوبات⁽⁷⁾.

ب- كما يجوز لضابط الشرطة القضائية المختص، القيام بعملية التفتيش ليلا أو نهارا و ذلك بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية، أو بناء على أمر من قاضي التحقيق⁽⁸⁾ في جميع جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال، و الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، و كذا الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

10- يجب إثبات عملية التفتيش بواسطة محضر يحرر فيه تاريخ التفتيش و وقته ومدته و مكانه و ظروفه و نتائجه و الأشياء و المستندات المضبوطة، و ذلك حسب ما تنص عليه صراحة الفقرة السادسة من المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية.

خامسا : بطلان التفتيش و آثاره على الحكم :

نصّ المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: " يجب مراعاة الإجراءات التي استوجبتها المادتان 45 و 47 و يترتب على مخالفتها البطلان " الأمر الذي يستفاد منه أنّ التفتيش الذي لا يراعي فيه ضابط الشرطة القضائية الأحكام و الضوابط المذكورة أعلاه، يكون مآله البطلان، و من ثمّ يؤدي إلى إهدار الدليل المادي المستمد من ذلك التفتيش. غير أنّ هذا البطلان لا يعني الحكم ببراءة المتهم دائما، إذ يجوز الحكم عليه - أي إدانته - متى توافرت أدلة أخرى كالإعتراف أو الشهود أو غير ذلك، المهم ألا يعتمد على الدليل المستمد من التفتيش الباطل وحده، و عليه إذا كانت التهمة المنسوبة إلى المتهم تفتقر إلى دليل آخر غير الدليل المتحصل عليه من التفتيش الباطل، فإنه يتعين الحكم ببراءة المتهم.

⁽⁵⁾ يراجع نصا المادتين 4/45 و 46 من نفس القانون.

⁽⁶⁾ انظر المادة 5/45 من ق.إ.ج.

⁽⁷⁾ و ذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة و ملحقاتها، و في أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور، إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة.

⁽⁸⁾ مثلما تقتضي ذلك أحكام المادة 4/47 من ق.إ.ج.

هذا و إذا كانت القاعدة العامة تقتضي عدم الاعتماد على الدليل المستمد من التفتيش الباطل، إلا أنه يوجد استثناءان على هذه القاعدة هما:

أ- أن الرضا بالتفتيش الباطل يُسقط الحق في البطلان، شريطة أن يتم تحرير محضر كتابي بذلك، و ألا يكون فيه إكراه.

ب- لا يجوز الدفع بالبطلان إلا من صاحب الشأن، و إن كان يجوز لمن يقوم مقامه أن يستعمل هذا الحق كالحامي و الزوجة المتواجدة في المنزل أثناء عملية التفتيش و عند غيبة الزوج.

بهذا نكون قد تطرقنا لمختلف الأحكام المتعلقة بنطاق عملية التفتيش المنوطة بضباط الشرطة القضائية - كإجراء من إجراءات التحقيق - و حصرنا أهم ما جاء في هذا الموضوع وفقا لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

النظام القانوني للتكوين المسنمرفي الوظيفة العمومية الجماعية



ميسا حمدي : طالب باحث ماجستيرالتدبير الإداري المحلي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –سلا-

مقدمة :

أصبح التدريب أو التكوين الإداري أحد السبل المهمة والأساسية لكل إصلاح إداري من اجل تجاوز القصور والعجز الذي قد يشوب الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية للمواطنين ، ويهدف التدريب الإداري إلى " تزويد المتدربين بالمعلومات والمهارات والاساليب المختلفة المتجددة عن طبيعة اعمالهم وتحسين وتطوير مهاراتهم وقدراتهم ومحاولة تغيير سلوكهم واتجاهاتهم بشكل إيجابي ،وبالتالي الرفع من مستوى الأداء والكفاءة الانتاجية بما يعود بالنفع على المنظمة والأفراد العاملين بها"¹.

فالتكوين ليس نشاطا منفردا ولاهدفا في حد ذاته بل يتم تبريره وجوده من مساهماته في تفعيل التنظيم الإداري والرفع من مردوديته، فالتكوين عنصر متداخل من عناصر تدبير وتنمية الموارد البشرية .

فالعلاقة وثيقة بين التكوين وتنظيم الحياة الوظيفية، وكذا بين التكوين والزيادة في المردودية.ولكن على اساس التشخيص الدقيق للإحتياجات في مجال التكوين ، وتوفير الوسائل الضرورية لنجاحها.فالمشكل اساسا ليس هو التكوين،التكوين هوأحد العناصر بل والاكثرها أهمية لإيجاد حل للمشكل التي تعترض الإصلاح الإداري وتعرقل المسيرة التنموية للمرافق العمومية.

ان إستعمال كلمة التكوين أو تدريب تؤدي إلى نفس المعنى،ألا هو الرفع من مستوى الكفاءة المهنية للأفراد،والملاحظ انه غالبا ماتستعمل كلمة "تدريب" في دول الشرق الاوسط بينما نجد دول الاتحاد المغربي تستعمل كلمة "تكوين" وربما راجع الى تأثير بمفاهيم الدول المستعمرة.²

¹ غيثة الحاتمي اطروحة لنيل الدكتوراه الدولة في الحقوق – القانون العام- سنة 2001_2002 ص146.

² غيثة الحاتمي نفس المرجع ص 147

فالتكوين يعني باللغة الفرنسية *la formation*، بينما التدريب يعني *le stage*، وفي إعتقادنا ان لفظ "التكوين" أعم وأشمل وذلك لتضمنه دروس وتلقي المعلومات عن طريق المحاضرات وغيرها من وسائل التلقين إضافة إلى التدريب في موقع العمل .

وقد تعددت تعريفات وإختلفت وان كانت تصب في نفس الإتجاه وهو الرفع من معرفة ومهارة العنصر البشري ، ومن بين هذه التعريفات ملجاء في المعجم الاساسي أن "التدريب هو تزويد العاملين بالدراسات العلمية والعملية التي تؤدي إلى رفع درجة المهارة في أداء واجبات الوظيفة".

أما لاروس فقد فسره بانه "مراحل الدراسات المطلوبة من المرشحين لبعض الوظائف".

كما ان عملية التكوين تتم في مراحل عدة من الحياة العملية للموظف ،فهناك التدريب السابق للوظيفة ، وهناك التكوين الموجه للموظفين الجدد ،كما ان هناك التكوين المستمر اي التكوين الذي يستفيد منه العاملين في القطاع بمجرد ولوجهم الادارة الى تقاعدهم وهو موضوع دراستنا ،فالتكوين المستمر كما عرفه *alain maignont* "تمكين الافراد بأعداد كافية بصورة مستمرة من الحصول على المعارف ومهارات مع استعداد واضح للقيام باعمال ومهام ضرورية على مستوى عال من الكفاءة وبثمن منافس ضمن إطار الاهداف الاقتصادية والاجتماعية الاكثر ايجابية"¹ . كما ان التكوين المستمر " يعتبر تكملة التكوين الاساسي من خلال إتاحة الفرصة لتحديد المعلومات والمهارات في ضوء المستجدات المتوفرة في حقل من حقول المعرفة "².

اما *schwartz* فيعرف التكوين المستمر " يقترح تعريفا براكماتيا وعمليا للتكوين ،يترك فيه المظاهر المؤسساتية ويركز على الجوهر نفسه: يحث فيه الفرد على ايجاد حلول امام التساؤلات المرتبطة بوضعيات العمل ، ووعيا منه باحداث تغير "

- ايجاد الحلول: ليس فقط تنويع التكوين بالممارسة لكن ايضا اعتبر صيرورة التكوين تجد اصلها في وضعية العمل وذلك عندما يجد الفرد نفسه في مواجهة الصعوبات ، ولايتوفر مسبقا على مفاتيح حلها والتي يتوجب عليه أن يصنفها بيديه الشئ الذي يعني أسبقية الممارسة على النظري أي الجانب العملي على الجانب النظري .
- " احداث تغيير واع" يعني أن التحليل و الفهم ،التفكير، هي أشياء لايمكن عزلها عن فعل التكوين. وأن التغيرات التي تحدث لدى الفرد لاتنتج لوحدها لكنها عملية، الغاية منها ترك مسافة بينك وبين ممارستك³ .

ويعرف كذلك التكوين المستمر أو اعادة التاهيل أو التكوين التكميلي : أي التكوين الذي يستفيد منه الموظف خلال حياته الوظيفية ،ويخضع هذا النظام لعدة إجراءات تتعلق بالمستوى والكفاءة والتخصص الوظيفي ،ويحدث لاتمام التكوين الاولي او لظهور اساليب جديدة في الادارة او لاسباب شخصية قد تسمح بترقي الموظف في السلم الاداري ،فهو يستهدف تطوير معارف ومعلومات الموظف وتحسين مهارته واستكمال تكوينه ليساير التغيرات الطارئة على الواقع المهني من تكنولوجيا جديدة وطرق ونظريات حديثة، فالتقنيات المتجددة وتطور الاقتصاد الدولي وانعكساته على تغيرات الخدمات المطلوبة من طرف المواطنين والوعي بأحقية هذا الطلب تقتضي تطوير وتنمية

¹ غيثة الحاتمي نفس المرجع ص147

² عبد الرحيم ايت دحو ،مصطلحات علوم التربية، مطبعة الرسالة، 1990 ص 47

³ Demetri weiss « ressources humaines » 2 eme edition page 437

الموظف عن طريق التكوين المستمر الذي يعتبر استثمارا في الراسمال البشري حتى يلعب دورا متميزا في الاصلاح الاداري¹.

ومن خلال ما سبق يتبين على ان التكوين المستمر هو جزء لا يتجزأ من منظومة التكوين، ينطلق من نتائج تكوين لبني لنفسه نظاما فرعيا. فالتكوين اشملى واعم من التكوين المستمر. ويتجلى اهميته في المكانة البارزة التي يحتلها في بناء وتطوير وتأهيل قدرات الموظف الجماعي من اجل تفعيل المنظومة البشرية داخل الجماعات الترابية. ويتجلى هذا في اول مناظرة وطنية للجماعات المحلية سنة 1977 بمراكش، حيث دعت الى الاهتمام بتكوين الموظفين الجماعين وان التكوين وإعادة التكوين يسمح للجماعة بدخول فضاءات وانظمة للتقييم والتخطيط والمراقبة ومن أجل ذلك تم إحداث مديرية بوزارة الداخلية وهي مديرية تكوين الاطر سنة 1981، وتوجت هذه المحطات بما خرجت به المناظرة الوطنية السابعة للجماعات المحلية المنعقدة بالدار البيضاء سنة 1998 من توصيات في مجال فتح التكوين، كما ان الفقرة 6 من المادة 43 من القانون 78.00 تطرقت لمسالة التكوين، وجعلته من ضمن الاختصاصات المنقولة من طرف الدولة لفائدة الجماعة ثم المادة 36 من قانون 79.00.

كل هذا يدفعنا الى استبيان توقع سياسة التكوين المستمر داخل المنظومة القانونية للوظيفة العمومية الجماعية؟ ومدى فاعليتها في ظل المشاكل التي تعرفها الإدارة الجماعية؟

ان الاجابة على هذه الاشكالية يفترض منا مقاربتها وفق منهج قانوني تحليلي وذلك وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: المنظومة القانونية للتكوين المستمر.

المطلب الأول: المقاربة القانونية للتكوين المستمر قبل مرسوم 2005.

المطلب الثاني: التكوين المستمر في ظل مرسوم 2005.

المبحث الثاني: قراءة في نظام التكوين المستمر.

المطلب الأول: الثغرات القانونية لنظام التكوين المستمر.

المطلب الثاني: مضامين إستراتيجية التكوين.

خاتمة.

المبحث الأول: المنظومة القانونية للتكوين المستمر:

منذ الإستقلال تزايد الإهتمام بالتكوين في المغرب مع تزايد التطور الذي تعرفه الإدارة العمومية، وتتجلى أهمية التكوين المستمر في الرفع من مستوى الإدارة العمومية وتطويرها، ويجد المتتبع لمسيرة التكوين في المغرب أن أهم التوجيهات جاءت في الرسالة الملكية الموجهة للمشاركين في المؤتمر الدولي للعلوم الإدارية الذي عقد في مراكش من 24 إلى 28 يوليوز 1984. ولمعرفة كيفية تنظيم التكوين المستمر بالمغرب لابد من التطرق للإطار القانوني المنظم

¹ عبد المنعم إبراهيم محفوض، التدريب الاداري في فرنسا، ص 3

له وماعرفه من تطورات بدءا من مرسوم 16 دجنبر 1957 (المطلب الأول) ، وإنتهاءا بمرسوم 2 دجنبر 2005 (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المقاربة القانونية للتكوين المستمر قبل مرسوم 2005 :

كنتيجة لما خلفته الحماية الفرنسية بالمغرب من نقص وفراغ كبيرين على مستوى الموارد البشرية ، وكذلك على المستوى التنظيمي للهياكل الإدارية ، فإن الإصلاح الإداري بالمغرب لم يدخل حيز التطبيق إلا سنة 1967 ، غير أن التفكير في إعداده يعود إلى سنة 1959 ، ولعل هذا الإصلاح تجلّى في صدور القانون الخاص بالتصرفين والمتصرفين المساعدين لوزارة الداخلية سنة 1963¹ ، بالإضافة إلى الرسالة الملكية الموجهة لأعضاء الحكومة بتاريخ 9 أكتوبر 1967 والخاصة بالمخطط الخماسي 72/68 والتي جاء فيها "....عندما أعدنا المخطط الثلاثي الذي يعرف نهايته هذه السنة، فقد إتفقنا على إعطاء أولوية للمشاريع ذات الفائدة الكبرى في ميدان الفلاحة والصناعة والسياحة دون أن ننسى تكوين الأطر التي تنقصنا". إضافة إلى إصلاحي 1975 و 1977.

إن الملاحظ في هذه الإصلاحات هو غياب توجه واضح للتكوين المستمر ، فإصلاح 1967 مثلا أضاف التكوين كمعيار لترتيب الموظف في الإطار والدرجة من خلال التكوين الأساسي. أما إصلاحي 1975 و 1977 فقد إهتمتا بتبسيط المساطر الإدارية على حساب الجانب التكويني² ، وهو ما حتم التفكير في توجه آخر لإشكالية الإصلاح الإداري ، الذي يتم إبرازه بإنطلاق برنامج التكوين المستمر الذي يهدف إلى تأهيل وتحديث المعارف بتنظيم ندوات وتدريبات إلزامية تهدف إلى إعادة إدماج 776 إطار تقني من بين 3976 مستفيد من برنامج إعادة الإدماج، تبعته دورات تكوينية نشطها أطر مغاربة وأجانب³.

وما يلاحظ هو أن مكانة التكوين المستمر لا يمكن إستخلاصها إلا من مرسوم 16 دجنبر 1957⁴ ، المتعلق بتحديد أجور الموظفين والمساعدين والطلبة الذين يتابعون دراستهم في إستكمال الخبرة، الذي هو بمثابة إطار قانوني للوضعية التي يوجد فيها الموظف أثناء مشاركته في برامج التكوين حيث ينص في الفصل الأول على أن " الموظفين والأعوان المعنيين بمتابعة تمارين أو دروس إستكمال الخبرة سواء ببعض المدارس أو إدارة عمومية أو مؤسسة خاصة يستمرون في تقاضي الأجور المخولة لحالتهم في إدارتهم الأصلية ، ويتقاضون إضافة إلى ذلك تعويضا يوميا عن التمرين ، إذا كان هذا التمرين أو الدروس خارج مقر إقامتهم ". والملاحظ في هذه المادة عدم تحديد طرق تعيين الموظفين والأعوان المرشحين للمشاركة في دورات إستكمال التكوين ، أضف إلى ذلك تحديد الوضعية المادية للموظفين الذين سيشاركون في دورات التكوين المستمر.

إن الهدف الواضح لمرسوم 1957 هو تحديد بعض التعويضات المادية في فترة التكوين. كما أن مرسوم 8 يوليوز 1963 لم يتضمن في البداية أي مقتضيات تتعلق بالتكوين المستمر غير أن مرسوم 3 يناير 1981 أدخل تغييرات على مرسوم 1963 ، إذ أعطى دفعة مهمة في إطار إصلاح وضعية الموظف الذي يشارك في الدورة التكوينية .

¹ Driss elbassri .l'administration tirroterriale. L'experience marocaine p 346

² صلاح الدين الجرمي. الوظيفة العمومية المغربية الواقع والأفاق ، بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري بالمدرسة الوطنية 2004-2005 ص 60

³ Driss elbassri .l'administration tirroterriale. L'experience marocaine. idem. p 347

⁴ مرسوم رقم 2-57-1841 الصادر بتاريخ 23 جمادى الأولى 1377 (16 دجنبر 1957)

أما بخصوص مرسوم 29 نونبر 1978¹ المنظم للسلطة الحكومية المكلفة بالوظيفة العمومية والإصلاح الإداري فقد نص على ضرورة إعداد برامج للتكوين الطويل والقصير الأمد لصالح الأطر الإدارية وذلك من خلال المساهمة في تنظيم الندوات وإعداد برامج تكوينية.

هذا بخصوص التكوين بالنسبة للمغرب قبل مرسوم 2005، لكن بالنسبة لفرنسا بإعتبارها المرجعية الخاصة في مجال تكوين الموظفين نجد أن تكوين الموظف يركز على عنصرين أساسيين هما قانون الموظفين والحياة الوظيفية، وسوف نركز على العنصر الثاني (الحياة الوظيفية) وهو أن دخول الإدارة العامة، لا يتم فقط للتعين في وظيفة محددة وإنما على أساس الآمال المترسخة في إشغال عدد من الوظائف المنظمة والمتسلسلة، ويتم ذلك في إطار من التنظيم الدقيق للترقية، يؤمن إنتقال الموظف من رتبة إلى أخرى ومن فئة إلى فئة، في السلك الذي ينتمي إليه والانتقال من سلك إلى آخر، ولذلك كان لابد من إعداد الموظف لتأمين أهليته وكفاءته حفاظا على إستمراريته وهو ما لا نجده في نظام الخدمة المدنية المفتوح².

وهكذا فإن تكوين الموظف في فرنسا يركز على عدة أجهزة منها الجامعات والكليات، ومدارس ومؤسسات التدريب الإداري بالمعنى الضيق مثل المدارس الوطنية للإدارة ومدرسة الفنون المتعددة.

ونجد في هذا الإطار قانون 1971-07-16 المتعلق بالتكوين الإداري بفرنسا، ركز على أن مجهودات التكوين من طرف الدولة يجب أن يستمر بصورة دائمة وذلك لتنمية النتائج³.

كما نص إتفاق الإطار لسنة 1996⁴، على أفكار ومبادئ في ميدان التكوين، وذلك بإحداث دورات تدريبية وتكوينية للموظفين الذين لم يستفيدوا من أي تكوين في الثلاث السنوات الأخيرة، واستبدالهم بمن يقومون مقامهم في الوظيفة ليتمكنوا من الإستفادة من التكوين والتدريب، بالإضافة إلى مبادئ في ميدان التكوين المهني ومن أهمها:

__ المساواة من الإستفادة الشخصية من التكوين

__ مساواة الموظفين في التكوين بهدف الرفع من مستوى كفاءتهم المهنية.

__ ضمان وسائل تكوين فعالة وناجعة، وتقييمها بعد ذلك.

وفي سنة 2007 ثم إصدار مرسوم متعلق بالتكوين المستمر والدائم خلال المسار المهني للموظف، وأهم ما جاء به أنه جعل التكوين المستمر دائم وليس له طابع وقي أظف إلى ذلك أن المشرع الفرنسي اعتبر التكوين حق من حقوق الموظف، وأعطاهم رخصة مؤدى عنها للقيام بالتكوين المستمر.

للإشارة فإن التكوين المستمر يجب أن يبنى على أساس الأهداف الملائمة لمستجدات التدبير الحاصلة في مجال علم التدبير والتسيير التي تقوم على ملائمة الأهداف وتحديد الحاجيات وذلك باستغلال الإمكانيات العمومية المتاحة.

¹ مرسوم رقم 594-78-2 بتاريخ 29 نونبر 1978 (ج.رسمية عدد 3449) بتاريخ 8 دجنبر 1978.

² حسن الليلي "دور التكوين المستمر في تأهيل الموظف الجماعي ببلدية مدينة الرباط - نموذجاً - بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس السويسي 2007-2008. ص 5

³ حسن الليلي، نفس المرجع، ص 13.

⁴ "إتفاق الإطار" الخاص بالتكوين المستمر في الوظيفة العمومية التابعة للدولة والذي تم توقيعه في 22 فبراير 1996 من طرف وزير الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري واللامركزية وممثلي النقابة والموظفين.

المطلب الثاني: التكوين المستمر في ظل مرسوم 2005 :

في إطار هندسة منظومة التكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة، وفي إطار تجسيد الإصلاح الإداري في جانبه المتعلق بالموارد البشرية وتحسين كفاءتها جاءت محاولة الوزارة المعنية بتحديث القطاعات العامة لتنفيذ سياسة الحكومة في مجال إصلاح منظومة الموارد البشرية وذلك بالإنسجام مع التوجهات الملكية في هذا المجال.

ولقد شكل إخراج المرسوم المتعلق بالتكوين المستمر إلى حيز الوجود إصلاحا أساسيا ينظف إلى مسلسل الإصلاح الإداري في إطار مؤسساتي قانوني .

ويهدف هذا المرسوم إلى مجموعة من الأهداف التي تندرج في العمل الإداري للموظف كيفما كان موقعه في الهرم الإداري ، ويمكن إجمال هذه الأهداف في :

ـ تجاوز ثغرات مرسوم 1957 .

ـ عزل المقتضيات القانونية المتعلقة بالموظفين والأعوان ضمن هذا المرسوم بدل المرسوم 2.57.1841 الذي كانت مقتضياته تمتد إلى الطلبة .

ـ إمكانية تصحيح الانحرافات الوظيفية العمومية أثناء العمل الإداري .

ـ الإلتجاء نحو تطوير القدرات التديرية للموظف العمومي إنسجاما مع مفهوم الإحترافية المهنية .

ـ تأهيل الأطر العليا لتولي مناصب المسؤولية .

ـ تقديم الخدمات الإدارية للمرتفقين أو طالبي الخدمة بفعالية ونجاعة .

ـ المساهمة في تنمية الموارد البشرية من خلال تنمية مهارات وكفاءات الموظف منهجيا وبيداغوجيا وإداريا وذلك في أفق أن تصبح الإدارة أداة لتحقيق التنمية الشاملة¹ .

وينقسم محتوى هذا المرسوم إلى أربعة فصول وخمسة عشر مادة .

في الفصل الأول : مدلول وأهداف التكوين المستمر كما أن الفصل الثاني جاء بمقتضيات تهتم التكوين المستمر، والفصل الثالث على وضعية الموظفين والأعوان أثناء التكوين المستمر ويضم الفصل الرابع كذلك مقتضيات مختلفة . ومن خلال هذه الفصول فإن المرسوم ينقسم إلى فكرتين أساسيتين الأولى تهتم مجال أو نطاق التكوين المستمر ، الثانية تتعلق بمسألة تنظيم التكوين المستمر ، وهكذا نصت المادة الأولى من المرسوم على أن التكوين المستمر يشمل موظفي الدولة وأعوانها في تلقينهم تكوينا نظريا وتطبيقيا قصد إعدادهم لمزاولة المهام المطابقة لهذا التكوين ، وذلك دون الإشارة إلى موظفي الجماعات والمؤسسات العمومية ، وهذا ما يعني أن واضع هذا المرسوم جسد سياسة الدولة في مجال إصلاح منظومة التكوين المستمر على المستوى المركزي فقط تاركا للجماعات فرصة إعداد تصورات محلية على مستوى التكوين لفائدة الموظفين الجماعيين² .

¹ عبد الغني عبيزة ، " المقاربة الجديدة للتكوين المستمر بالإدارة العمومية المغربية على ضوء المرسوم الصادر بتاريخ 12 يناير 2006 " ، سلسلة منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 71 ، سنة 2006 ، ص 121 .

² عبد الغني عبيزة ، نفس المرجع ، صفحة 122 .

غير أنه وبالرجوع للمادة الرابعة من النظام الأساسي لموظفي الجماعات فإننا نجد أنها تنص على أن " مقتضيات النصوص التشريعية والتنظيمية الصادرة بتطبيق النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية ، وكذا النصوص المتعلقة بموظفي الدولة تجري أيضا على موظفي الجماعات"¹

وأمام هذا النص الصريح فإن المرسوم المتعلق بالتكوين المستمر تسري مقتضياته حتى على الموظفين الجماعيين.

ومن بين أهم المقتضيات التي جاءت بها المادة 3 من مرسوم 2.05.1366 على ضرورة التحديد المسبق للحاجيات التكوينية لكل قطاع ، قبل وضع البرنامج التكويني الخاص بها، وذلك بناء على تقييم المؤهلات لتأهيل الموارد البشرية وتحديد عدد الموظفين المرشحين للإستفادة من التكوين المستمر، مع تحديد مجالات التكوين المطلوبة ، والمجال الزمني المخصص لها في إطار إتفاقيات الشراكة مع القطاعات الوزارية الأخرى والجماعات المحلية والهيئات المختصة².

ونشير إلا أنه لا يمكن أن ينظم التكوين المستمر إلا بعد موافقة رئيس الإدارة وتأسيسا على حاجيات القطاع .

أما مدة التكوين المستمر نستنتج من مقتضيات المرسوم أنها تتراوح بين 3 و 6 أشهر. أما مدة التكوين المستمر الذي يجتتم بالحصول على دبلوم أو شهادة فهي غير محددة في المرسوم المذكور.

بالإضافة إلى التنصيب على إحداث لجنة مركزية خاصة بالتكوين المستمر يعهد إليها مهمة التنسيق بين القطاعات الوزارية في هذا المجال وذلك بتقديم إقتراحات في شأن إستراتيجية التكوين المستمر وملائمة المخططات القطاعية معها .

كما يتم التنصيب ولأول مرة في المرسوم المنظم للتكوين المستمر على تنظيم هذا الأخير في إطار إستراتيجية موحدة وتنسيق محكم³ ، وتجدر الإشارة إلا أن الموظف العمومي الذي يستفيد من برنامج التكوين المستمر يبقى في وضعية نظامية إدارية ومالية ، كما يمنح لهم تعويضات يومية عن مصاريف التنقل في حالة عدم إستفادتهم من النقل والإقامة مجانا ، هذا في حالة ما إذا كان هذا التكوين منظما بالمغرب وخارج المدينة التي يوجد بها مقر عملهم، وإذا كانت مدة التكوين لا تتعدى 6 أشهر.

أما إذا كان التكوين المستمر بالخارج فإنه يتسفيد من التعويضات عن التنقل في حالة عدم إستفادتهم من منح مخولة لهم من الدول أو المنظمات أو الهيئات التي يزاولون فيها تكوينهم ، أو في حدود الفرق بين هذا التعويض والمنح المخولة من قبل هذه الدول أو المنظمات أو الهيئات السالفة الذكر⁴.

كما أن الموظف أو العون العمومي مطالب أثناء التكوين المستمر بالإنضباط إداريا، وكذلك بالحضور الجدي لفترات التكوين وإعداد تقرير حول دورات التكوين ، وهذا التنظيم ينطبق كذلك على الموظف الملحق الذي يقترح من طرف الإدارة الملحق بها⁵.

¹⁶ المرسوم رقم 20.77.738 الصادر بتاريخ 27 شتنبر 1977 بمثابة النظام الأساسي لموظفي الجماعات المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3387 بتاريخ 28 شتنبر 1977 .
³ بشرى الوردى، "تقييم الأداء في الوظيفة العمومية المغربية" سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ص 127

⁴ المادة 8 من مرسوم 2.05.1366 المتعلق بالتكوين المستمر.

⁵ عبد الغني عبيزة " نفس المقال " ص 122

وإشترط المشرع للاستفادة من برنامج التكوين المستمر أن يتوفر المترشحون على أربع سنوات على الأقل من الخدمة الفعلية في الإدارة العمومية بالنسبة للتكوينات التي تختم بالدبلوم أو شهادة أو أن يدلي المستفيد بشهادة تثبت تسجيله بمؤسسة التكوين المعينة. أو إلى مؤسسات أجنبية في إطار إتفاقيات التعاون وألزم الموظفين والأعوان المعينين للاستفادة من التكوين المستمر بالتوقيع على تعهد خدمة الإدارة لمدة لا تقل عن 8 سنوات بعد إنتهاء التكوين أو الحصول على الدبلوم أو الشهادة¹.

غير أن تفعيل مقتضيات المرسوم المتعلق بالتكوين المستمر رقم 2.05.1366 سيتم من خلال اعتماد قرار يحدد إستراتيجية التكوين المستمر، وهو ما يتم من خلال قرار للوزير المنتدب لدى الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة في 7 يوليوز 2009²، والذي بموجبه ألزم القطاعات الوزارية والإدارات العمومية إعداد مخططاتها القطاعية وفقا لمضمون هذه الإستراتيجية، وتهدف إلى رصد وتحديد التوجهات العامة التي ستحكم عملية التكوين المستمر، وتجتمع مرة واحدة على الأقل في السنة وكلما دعت الضرورة إلى ذلك بدعوة من رئيسها او بطلب كتابي في إحدى القطاعات الممثلة في اللجنة³.

وتضطلع هذه اللجنة بتقييم حصيلة التكوين المستمر وإعداد تقرير في الموضوع بناء على التقارير القطاعية السنوية حول الحصيلة البيداغوجية والمالية للبرنامج الذي إمتد في كل قطاع في المجال مع إصدار توصيات لتحسين منظومة التكوين المستمر والإهتمام بتطوير كفاءات المكونين.

غير أنه بالرغم من أن هذه المبادرات الفعالة لتحديث نظام التكوين المستمر في الوظيفة العمومية المغربية، ورغم الوعي بأهميته في تدبير الموارد البشرية والرفع من مستوى تكوينها ومردوديتها، فإنه يجب دراسة واقعية لتحديد حاجيات الإدارة في هذا المجال، وهنا يدخل تقييم الأداء مدخلا أساسيا لعقلنة نظام التكوين المستمر، وتقييم الأداء يعد حجر الزاوية في تدبير الموارد يمكن عبره التصدي للتأثيرات السلبية الناتجة عن التطبيقات غير الرشيدة للتكوين المستمر.

المبحث الثاني: قراءة في نظام التكوين المستمر :

على الرغم من أن التكوين المستمر هو استثمار يطور من مهارات ومعارف الموظفين داخل الإدارة، غير أن تعامل المسؤولين مع ميدان التكوين المستمر يظل ينقصه الوضوح، بالإضافة إلى أن المرسوم بحد ذاته يعاني من عدة إختلالات ومراكز ضعف على المستوى القانوني⁴. ومنه وجب الوقوف على الثغرات القانونية (المطلب الأول) وعلى إبراز بعض الحلول لتجاوز هذه الثغرات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الثغرات القانونية لنظام التكوين المستمر :

إن مرسوم 02 دجنبر 2005 المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة والذي يسري كذلك كما سبق ذكره على موظفي الجماعات⁵، جاء من أجل تأطير وتأهيل الموظفين والأعوان وذلك بتلقينهم تكويننا نظريا وتطبيقيا

¹ المواد 7 - 10 - 11 من مرسوم التكوين المستمر

² قرار الوزير المنتدب لدى الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة رقم 1741-09 صادر في 14 14 ديسمبر 2009 حول تحديد إستراتيجية التكوين المستمر منشور بالجريدة الرسمية عدد 5795.

³ المادة 3 من مرسوم التكوين المستمر لسنة 2005.

⁴ بشرى الوردي، مرجع سابق ص 128.

⁵ المادة الرابعة من النظام الأساسي لموظفي الجماعات.

وتطبيقيا قصد إعدادهم مزاولة مهام أخرى ، بالإضافة إلى استكمال خبرة الموظفين والأعوان قصد تمكينهم في إطار إعادة الانتشار من ولوج مناصب تتطلب مؤهلات جديدة ، هذا بالإضافة إلى إعداد الأطر العليا لتولي مهام التأطير والتدبير والتوجيه بالإدارة العمومية وهو ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم 2005.

إن إخراج هذا المرسوم إلى حيز الوجود يعد لبنة أساسية تنضاف إلى مسلسل الإصلاح الإداري في إطار مؤسساتي وقانوني ، غير أن ما يعاب عليه أي المرسوم هو عدم تخصيص مقتضيات خاصة لموظفي الجماعات في مجال التكوين المستمر ، وكيفية الرفع من مردودية الموظف الجماعي وهو كذلك مالم يتحدث عليه الميثاق الجماعي 78.00 المعدل والمتمم بقانون 17.08، حيث تحدث في مادته 54 على أن رئيس المجلس الجماعي هو الرئيس التسلسلي لموظفي الجماعات ، ولم يتحدث عن التكوين المستمر للموظفين التابعين للجماعة ، كما أن المادة 43 من نفس الميثاق نصت على ما يلي " تكوين الموظفين والمنتخبين الجماعيين ¹ ، وصمت المشرع دون الإشارة إلى التكوين المستمر بالإضافة إلى المشاكل والصعوبات التي تواجه الإدارة العمومية في رسم هندسة التكوين المستمر ، وبالتالي وضع إطار قانوني يجسد عمليا التوجهات الحكومية في مجال سياسة التكوين المستمر والمتمثلة :

_ غياب تدبير الموارد البشرية والإعتماد على تسيير الموظفين

_ غياب التصاميم المديرية للتكوين المستمر .

_ غياب التدبير التوقعي في الوظائف والمهن .

_ مقاومة المسؤولين للتغيرات الناتجة عن التكوين المستمر .

_ غياب مسطرة التقييم ² .

كل هذا إلى جانب غياب التماسك بين سياسة التكوين المستمر والسياسات الأخرى المتبعة في تدبير الموارد البشرية (الترقية ، التوظيف ، التعيين في مناصب المسؤولية) .

كما أن غياب عنصر التكوين المستمر في تدبير الموارد البشرية والمبادرات المعتمدة في هذا المجال قليلة وتتمركز في بعض الجماعات فقط ، وتتخذ بصورة انفرادية في غياب تنسيق الجهود بين مختلف المعنيين ، ولأي دراسة لتحديد الحاجيات الإدارة في مجال التكوين ³ .

وإذا نظرنا إلى الهدف الذي جاء به كل من التكوين المستمر والتقييم ، هو الرفع من مردودية الموظف العمومي وتأهيله للإستجابة لمتطلبات التغيرات الذي تعيشها الإدارة العمومية المغربية. كما ان ضرورة تحديد الحاجيات في مجال التكوين المستمر العديدة والتنوعية لا بد وان تنبني على تقييم لمؤهلات الموارد البشرية المتوفرة، وعليه وجب بلورة التقييم كذلك في سياسة التكوين المستمر في الوظيفة العمومية المغربية.

¹ المادة 43 و 54 من الميثاق الجماعي لسنة 2002 المعدل والمتمم بقانون 17.08 سنة 2009.

² عبد الغني عبيزة ، مرجع سابق ، ص 127 .

³ بشرى الوردى ، مرجع سابق ، ص 127 .

والتقييم هو بمثابة آلية للكشف عن الإحتياجات التكوينية بالنسب للإدارة أولاً ثم على مستوى الفرد ، وذلك بقياس أداء الموظف، وتحديد المعارف والمهارات التي تلزمه للأداء الجيد لوظيفته الحالية، ثم لأداء وظائف أخرى مستقبلية .

كما يأخذ على هذا المرسوم إعتماده في التعويضات الممنوحة عن التنقل، السكن والأكل على القرار الصادر في 20 شتنبر 1931 المتعلق بتنظيم التعويضات عن التنقل ومأموريات موظفي وأعوان الدولة والذي يعتبر متجاوزاً مقارنة مع التغييرات التي عرفتها الإدارة، وارتفاع مستوى المعيشة على وجه الخصوص.

بالإضافة إلى عدم تحديده الحد الأدنى للإعتمادات التي يجب أن ترصدها مختلف القطاعات في الميزانيات الفرعية لفائدة التكوين المستمر وذلك لدور العنصر المالي في إنجاح أي مبادرة لنهوض بمجال التكوين.

هذا على المستوى المالي أما على المستوى البيداغوجي يتجلى في نقص المكونين والخبراء المتخصصين في تأطير برامج التكوين المستمر.

- كذلك ضعف في التأطير داخل الجماعات.
- عدم مشاركة جميع الجماعات في وضع إستراتيجية التكوين التي ستعتمدها في التكوين المستمر لموظفيها، وبالتالي إصلاح منظومة الموارد البشرية .
- التفاوت الحاصل بين الجماعات الحضرية والقروية في مجال التكوين المستمر.

المطلب الثاني : مضامين إستراتيجية التكوين :

لتجاوز النقص الحاصل على مستوى مرسوم 2005 المتعلق بالتكوين المستمر ، فإنه لا بد من تحيين جميع النصوص المتعلقة بالموظف في إطار قانوني موحد وإدراج التكوين المستمر كأساس للتدرج داخل سلم الوظيفة العمومية.

وقد حاولت وزارة تحديث القطاعات العامة أن تتدارك النقص الحاصل على مستوى مرسوم 2005 وذلك بصدر قرار عن وزير تحديث القطاعات العامة يحدد إستراتيجية التكوين المستمر.

وقد نص هذا القرار على أن جميع الإدارات العمومية يتعين عليها إعداد مخططاتها القطاعية للتكوين المستمر وفقاً لمضمون إستراتيجيته التي جاءت في هذا القرار من خلال مادته الثانية، وهو ما يعني ضرورة وضع جميع الإدارات العمومية لإطار متناسق ومنسجم يراعي فيه تحديد أهداف ومضمون التكوين بالإضافة إلى وضع هندسة للتكوين المستمر وفق إجراءات للمتابعة والتقييم.

فالحاجة إلى التكوين المستمر يعني وجود قصور على مستوى أداء الموظف لمهامه الإدارية وذلك بسبب النقص في قدراته أو معلوماته أو خبرته ، وتحديد هذا النقص هو العنصر الأساسي الذي يعتمد عليه التكوين المستمر من أجل تجاوزه وبالتالي تحديد الموظفين المطلوب تكوينهم، ويتم هذا التشخيص إنطلاقاً من إحتياجات الإدارة في مجال التكوين المستمر .

ومن جهة أخرى وجب إستعمال التكوين المستمر كطريق للترقية ، من خلال الإستعداد للمباريات والامتحانات المتعلقة بالدرجة العليا المصحوبة بدبلوم يشكل بالنسبة للأطر إمكانية مهمة للتحفيز¹، كما أن عملية إعادة الإنتشار تفرض تقلد وظائف جديدة ، وبالتالي يتطلب الأمر إعادة تأهيل الموظفين وذلك وفق الوضع الجديد، كما أن المشاركة في دورات تكوينية لا يتوقف فقط على رغبة الموظف بل أيضا على تطابق التكوين المستمر مع حاجيات الإدارة من الكفاءات وعلى نتيجة التقييم قبل وبعد عملية التكوين.

كما أن المخطط يهدف إلى إدراج التكوين المستمر ضمن مقاربة شمولية إستراتيجية للقطاعات الوزارية وسياسة مواردها البشرية، وكذلك إلى ربط التكوين بالمهام والأهداف المرسومة لمختلف الوحدات الإدارية ، مع ضرورة توفير الوسائل المالية في ميزانية كل قطاع وذلك بما يتفق وينسجم مع القواعد الجديدة للميزانية، وتهم الوسائل المالية جميع الوسائل الضرورية (خدمات المكونين ، المعدات اللوجيستكية و البيداغوجية ، الإقامة ،...) لنجاح عمليات التكوين.

كما أنه لا بد من وضع مخطط وطني للتكوين المستمر تصاحبه مخططات جهوية تدعم مؤسسات التكوين بالوسائل المادية والبشرية الكفيلة بالقيام بمهامها على أحسن وجه.

أما فيما يتعلق بضرورة ربط هندسة التكوين بالمخططات فإنه وجب الإعتماد على هندسة إحترافية تضمن الجودة في التكوين ، وتأخذ بعين الإعتبار مجموع شروط النجاح مثل :

- ضمان الملائمة والتناسب مع الحاجيات، وهذا ما يستدعي الإستعمال المرجعي للوظائف والكفاءات من طرف الإدارات العمومية وإشراك المسؤولين في تحديد الأهداف والحاجيات لإختيار المستفيدين من التكوين وإدماج التكوين المستمر ضمن مقاربة شمولية لتدبير الكفاءات و الوظائف.
 - ضمان جودة برامج التكوين المستمر ، وهو ما يستلزم وضع دفتر تحملات لكل دورة تكوينية تحدد فيه الأهداف البيداغوجية ثم الفئات المستهدفة من البرامج، والشروط الواجب توفرها في المكون أو المنشط، كما وجب وضع ضوابط إنتقاء المكونين على أساس الكفاءة والإحترافية ، مع وضع تحفيزات للمكونين الداخليين.
 - ضمان المراقبة والمتابعة، إن وضع وضمان المراقبة والتتبع يضمن بلوغ الأهداف المسطرة في المخططات وإحترامها للوصول إلى الأهداف المتوخاة ، كذلك التقييم البعدي يسمح بقياس عمليات التكوين ويسمح أيضا بالتصحيح والتكبييف بالإضافة إلى إعداد حصيلة سنوية للتكوين المستمر تفيد ما تحقق من مكتسبات ومن تحديد مكامن الخلل وإدخال إصلاحات هيكلية وعمليات تصحيحية وقائية .
- وأخيرا ضرورة ربط التكوين المستمر بباقي عناصر وجوانب تدبير الموارد البشرية .

خاتمة :

إن التنمية البشرية ترتبط أساسا بكفاءة العنصر البشري، بإعتباره من الموارد المتوفرة للجماعات الترابية و مكون أساسي في البنية الهيكلية للجماعة ، وبالتالي لا يمكن تقييم التجربة الجماعية بمعزل عن دور الموظف الجماعي في تنشيط الحياة الإقتصادية والإجتماعية والثقافية ، وبذلك لا يمكن للعمل الجماعي أن يستوفي شروطه مالم يقع تأطير بشري مناسب للإدارة الجماعية ، فبدون موظف جماعي مكون وممرس لا يمكن بلوغ إدارة مثالية تتطلع لتلبية حاجيات المرتفقين.

وبالتالي فالتكوين المستمر يكتسي أهمية خاصة في منظومة تدبير الموارد البشرية ، وهذا ما عبر عن المغفور له الحسن الثاني في خطابه بتاريخ 21 ماي 1983 بمناسبة إفتتاح الحملة الانتخابية للمجالس الجماعية الذي جاء فيه " فلهذا أقول بإعتزاز ودون محاباة ، أحسن عنصر عندنا في المغرب ليس الفوسفات ولا الطبيعة ولا الأراضي السقوية ولا...بل غنى المغرب وثروة المغرب الأولى والأخيرة هي العنصر البشري."

لائحة المراجع :

الكتب :

- ❖ عبد الرحيم ايت دحو ،مصطلحات علوم التربية،مطبعة الرسالة سنة 1990
- ❖ بشرى الوردى، " تقييم الأداء في الوظيفة العمومية المغربية" سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية ،منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية .
- ❖ عبد المنعم إبراهيم محفوض،التدريب الإداري في فرنسا الأطروحات والرسائل :
- ❖ حسن الليلي " دور التكوين المستمر في تأهيل الموظف الجماعي.بلدية مدينة الرباط -نموذجا -بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام،جامعة محمد الخامس السويسي 2007- 2008 .
- ❖ غيثة الحاتمي اطروحة لنيل الدكتوراه الدولة في الحقوق - القانون العام- سنة 2001_2002
- ❖ صلاح الدين الجرمي.الوظيفة العمومية المغربية الواقع والآفاق ،بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري بالمدرسة الوطنية 2004-2005

المقالات :

- ❖ عبد الغني عبيزة ، " المقاربة الجديدة للتكوين المستمر بالإدارة العمومية المغربية على ضوء المرسوم الصادر بتاريخ 12 يناير 2006 " ، سلسلة منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 71، سنة 2006.
- الكتب باللغة الفرنسية :

- ❖ Demetri weiss « ressources humaines » 2 eme edition
- ❖ Driss elbassri .l'administration territoriale. L'experience marocaine

القوانين :

- ❖ ظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 24 فبراير 1958 جريدة رسمية عدد 2372 بتاريخ 11 ابريل 1958.
- ❖ مرسوم رقم 2.77.738 الصادر بتاريخ 13 شوال 1397 (27شتنبر 1977) .
- ❖ مرسوم رقم 2-78-594 بتاريخ 29 نونبر 1978 (ج.رسمية عدد 3449) بتاريخ 8 دجنبر 1978 .
- ❖ مرسوم رقم 2.80.675 بتاريخ 5يناير 1981 ،جريدة رسمية عدد 3560 بتاريخ 21 يونيو 1981.
- ❖ مرسوم رقم 2.051366 الصادر في 29 شوال 1426 (2ديسمبر 2005) يتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي واعوان الدولة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5386 بتاريخ 11 ذو الحجة 1426 (12 يناير 2006)
- ❖ قرار للوزير المنتدب لد الوزير الاول المكلف بتحديث القطاعات العامة رقم 1741.09 صادر في 14 من رجب 1430 (7 يوليو 2009) بتحديد استراتيجية التكوين المستمر، الجريدة الرسمية عدد26.5795 ذو الحجة 1430 (14 ديسمبر 2009)

قيع النظرية السياسية نموذج قيمة العدالة في الإسلام - عند جمال الدين الافغاني -



الحافظ النويني باحث في العلوم السياسية
بجامعة محمد الخامس السويسي بالرباط
nouinielhafad88@gmail.com

مقدمة :

لا يوجد شعب في العالم كله و عبر التاريخ, الا و اجتاحتها في وقت من الزمن موجة عنف, و في هذه الظروف تختلط الموازين فيصبح كل احد من اطراف الصراع يدافع عن طرحه معتقدا انه صاحب الحق, و يحاول الطرف الاخر ان يدافع عن طرحه هو الاخر. و كلهم رافعين شعار العدل, و راية العدالة الاجتماعية.

و مسألة العدل و العدالة لا تطرح مطلقا في عالم الحيوان, الذي تسوده شريعة الغاب, اما المجتمع الانساني و الانسان فإنه يطرح مسألة العدالة و يطالب بالعدل و الانصاف, و قد اقدم على وضع قوانين للعدالة منذ القدم و قبل نزول الرسائل السماوية. اما الاديان فقد وضعت قواعد للعدالة و اقامت الحدود, و الاسلام كونه اخر الرسائل السماوية فقد اتى بتشريعات مفصلة و قوانين شاملة لتنظيم الانسان على اساس العدل.

حيث ان امور الناس تستقيم في الدنيا مع العدل اكثر مما تستقيم مع الظلم في الحقوق, ذلك أن العدل كما يقول شيخ الاسلام ابن تيمية: " نظام كل شيء فإذا اقيم امر الدنيا بعدل قامت و إن لم يكن لصاحبها في الاخرة من خلاق, و متى لم تقم بعدل لم تقم و إن كان لصاحبها من الايمان ما يجزى به في الاخرة, فالنفس فيها داعي الظلم لغيرها بالعلو عليه و الحسد له و التعدي عليه في حقه و داعي الظلم لنفسها بتناول الشهوات القبيحة كالزنا و اكل الخبائث فهي قد تظلم من لا يظلمها و تؤثر هذه الشهوات و إن لم يفعلها غيرها " ¹.

هذا العدل او هذه العدالة, تهتم بحقوق الناس, و بالمساواة بينهم, و انصافهم. و قد بين الدين الاسلامي ذلك في اكثر من مناسبة و على لسان اكثر من عالم, و سنعالج هنا العدالة في الدين الاسلامي, ثم عند جمال الدين الافغاني,

¹ - مصطفى احمد صقر, فلسفة العدالة عند الإغريق و أثرها على فقهاء الرومان و فلاسفة الإسلام, مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة, مصر, سنة 1989, ص 5.

هذا الاخير تحدث عن العدالة اكثر من الحرية , و هذه مسألة تقليدية في الاسلام . حيث يقول في هذا الصدد: " العدل قوام المجتمع الانساني و به حياة الامم , و كل قوة لا للعدل تخضع فمصيرها إلى الزوال".¹

و بالتالي ستكون إشكالية البحث هي :

كيف عالج الإسلام مسألة العدالة ؟ و كيف تناولها الأفغاني ؟

المسار البحثي :

أولاً- أسس العدالة الاجتماعية في الإسلام .

ثانياً- وسائل العدالة الاجتماعية في الإسلام .

ثالثاً- العدالة عند جمال الدين الأفغاني.

أولاً- أسس العدالة الاجتماعية في الإسلام .

1- معنى العدالة .

لا معنى للعدالة خارج إطار المجتمع الانساني و التجمعات البشرية. من هنا تسميتها بالعدالة الاجتماعية، و هي ضمن هذا الإطار و وفق قوانينه المرعية، تعني : الاحترام الدقيق لحقوق الانسان، و إعطاء كل ذي حق من الناس حقه.²

فعندما تكون حقوق الجميع محفوظة ، تكون العدالة موجودة و بمعنى اخر تكون قائمة، عندما يقوم كل انسان بواجباته اتجاه الاخرين فتصبح بالتالي جميع الحقوق محفوظة. و لا يرتفع صوت العدالة الا عندما تضيع الحقوق او تغتصب، فيكون ذلك الصوت مطلباً مرفوعاً في وجه الظلم، و التعدي، و الاستغلال الناتج عن الميول الانانية، فتظهر العدالة صارخة لتضع حداً لتلك الميول و لتعطي لكل انسان حقه .

هذه العدالة تهتم بحقوق الناس، و بالمساواة بينهم، و إنصافهم، تركز على اساس رياضي و تنبني بمصطلحات رياضية، قوامها التساوي و الاستقامة. و هذه المصطلحات، هي نفسها التي تستعمل للتدليل على سلوك الانسان الفاضل، الذي يحكم بالتساوي أي العدل.³

¹ - عزت قرني، العدالة و الحرية في فجر النهضة العربية الحديثة، سلسلة عالم المعرفة، عدد 30، الكويت، يونيو 1980، ص 219.

² - د.رضا سعادة ، الفلسفة و مشكلات الانسان ، دار الفكر اللبناني ، بيروت ، الطبعة الاولى 1990، ص 96.

³ - د.رضا سعادة، مرجع سابق، ص 97.

2- ضرورة العدل .

العدل من القيم المثالية في الحياة، وهي ثابتة يقتضيها العقل في جميع التصرفات، لهذا حضت الشريعة الاسلامية على اتباعها و اهترتها من اهدافها، و قد سمي الله نفسه به تعليما للناس لاتباع العدل في معاملاتهم و تصرفاتهم¹.

قال تعالى: "اعدلوا هو أقرب للتقوى"²، و في هذه الآية يدعو الله إلى إقامة العدل، رافعا درجة من أقامه. و قال: " هل يستوي هو و من يأمر بالعدل و هو على صراط مستقيم "³، فالعدل عامة هو دعوة للوسطية و التوازن المدرك بالبصيرة، لهدت كان العدل ضرورة من ضرورات الحياة، إذ الحياة لا تستقيم مع الظلم و الجور لأن العدل فريضة و تجاوز الحق ظلم و جور، و الظلم غير مقبول سواء فيما يتعلق بعلاقة الافراد فيما بينهما، او فيما يتعلق بالعقيدة، ذلك ان الظلم في العقيدة يعتبر كفر و شرك بالله، قال تعالى: " إن الشرك لظلم عظيم"⁴.

أما الظلم في علاقات الناس بين بعضهم فهو تجاوز للحق، قال تعالى: " إنما السبيل على الذين يظلمون الناس و يبغون في الأرض بغير الحق أولئك لهم عذاب أليم "⁵، فالعدل ضرورة للفرد في نفسه و ذاته و في ربه، كما انه ضرورة ثابتة في علاقات الناس فيما بينهم، من هذا المنطلق كان العدل فريضة واجبة، و من هذا يتبين لنا ضرورته إذ فرضه الله على رسوله صلى الله عليه و سلم، و امره باتباعه و الحض عليه، قال تعالى: " فلذلك فادع و استقم كما أمرت و لا تتبع اهواءهم و قل امنتم بما انزل الله من كتاب و أمرت لأعدل بينكم "⁶، هذا و العدل بمقتضى شموله قد فرضه الله أولياء الامور من الحكام و الولاة، قاعدة واجبة الاتباع تجاه المتحاكمين و اتجاه الناس عامة، قال تعالى: " و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل "⁷.

3- أسس العدالة الاجتماعية في الاسلام .

لقد أقام الاسلام بناء العدالة على الاجتماعية على أسس عامة هي :

- التحرر الوجداني المطلق.
- المساواة الانسانية الكاملة.
- التكامل الاجتماعي الوثيق.
- و سنعالج كل منها على حدا، و بشكل مختصر .
- التحرر الوجداني المطلق :

لن تتحقق عدالة اجتماعية كاملة، و لن يضمن لها التنفيذ و البقاء، ما لم تستند إلى شعور نفسي باطن باستحقاق الفرد لها، و بحاجة الجماعة اليها، و بعقيدة في انها تؤدي الى طاعة الله و الى واقع انساني اسمى. و ما لم تستند كذلك الى واقع مادي يهيئ للفرد أن يتمسك بها و يدافع عنها، و لن يستحقها الفرد بالتشريع قبل ان يستحقها بالشعور، و

¹ - عبد السلام التونجي ، مؤسسة العدالة في الشريعة الاسلامية ، سلسلة الفكر الاسلامي ، عدد 1، طرابلس، 1993، ص 21.

² - سورة المائدة، الآية 8.

³ - سورة النحل، الآية 76.

⁴ - سورة لقمان، الآية 13.

⁵ - سورة الشورى، الآية 42.

⁶ - سورة الشورى، الآية 15.

⁷ - سورة النساء، الآية 58.

بالقدرة العملية على استدامة هذا الشعور. و لن تحافظ الجماعة على التشريع ان وجد، إلا و هناك عقيدة تأيده من الداخل و امكانيات عملية تؤيده من الخارج..و هذا ما نظر اليه الاسلام في توجيهاته و تشريعاته جميعا.¹

و كذلك الاسلام يكفل التحرر الوجداني تحرا مطلقا، لا يقوم على المعنويات وحدها، و لا على الاقتصاديات وحدها، و لكن يقوم عليها جميعا. فيعرف للحياة واقعها، و للنفس طاقتها، و يدفع بها الى التحرر الوجداني كاملا صريحا، فبغير التحرر الكامل لن تقوى على عوامل الضعف و الخضوع و العبودية، و لن تتطلب نصيبتها من العدالة الاجتماعية، و لن تصبر على تكاليف العدالة حين تعطاها. وهذا التحرر هو احد الأسس الركينة لبناء العدالة الاجتماعية في الاسلام، بل هو الركن الاول الذي تقوم عليه الاركان.²

- المساواة الإنسانية :

لقد جاء الإسلام ليقرر وحدة الجنس البشري في المنشأ و المصير، في الحيى و الممات، في الحقوق و الواجبات، في الدنيا و في الآخرة، لا فضل إلا للعمل الصالح و لا كرامة إلا للأتقى. لقد كانت وثبة بالإنسانية لم يعرف لها التاريخ مثيلا، و لا تزال إلى هذه اللحظة قمة لم يرتفع اليها البشر ابدا. بل لقد كانت نشأة اخرى للبشرية يولد فيها الانسان الأسمى، الأمر الذي تراجعت عنه البشرية و لم تبلغ له أبدا إلا في ظل هذا المنهج الرباني.³

و يمضي القران يذكر آيات ليقر في خلد الانسان و وحدة أصله و نشأته، الجنس كله من تراب، قال تعالى: " و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طين"⁴.

ثم كفل الاسلام للمرأة مساواة تامة مع الرجل من حيث الجنس و الحقوق الإنسانية، و لم يقرر التفاضل إلا في بعض الملابس المتعلقة بالاستعداد أو التبعة، قال تعالى: " و من يعمل من الصالحات من ذكر و انثى و هو مؤمن، فأولئك يدخلون الجنة و لا يظلمون نقيرا"⁵، و في ناحية الاهلية للملك و التصرف الاقتصادي يتساويان، قال تعالى: " للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون، و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون"⁶. و قد كفل الاسلام ايضا للإنسان كرامته التي لا يجوز ان تستذل، قال تعالى: " و لقد كرمنا بني ادم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات.."⁷.

و هكذا يتتبع الإسلام كل ناحية من حياة الناس الوجدانية و الاجتماعية، ليؤكد فيها معنى المساواة توكيدا، و ما كان في حاجة كما قلنا لأن يتحدث عن المساواة لفظا بعدما حققها روحا بالتحرر الوجداني الكامل من جميع القيم، و لانه يحرص على المساواة حرصا شديدا و يريد لها إنسانية كاملة غير محدودة بعنصر ولا قبيلة و لا بيت و لا أي كان .

- التكافل الاجتماعي :

لا تستقيم حياة يذهب فيها كل فرد إلى الاستمتاع بحريته المطلقة إلى غير حد و لا مدى، يغذيها شعوره بالتحرر الوجداني المطلق من كل ضغط، و بالمساواة المطلقة التي لا يجدها قيد و لا شرط، فإن الشعور على هذا النحو كفيلا بأن يحطم المجتمع كما يحطم الفرد ذاته. حيث يجب على حرية الفرد ان تقف عند حدود معينة لكي لا تمس حرية

1- سيد قطب , العدالة الاجتماعية في الاسلام , دار الشروق , القاهرة , 1995, ص 32.

2- سيد قطب، مرجع سابق، ص 43.

3- سيد قطب، مرجع سابق، ص 45.

4- سورة المؤمنين، الآية 12.

5- سورة النساء، الآية 124.

6- سورة النساء، الآية 7.

7- سورة الإسراء، الآية 70.

الأخر، و نصبح امام صراعات و نزاعات لا تنتهي. و قد منح الإسلام الحرية في احلى صورها و المساواة الانسانية في أدق معانيها، لكنه لا يتركهما فوضى، فللمجتمع حسابه و للإنسانية اعتباراتها، و للأهداف العليا للدين قيمتها. لذلك يقر الحرية الفردية و إلى جانبها التبعية الجماعية التي تشمل الفرد بتكاليفها، و هذا ما ندعوه بالتكافل الاجتماعي.¹

و الاسلام يقرر مبدأ التكافل في كل صورته و أشكاله، فهناك التكافل بين الفرد و ذاته، و بين الفرد فهو مكلف أن ينهي النفس عن شهواتها و أن يسلك بها طريق النجاح، قال تعالى: " و نفس و ما سواها، فألمها فجورها و تقواها و قد أفلح من زكاها و قد خاب من دساها " ². و هناك تكافل الفرد بينه و بين أسرته، و قال تعالى: " و بالوالدين إحسانا، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف و لا تنهرهما و قل لهما قولا كريما و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا " ³. ثم تكافل الفرد و الجماعة، حيث يوجب على كل منهما تبعات و يرتب لكل منهما حقوقا. قال تعالى: " و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان " ⁴. و أخيرا التكافل فيما بين الأمة الإسلامية، حيث مثلا تكون الأمة مسؤولة عن فقرائها و معوزيها فتتقاضى أموال الزكاة و تنفقها في مصارفها، قال تعالى: " كلا بل لا تكرمون اليتيم و لا تحاضون على طعام المسكين .. فيومئذ لا يعذب عذابه أحد و لا يوثق وثاقه أحد " ⁵.

و هكذا يفرض الإسلام التكافل الاجتماعي في كل صورته و أشكاله، تمشيا مع نظريته الأساسية إلى وحدة الأهداف الكلية للفرد و الجماعة، و في تناسق الحياة و تكاملها. و على تلك الأسس الثلاثة ، تقوم العدالة الاجتماعية، و تتحقق العدالة الاجتماعية.

ثانيا- وسائل العدالة الاجتماعية في الإسلام.

حاول الإسلام أن يحقق العدالة الاجتماعية كاملة ارتفع بها عن أن تكون عدالة اقتصادية محدودة، و أن يكون التكليف وحده هو الذي يكلفها، فجعلها عدالة انسانية شاملة، و أقامها على ركنين قويين: الضمير البشري من داخل النفس و التكليف القانوني في محيط المجتمع، و زواج بين هذه القوة و تلك، مثيرا في الوجدان الإنساني أعمق انفعالاته غير غافل عن ضعف الانسان و حاجته إلى الوازع الخارجي.⁶

و كل من ينظر في هذا الدين نظرة فاحصة يدرك الجهد الضخم الذي بذله لتهديب النفس البشرية من جميع جوانبها و في جميع اتجاهاتها و ملابساتها، قال تعالى: " و إنك لعلى خلق عظيم " ⁷.

و على هذا الضمير الذي ربه الإسلام، و على التشريع الذي جاءت به شريعته. اعتمد في إرساء قواعد العدالة الاجتماعية، و بهذه الوسيلة المزدوجة نجح في إنشاء مجتمع انساني متوازن متناسق، حيث سنستعرض نموذج من تلك الطريقة في التشريع و التوجيه، و نختار موضوع الزكاة و الصدقة. حيث فرض الإسلام الزكاة حقا في أموال القادرين للمحرومين، حقا تتقاضاه الدولة المسلمة بحكم الشريعة و بقوة السلطان. فالزكاة ركن من أركان الإسلام و ضرورة

¹ - سيد قطب، مرجع سابق، ص 55.

² - سورة الشمس، الآية 7-10.

³ - سورة الإسراء، الآية 23-24.

⁴ - سورة المائدة الآية 2.

⁵ - سورة الفجر، الآية 17-26.

⁶ - سيد قطب، مرجع سابق، ص 63.

⁷ - سورة القلم، الآية 4.

من ضرورات الإيمان، قال تعالى: " قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون و الذين هم عن اللغو معرضون و الذين هم للزكاة فاعلون"¹.

و أداة الزكاة وسيلة من وسائل الحصول على رحمة الله، قال تعالى: " و أقيموا الصلاة و أتوا الزكاة و أطيعوا الرسول لعلكم ترحمون"². و الامتناع عن أداء الزكاة و عن الإنفاق في سبيل الله يؤدي للتهلكة، قال تعالى: " و أنفقوا في سبيل الله و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"³.

و الإسلام يقدر غريزة حب الذات و حب المال، و يقر أن الشح حاضر في النفس البشرية، ليعالج هاته النفس لتجود و تعطي، فيرفع الإنسان على نفسه و يغلب جانب التسامي فيه على جانب الضرورة، و ذلك في ذاته هدف إنساني رفيع، بل هدف اجتماعي لإيجاد التوازن و تحقيق التكافل بين القادرين و العاجزين، و تكوين مجتمع متناسق متعاون سليم.

على هذا النهج يسير الإسلام فيهتم بالاقتناع الوجداني كلما شرع تكليفاً، و يقف بالتكليف عند الحد الضروري لسلامة المجتمع، و في حدود الطاقة العامة لجمهير الناس، ثم يخاطب الوجدان للإقناع بالتكليف، و للسمو فوقه ما استطاع ليرتفع بالحياة الإنسانية و يجذبها دائماً بحيط الصعود.

و على هذا النهج قد سار الإسلام في تحقيق العدالة الاجتماعية. و قد تناول العديد من العلماء و المفكرين الإسلاميين مسألة العدالة، حيث سنتناول مسألة العدالة عند جمال الدين الأفغاني.

ثالثاً- العدالة عند جمال الدين الأفغاني.

من السهل أن يدرك القارئ للأفغاني أنه يتحدث عن العدالة أكثر من الحرية، و ليس في هذا ما يدعو للعجب، فموضوع العدل من الموضوعات الإسلامية التقليدية. و يتكلم الأفغاني عن ضرورة أن يكون هدف السلطة الزمنية تحقيق العدل المطلق ذلك أن السلطة الزمنية بملكها أو سلطانها إنما استمدت قوتها من الأمة لأجل قمع أهل الشر و صيانة حقوق العامة و الخاصة. و الدافع للسلطة الزمنية نحو تحقيق العدل هو في الحل الأول طاعة الشريعة الإسلامية، و يقول الأفغاني: " كل فخار تكسبه الأنساب و كل امتياز تفيده الأحساب لم يجعل له الشارع أثراً في وقاية الحقوق و حماية الأرواح و الأموال و الأعراض بل كل رابطة سوى رابطة الشريعة الحققة فهي ممقوتة على لسان الشارع و المعتمد عليها مذموم و المغتصب لها مالموم"⁴.

و إذا تفحصنا النصوص الأفغانية عن قرب و جدنا أن فكرة جمال الدين عن تلك العدالة لا تقل فقراً عن تصور النظرية السياسية التي أخذ بها حكام المسلمين في هذا الجانب، فالعدل المطلوب ما هو في النهاية إلا نسف العدوان الظاهر و رفع الظلم البين. و الواقع انه من المستحيل بالفعل أو يكاد أن تجد عند جمال الدين الأفغاني فكرة واضحة المعالم و مفصلة عن مضمون العدالة، و ذلك اكتفاء بتكرار الكلمة ذاتها، و كأن محتواها و معناها واضحان و صوح نور الشمس، فلا حاجة بها إلى تحديد. و هو يشير مرات عديدة إلى ميزان عدل الله، و الى القاعدة المشهورة 'الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر'، و الى المساواة التي أكدت عليها الشريعة الإسلامية باعتباره صون العدل، و الى نموذج

¹ - سورة المؤمنون، الآية 1-4.

² - سورة النور، الآية 56.

³ - سورة البقرة، الآية 195.

⁴ - د. عزت قري، ص 220.

العدالة الشرعية كم تجسد في سيرة الخلفاء الراشدين، نعم تجد عند الأفغاني كل هذه الإشارات و لكنك إذا تمعت فيها لتضع يدك على شيء صلد فلن تجد الا تعبيرات¹.

و يبدو أنه يحدد القول على نحو أكبر حين يحاول تفسير الآية القرآنية الرئيسية في هذا الصدد، و هي " أن الله يأمركم بالعدل و الإحسان"، فيذهب الى أن معنى هذه الآية هو إعطاء كل ذي حق حقه و وضع الأشياء في مواضعها و تفويض اعمال الملك للقادرين على أدائها مما يوجب صيانة الملك و قوة السلطان و يشيد بناء السلطة، و يحكم دعائم السلطة، و يحفظ نظام الداخل من الخلل و يشفي نفوس الأمة من العلل.

و لكن مضمون هذا كله مضمون فقير، فضلا عن طابعه الخطابى، حتى ان الأفغاني وجد يوما أنه يستطيع أن يضع تصورته عن العدالة 'حفظ الحق و دفع الشر'. أما إذا ادركنا الى مفهوم الأفغاني عن شروط الحاكم العادل و واجباته فسنجد أنه أغنى شيئا ما من مفهومه عن العدالة ذاتها و أكثر تفصيلا، فالحاكم العادل ينبغي أن يكون خاضعا للشريعة، و ألا يتبع هواه، و ألا تكون بينه و بين المؤمنين فروق، و ألا تكون له ميزات خاصة عنهم، و ان يتبع رأي العلماء العارفين بالشريعة².

و قد رأى فيه أتباعه حكيمًا اجتماعيًا من أعظم حكماء هذا العصر، و الحق أن الأفغاني كان شديد الاهتمام بما يسمى بالمشكلات الاجتماعية بوجه عام، و له مواقف بشأن التربية و المرأة و طبيعة العلاقات الاجتماعية، و لن نفصل القول في هذا لأن الذي يهمنا هنا هو أن العدالة ليست ضرورة سياسية و حسب بل هو فضيلة أخلاقية أولا و قبل كل شيء. و من أظهر المواقف التي اتخذها جمال الدين الأفغاني باعتباره حكيمًا اجتماعيًا، الهجوم على استغلال الحكام في شتى الممالك الإسلامية للضعفاء من الأهالي و ظلمهم إياهم، و على إهمال الأغنياء القيام بواجباتهم.

و يكفي هنا أن ينظر القارئ في نص يروي عن خطبة للأفغاني في المصريين كانت لا شك جديدة على مسامعهم لجرأتها البالغة: 'أنكم معشر المصريين قد نشأتم في الاستعباد و ربيتم بحجر الاستبداد، و توالى عليكم قرون منذ زمن الملوك الرعاة حتى اليوم و أنتم تحملون عبء نير الفاتحين، و تعنون لوطأة الغزاة الظالمين، تسومكم حكوماتهم الحيف و الجور و تنزل بكم الخسف والذل..!' و قد خطب جمال الدين مرة في الإسكندرية، و كان مما قال: 'أنت أيها الفلاح المسكين تشق قلب الأرض لتستنتب ما تسد به الرمح و تقوم بأود العيال، فلماذا لا تشق قلب ظالمك؟ و لماذا لا تشق قلب الذين يأكون ثمرة أتعابك؟'³.

و هنا الأفغاني يدعو للثورة ضد الظلم و العدوان، و يدعو لإحقاق العدالة بين الناس.

و نقول من الآن أن الحل الحقيقي في نظر الأفغاني لمقاومة الاستغلال و إقامة قواعد العد المطلق، إنما هو الحل الأخلاقي القائم على الانقياد لأحكام الشريعة. و يبدو للناظر في مجمل أقوال الأفغاني أنه يرى العلة الكبرى لشور الأمة إنما هي رذيلة الأنانية، و المهم قيام رجال تتوفر فيهم الفضيلة لمقابلة هذه الرذيلة.

خاتمة :

نخلص في بحثنا إلى القول إن الشريعة الإسلامية بمبادئها السامية تهدف إلى تقويم الإنسان و تهذيبه، يحضه على الأخلاق و الفضيلة لتحقيق سعادته حيث حددت سلوكه الروحي مع ربه في العبادات، كما و رسمت أسس سلوكه المادي مع الغير في المعاملات، لهذا حددت الحقوق و الحدود و أبانت الحلال و الحرام و الحق و الباطل لتمييز الخبيث من الطيب، كل هذا في ضوء شريعة سمحاء تأمر بالعدل و الإحسان، و تنهى عن الفحشاء و المنكر بغية تحقيق

¹ - د. عزت قرني، مرجع سابق، ص 221.

² - د. عزت قرني، مرجع سابق، ص 222.

³ - د. عزت قرني، مرجع سابق، ص 225.

الحاجات و استمرار الحياة. و قد بين لنا التشريع الإسلامي أحكاما في نطاق مؤسسات العدالة، و بعض الأسس التي اعتمدها هذه المؤسسات.

ثم كيف تناول جمال الدين الأفغاني قضية العدالة، حيث يختصر مفهوم العدل لديه إلى السير على الطريق المستقيم بغير العدول عن أوامر الشريعة، مع إضفاءه على هذا المضمون الطابع الاجتماعي .

المراجع :

- د.عزت قرني ، العدالة و الحرية في فجر النهضة العربية الحديث ، سلسلة عالم المعرفة ، عدد 30، الكويت ، يونيو 1980.
- د.رضا سعادة ، الفلسفة و مشكلات الانسان ، دار الفكر اللبناني ، بيروت ، الطبعة الاولى 1990.
- عبد السلام التونجي ، مؤسسة العدالة في الشريعة الاسلامية ، سلسلة الفكر الاسلامي ، عدد 1، طرابلس، 1993.
- سيد قطب ، العدالة الاجتماعية في الاسلام ، دار الشروق ، القاهرة، 1995 .
- مصطفى احمد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق و أثرها على فقهاء الرومان و فلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، سنة 1989.
- عبد اللطيف محمد خليفة، إرتقاء القيم، سلسلة عالم المعرفة، عدد 160، الكويت، 1992.

دور الجمعيات البيئية ومدى فعاليتها في مجال حماية البيئة



الأستاذ : شيخ محمد زكرياء

ماجستير : في قانون الأعمال

محام لدى مجلس قضاء تلمسان

مقدمة :

إن الحفاظ على البيئة وترقيتها ومنع تدهورها، يعتبر من الاهداف السامية التي تهدف اليها كل المجتمعات، ولا يتحقق هذا الأمر إلا بتوافر جميع الهياكل التنظيمية التي تحتوي المواطن وتنظم جهوده لخدمة القضايا البيئية، وبنائه فكريا وثقافيا، وكذا تمكينه من الإطلاع على المعلومات وتجاوز العقبات التي تقف عائقا أمام تنمية قدراته، وتحول دون تفاعله مع المحيط الذي يحيا فيه، ومساهمته في عملية التنمية المستدامة. بل والبحث عن أفضل الطرق لإشراكه في إدارة الشؤون العامة للدولة، وتحميله جانبا من مسؤولية صنع القرار التي تتعلق بالبيئة وترقيتها. وتعد جمعيات حماية البيئة، باعتبارها أحد أهم شركاء الادارة البيئية، من أفضل الطرق للوصول الى الاهداف السابقة، ومن ثم وجب تحديد صلاحيات هذه الجمعيات البيئية (المطلب الاول) ومدى فاعليتها في مجال حماية البيئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : صلاحيات الجمعيات البيئية في مجال حماية البيئة :

تحدد مشاركة الجمعيات إلى جانب الإدارة في مجال حماية البيئة بالصلاحيات التي تقرها مختلف النصوص البيئية في المشاركة والمشاورة والاستشارة (الفرع الأول)، وبعصويتها في بعض الهيئات أو المؤسسات والتأثير فيها لاتخاذ قرارات ملائمة للبيئة (الفرع الثاني)، وإذا لم تستطع الجمعيات البيئية تحقيق أهدافها بالطرق الودية، خولها القانون صلاحية اللجوء إلى القضاء لحمل الإدارة وكل مخالف للأحكام البيئية على الامتثال لهذه القواعد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: دور الجمعيات البيئية من خلال النصوص البيئية:

نص المشرع الجزائري في المادة 35 من القانون 03_10⁽¹⁾ المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة على ما يلي: "تساهم الجمعيات المعتمدة قانونا والتي تمارس انشطتها في مجال حماية البيئة وتحسين الاطار المعيشي، في عمل الهيئات العمومية بخصوص البيئة وذلك بالمساعدة وإبداء الرأي والمشاركة وفق التشريع المعمول به".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للجمعيات البيئية المعتمدة قانونا، صلاحيات واسعة عند تدخلها في أي نشاط يمس سلامة البيئة، فمتعها بحرية اختيار النشاطات القانونية الملائمة والمتاحة لها لبلوغ أهدافها، إذ يمكنها أن تختار العمل التوعوي أو التحسيس أو التطوعي الميداني، ولها أن تلعب كذلك دور المراقب، للكشف عن جميع الانتهاكات التي تمس بالبيئة وتهدد سلامتها.

و الملاحظ كذلك، أن المشرع الجزائري لم يقصر دور الجمعيات البيئية على مساعدة الهيئات العمومية بإبداء الرأي، والنصح فقط، بل تعداه إلى ابعدها من ذلك ليشمل أيضا حقها في المشاركة في اتخاذ القرارات اللازمة لحماية البيئة. ذلك ان الجمعيات بقبولها المشاركة في أي فعل أو نشاط، فهي بذلك تكون منتجة وليس فقط مستهلكة لما يقدم لها. ومن ثم يكون لها الحق في مناقشة القضايا الهامة الخاصة بالبيئة وابداء الاراء المناسبة فيها، وكذا إمكانية تسجيل ملاحظاتها، وتحفظاتها بشأن بعض المشاريع التي من شأنها ان تهدد سلامة البيئة، او اعلان الاعتراض عنها متى كانت هاته المشاريع من شأنها المساس بسلامة البيئة.

وترتبا على ذلك ونظرا للدور الكبير المنتظر من التدخل الجمعي، أقرت مختلف القوانين البيئية مهامًا متعددة يمكن أن تضطلع بها جمعيات حماية البيئة، كتقديم طلبات فتح دعوى لتصنيف حظيرة وطنية أو محمية طبيعية⁽²⁾، وإنشاء المساحات الخضراء من خلال المشاركة في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير⁽³⁾، ومخطط شغل الأراضي⁽⁴⁾، وكذا حفظ الصحة الحيوانية⁽⁵⁾ والمساهمة في استئصال الأمراض الحيوانية⁽⁶⁾ وتنظيم الصيد وحماية الثروة القنصية بين مختلف الجمعيات على المستوى المحلي⁽⁷⁾، وتكوين الصيادين⁽⁸⁾، وإنشاء منطقة أو مناطق للمحافظة على تكاثر الصيد بعد استشارة الإدارة المحلية⁽⁹⁾، والحد من الصيد المحظور ومحاربه⁽¹⁰⁾.

كما يمكن للجمعيات أن تتدخل في حالات تلوث للمياه الصالحة للشرب، أو تمارس دورا وقائيا في حماية المياه من التلوث⁽¹¹⁾

وفي مجال المحافظة على التراث الثقافي خول قانون حماية التراث الثقافي للجمعيات إمكانية اقتراح القطاعات المحفوظة⁽¹²⁾، والمشاركة بصفة استشارية في أعمال اللجنة الوطنية⁽¹³⁾ واللجنة الولائية⁽¹⁴⁾، وكذا إمكانية التأسيس كطرف مدني فيما يخص مخالفات أحكام قانون التراث الثقافي⁽¹⁵⁾.

كما خولت قواعد التهيئة والتعمير الجمعيات آليات مختلفة للمحافظة على المناظر والتراث الثقافي والتاريخي⁽¹⁶⁾، من خلال المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير⁽¹⁷⁾ ومخطط شغل الأراضي⁽¹⁸⁾ ورخصة البناء والهدم⁽¹⁹⁾.

ويجدر التنويه إلى أن الحالات السابقة والمشار إليها أعلاه ما هي الا أمثلة قليلة عن تدخل الجمعيات في مهام الهيئات العمومية، ذلك ان المعيار الاساسي الذي يتحدد على ضوءه اختصاص الجمعيات البيئية هو الهدف المحدد في قانونها الأساسي⁽²⁰⁾.

الفرع الثاني : مساهمة الجمعيات البيئية في صنع القرار البيئي :

اشرنا في الفرع السابق الى ان جمعيات حماية البيئة تساهم في مساعدة الهيئات العمومية في مجال الحفاظ على البيئة من خلال تقديم النصائح اللازمة للمحافظة عليها، وابداء ملاحظاتها او حتى امكانية الاعتراض على بعض من المشاريع، متى كان من شأنها الاخلال بسلامة البيئة.

وحتى تتمكن هذه الاخيرة من المساهمة بصفة فاعلة في مجال حماية البيئة، لابد لها أن تقوم بمجموعة من الاعمال التي تساعد على تحقيق الهدف الذي تصبو اليه ومن بين هذه الأعمال نجد:

01- جمع المعلومات :

إن مواجهة المشاكل تقتضي الامام بجوانبها على نحو علمي صحيح، فحتى البيئة يقتضي حمايتها الوقوف على المعلومات المتعلقة بالمشروعات التي من شأنها أن تهدد سلامتها⁽²¹⁾.

من هذا المنطلق، يتضح أن الجمعيات البيئية يستوجب عليها الاطلاع على جميع البيانات الخاصة بانشاء المشاريع التي من شأنها ان تهدد او تساهم في المساس بسلامة البيئة⁽²²⁾، وذلك بالتقرب من المصالح المعنية ودراسة المشروع من جميع جوانبه. ومتى اتضح ان مشروعا ما من شأنه التهديد بسلامة البيئة، كان للجمعية البيئية أن تبدي اعتراضها عليه، وفي حال تعنت الهيئات العمومية يكون للجمعية الحق في اللجوء الى القضاء من اجل الدفاع عن المصالح التي تهدف الى حمايتها.

ولتتحقق هذه الغاية على أكمل وجه، كان لزاما على المشرع الجزائري ان يتدخل من اجل تنظيم العلاقة بين الجمعيات المدافعة عن حقوق البيئة والادارة، حتى لا يقف مبدا سرية المستندات الادارية حائلا دون حصول الجمعيات على المعلومات اللازمة لأداء مهامها.

02- الدور الاستشاري للجمعيات :

يمكن للجمعيات أن تقوم بدور استشاري للهيئات المختصة باتخاذ قرار يتعلق بالبيئة، وتقوم الجمعيات بهذا الدور بصورة مختلفة، فقد تكون مجالس استشارية مشتركة فيما بينها لتقوم بدور المستشار فيما يخص شؤون البيئة للمجالس المحلية وقد تلعب هذا الدور حين يطلب منها الرأي في المشروعات الكبرى التي قد تمس بالبيئة⁽²³⁾.

إذا كان ما سبق قوله يبدو ممكنا من الناحية النظرية، إلا أن تطبيقه من الناحية العملية يكون صعبا، ذلك أن صور عضوية هذه الجمعيات البيئية ضمن الهيئات المشرفة على حماية البيئة لا يزال جد ضعيف، إذ تنحصر عضوية الجمعيات البيئية في اللجنة القانونية والاقتصادية⁽²⁴⁾ للمجلس الأعلى للتنمية المستدامة.

كما حدد المشرع حالات حصرية لعضوية الجمعيات البيئية في بعض المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، منها المؤسسة الجزائرية للمياه⁽²⁵⁾، والديوان الوطني للتطهير⁽²⁶⁾.

وتعتبر مشاركة الجمعيات البيئية في هذه المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، شكلا غريبا وغير مألوف، إلا أن ذلك يعد مطلبا نادى به الفقه الذي يعتبر بأن المؤسسات الاقتصادية لا زالت إلى حد الآن تستحوذ على

استغلال أو استعمال الأملاك البيئية المشتركة؛ كالمياه والهواء، وتتصرف فيها كما لو كانت هي المستعمل أو المالك الوحيد لهذه العناصر البيئية .

هذه الوضعية جعلت من المستعملين الآخرين لهذه الأملاك البيئية في موقع ضعف، لأنهم لا يملكون أي صيغة قانونية للتفاوض أو مشاركة هذه المؤسسات في اتخاذ القرارات التي تهم العناصر البيئية المشتركة، لذلك فإن هذه الصيغة - مشاركة ممثلي الجمعيات في المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري - رغم حداثة تبقى تشكل حلقة جديدة في تحديد العلاقة بين أصحاب المشروعات التي لها انعكاسات سلبية على البيئة ومستعملي هذه العناصر الطبيعية⁽²⁷⁾.

03- مساهمة الجمعيات البيئية في التنمية :

تهدف الجمعيات البيئية إلى تحسين المحيط البيئي لفائدة المواطنين، وتشجيع الاهتمام بالنشاطات المحلية التي من شأنها تحسين رفاهية وراحة السكان في بيئتهم، إلى جانب تعبئة السكان وإشراكهم في المسار البيئي عبر التربية البيئية والتحسيس بمعانة البيئة.

وفي إطار عملها يمكن للجمعيات البيئية أن تستنجد بعدد من العناصر النافذة في المجتمع والتي لها القدرة على تحقيق هذا المتغى، كالأسرة التربوية التي بإمكانها غرس ثقافة المحافظة على البيئة وتحسينها في أذهان التلاميذ، أو جمعيات الشباب ولجان الأحياء⁽²⁸⁾ بحكم قربها من المواطنين ومعايشة مشاكلهم اليومية وتطلعاتهم المستقبلية وكذا الشخصيات المحلية المنتمية إلى عالمي الرياضة والصحافة والتي من شأنها مساعدة الجمعيات البيئية في تحقيق أهدافها .

ويجدر التنويه في الأخير إلى أن إشراك المجتمع المدني في إنجاح عملية حماية البيئة له دور بالغ من الأهمية، ذلك أن مسؤولية حماية البيئة لا يمكن أن تضطلع بها لوحدها السلطات الإدارية بشقيها المركزي والمحلي، بل لا بد أن يوجد انسجام وتوافق في مهامهما مع المجتمع المدني.

04- أساليب الجمعيات في الإعلام والاتصال :

تهدف جمعيات حماية البيئة إلى المحافظة على البيئة وحمايتها من جميع الإخطار التي قد تصيبها أو تهدد سلامتها. ولتحقيق هذا الغرض تلجأ هذه الأخيرة إلى إشراك جميع الفئات النافذة في المجتمع من أجل بلوغ الهدف الذي تصبو إليه.

ولا يتحقق هذا الهدف إلا إذا كان للجمعية أساليب متطورة وفعالة في الإعلام والاتصال، فعلى الجمعية أن تلجأ إلى إعلام المواطنين بوجودها و أعمالها من خلال الاتصالات الشخصية، و عقد الندوات التحسيسية مع المواطنين، واستعمال الوسائل الدعائية كإنشاء الملصقات والمنشور، واللجوء إلى الإذاعة والصحف، وكل وسيلة من شأنها إعلام المواطنين بوجود الجمعية، وبالتالي إنشاء وصلة ربط ما بين الجمعيات البيئية والمواطنين من جهة وما بين الجمعيات البيئية والمؤسسات العمومية من جهة أخرى.

الفرع الثالث : حق الجمعيات البيئية في التقاضي :

إضافة إلى حق المشاركة والمشاورة والاستشارة مع الإدارة في تحقيق أهدافها، تتمتع الجمعيات بحق اللجوء إلى القضاء باعتباره أحد الضمانات الأساسية لتفعيل الرقابة الاجتماعية لحمل الإدارة على احترام القواعد البيئية، خاصة عندما لا تتمكن الجمعيات من تحقيق أهدافها بالطريقة الوقائية عن طريق المشاركة، نتيجة لضعف أو عدم فعالية هذا الأسلوب.

نص المشرع الجزائري في المادة 36 من القانون 10_03 المتعلق بالبيئة على ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام القانونية السارية المفعول، يمكن للجمعيات المنصوص عليها في المادة 35 أعلاه، رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة عن كل مساس بالبيئة حتى في الحالات التي لا تعني الأشخاص المنتسبين لها بانتظام".

ونص في المادة 37 من نفس القانون على ما يلي: "يمكن الجمعيات المعتمدة قانونا ممارسة الحقوق المعترف بها للظرف المدني بخصوص الوقائع التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصالح الجماعية التي تهدف إلى الدفاع عنها، وتشكل هذه الوقائع مخالفة للأحكام التشريعية المتعلقة بحماية البيئة وتحسين الإطار المعيشي وحماية الماء والهواء والجو والأرض وباطن الأرض والفضاءات الطبيعية والعمران ومكافحة التلوث".

يستفاد من هاتين المادتين أن القانون 10_03 المتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة مكن كل جمعية بيئية يتضمن موضوعها الأساسي حماية الطبيعة والبيئة صلاحية، رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة عن كل مساس بسلامة البيئة، حتى في الحالات التي لا تعني الأشخاص المنتسبين لها بانتظام. بل وذهب المشرع الجزائري إلى أكثر من ذلك عندما نص في المادة 38⁽²⁹⁾ من نفس القانون على أنه يمكن للأشخاص الطبيعيين الذين تعرضوا لأضرار فردية تسبب فيها فعل الشخص نفسه، أن يفوضوا جمعية معتمدة قانونا لكي ترفع باسمها دعوى التعويض أمام القاضي العادي أو تتأسس طرفا مدنيا أمام القضاء الجزائي متى توافرت شروط التفويض.

وسأكتفي بهذا القدر من الدراسة فيما يخص حق الجمعيات البيئية في التقاضي نظرا لوجود محور كامل في برنامج الملتقى يتضمن دراسة هذه النقطة.

المطلب الثاني : أسباب ضعف فعالية جمعيات حماية البيئة :

أثرت الجوانب القانونية المرتبطة بتأخر تكريس الحق في إنشاء الجمعيات على تواجد وفعالية الجمعيات، وإضافة لذلك أثرت عوامل كامنّة في بنية التنظيم الخاص بالجمعيات نفسها والمتمثل في ضعف الرغبة التطوعية ونقص التأهيل لدى المنخرطين، وضعف البرمجة والتخطيط للنشاط الجماعي (الفرع الأول)، وضعف الانسجام والتنسيق بين مختلف الجمعيات (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ضعف الرغبة التطوعية والتكوين والتخطيط :

يعد الحق في المشاركة le droit de participation والانتماء الحر للجمعيات صورة من صور تدعيم الديمقراطية، تحرص الكثير من الحكومات على ضمانها، شريطة أن يكون الانتماء حر وغير مقيد، ولقد نصت المادة 20 من إعلان حقوق الإنسان لعام 1948 على أنه: " لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الاجتماعات والجمعيات السلمية. "

إلا أن هذا الحق لم يكرس في الجزائر بصفة واضحة إلا بصدور القانون رقم 31/90 المؤرخ في 1990/12/04 والمتعلق بالجمعيات، والذي أقر ضمانات قانونية لممارسة هذه الحرية.

إن هذا التأخير في إصدار القانون المتعلق بالجمعيات، أثر بشكل واضح على عدد الجمعيات المنشأة في الجزائر، وبالتالي تراجع واضمحلال الرغبة الجماهيرية في التطوع والانضال المدني، وضعف نسبة المشاركة الجموعية في الجزائر مع نقص ملحوظ في توجه النشاط الجموعي إلى حماية البيئة. وأكد المخطط الوطني للأعمال من أجل البيئة والتنمية المستدامة أن دور المجتمع المدني في حماية البيئة في الجزائر لا يزال هامشيا.

وكما هو الشأن بالنسبة لكل تنظيم اجتماعي، فإن نجاح جمعيات حماية البيئة في تحقيق هدفها يعود بالدرجة الأولى إلى عامل داخلي، يتمثل في قوة التنظيم والانضباط والتخطيط المحكم للأهداف المنشودة، لذلك يرى الفقه أن بعض الجمعيات نتيجة للمثابرة والتنظيم، أصبحت تشبه الهيئات العامة نتيجة لدرجة تنظيمها، أو أنها شبه رسمية نتيجة لدرجة تنظيمها ومصداقيتها وتواجدها المستمر في الميدان⁽³⁰⁾.

كما أن التخصص الفني والدقيق الذي أصبحت تفرضه الاختصاصات البيئية على الإدارة، بات يلزم الجمعيات تقديم إسهامات دقيقة ومتخصصة، وفي تقديري يعد عدم التناسب بين مطالب الهيئات المشرفة على قطاع البيئة والجمعيات أهم عائق أمام تطور المطالبة الجموعية في مجال حماية البيئة، لذا أصبح لزاما على الجمعيات تطوير تكوينها وتأطيرها وأساليب عملها.

من جهة أخرى، يلعب التطوع دورا هاما في نجاح الجمعيات، ذلك أن العمل التطوعي الجموعي يجعل الفرد ينخرط في الممارسة الجموعية بكل تلقائية. فالتطوع سلوك ينبع من ذات الفرد ومن ثقافته وحضارته ويترجم في الممارسة الجموعية من خلال أنشطتها العادية أو الخدمائية وكذلك من خلال طبيعة تسيير وتدبير شؤونها. فكل متطوع في الجمعيه يطمح إلى أن تحقق جمعيته أهدافها ومشاريعها وأن يكون لها وجود متميز داخل المجتمع، الشيء الذي يقوي حس وحب الانتماء إليها.

الفرع الثاني: ضعف التنسيق بين الجمعيات البيئية والجمعيات الأخرى:

يؤدي الطابع المتنوع والمتشعب لموضوعات حماية البيئة إلى إيجاد تقاطعات كبيرة بين نشاطات الجمعيات البيئية إلا أن هذه التقاطعات تتعامل معها الكثير من الجمعيات بطريقة خاطئة، إذ تسود نظرة مجزئة للعناصر البيئية. بينما يقتضي التدخل لحماية مختلف العناصر البيئية تنسيق بين مختلف هذه الجمعيات، مثلا عندما تختص جمعية ما في حماية الغابات، فإنها ونتيجة لخبرتها في هذا المجال تتقاطع مع اختصاصات جمعيات بيئية أخرى عديدة كالجمعيات التي تتناول موضوع حماية النباتات أو التي تتناول موضوع حماية الحيوانات أو الصيد أو مكافحة التصحر أو الانجراف...

كما أن العلاقة التنسيقية والتعاونية لا يجب أن تنحصر بين الجمعيات البيئية فقط، بل يجب البحث عن تقاطعات بين الجمعيات البيئية وغيرها من أجل الوصول إلى تحقيق هدف حماية البيئة، مثلا العلاقة بين جمعيات حماية البيئة وجمعيات أولياء التلاميذ، أو الجمعيات الثقافية، أو الجمعيات الدينية، والتي يمكن أن تنسق جهودها لتنمية وتطوير التربية البيئية، والوعي البيئي.

كما لا ينبغي أن تتوقف عملية التنسيق بين الجمعيات في صورتها المعزولة، بل يجب أن تتعداها إلى الإطار التنسيقي المؤسسي في إطار فيدراليات إذ يعتبر الفقه أن التجمع الفيدرالي للجمعيات يهدف إلى تعميم الممارسات والتجارب الاجتماعية الناجحة، وتجميع الموارد والطاقت والقيادات لإنجاز المشاريع الكبرى التي تتجاوز إمكانيات الجمعية الواحدة، وتفعيل تمثيل الجمعيات لدى السلطات العامة والتشاور معها.

وتتوقف فعالية ونوعية نجاح الطابع الإتفاقي والتشاورى للعمل الإداري ومشاركة الجمعيات والأفراد على درجة شفافية وحرية الإطلاع على البيانات والمعلومات المتعلقة بحماية البيئة⁽³¹⁾.

الهوامش :

- (1) القانون 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.
- (2) يراجع نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 87-143 المؤرخ 16 يوليو 1987 و المحدد لقواعد تصنيف الحظائر الوطنية والحميات الطبيعية.
- (3) يراجع نص المادة 20 من القانون 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير.
- (4) يراجع نص المادة 4/31 من القانون 90-28 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 والمتعلق بالتوجيه العقاري.
- (5) يراجع نص المادة 50 من القانون 88-08 المؤرخ في 26 يناير 1988 والمتعلق بنشاطات الطب البيطري و حماية الصحة الحيوانية.
- (6) يراجع نص المادة 11 من القانون 88-08 السالف ذكره.
- (7) تراجع المواد من 34-40 من القانون 04-07 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بالصيد البحري.
- (8) يراجع نص المادة 02 من المرسوم رقم 83-136 المؤرخ في 19 فيفري 1983 والمتعلق بالجمعيات والاتحادات الولائية والاتحادية الوطنية للصيادين، ج.ر رقم 08
- (9) يراجع نص المادة 08 من المرسوم 83-136 الالف ذكره.
- (10) يراجع نص المادة 11 من المرسوم 83-136 السالف ذكره.
- (11) يراجع نص المادة 55 مكرر من الأمر 96-13 المؤرخ في 28 محرم عام 1417 الموافق 15 يونيو سنة 1996، يعدل ويتمم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1403 الموافق 16 يوليو سنة 1983 والمتضمن قانون المياه.
- (12) يراجع نص المادة 42 من القانون رقم 98-04، المؤرخ في 20 صفر عام 1419 الموافق 15 يونيو سنة 1998، المتعلق بحماية التراث الثقافي.
- (13) يراجع نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي 01-104 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق 23 أبريل سنة 2001 والمتضمن تشكيل اللجنة الوطنية الولائية للممتلكات الثقافية وتنظيمها وعملها.
- (14) يراجع نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 01-104 السالف ذكره.
- (15) يراجع نص المادة من القانون 98-04 السالف ذكره

- (16) يراجع نص المادة الأولى من القانون 90-29 السالف ذكره.
- (17) يراجع نص المادة 11 من القانون 90-29 السالف ذكره
- (18) يراجع نص المادة 31 من القانون 90-29 السالف ذكره
- (19) يراجع نص المادة 69 من القانون 90-29 السالف ذكره
- (20) تنص المادة 02 من القانون رقم 31/90 المؤرخ في 1990/12/04 والمتعلق بالجمعيات على أن: "الجمعية تمثل اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها.....ويجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة وان تكون تسميتها مطابقة له".
- (21) مقدم حسين، دور الإدارة في حماية البيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة تلمسان، سنة 2011-2012، ص 58-60.
- (22) يراجع نص المادة السابعة من القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والذي سبق الإشارة إليه.
- (23) وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة تلمسان، سنة 2007.
- (24) تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 96-481 المؤرخ في 28 ديسمبر 1996 واخذت لتنظيم المجلس الأعلى للبيئة والتنمية المستدامة وعمله على أن "عضوية الجمعيات تتمثل ب 3 ممثلين".
- (25) تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 ابريل 2001 والمتعلق بإنشاء الجزائرية للمياه على أن: "تشكل الجمعية بممثل وحيد عنها لمدة 3 سنوات..".
- (26) تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 01-102 المؤرخ في 21 ابريل 2001 والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير على أن: "تشكل الجمعية بممثل وحيد عنها ولمدة 3 سنوات...".
- (27) وناس يحيى، المرجع السابق، ص 143
- (28) وكمثال عن هذه الجمعيات جمعية (Aspwit) لولاية تلمسان التي أنشأت سنة 1977، فهي أقدم جمعية لحماية البيئة في الجزائر، وظهرت مباشرة بعد صدور دستور 1976 الذي كرس حق إنشاء الجمعيات، وتمثل هدفها الرئيسي في محاربة التعمير الفوضوي، ومنع إنشاء مركبات صناعية بالقرب من الأراضي الفلاحية الخصبة، وقد قامت بعدة ملتقيات رائدة في مجال حماية البيئة وذلك من خلال أيام دراسية أهمها:
- سنة 1980 الملتقى الوطني حول البيئة .
 - سنة 1981 ندوة حول العمران في تلمسان .
 - سنة 1982 ندوة حول مشاكل المياه.

وكانت ترمي هذه الأيام المفتوحة إلى التحسيس وتبيان مشاكل البيئة وكذا التنسيق بين مختلف المرافق المعنية بمجال البيئة، ومن بين أعمالها كذلك تحسيس الطفولة بالبيئة من خلال حملات التشجير التي تقوم بها على مستوى مدارس الولاية، كما قامت بتسجيل شريط صوتي يتعلق بالشجرة والذي وجد

ترحابا كبيرا من طرف وزارة التربية، بالإضافة إلى أن الجمعية قامت بمخاضة عدة أشخاص أمام القضاء قاموا بنزع أشجار بدون تراخيص (حالة مصنع ميثانول الغزوات) كما تأسست كطرف مدني في عدة قضايا متعلقة بالتعدي على المجال البيئي.

(29) تنص المادة 38 من القانون 03-10 على ما يلي: "عندما يتعرض أشخاص طبيعيين لأضرار فردية تسبب فيها فعل الشخص نفسه، وتعود إلى مصدر مشترك في الميادين المذكورة في المادة 37 أعلاه، فإنه يمكن كل جمعية معتمدة بمقتضى المادة 35 أعلاه، وإذا ما فوضها على الأقل شخصان طبيعيين معينان، أن ترفع باسمهما دعوى التعويض أمام أي جهة قضائية

يجب أن يكون التفويض الذي يمنحه كل شخص معني كتابيا.

يمكن الجمعية التي ترفع دعوى قضائية عملا بالفقرتين السابقتين ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني أمام أية جهة قضائية جزائية.

(30) وناس يحيى، المرجع السابق، ص 152.

(31) يراجع - وناس يحيى، المرجع السابق، ص 153

_ مقدم حسين، المرجع السابق، ص 60

دراسة قانونية حول مسألة تقسيم الدوائر الانتخابية



الأستاذ : دندن جمال الدين باحث دكتوراه
كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر

الملخص :

لقد أصبحت الانتخابات اليوم أكثر الطرق تعبيراً عن حقيقة ومدى تبني دولة ما نهج الديمقراطية ، واحترام الحق السيد لمواطنيها في اختيار ممثليهم ، وعليه فإنه عادة ما تلجأ الدول الديمقراطية إلى تكريس العديد من الآليات الكفيلة بنزاهة الانتخابات في دساتيرها وقوانينها . وقد أحاط المشرع الجزائري العملية الانتخابية بمجموعة من الضمانات التي من شأنها أن تساهم في السير الحسن لهذه العملية ، فنجد فيما يخص الضمانات المتعلقة بالدوائر الانتخابية و كيفية تقسيمها ، تبنى نظام تعدد الدوائر الانتخابية ، هذا النظام الذي اعتمدت عليه معظم الدول الديمقراطية في العالم ، لذلك سنحاول البحث في مدى فعالية تقسيم البلد إلى دوائر انتخابية وهل تمثل هذه الضمانة فعلاً عاملاً أساسياً في التهيئة المسبقة لانتخابات عادلة ونزيهة ؟

Résumé :

De nos jours, les élections sont le moyen le plus utilisé pour dévoiler la réalité mesurer la démocratie des nations et juger si les citoyens avaient leur droit de choisir librement leurs représentants. C'est pour cela, les pays démocratiques incitent toujours dans leurs constitutions et lois à disposer des mécanismes saines et rigoureuses pour un déroulement correct des élections. Le législateur Algérien a établi plusieurs garanties qui assurent le déroulement correct des élections, par exemple il a, comme plusieurs nations démocratiques dans le monde, pour le système de la diversité des circonscriptions électorales. Alors nous allons explorer l'efficacité de ce système qui devise le pays aux circonscriptions électorales et voir si ces garanties sont vraiment un facteur indispensable pour l'organisation des élections régulières et correctes ?

إنّ عملية تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية طالما كانت موضوعا شغل بال الفقهاء والمشرعين الساعين لتحديد الضمانات المتعلقة بالعملية الانتخابية ، ذلك لأن هذا التقسيم قد أُستغل ومنذ أمدٍ بعيدٍ لتشويه المشاركة الانتخابية ، و إبعادها عن الترجمة الحقيقية لأصوات الناخبين واستبعاد فئات معينة من الناخبين بأن يكون لهم التمثيل المناسب مع ثقلهم الانتخابي .

تعتبر عملية تقسيم الدوائر الانتخابية ، إحدى أهم المراحل التحضيرية للعملية الانتخابية ، وتكمن هذه الأهمية أساسا في كون أن الدوائر الانتخابية تشكل بحد ذاتها ركيزة أساسية لضمان السير الحسن والنزاهة للعملية الانتخابية ، ومنه فإن عدالة تقسيم الدوائر الانتخابية تؤدي إلى نتائج مهمة من شأنها أن تحقق ما يعرف بالنزاهة الانتخابية .

هناك مجموعة من الضمانات المتعلقة بالدوائر الانتخابية وكيفية تقسيمها ، تخص من جانب الدوائر الانتخابية بحد ذاتها ، ومن جانب آخر السلطة المكلفة بعملية تقسيم الدوائر الانتخابية ، وهذه الضمانات تعتبر بمثابة آليات جوهرية يمكن الاعتماد عليها في ضمان نزاهة سير العملية الانتخابية .

وقد تناول المشرع الجزائري مسألة تحديد الدوائر الانتخابية في الأمر رقم 12-01 المؤرخ في 13 فبراير 2012 ، المحدد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان ، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي : " يحدد هذا الأمر الدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة طبقا لأحكام المادتين 26 و 84 من القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012 والمتعلق بنظام الانتخابات ."

وسوف نستعرض هذه الدراسة في محورين رئيسين : نتناول في المحور الأول ماهية الدوائر الانتخابية وكيفية تقسيمها ، وفي المحور الثاني الآليات المتعلقة بضمان تقسيم الدوائر الانتخابية.

أولا- ماهية الدوائر الانتخابية و كيفية تقسيمها :

تعد مسألة تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية ، واحدة من أهم العوامل المؤثرة في العملية الانتخابية ، وذلك لما يمثله وجوب هذا التقسيم و عدالته من أهمية بالنسبة للعملية الانتخابية سواء أجريت الانتخابات بمقتضى نظام التصويت الفردي أو نظام التصويت بالقائمة .

1- تعريف الدوائر الانتخابية وأهميتها :

أ - تعريف الدوائر الانتخابية :

الدائرة الانتخابية هي عبارة عن وحدة انتخابية قائمة بذاتها يقوم أفرادها المقيدون بجدولها الانتخابي بانتخاب ممثل لها ، أو أكثر في المجلس النيابي¹ ، فهي الإطار الذي تدور بداخله العملية الانتخابية ، الموصلة في النهاية إلى مقاعد العضوية في المجالس النيابية² .

وهناك تعريف آخر للدائرة الانتخابية على أنها تقسيم جغرافي للبلد لأغراض انتخابية ، وبصوت الناخبون داخل الدائرة لانتخاب مرشح أو أكثر لتمثيلهم في الهيئة التشريعية ، وذلك بحسب النظام الانتخابي المعمول به³ .

وهناك أيضا تعريف آخر لها على أنها تقسيم إقليم الدولة إلى وحدة، أو وحدات سياسية يباشر مواطنوها الحق في الانتخاب في حدودها للاختيار من بين المرشحين فيها فقط ، ولا يحق لهم بأي حال تجاوز هذا الإقليم إلى غيره ما لم يسمح لهم القانون بذلك⁴.

ب - أهمية تقسيم الدوائر الانتخابية :

تتمثل أهمية التقسيم في تعيين الحدود لكل منطقة جغرافية أو إدارية داخل إقليم الدولة بصورة واضحة ، ليتسنى تمثيل كافة قطاعات السكان بالدولة في المجالس النيابية بعدد معين من النواب يتناسب مع القوة التصويتية لكل منطقة⁵.

وتكمن أهمية التقسيم أساسا في كونها أداة لا غنى عنها تمكن الناخبين من الاختيار الأمثل بين المرشحين ، الأمر الذي يكون غير متاحا أو بالغ الصعوبة بالنسبة لهم في الحالة التي تكون فيها الدولة دائرة انتخابية واحدة ، مما يعيق الناخبين من التعرف الجيد بالمرشحين وما ينجم عنه من صعوبة في الحكم على ما يتمتع به كل منهم من كفاءة⁶ .

فمن المؤكد و الواضح أن عدالة تقسيم الدوائر الانتخابية تمكن هيئة الناخبين من الاختيار السليم للمرشحين ، فتقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية أمر تتطلبه جدية الانتخابات وضرورة تعبيرها عن الرأي العام للشعب كله ، فيجب مراعاة عدم المبالغة في صغر الدائرة أو كبر حجمها ، ذلك لأن الإفراط في كبر حجم الدائرة لا يستطيع الناخب بأي حال من الأحوال أن يتعرف بسهولة على المرشحين و المفاضلة بينهم و بالتالي لا يكون اختيارهم مبنيا على أساس سليم⁷.

إن أهمية التقسيم تكمن في أن التمكين الصحيح لهيئة الناخبين من ممارسة حقها الانتخابي بسهولة ويسر وتحقيق انتخابات حرة و عادلة ، يستوجب تقسيم البلد إلى مجموعة من الدوائر الانتخابية و حسب مقتضيات عدد السكان ومساحة الإقليم وطبيعة النظام الانتخابي ، ومنه فإن تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية يعد أمراً لازماً و ضروريا لإسباغ العملية الانتخابية بالجدية والنزاهة ، حتى تأتي إرادة الناخبين معبرة تماما عن الإرادة العامة للأمة⁸ .

لا يعدو تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية سوى تنظيم إداري ، الهدف منه الحصول على نتائج جدية في اختيار ممثلي الهيئة الناخبة على المستوى الوطني ، لاسيما في الانتخابات التشريعية ، كما يؤدي تحديد الدوائر الانتخابية إلى تحديد عدد مراكز الاقتراع ، وتفادي الفوارق السكانية الكبرى بين دائرة و أخرى ، سعيا وراء تحقيق المساواة في الصـوت الانتخابي⁹.

2 - نظم و طرق تقسيم الدوائر الانتخابية :

أ- نظم تقسيم الدوائر الانتخابية .

تعتمد الدولة نظامين لتقسيم الدوائر الانتخابية ، نظام يقوم على إحداث دائرة واحدة تشمل مجموع إقليم الدولة ، ونظام يقوم على تعدد الدوائر الانتخابية تماشيا مع ظروف الدولة ونوع النظام الانتخابي الذي تتبناه ، وتنقسم هذه الأنظمة إلى :

- ◀ نظام الدائرة الانتخابية الواحدة .
- ◀ نظام الدوائر الانتخابية المتعددة .

1- نظام الدائرة الانتخابية الواحدة :

تعتبر بعض الأنظمة إقليم الدولة كله دائرة انتخابية واحدة 10 ، وقد عرف هذا النظام أولى تطبيقاته في إيطاليا الفاشستية بموجب قانون 17 ماي 1928 ، وكان هو نوعا من الاستفتاء أكثر منه انتخابا ، لأنه كانت هناك قائمة واحدة فيها عدد من المرشحين من الحزب الفاشستي الحاكم ، وكان على الناخب أن يقول "نعم" أو "لا" في هذه الانتخابات ، وتم العدول على هذا النظام في إيطاليا عام 1938 لتناقضه مع المبادئ الديمقراطية ، أيضا البرتغال أخذت بنظام الدائرة الواحدة بموجب دستور 1933 ، وقد شهد نوعا من الممارسة الديمقراطية ، لأنه كان هناك أكثر من قائمة في الانتخابات ، مما فسح المجال واسعا أمام الناخب في حرية الاختيار بين المرشحين ، وقد استغنت البرتغال على هذا النظام في الوقت الحالي . وقد اعتبرت دولة العراق كذلك بموجب انتخابات الجمعية الوطنية العراقية لسنة 2005 كدائرة انتخابية واحدة ، بموجب المادة 3 من القسم الثالث من الأمر رقم 96 (قانون الانتخابات) لسنة 2004 والتي نصت على : " سيكون العراق دائرة انتخابية واحدة..." 11 .

يرى البعض أن نظام الدائرة الانتخابية الواحدة ساهم في قيام نظام الانتخاب بالقائمة في ظل التعددية الحزبية ، وساهم في عملية الاختيار و المفاضلة بين المرشحين استنادا إلى الآراء و البرامج .

2- نظام الدوائر الانتخابية المتعددة :

تسعى الأنظمة القانونية لتحقيق نظام تعدد الدوائر الانتخابية ، ويختلف نظام تحديد الدوائر الانتخابية بحسب النظام الانتخابي الذي تتبناه الدولة تبعاً لما إذا كان النظام الانتخابي المطبق في الدولة ، هو نظام الانتخاب الفردي أم نظام الانتخاب بالقائمة .

إنّ عملية تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية يختلف ضيقا واتساعا بحسب النظام الانتخابي المتبع في الدولة ، حيث تكثر تلك الدوائر في حال إتباع الدولة لنظام الانتخاب الفردي بالنظر لما يقتضيه هذا النظام من أن تكون هذه الدوائر صغيرة و متساوية بقدر الإمكان ، فيزداد عددها وتقل نسبة عدد سكانها ، وهذا هو النظام السائد في معظم دول العالم لعدالته ودقته وبساطته ، أما في حال تبني الدولة لنظام الانتخاب بالقائمة فإن الدوائر تكون قليلة نسبيا بالنظر لما يتطلبه هذا النظام من مساحات تلك الدوائر الكبيرة 12 .

لقد عرف نظام تحديد الدوائر الانتخابية في الجزائر اختلافات من مرحلة لأخرى تبعاً لاختلاف الأنظمة الانتخابية التي طبقت قبل التعددية الحزبية و النظام الانتخابي الذي تم تبنيه بعد التسليم بواقع الانفتاح السياسي و الاقتصادي و التعددية الحزبية .

ففي المرحلة السابقة للتعددية الحزبية ، أخذت الجزائر بنظام الأغلبية في دور واحد ، وفي أول انتخابات تعددية طبقا للقانون رقم 91-06 المؤرخ في 20 أوت 1991 المعدل والمتمم للقانون 89-13 تم تطبيق نظام انتخابي مختلط ، وبموجب المادة 84 منه تم الأخذ بنظام الأغلبية في دورين بمناسبة الانتخابات التشريعية لعام 1991 ، وقد ترتب على تطبيق أحكام القانون رقم 91-06 إرتفاع عدد الدوائر الانتخابية وصغر مساحتها .

لقد اعتمد المشرع الجزائري نظام التمثيل النسبي بموجب أحكام القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012 ، المتعلق بنظام الانتخابات ، وحدد الأمر رقم 12-01 المؤرخ في 13 فبراير 2012 المحدد للدوائر

الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان إطار الدوائر الانتخابية بالحدود الإقليمية للولاية لتشكل الدوائر الانتخابية 48 دائرة متساوية مع عدد الولايات 13 ، حيث نصت المادة 02 منه على ما يلي : " تحدد الدائرة الانتخابية بالنسبة لانتخاب المجلس الشعبي الوطني بالحدود الإقليمية للولاية وفقا للقانون رقم 84-09 المؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1404 الموافق 4 فبراير سنة 1984 ، المعدل والمذكور أعلاه . " ، كما يتطرق الأمر رقم 12-01 كذلك إلى الدوائر الانتخابية الخاصة بالجالية الجزائرية المقيمة بالخارج 14 .

تزداد أهمية المراجعة الدورية لحدود الدوائر الانتخابية في الأنظمة السياسية التي تعتمد النظام الانتخابي الفردي الذي يقوم على تقسيم الدولة إلى وحدات انتخابية صغيرة المساحة . مما جعل البعض يعتبره من أفضل الأنظمة لما يتميز به من الدقة و العدالة والبساطة يضيفي على حق الاقتراع المظهر الحقيقي للتعبير عن الإرادة الحرة للناخب ويوفر له إمكانية التأكد من إمكانات المرشح و علاقاته الاجتماعية 15 .

ب - طرق تقسيم الدوائر الانتخابية .

إنّ الطريقة التي تحدد بها الدول حدود دوائرها الانتخابية ، لا تزال تعتبر من منظور القانون الدولي ، وليدة اختيار الدولة لنظامها الانتخابي إلى حد كبير ، بشرط بقاء الهدف العام واحداً ألا وهو ترجمة إرادة الشعب في حكومة نيابية 16 ، لذلك تعتمد التشريعات الحديثة في تقسيم الدوائر الانتخابية على الطرق الآتية :

1- تقسيم الدوائر الانتخابية تبعاً لعدد أعضاء المجلس المنتخب .

2- تقسيم الدوائر الانتخابية تبعاً للكثافة السكانية .

3- الجمع بين الأسلوبين السابقين .

الطريقة الأولى : تقسيم الدوائر الانتخابية تبعاً لعدد أعضاء المجلس المنتخب :

وهي أن يقوم الدستور بتحديد عدد أعضاء المجلس النيابي ، ومن ثم تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية - وفقاً لنظام الانتخاب المعمول به - تبعاً لعدد النواب ، فإذا كان نظام الانتخاب المطبق هو نظام الانتخاب الفردي ، عندها يكون عدد الدوائر الانتخابية مساوياً لعدد النواب بحيث يمثل كل دائرة انتخابية نائباً واحداً ، أما إذا كان النظام المطبق هو نظام الانتخاب بالقائمة ، فإن عدد الدوائر الانتخابية يكون في هذه الحالة مساوياً لعدد أعضاء المجلس النيابي مقسوماً على عدد النواب المحدد و المقرر انتخابه في كل دائرة انتخابية ، ومن شأن هذه الطريقة أن يكون عدد أعضاء المجلس النيابي ثابتاً لا يتغير بزيادة أو نقص التعداد السكاني 17 .

الطريقة الثانية : تقسيم الدوائر الانتخابية تبعاً للكثافة السكانية :

وذلك بأن يكون عدد أعضاء المجلس النيابي متناسباً مع عدد مواطني الدولة الأمر الذي يجعل عدد النواب ، وبالتالي عدد الدوائر الانتخابية يتغير تبعاً لتغير عدد السكان سواء بالزيادة أو النقصان ، وعليه فمؤدى هذه الطريقة أن تتم عملية تقسيم الدوائر في ضوء عدد سكان كل منطقة ، ففي هذه الحالة يكتفي المشرع بالنص على وجوب التناسب بين عدد الدوائر وعدد سكان الدولة ، دون أن يتطرق إلى عدد أعضاء المجلس النيابي ، وتأسيساً على ذلك يتم تمثيل عدد معين من السكان في الدائرة الانتخابية بممثل واحد أو أكثر ، وهذا ما اتبعه الدستور الجزائري بمقتضى المادة 101 منه التي أحالت على المشرع تحديد الدوائر الانتخابية ، وهذا ما جاء به المشرع في المادة 03 الفقرة

01 من الأمر 12-01 المؤرخ في 13 فبراير 2012 المحدد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان التي نصت على مايلي: " توزع المقاعد لكل دائرة انتخابية بحسب عدد سكان كل ولاية".

يتم تحديد عدد المقاعد في كل دائرة انتخابية ، على أساس تخصيص مقعد واحد لكل حصة تتضمن ثمانين ألف (80.000) نسمة على أن يخصص مقعد إضافي لكل حصة متبقية تشمل أربعين ألف (40.000) نسمة 18 . غير أنه ، يخصص مقعد إضافي للدوائر الانتخابية التي لا تتوفر إلا على أربعة (4) مقاعد وللدوائر الانتخابية التي لم يتغير فيها عدد المقاعد منذ تنفيذ الأمر السابق رقم 97-08 19.

الطريقة الثالثة : الجمع بين الأسلوبين السابقين :

تمزج بين الوسيلتين السابقتين ، و بمقتضاها يحدد عدد أعضاء البرلمان تبعا لعدد السكان ، ولكن بشرط ألا يتجاوز هذا العدد الحد الأقصى لعدد أعضاء البرلمان المنصوص عليه في الدستور 20 ، أو بعبارة أخرى تعتمد هذه الطريقة على تقسيم البلد إلى عدد ثابت من الدوائر الانتخابية بالرغم من إمكانية زيادة عدد النواب داخل الدائرة نفسها تبعا لزيادة السكان ، مما يعني أن عدد الدوائر ثابت و محدد ، لكنه متغير - تبعا لعدد السكان - من ناحية عدد النواب 21 .

ثانيا - الآليات المتعلقة بضمان تقسيم الدوائر الانتخابية :

تناولت الدساتير والقوانين التي تنظم المشاركة الانتخابية في معظم الدول المعاصرة على إقرار مجموعة من الضمانات القانونية بهدف تحقيق العدالة والمساواة في تقسيم الدوائر الانتخابية ، وقد كان هذا نتيجة لما أسفرت عنه عمليات التلاعب بالدوائر الانتخابية من إجحاف بحق بعض القطاعات السكانية في الكثير من الدول التي لجأت سلطاتها إلى استعمال أساليب التلاعب .

أ - آليات المساواة في تقسيم الدوائر الانتخابية .

- المبادئ الأساسية في تقسيم الدوائر الانتخابية :

لقد أكد الفقه والقضاء على ضرورة أن يلتزم المشرع وهو بصدد قيامه بعملية تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية التقيد ببعض المبادئ التي تستهدف في مجملها إلى تحقيق مبدأ العدالة والحيلولة دون تشتت الدوائر لصالح جهة سياسية معينة ، وتتمثل أهم المبادئ في :

1- مبدأ المساواة الحسابية :

يقوم هذا المبدأ على ضرورة أن تتساوى كافة الدوائر الانتخابية بقدر الإمكان من حيث عدد السكان الذين يقطنونها ، ومن ثمة يتاح لكافة الدوائر أن تمثل بعدد مماثل من النواب ، وعليه فإن مبدأ المساواة الحسابية يقتضي وجود توازن وتناسب بين عدد سكان كل دائرة وبين عدد المقاعد المخصصة لها .

إذا كانت جدية المشاركة الانتخابية وفعاليتها لا تتحقق ، إلا بمراعاة الحجم المناسب للدائرة الانتخابية ، فإن هذا الحجم يجب أن يكون أيضا متكافئا بين جميع الدوائر الانتخابية في البلاد ، بما يضمن تحقيق نوع من المساواة في الوزن النسبي لأصوات الناخبين، والمقصود بالمساواة هنا ليس المساواة الحسابية المطلقة لعدد الناخبين في كل

الدوائر الانتخابية، فإن من المنطقي استحالة تحقيق ذلك، إنما المقصود هو المساواة النسبية بين عدد الأصوات في كل دائرة بحيث لا تكون هناك فوارق كبيرة في عدد الهيئة الانتخابية لكل دائرة، والمحاولة لإيجاد نوع من التقارب النسبي المنطقي فيما بينها جميعا 22 .

2- مبدأ التمثيل العادل و الفعال للمواطنين :

مؤداه أن يحظر تقسيم الدوائر بصورة تؤدي إلى إهدار أو تشتيت أو إضعاف القدرة التصويتية لجماعة سياسية معينة من المواطنين، و بالتالي حرمانها من حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة على قدم المساواة مع غيرها من الجماعات الأخرى 23 .

3 - مبدأ التقسيم العقلاني للدوائر:

هذا المبدأ يقتضي ألا تكون الدوائر الانتخابية صغيرة جدا، لأن ذلك ينجم عنه زيادة عدد نواب البرلمان زيادة كبيرة تعرقل العمل البرلماني، و بالمقابل لا يجب أن تكون الدوائر الانتخابية كبيرة جدا تؤدي إلى التقليل من عدد النواب في البرلمان بالنحو الذي يؤثر على التمثيل الصحيح للأمة وعن اتجاهاتها المتباينة . وهنا تظهر الحاجة ملحة في أن يكون حجم الدائرة الانتخابية حجما معقولا بأن لا يكون أكبر و لا أصغر مما ينبغي، وهذا يستدعي بالضرورة أن لا يقوم تحديد حجم الدوائر الانتخابية على مجرد قانون أو قرار صادر عن السلطة المخولة دستوريا بذلك، بقدر ما يجب أن يكون - وبالإضافة إلى صدوره من تلك السلطة - متناسبا مع طبيعة النظام الانتخابي المتبع و حجم الدولة وعدد سكانها والظروف السياسية والاجتماعية السائدة في الدولة .

4 - مبدأ المراجعة الدورية :

ويوجب هذا المبدأ ضرورة إعادة توزيع المقاعد البرلمانية، وتقسيم الدوائر الانتخابية، وذلك بعد الانتهاء من كل إحصاء سكاني، وذلك حتى يتم التأكد باستمرار من أن القوة التصويتية لكافة الدوائر متساوية بقدر الإمكان .

فقاعدة المراجعة الدورية تسعى إلى ضمان المساواة وخاصة المحافظة على المساواة في حالة انتقال المواطنين أو السكان من مكان إلى آخر 24.

- الابتعاد عن وسائل تشويه المشاركة الانتخابية :

1- تشتيت الدائرة الانتخابية :

إنّ تشتيت الدولة إلى دوائر انتخابية، معناه تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية صغيرة ومتعددة وغير متساوية بطرق ظاهرها مشروع و باطنها غير مشروع 25، وهذا استنادا على معرفة دقيقة لنتائج سابقة للانتخابات، فهي بمثابة فرصة لممارسة مناورات الغش 26 .

فعندما تتمتع المعارضة بتأييد شعبي كبير في دائرة انتخابية قريبة من حدود دائرة انتخابية أخرى موالية للحكومة، فإن الحكومة تعمد إلى إقتطاع جزء من الدائرة المعارضة و ضمها إلى الدائرة المؤيدة لتفتت أصوات المعارضة و تشتيت خصومها في دوائر متفرقة لا يكون لهم في أي منها ثقل انتخابي، وتعرف هذه الوسيلة في الولايات المتحدة الأمريكية باسم (**Gerrymander**) نسبة إلى جيري **Gerry** الحاكم الجمهوري لولاية

ماساشوسيتش ، الذي ابتدع منذ 1812 ، حيلة الاعتماد على سيطرة الحكومة على تقسيم الدوائر الانتخابية ، كوسيلة للتحكم في نتائج الانتخابات وحرمان السود من الفوز بها في المناطق التي يشكلون فيها أغلبية عرقية ، حيث قام بتقسيم الولاية إلى تسع مناطق انتخابية كبيرة تضم كل منطقة خمسة دوائر ، مما نتج عن فوز الحزب الجمهوري في ثمانية مناطق من هذه المناطق التسعة ونجح في إبعاد السود ، تطبيقاً لسياسة التفرقة العنصرية 27 .

وهكذا فإنه من المتصور أن تعتمد سلطات الدولة إلى تقسيم إقليم الدولة إلى عدد من الدوائر بصورة تؤدي إلى إهدار مبدأ المساواة في التصويت الذي يتطلب أن يكون عدد الناخبين الذين يمثلهم نائب واحد في البرلمان متساو في كافة الدوائر ، والذي يمكن أن يتأتى عن طريق تشتيت الدوائر الانتخابية على نحو يوجه لمصلحة اتجاه سياسي معين 28 .

2- توسيع الدائرة الانتخابية :

عند تمركز التأييد الانتخابي للمعارضة في منتصف الدائرة الانتخابية ، مما يصعب معه إقتطاع جزء منها وضمه إلى دائرة أخرى فإن بعض الحكومات تلجأ - في هذه الحالة - إلى ضم مناطق أخرى مؤيدة للحكومة من دائرة مجاورة لتلك الدائرة لتزيد عدد الأصوات المؤيدة لها ، مما يؤدي إلى عدم حصول المعارضة على الأصوات التي تؤهلها للنجاح في الانتخابات ، ويؤثر تقسيم الدوائر الانتخابية على النتائج النهائية للتصويت ، وتستطيع السلطة الحاكمة عن طريق استغلال هذا التقسيم أن تؤمن سيطرتها و فوزها في الانتخابات ، مع الإشارة إلى أن الحكومة تقوم أحيانا بالتلاعب في تقسيم الدوائر الانتخابية لا عن طريق الفعل ، وإنما عن طريق الامتناع عن القيام بفعل ، وذلك حينما لا تقدم على تصحيح اختلال التكافؤ النسبي لأصوات الناخبين في الدوائر الانتخابية الذي يحدث نتيجة لظروف وأسباب ديموغرافية لا دخل للحكومة بها ، إذا ما كان السكوت يحقق مصلحة لها ، فغالبا ما يساهم التطور الديموغرافي في تشويه تمثيل المدن والأرياف بسبب النزوح الريفي نحو المناطق الصناعية ، وما لم تقم الجهة المختصة بمعالجة ذلك فإن النتائج تكون بعيدة تماما عن التكافؤ المطلوب في أصوات الهيئة الناجبة ، ورغم أن بعض الدول الديمقراطية تحاول و باستمرار الحفاظ على التكافؤ النسبي لأصوات الناخبين ، إلا أنها بالرغم من ذلك تشهد تطبيقات تخل بهذا المبدأ 29 .

ب- تحديد الدوائر الانتخابية بواسطة السلطة التشريعية :

نظرا للتلاعب في تقسيم الدوائر الانتخابية وأنواعه وما كان لها من تأثير بالغ على نزاهة النتائج الانتخابية ، اتخذ الفقه الدستوري موقفا باستبعاد السلطة التنفيذية من سلطة التقسيم ، لأنه لاحظ أن هذه السلطة هي في الحقيقة طرفا في الانتخابات يمثلها الحزب الحاكم الذي يسعى بكافة الطرق وعن طريق هذه السلطة إلى تمزيق الدوائر الانتخابية لصالحه ، وقام بمنح هذا الاختصاص إلى السلطة التشريعية الممثلة بالبرلمان ، وأصبحت بذلك تملك الاختصاص الأصلي في تقسيم الدوائر الانتخابية 30 .

فالقاعدة أن يكون هذا التقسيم بقانون صادر عن السلطة التشريعية ، نظرا لإمكانية تدخل السلطة التنفيذية في مجرى العمليات الانتخابية لما يخدم مصالحها و بداية الحديث عن العمليات الانتخابية غير النزاهة ، فللسلطة التنفيذية عدة طرق لذلك كتعديل الدوائر الانتخابية بما يحقق و يضمن الفوز في الانتخابات 31 .

وعليه فإنّ الحكومات تستطيع - من خلال سيطرتها على عملية تحديد الدوائر الانتخابية في البلاد - أن تسيطر على إرادة العملية الانتخابية و نتائجها بوسائل مختلفة و متنوعة تتركز في جوهرها بالتلاعب بحجم هذه الدوائر عن طريق دمجها أو تمزيقها، حسب مقتضيات مصلحة أعضائها و مؤيديها من الناخبين و المرشحين، وبما يضمن لها تحقيق الفوز على معارضيها 32 .

وقيل في تبرير عدم إسناد ذلك التحديد إلى السلطة التنفيذية، بأنه يخشى من أن تتخذ الحكومة وسيلة لتمكين أنصارها من النجاح في الانتخابات وتشتت الدوائر الموالية لخصومها وضم أجزاء منها إلى الدوائر المجاورة حتى تصبح المعارضة أقلية في كل الدائرة فينعدم تأثيرهم 33، فالطريقة التي يجب أن يتم من خلالها تحديد الدوائر الانتخابية هي القانون، فهو أكثر ضمانا من قرارات السلطة التنفيذية، وإن كانت تلك الطريقة ليست بالمثالية لما يمكن أن تقوم به الأغلبية البرلمانية في هذا المجال 34 .

غير أن الاتجاه الراهن لدساتير الدول المعاصرة بتحويله السلطة التشريعية مهمة تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية لم يحل من الناحية العملية دون قيام السلطة التنفيذية بالاشتراك مع السلطة التشريعية في عملية إعداد الخرائط الخاصة بالتقسيم، على أن تكون الكلمة الأخيرة بشأنها للبرلمان أي السلطة التشريعية 35 .

لقد أنط المشرع الدستوري الجزائري مهمة تقسيم الدوائر الانتخابية إلى السلطة التشريعية وهذا بمقتضى جميع الدساتير التي عرفتها الجزائر، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 29 من دستور 1963، والمادة 130 من دستور 1976، المادة 97 من دستور 1989 والمادة 101 من دستور 1996 .

غير أن الملاحظ هو أن النص القانوني الذي تناول مسألة تحديد الدوائر الانتخابية في الجزائر جاء على شكل أمر صادر من طرف رئيس الجمهورية (الأمر رقم 12-01 المؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1433 الموافق 13 فبراير 2012 سنة، المحدد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان)

خاتمة :

نستنتج أن تقسيم البلد إلى دوائر انتخابية يمثل عاملا أساسيا في التهيئة المسبقة لانتخابات عادلة ونزيهة، ورغم اختلاف التطبيق الدولي في تقسيم الدولة إلى دائرة انتخابية واحدة أو عدة دوائر وبما يتناسب مع أوضاع البلد العامة، إلا أنّ المهم في هذا الجانب هو وجوب إحاطة عملية تقسيم الدوائر الانتخابية بالضمانات الكافية وهذا لما لهذه العملية من تأثير على العملية الانتخابية ككل. ونلاحظ جليا اعتماد المشرع الجزائري على نظام تعدد الدوائر الانتخابية وتحديد الدوائر الانتخابية وقد جسد الأمر رقم 12-01 المؤرخ في 13 فبراير 2012، المحدد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان هذا الاتجاه، فمن خلال الإصلاحات السياسية المعتمدة في الجزائر جسدت فكرة تعدد الدوائر الانتخابية بقوة حيث تم زيادة عدد المقاعد البرلمانية، حيث تم رفع عدد المقاعد إلى 462 مقعد، ويفترض بهذه الزيادة في عدد المقاعد الانتخابية أن تعكس التزايد في الحجم الديمغرافي لسكان الجزائر وتحسين التمثيل السياسي .

1. حسن البدر اوي ، الأحزاب السياسية و الحريات العامة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 787 ، وكذلك إكرام عبد الحكيم محمد محمد حسن ، الطعون الانتخابية في الانتخابات التشريعية ، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 83 .
2. عبد اللاه شحاتة الشفاني ، مبدأ الإشراف القضائي على الإقتراع العام ، الانتخابات الرئاسية و التشريعية و المحلية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 124 .
3. سعد مظلوم العبدلي ، الانتخابات، ضمانات حريتها و نزاهتها ، دراسة مقارنة ، دار دجلة ، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 118 .
4. خليفة ثامر الحميدة ، الدوائر الانتخابية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت، السنة الثامنة و العشرون ،ملحق العدد الثالث، سبتمبر 2004 ، ص 6 .
5. أحمد مرجان ، دور القضاء و المجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص 47 .
6. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعين، 2002، الإسكندرية ، ص 771 .
7. محمد فرغلي محمد علي ، نظم و إجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء و الفقه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 486 .
8. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 119 .
9. محمد بويديار ، النظام القانوني للانتخابات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2009، ص 37 .
10. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 122 .
11. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 122 .
12. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية والقانونية ، مرجع مذكور ، ص 799 .
13. علما أنه بناء على القانون 84-09 المؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1404 الموافق 4 فبراير سنة 1984 و المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد ، المعدل ، أصبح عدد ولايات الجمهورية 48 ولاية .
14. المادة 05 من الأمر رقم 12-01 ، المحدد للدوائر الانتخابية و عدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان .
15. عمر حلمي فهمي ، الانتخاب و تأثيره في الحياة السياسية ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1991 ، ص 308 .
16. جاي س، جودين جيل ، الانتخابات الحرة و النزيهة ، القانون الدولي و الممارسة العملية ، ترجمة أحمد منيب و مراجعة فايزة حكيم ،الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ، القاهرة ، 2000 ، ص 62 .
17. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 120 .
18. المادة 3 الفقرة 2 من الأمر رقم 12-01 ، المحدد للدوائر الانتخابية و عدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان .
19. المادة 3 الفقرة 3 من الأمر رقم 12-01 ، المحدد للدوائر الانتخابية و عدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان .
20. داود الباز ، حق المشاركة في الحياة السياسية ، دراسة تحليلية للمادة 62 من الدستور المصري مقارنة مع النظام في فرنسا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 493 .
21. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 121 .
22. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 134 .
23. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية والقانونية ، مرجع مذكور ، ص 777 .
24. إكرام عبد الحكيم محمد محمد حسن ، مرجع مذكور ، ص 99 .

25. نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008، ص 312.

26. Pierre Martin , les systèmes électoraux et les modes de scrutin , collection Clefs politiques ,Edition Montchrestien, Paris,1994,p44

27. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 136.

28. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية و القانونية ، مرجع مذكور ، ص 771 ، 772.

29. سعد مظلوم العبدلي ، مرجع مذكور ، ص 136 ، 137.

30. سعاد الشرقاوي ، عبد الله ناصف ، نظم الانتخابات في العالم و مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1984، ص 121.

31. مصطفى محمود عفيفي ، نظامنا الانتخابي في الميزان ، شركة سعيد رأفت للطباعة ، مصر ، 1984 ، ص 259 .

32. سليمان الغويل ، مرجع مذكور ، ص 172 .

33. سليمان محمد الطماوي ، النظم السياسية و القانون الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، 1988، ص 217، وكذلك داود الباز ، مرجع سابق ، ص 488 ، وكذلك عبد اللاه شحاتة الشقاني ، مرجع مذكور ، ص 250 ،

34. نعمان أحمد الخطيب ، مرجع سابق ، ص 305، وكذلك سليمان محمد الطماوي ، مرجع مذكور ، ص 217 ، 218.

35. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية و القانونية ، مرجع مذكور ، ص 774 .

La nécessité d'un recours aux mesures alternatives à la détention préventive au Maroc



Hicham MOUJAHID : Doctorat en Droit Privé

Université de Perpignan Via Domitia

Académie de Montpellier

L'évolution de la justice, depuis le début des années 1990 renforce indéniablement l'activité présentencielle. En premier lieu, le développement très important des mesures dites d'alternatives aux poursuites vient étendre le rôle du parquet, jusqu'au prononcé de sa décision de poursuivre ou non.

Ces mesures n'ont en réalité pas véritablement vocation à éviter des poursuites, mais à accroître le taux de réponse pénale en réduisant la part de classements sans suite¹. Ensuite, elles peuvent renforcer la crédibilité de la justice et avoir une véritable fonction de prévention de la récidive. Néanmoins, elles n'intègrent que marginalement le champ des alternatives à la détention, raison pour laquelle elles feront ici l'objet d'un traitement rapide, à l'exception de la médiation.

En effet, ces mesures atypiques recèlent d'importantes possibilités de développement, y compris pour les infractions graves, avec un impact possible sur l'emprisonnement. Toutefois, nous concentrons notre attention sur les façons de réduire le recours à la détention préventive et de lui substituer, par d'autres moyens de poursuites plus respectueux des droits humains. Mais avant de parler de ces moyens, il est très utile de répondre à deux questions très importantes, est celle de savoir pourquoi des alternatives à

¹ A chaque phase du processus pénal, un magistrat peut se trouver en position de choisir entre l'enfermement et une mesure alternative. Quels sont les facteurs juridiques, à même d'influencer ce choix en faveur de l'alternative dans un plus grand nombre de cas ? Quels sont les obstacles auxquels se heurte un juge qui souhaiterait éviter une détention ? Telles sont les questions auxquelles cette première partie tente de répondre dans le cadre des phases présentencielle (avant le procès), sentencielle (au moment de la condamnation) et post-sentencielle (une fois la peine prononcée). Elle examine le cadre juridique entourant la décision de recourir ou non à une mesure alternative, ainsi que les possibilités d'élargir le champ d'application de certaines mesures, questions posées par DINO Sarah, dans son œuvre, « *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, les alternatives à la détention* », étude réalisée par le group de travail du Conseil consultative Français, Presse, année 2007.

la détention préventive (paragraphe1) ? Et est ce que l'expérience française peut nous aider à adopter les mesures alternatives les plus adéquates à la société marocaine (contrôle judiciaire socio-éducatif et la surveillance électronique (paragraphe2).

Paragraphe1 : Pourquoi des alternatives à la détention préventive ?

Le recours à la détention préventive est en hausse considérable, ce qui engendre le phénomène de la surpopulation carcérale sur tous les continents, l'Europe les Etats Unis, et notamment les pays d'Afrique dont le Maroc. La recherche des alternatives a la détention préventive ne peut que coopérer à combattre la surpopulation carcérale (A) et à concrétiser le principe de présomption d'innocence et de la crédibilité de la justice (B)

A : Combattre la surpopulation carcérale

L'usage excessif de la détention préventive a contribué au phénomène de la surpopulation carcérale, car le nombre de personnes incarcérées suite à un ordre de la mise en détention, et non condamnation, a subi une forte augmentation¹.

Le bilan de la prison, en ce début du troisième millénaire est préoccupant, notamment avec l'évolution de la criminalité (terrorisme, trafic de stupéfiants, crime organisée). La population carcérale est en augmentation sur tous les continents. C'est le cas de l'Europe, à l'exception de trois pays (la Finlande, l'Autriche et la Slovénie). Les Etats-Unis connaissent le taux d'incarcération le plus élevé du monde 615 pour 100.000 habitants, après la Russie, à savoir un taux cinq à six fois plus élevé que celui de la plupart des pays industrialisés².

Cette tendance à l'augmentation concerne une majorité de pays développés et en voie de développement. Des causes déterministes peuvent être dégagées telles que les changements de taux de criminalité, les tendances démographiques, l'urbanisation ou l'industrialisation, les facteurs économiques. Ils conviennent toutefois, de ne pas négliger les causes dites politiques.

En effet, la surpopulation carcérale varie en fonction des changements d'attitudes chez les décideurs politiques et des politiques pénales qui en découlent, de l'opinion publique

¹ De plus le coût de l'emprisonnement à l'échelle mondiale est difficile à calculer, mais la meilleure estimation le situe autour de 62,5 milliards de dollars par an, si l'on en croit les statistiques de 1997. Les coûts directs comprennent la construction et l'administration des prisons ainsi que l'hébergement, l'alimentation et la prise en charge des détenus. Il y a aussi des coûts indirects ou annexes importants, car l'emprisonnement peut affecter l'ensemble de la collectivité de diverses manières. En plus il y a le recours excessif à l'emprisonnement, il est indispensable que les responsables regardent de plus près quelles personnes sont détenues en prison, pourquoi elles le sont, et pour combien de temps. Lorsque ces informations ne sont pas immédiatement disponibles, il faudrait faire le nécessaire pour qu'elle leur soit régulièrement communiquée, ainsi qu'aux autres responsables de haut niveau du système de justice pénale. « *Manuel des principes fondamentaux et pratiques prometteuses sur les alternatives à l'emprisonnement* », Série de Manuel sur la justice pénale, Nations Unies, New York, 2008.

² « *La politisation du thème de la criminalité aux Etats-Unis* », par BODY-GENDROT Sophie, année 1999, p. 79.

relayée ou induite par les médias, et en fonction des comportements des autorités judiciaires et des responsables du maintien de l'ordre.

Le bilan est inquiétant de par les constats effectués : surpopulation pénale, conditions de détention difficiles, parfois inhumains, souvent peu conformes aux normes internationales de détention, coûts exorbitants des politiques carcérales dures, érosion familiale, aggravation des inégalités sociales, parfois raciales¹.

Afin d'éviter les effets négatifs de la détention préventive, le dernier quart du siècle passé été riche en réflexions, en réformes, afin de chercher à réduire le recours à cette mesure critiquée et la remplacer par d'autres alternatives.

En effet, le recours à la détention préventive, est vivement contesté et pourtant fortement ancrée dans les mythes fondateurs de nos sociétés modernes et dans nos législations pénales. Le recours aux mesures alternatives à la détention préventive s'inscrit dans la philosophie de la réforme pénale de plusieurs pays, qui respectent les droits de l'Homme.

Donc la question qui se pose, est celle de savoir comment le Maroc peut réduire le recours à la détention préventive ? Sachons que, lorsqu'on dit détention, c'est-à-dire mettre l'inculpé en prison dans l'attente de sa condamnation finale. Cela engendre, une atteinte au principe de la présomption d'innocence et des détentions non justifiées.

Pour réussir à réduire l'usage excessif à la détention préventive, cela demande une réforme intégrée de tout le système procédural, système plus équitable, qui respecte notamment le principe de la présomption d'innocence. Un détenu en détention préventive est par définition présumé innocent, puisqu'il n'est pas condamné et n'est pas déclaré coupable.

Il est vrai que l'article 6 de la loi 23/98 relative à l'organisation et à la gestion des établissements pénitentiaires, adopte dans son premier paragraphe le principe de la séparation nette des détenus en détention préventive dans des quartiers spécialement conçus pour des détenus incriminés. Cependant, beaucoup de prisons se trouvent surpeuplées à cause de l'emplacement des présumés innocents. Pour ceux qui seront acquittés ultérieurement, avant jugement, l'expérience est traumatisante : nervosité et tension perpétuelle, absence d'intimité, absence d'hygiène, plus de violences engendrées par le manque de places, augmentation du phénomène de bande pour survivre.

¹ Enquête réalisée Par BOUVIER Odette Luce Magistrat, à la demande de la Commission européenne, « Les alternatives à l'incarcération » tour d'horizon 2000.

Il faudrait donc, exclure au moins la détention préventive pour les crimes moins graves, où l'incarcération doit être le dernier recours¹. Il faudrait également, au moins réorganiser l'espace carcéral pour créer réellement et concrètement, une partie de la prison où il y a des couloirs réservés pour le présumé jusqu'à ce qu'il y ait un jugement définitif.

B : Consécration du principe de la présomption d'innocence et de la crédibilité de la justice

Le principe de la présomption d'innocence², selon lequel « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie », a une valeur constitutionnelle et supranationale. Il est affirmé clairement dans le droit marocain, notamment dans l'article 1 du code de procédure pénale posant le principe du maintien en liberté de la personne mise en examen, puis par exception la possibilité de la voir soumise à un contrôle judiciaire, et en dernier ressort à une détention préventive.

La législation marocaine s'inscrit ainsi dans la lignée des principes des droits de l'Homme³, selon lesquels « aucun prévenu ne doit être placé en détention préventive, à moins que les circonstances ne rendent cette détention strictement nécessaire. La détention préventive doit ainsi être considérée comme une mesure exceptionnelle et ne jamais être obligatoire, ni utilisée à des fins punitives.

L'usage des mesures alternatives à la détention préventive ne peut se développer au Maroc et avoir des effets sur le taux de détention que dans le cadre d'une politique pénale cohérente, stable et lisible. En d'autres termes, le ministère de la justice doit élaborer et diffuser chaque année des orientations de politique pénale, tenant compte du principe selon lequel la privation de liberté devrait être comme on l'a déjà signalé considérée comme une mesure de dernier recours. Cela demande, aux pouvoirs publics de maîtriser l'inflation d'incrimination pénales et de circonstances aggravantes.

¹ Sans cesse retouchée depuis plusieurs décennies pour toujours plus la limiter, la détention provisoire pourrait réellement devenir une mesure d'ultime recours. Son utilisation pourrait alors rejoindre les critères européens. La cour européenne des droits de l'homme affine son contrôle tant sur la nécessité d'un placement de détention préventive que sur sa durée. Elle peut même aujourd'hui conclure à une violation de l'article 5 de la convention, dès lors que le juge national ne recherche pas d'alternatives à la détention préventive (CEDH, 18 mars 2008, n° 11036/03, *Ladent c/ Pologne*. *La loi du 24 novembre 2009 : aspects de procédure pénale et de droit pénitentiaire*, Revue Mensuelle lexisnexis jurisclasser - janvier 2010 CERÉ Jean-Paul, maître de conférences à l'université de Pau, directeur du Master Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme (Pau, Bordeaux IV, Dakar)

² La France est le pays d'Europe où le nombre des détentions préventives est le plus important et où les maisons d'arrêt sont au bord de l'asphyxie. Si la détention préventive avait vu son taux diminuer avec l'entrée en vigueur de la loi 15 juin 2000, loi renforçant la présomption d'innocence, cette tendance s'est inversée après le fait divers marquant de l'affaire Bonnal, survenu en 2001, Jean Claude Bonnal qui est soupçonné d'avoir participé à deux attaques à main armée qui ont fait six morts, en 2001, après sa sortie de détention préventive.

³ Affirmée dans l'exposé introductif du code de procédure pénale marocaine, la présomption d'innocence est consacrée donc, par le droit marocain. Par ailleurs, la règle présumant l'innocence, est dotée au Maroc, d'une double valeur : une valeur constitutionnelle puisque le Maroc déclare, dans sa constitution son attachement aux principes universellement reconnus... y compris la présomption d'innocence. Ensuite, une valeur supranationale découlant des engagements internationaux du Maroc. La présomption d'innocence, est aussi une règle qui inspire un grand nombre de textes particuliers de procédure pénale marocaine. Mais qu'elle est la justification de ce principe reconnu par le Maroc, même si l'on déplore qu'entre la reconnaissance du principe et la pratique il y ait parfois loin de la coupe aux lèvres. « *La présomption d'innocence un principe face aux exigences de la pression au Maroc* », *mémoire pour l'obtention du Diplôme d'étude approfondies, droit privé*, par ATMANI Khalid, sous la direction de PAUL BLANC François, année 2002-2003.

A cet effet, elle est recommandée d'étudier les possibilités de transfert de certains contentieux vers les juridictions civiles. Egalement le législateur devrait envisager, d'indiquer une peine non privative de liberté au lieu de l'emprisonnement comme sanction de référence.

En dépit de cette reconnaissance de principe, les pouvoirs publics marocains doivent conserver une tendance à légiférer, tantôt dans le sens d'une restriction des possibilités de placement en détention préventive, tantôt, par le partage de l'autorité en la matière. En droit marocain, c'est le juge d'instruction qui ordonne la mise en détention, raréfier l'utilisation de ce pouvoir, veut dire qu'on fait intervenir plusieurs acteurs dans le processus au lieu d'un seul. Donc le juge d'instruction devra partager son pouvoir avec des magistrats du parquet et le procureur du Roi.

L'usage des mesures alternatives aux poursuites s'avère souvent valorisées par les défenseurs des droits de l'Homme, car elles permettent de donner à une personne inculpée dans toutes sortes d'affaires une alternative autre que la détention. Le plus souvent, c'est notamment dans l'intérêt des victimes que le recours à de telles modalités de traitement des affaires s'impose, constatent les auteurs d'une recherche sur le traitement en temps réel. Ils citent que cela « permet de rendre service aux victimes, ça montre que le parquet les suit. (..) Cela montre que la justice va jusqu'au bout. (...) les victimes sont contentes¹.

Dans la même lancée, la plupart des mesures alternatives aux poursuites peuvent apporter une importante plus-value sociale lorsqu'elles sont bien appliquées. D'une part, l'auteur et la victime de l'infraction seraient souvent satisfaits de cette forme d'intervention de la justice, qui leur ferait considérer que la loi a rempli son rôle. D'autre part, ces mesures permettraient de saisir l'occasion d'une infraction mineure pour intervenir sur ses causes et équiper un auteur des moyens d'intégrer l'interdit².

La fonction préventive est ainsi constitutive au développement de ces mesures, une médiation pénale, un rappel à la loi où une injonction de soins étant engagée par les parquets lorsqu'ils pensent que cette mesure peut permettre d'éviter une réitération des faits. Dans le même sens, la médiation pénale ne perd pas de son intérêt lorsqu'elle intervient à la place d'un classement sans suite, sans oublier la surveillance électronique comme substitue de la détention.

¹ Benoit Bastard, Christian Mouhanna, Werner Ackermann, « Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales », Droit et Justice, juillet 2005.

² JACQUES Beaume, procureur de la République du TGI de Marseille, audition CNCDDH, 12 mai 2006.

Paragraphe 2 : L'expérience française et les mesures alternatives les plus adéquates à la société marocaine

L'un des objectifs, qui doivent être tracés par le législateur marocain lors de la prochaine réforme de la justice pénale¹, est de réduire, dans leur nombre comme dans leur durée, les détentions préventives contraires au principe de la présomption d'innocence. D'abord, par la mise en application des substituts à la détention préventive prévus par la législation marocaine, tels que l'assignation à résidence (art 70 CP) et l'interdiction de séjour (art 71 CP), ensuite par la mise en liberté sous caution. Ainsi le contrôle judiciaire socio-éducatif(A), et Le placement sous surveillance électronique (B) peuvent servir comme alternatives à la détention préventive.

A : Le contrôle judiciaire socio-éducatif

Dans le cadre de notre recherche à des alternatives à la détention préventive, nous est apparue comme relativement centrale de suivre les expériences d'autres législations. Le contrôle judiciaire tel qu'il existe en France, en Italie, et dans de nombreux pays, est une mesure mise à la disposition du magistrat instructeur comme alternative à la détention préventive, visant à maintenir sous main de justice, et en milieu libre, des personnes qui sinon auraient fait l'objet d'un mandat de dépôt.

Durant cette période, les obligations du contrôle judiciaire se décomposent dans le système français (ou cette mesure est introduite par la loi du 17 juillet 1970)² en deux grandes catégories. La première catégorie relève de l'idée de surveillance, par exemple :

¹ Selon M. Abdennabaoui, cette augmentation des détenus à titre préventif est attribuable en partie aux dysfonctionnements au niveau du service judiciaire et aux orientations de la politique pénale. D'où l'intérêt de mettre en place un mécanisme de contrôle. Pour le ministre de la justice, Mustapha Ramid, il est clair qu'il faut une révision des textes relatifs à la détention préventive. L'objectif étant d'élargir et de promouvoir des mesures alternatives à cette mesure judiciaire. Ces mesures judiciaires contribueraient à alléger le surpeuplement des prisons. Aujourd'hui, force est de constater que la détention préventive constitue la source principale de la surpopulation des établissements pénitentiaires. Ce surpeuplement coûte cher à l'État, mais c'est aussi la dignité du détenu qui est bafouée dans une prison surpeuplée. Ainsi des peines alternatives permettraient à l'État non seulement de faire des économies considérables mais surtout de contribuer à améliorer les conditions de vie en milieu carcéral. « *Détention préventive : Le ministère de la justice dresse un bilan alarmant* » Laila Zerrouk Le 2012-12-19 N° : 2830. <http://www.aujourd'hui.ma>

² Institué par la loi du 17 juillet 1970, le contrôle judiciaire prend un « caractère socio-éducatif » par la circulaire du 4 août 1982, même si les « mesures socio-éducatives » ne figurent explicitement dans le Code de Procédure Pénale que depuis le 15 juin 2000. La décision de placement est prise par un juge du siège, juge d'instruction le plus souvent. Le contrôle judiciaire socio-éducatif concerne des personnes majeures ou mineures, mises en examen pour des délits ou des crimes. Il est prononcé soit ab initio soit après une période de détention provisoire. Il est mis en œuvre par des associations socio-judiciaires. Au contraire de la détention provisoire, le CJSE évite la rupture du lien familial, social, professionnel, la stigmatisation, la perte d'autonomie et la dépersonnalisation. Il allie prévention et sécurité, contrôle et

- Pointage dans un poste de police ou de gendarmerie.
- Restriction à la liberté d'aller et venir, à la conduite de véhicules, à la liberté de travail.
- Restriction dans la communication avec les tiers, témoins, victimes, coauteurs ou complices.
- Remise de documents (passeport, permis de conduite...)

La seconde catégorie d'obligations repose sur l'idée d'une assistance socio-éducative apportée, pendant la phase préalable au jugement par le biais :

- D'un contrôle des activités professionnelles, scolaires ou de la formation.
- De mesures ayant pour objet le rétablissement de la santé physique du contrôlé.

Ce contrôle socio-éducatif est exercé par un contrôleur judiciaire, travailleur social de l'administration pénitentiaire ou membre du secteur associatif, voir indépendant. Le bilan de quarante années de contrôle judiciaire en France est positif, car il permet de maintenir le présumé coupable dans son cadre social et familial habituel, en évitant les effets déstructurants de la détention préventive, tout en protégeant les intérêts des victimes.

Le recours à des contrôles judiciaires socio-éducatifs est à la hausse en France, depuis la mise en place en 1989 des permanences d'orientation pénale, qui saisies par le procureur de la république pour établir avant présentation au juge d'instruction des enquêtes rapides¹. Ces enquêtes rapides rassemblent des informations sur la personne présentée, mais également des informations sur les possibilités existantes d'hébergement, de prise en charge sociale ou médicale, enfin sur les possibilités concrètes de la mise en place d'une mesure alternative à la détention préventive.

accompagnement. « Fiche 1 : Le contrôle judiciaire socio-éducatif », p.1, <http://www.citoyens-justice.fr/fichiers/Fiche%20CJSE.pdf>.

¹ De nouvelle tentative visant à limiter le recours à la détention préventive en France est lancée depuis ces dernières années : le partage de l'autorité en la matière. L'objectif est de raréfier l'utilisation de la détention préventive, en faisant intervenir plusieurs acteurs dans le processus au lieu d'un seul. Le juge d'instruction ayant eu à quelques exceptions près la maîtrise de la question de la détention préventive depuis sa création, s'est vu retirer le monopole. Désormais son autorité en matière de détention est partagée avec des magistrats du parquets que sont le procureur de la république et le procureur général, mais également avec des magistrats du siège tels que la chambre d'instruction et son président, et le juge de liberté et de la détention, » *l'affaiblissement des pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention provisoire* », mémoire du Master droit recherche, présenté par LAMOURY Déborah, année 2004-2005, Université du droit et de la santé Lille 2.

Les opposants du contrôle socio-éducatif soulignent l'ambiguïté initiale de cette mesure, qui hésite entre mesure de sûreté et pré-peine, entre logique sanitaire et sociale et logique de sécurité : de telles discussions doctrinales sont d'autant intéressantes que le contrôle judiciaire, qui entraîne parfois des restrictions importantes aux libertés individuelles, peut entrer en contradiction avec la présomption d'innocence et constituer un pré-jugement¹.

Il convient de signaler, que le code de procédure pénale marocain de 1959 ne comportait aucune mesure alternative à la détention préventive à dimension humanitaire. A cet effet, le législateur a pris le soin lors de la réforme du CPP de 2005, d'adopter le contrôle judiciaire comme alternative à la détention. Cette mesure, cherche à trouver des outils aptes à garantir l'application des actes judiciaires sans avoir recours à la détention préventive, critiquée pour divers raisons humanitaires (article 159).

Mais, l'expérience Française du contrôle judiciaire socio-éducatif comme alternative à la détention pourra être prise comme exemple, car elle s'inscrit dans une perspective de réinsertion, permet d'insérer le contrôle dans un réseau de prise en charge sociale, et constitue un instrument de lutte contre la récidive par l'initiation d'un suivi, qui pourra être relayé après jugement. Le législateur marocain ne peut que s'inspirer de la législation française en la matière, et d'ajouter la vision socioéducatif au contrôle judiciaire appliqué au Maroc. Enfin, on n'a pas besoin de rappeler la parenté et la similitude existantes entre les codes de procédures pénales des deux pays².

B : Le placement sous surveillance électronique

Le placement sous surveillance électronique ou « bracelet électronique » est une mesure d'aménagement de peine permettant d'exécuter une peine d'emprisonnement sans être incarcéré. Il peut également être décidé dans le cadre d'une assignation à résidence, alternative à la détention provisoire, en attendant l'audience de jugement ou enfin dans le cadre d'une surveillance électronique de fin de peine³.

¹ Les magistrats s'accordent à regretter le manque d'effectivité et du contrôle entourant les mesures de contrôle judiciaire. Ainsi, Jacques Beaume rappelle qu'à Marseille la liberté surveillée prononcée à l'encontre d'un mineur est mise en œuvre « entre six et huit mois après la date de comparution. Il peut ainsi être jugé sans avoir jamais vu l'éducateur désigné pour sa liberté surveillée. Le délai de notification de l'ensemble des mesures alternatives se situe entre quatre et neuf mois ». Si les moyens alloués au milieu ouvert « étaient à la mesure de la demande de sécurité » et si les magistrats pouvaient être certains qu'un contrôle judiciaire ou une liberté surveillée sont « pris en charge dans la journée avec un contrôle réel », ils les utiliseraient davantage, affirme Jacques Beaume, procureur du TGI de Marseille, audition CNDH, 12 mai 2006, Commission nationale consultative des droits de l'homme Les prisons en France Volume 2, « Alternatives à la détention : du contrôle judiciaire à la détention » Étude réalisée par Sarah Dindo, p.37, année 2007.

² BENSEGHIR Mohammed Azzedine, « La protection de la liberté individuelle contre les abus des fonctionnaires publics », Mémoire pour le Diplôme d'Etudes supérieur de droit privé, année 1983, Université Hasan II, Casablanca

³ Selon les pays, le placement sous surveillance électronique peut être appliqué : au stade préparatoire du procès pénal, en tant que condition d'une libération sous caution en tant que condition d'un sursis à l'exécution d'une peine de prison ; en tant qu'unique sanction ou mesure pénale ; en association avec d'autres interventions de probation ; en tant que mesure préparatoire à la libération ; dans le cadre d'une

La surveillance électronique peut être définie de manière générale comme une technique qui permet à l'autorité de contrôler certaines catégories de personnes à l'aide de moyens électroniques. La surveillance électronique permet au poursuivi d'exercer **une activité professionnelle**, de suivre **un enseignement, une formation professionnelle**, un stage ou un emploi temporaire, de rechercher un emploi, de participer de manière essentielle à sa **vie de famille**, de **suivre un traitement médical** ou de s'investir dans tout autre **projet d'insertion ou de réinsertion** de nature à prévenir les risques de récidive.

En général, le placement sous surveillance électronique contribuera au développement des alternatives à la détention préventive visant à la réinsertion de la personne placée sous main de justice et partant de réduire le risque de récidive.

Au Maroc, Le Ministre de la Justice étudie la possibilité d'étendre à l'avenir la surveillance électronique comme alternative à la détention préventive. Le débat sur la surveillance électronique fait évidemment partie de questions de société plus larges puisqu'elles concernent l'arsenal répressif et, partant, la restriction de la liberté individuelle.

En outre, du travail d'intérêt général, comme peine de substitution à la détention préventive, pour des délits punis de moins de 5 ans d'emprisonnement. D'autres alternatives à l'incarcération feront leur entrée dans le code pénal. L'application du bracelet électronique est envisageable. Cette mesure permet au condamné portant ce bracelet de vivre sa vie d'une manière ordinaire sous surveillance électronique et contribuera certainement à alléger le surpeuplement des prisons. Ce surpeuplement coûte cher à l'Etat, mais il est aussi et surtout une source de gêne pour les pouvoirs publics puisque, dans une prison surpeuplée, la dignité d'un détenu est forcément bafouée¹.

libération conditionnelle ; en tant que mesure intensive d'orientation et de contrôle pour certains types d'auteurs d'infraction après leur sortie de prison. Dans certaines juridictions, la surveillance électronique est considérée comme une modalité d'exécution d'une peine de prison ; dans d'autres juridictions, elle est considérée comme une sanction ou une mesure non privative de liberté. Dans certaines juridictions, elle est gérée par les services pénitentiaires, les services de probation ou un autre organisme public compétent ; dans d'autres, elle est mise en œuvre par des entreprises privées dans le cadre d'un contrat de sous-traitance avec un organisme public. Dans certaines juridictions, le suspect ou l'auteur d'infraction porteur du dispositif contribue aux frais de fonctionnement ; dans d'autres, le coût de la surveillance électronique est exclusivement pris en charge par l'Etat. « *Champ d'application et définitions de la surveillance électronique* », par comité européen pour les problèmes criminels, conseil de coopération pénologique, Strasbourg 21 juin 2012, p.2.

¹ Des études montrent que, lorsqu'elle est organisée et mise en œuvre à bon escient et de façon proportionnée, la surveillance électronique peut avoir des effets positifs sur le maintien ou le retour des suspects et des auteurs d'infractions au sein de la société, contribuer à la prévention de la récidive, réduire le nombre de détenus et diminuer les coûts de surveillance et de prise en charge de ces derniers. « *Champ*

Ces mesures alternatives à la détention préventive permettraient à l'Etat marocain, d'une part de faire des économies considérables, et d'autre part, de contribuer à améliorer les conditions de vie en milieu carcéral.

De ce fait, pour enrichir la palette des mesures et sanctions pénales alternatives à la privation de liberté, le législateur marocain doit faire du placement sous surveillance électronique une mesure alternative. La surveillance électronique pour être appliquée comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté : en cas de condamnation d'un an ou moins, ou lorsqu'il reste à subir par le condamné un an ou moins le juge de l'application des peines peut décider que la peine s'exécutera sous le régime du PSE. Il peut également être décidé à titre probatoire de la libération conditionnelle pour une durée d'un an ou moins.

Or, l'usage des mesures alternatives à la détention ne pourra se développer au Maroc et avoir des effets sur le taux de détention que dans le cadre d'une politique pénale cohérente, stable et lisible. En ce sens, le Ministère de la Justice se doit d'élaborer et de diffuser chaque année des orientations de politique pénale, en tenant compte du principe selon lequel la privation de liberté devrait être considérée comme une mesure de dernier recours.

Aujourd'hui, tout le monde s'accorde sur l'absolue nécessité d'une réforme de la justice, et revendique une justice crédible, équitable, indépendante, forte et compétente, une justice accessible et performante. La mise en œuvre des alternatives à la détention préventive parmi les principales objectifs du dialogue de la réforme de la justice mené actuellement au Maroc.

A notre avis, Le bracelet électronique est désormais doit être inscrit au code de Procédure Pénale marocaine. Mesure Déjà utilisé à titre expérimental en France, il permet une sorte de placement sous résidence surveillée sans stigmatiser les détenus et assure le maintien de l'ordre public sans menacer les libertés individuelles.

d'application et définitions de la surveillance électronique », par comité européen pour les problèmes criminels, conseil de coopération pénologique, Strasbourg 21 juin 2012, p.2.

La nouvelle constitution marocaine et la problématique de la protection des deniers publics



EL HATTAB ABDELHAQ
Chercheur Acteur associatif

Introduction :

Si notre législateur se contentait de ne pas cerner la notion des fonds ou deniers publics en laissant cette affaire aux spécialistes en matière juridique et économique, il a préféré plutôt de la consacrer d'une manière claire dans des endroits différents dans son corps disparate dont la plus importante composante réside dans la nouvelle constitution marocaine promulguée en mois de juillet 2011.

En effet, malgré l'absence de la notion des deniers publics dans le texte constitutionnel, on peut déduire qu'elle entre dans le cadre de l'ensemble des dispositifs qui tendent bien sur à la responsabilisation des acteurs, quelque soit leur nature personne physique ou morale, dans l'exercice des fonctions.

D'abord, le préambule de la constitution stipule expressément que: "*Fidèle à son choix irréversible de construire un Etat de droit démocratique, le Royaume du Maroc poursuit résolument le processus de consolidation et de renforcement des institutions d'un Etat moderne, ayant pour fondements les principes de participation, de pluralisme et de bonne gouvernance*".

Ici, la gouvernance se présente comme un système qui englobe plusieurs mécanismes ayant pour objectif principal de réaliser la performance au sein des entités appartenant à l'Etat¹.

¹ "D'abord, il faudrait envisager cette permanence dans le sens de l'institution elle même, et aussi, dans la vie de l'institution, dans les fictivités de l'institution. On peut parfaitement créer l'institution et la mettre en veilleuse. Il ne faudrait, surtout pas tomber dans cet aléa.

En second lieu, comme il s'agit d'une institution versée vers le futur, cette permanence doit être une permanence vivante, une permanence dynamique. C'est-à-dire, une permanence évolutive, une permanence d'innovation permanente. Il faudrait que l'institution soit elle même, une espèce de moteur générateur d'innovations.

C'est la raison pour laquelle notre pays la considère parmi les solutions efficaces et protectrices des fonds ou deniers publics.

Ensuite, l'alinéa 1 de l'article 1^{er} ajoute que: "*Le Maroc est une monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale.*

Le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et participative, et les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes".

Enfin, le chapitre 12 a été totalement dédié la problématique de la gouvernance en relation avec la protection des fonds ou deniers publics.

Suivant ce fil conducteur, notre réflexion sera axée autour de deux points:

I- L'implication des organes extra judiciaires dans la protection des deniers publics

II- L'implication des organes judiciaires dans la protection des deniers publics

I- L'implication des organes extra judiciaires dans la protection des deniers publics

Avant d'aborder le rôle que jouent les multiples organes gouvernementaux dans la préservation des deniers publics (B), il serait utile de déterminer les attributions dévolues au pouvoir exécutif dans ce sens (A).

A-Le domaine d'intervention directe du pouvoir exécutif dans la protection des deniers publics

Le pouvoir exécutif contribue énormément dans la protection des deniers publics par le biais d'un double contrôle qui se passe au niveau du gouvernement.

1- Au niveau du Chef du Gouvernement

Les missions du Chef de Gouvernement ont été détaillées en particulier dans les articles de 89 à 92 de la constitution. Il est chargé notamment de veiller à respecter l'esprit des lois régissant la vie socio économique quotidienne que vit le citoyen.

Pour cela, le législateur lui a conféré de larges attributions dans le but d'assurer, en tant que président, un service public de proximité fiable et continu en ce qui concerne par exemple la Caisse de Compensation¹, les Caisses de la Retraite ou bien encore la Caisse Nationale de la Sécurité Sociale¹...etc.

C'est-à-dire, qu'elle se pose des questions. C'est-à-dire, qu'elle semait, elle même, en question. C'est peut être là, la condition qu'elle soit une véritable pièce maîtresse d'une administration toujours neuve".

Extrait de l'intervention DE MONSIEUR **MACHICHI EL ALAMI** lors du DINER-DEBAT ORGANISE PAR LES Inspections Générales des Ministères LE 24 MARS 2000 sur le thème «LES PERSPECTIVES DE L'INSTITUTION DES INSPECTIONS GENERALES DES MINISTERES» consultable en ligne sur le site www.google.com

¹ La Caisse de la Compensation qui était créée principalement pour subventionner une certaine catégorie de denrées alimentaires (sucre, blé) et produits de consommation (gaz, carburants) garder le pouvoir d'achat de

En plus, et en vertu de l'article 89 de la constitution², le chef du Gouvernement se voit accordé un rôle exclusif dans la protection des fonds publics, et ce, a travers la mise de contrôle sur les entreprises de l'Etat en exigeant le respect strict des règles de gouvernance³ citées dans le chapitre 12 de la constitution.

Mais la question qui se pose à ce titre, est de savoir l'étendue de l'indépendance de l'ensemble des entités économiques financièrement et/ou administrativement vis-à-vis du pouvoir exécutif.

2- Au niveau des départements ministériels

En vue d'intégrer les principes de bonne gouvernance qui conduisent à une parfaite performance au niveau des entités étatiques quelque soit leur taille, il a été envisagé de créer ou installer des instances structurelles au sein des départements ministériels connues sous le nom Inspections Générales des Ministères IGM dont la plus importante reste certainement celle qui se trouve placée sous l'autorité du Ministère des Finances⁴.

Cette dernière exerce selon la loi du 14 avril 1960 qui la régit, le rôle du gendarme qui intervient en matière de contrôle et d'audit des finances publiques.

En d'autres termes, on peut schématiser les prérogatives du processus de l'inspection des finances publiques de la façon suivante:

En premier lieu, les personnes qui ont la qualité d'inspecteur, procèdent à vérifier les opérations effectuées par

- les services de caisse et de comptabilité, deniers et matières,
- les comptables publics,
- les agents et fonctionnaires de l'Etat, des collectivités locales, des établissements et entreprises publics et de tout organisme public ;

En deuxième lieu, ils approfondissent leur Contrôle précis relatif à la régularité, la sincérité des opérations enregistrées dans les comptes gérés par les comptables publics, ordonnateurs, contrôleurs et tout administrateur en réalisant une comparaison appréciative entre le degré de la réalisation des objectifs assignés, les moyens utilisés, les coûts des biens et services produits et les performances économiques et financières ainsi que la qualité de la gestion des

la population surtout la classe moyenne et la population pauvre est soumise sous la tutelle du Ministère délégué chargé des Affaires Economiques et Générales et de la Gouvernance www.affaires-generales.gov.ma.

¹ www.cnss.ma

² L'article 89 de la constitution dispose que: "Le gouvernement exerce le pouvoir exécutif. Sous l'autorité du Chef du Gouvernement, le gouvernement met en œuvre son programme gouvernemental, assure l'exécution des lois, dispose de l'administration et supervise les établissements et entreprises publics et en assure la tutelle".

³ Voir sur cette question, **Youssef ZAOUJAL** la gouvernance des entreprises dans le droit marocain et comparé, Revue de Droit, numéro 14, janvier/mai 2013, page 201 et suivants.

⁴ <http://www.finances.gov.ma/>

.....sociétés concessionnaires ou gérantes d'un service public de l'Etat ou d'une collectivité publique ; la gestion des sociétés, syndicats, associations ou entreprises de toute nature et d'une façon générale les personnes morales qui reçoivent des fonds de l'Etat.

En dernier lieu, ils sont tenus de dresser un rapport d'audit exhaustif et évaluatif dans lequel est introduite une opinion sur les comptes des projets financés par les Gouvernements étrangers ou par des organismes financiers internationaux ou régionaux dans le cadre de la coopération bilatérale ou multilatérale.

B-Le domaine d'intervention indirect des organes non gouvernementaux dans la protection des deniers publics

Deux organes non gouvernementaux peuvent être cités comme modèles exemplaires dans la protection des deniers publics: l'Instance nationale de probité, de prévention et de lutte contre la corruption et la société civile.

1- l'Instance nationale de probité, de prévention et de lutte contre la corruption

Prochainement, il sera procédé a la création d'une structure dotée d'une personnalité juridique et une indépendance aussi bien sur l'échelle administrative que financière d'après les propos de l'article 167 de la constitution: *«L'Instance nationale de probité et de lutte contre la corruption, créée en vertu de l'article 36, a pour mission notamment de coordonner, de superviser et d'assurer le suivi de la mise en œuvre des politiques de prévention et de lutte contre la corruption, de recueillir et de diffuser les informations dans ce domaine, de contribuer à la moralisation de la vie publique et de consolider les principes de bonne gouvernance, la culture du service public et les valeurs de citoyenneté responsable».*

En outre, un autre texte en l'occurrence l'article 36 nous renvoie nettement aux actes incriminés par l'instance en énonçant que : *«Les infractions relatives aux conflits d'intérêts, aux délits d'initié et toutes infractions d'ordre financier sont sanctionnées par la loi. Les pouvoirs publics sont tenus de prévenir et réprimer, conformément à la loi, toutes formes de délinquance liées à l'activité des administrations et des organismes publics, à l'usage des fonds dont ils disposent, à la passation et à la gestion des marchés publics. Le trafic d'influence et de privilèges, l'abus de position dominante et de monopole, et toutes les autres pratiques contraires aux principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques sont sanctionnés par la loi. Il est créé une Instance nationale de probité et de lutte contre la corruption».*

En attendant l'installation de cette structure, on se réfère aujourd'hui aux diverses dispositions qui ont été prévues dans le Code Pénal¹.

En tous cas, la constitutionnalisation de l'instance, n'est qu'un couronnement des efforts fournis par le royaume du Maroc dans le cadre de la lutte contre le fléau de corruption² qui demeure un facteur de menace et de manipulation ou l'utilisation des deniers publics pour des intérêts privés.

2- La société civile

Nul ne peut douter de l'importance primordiale que donne la constitution a la question de la contribution de grande valeur apportée par les composantes de la société civile, vu leur rôle joué dans les campagnes de sensibilisation, ou les actions de l'éducation et la moralisation de la vie³.

D'une part, les associations a but non lucratif ont de plein droit la possibilité de participer a la gestion de la chose publique tel qu'elle est exprimée dans l'article 12 de la constitution: "*Les associations de la société civile et les organisations non gouvernementales se constituent et exercent leurs activités en toute liberté, dans le respect de la Constitution et de la loi.*

Elles ne peuvent être dissoutes ou suspendues, par les pouvoirs publics, qu'en vertu d'une décision de justice.

Les associations intéressées à la chose publique et les organisations non gouvernementales, contribuent, dans le cadre de la démocratie participative, à l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation des décisions et des projets des institutions élues et des pouvoirs publics. Ces institutions et pouvoirs doivent organiser cette contribution conformément aux conditions et modalités fixées par la loi.

L'organisation et le fonctionnement des associations et des organisations non gouvernementales doivent être conformes aux principes démocratiques".

Encore, l'article 13 du texte constitutionnel parle de la nécessité d'instaurer des instances qui comprennent bien évidemment les associations œuvrant dans le domaine de la défense de l'intérêt général et les droits fondamentaux de la citoyenneté: "*Les pouvoirs publics œuvrent à la création d'instances de concertation, en vue d'associer les différents acteurs sociaux à l'élaboration, la mise en œuvre, l'exécution et l'évaluation des politiques publiques".*

¹ Un projet de loi sous le numéro 12.113, publié sur le site du Secrétariat général du gouvernement (SGG) depuis le mois d'octobre 2012 ferait l'objet de la procédure d'adoption peut être dans l'année en cours selon des sources parlementaires officielles.

² **Abdelhaq EL HATTAB** les engagements du Maroc dans le cadre de la lutte contre la corruption, article publié le 24 septembre 2012 sur le site www.marocdroit.com

³ **Abdelhaq EL HATTAB** la morale dans le système juridique marocain, Revue de Doctrine et de Droit, numéro 2, décembre 2012, page 191 et suivants.

En l'absence de ce cadre pluridimensionnel basé sur l'approche participative, les mesures prises par la société civile au Maroc¹ restent marginalisées même si beaucoup d'actions ont été appuyées par les moyens de mass medias pour fournir au citoyen toutes les informations recherchées quant aux secteurs vivants de sa région ou localité, car selon l'article 27 de la constitution dicte que: "*Les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis de mission de service public.*"

Le droit à l'information ne peut être limité que par la loi, dans le but d'assurer la protection de tout ce qui concerne la défense nationale, la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat, et la vie privée des personnes, de prévenir l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux énoncés dans la présente Constitution, et de protéger les sources des informations et les domaines déterminés avec précision par la loi".

II- L'implication des organes judiciaires dans la protection des deniers publics

A- Les juridictions financières

La Cour des comptes est une juridiction administrative qui est encadrée non seulement par des dispositions constitutionnelles mais aussi par des mesures prévues dans le Code des juridictions financières promulgué en mois de juin 2002².

Revenant à ces deux textes fondamentaux qui régissent les missions des cours des comptes au Maroc, on remarque qu'il y a une ressemblance quasi-parfaite entre eux.

Certes, ils distinguent entre quatre rôles:

- veiller à la régularité des comptes établis par les comptables publics dans les différents services de l'État³. Il s'agit d'un contrôle éminemment technique qui vérifie que les règles

¹ Telle que l'Instance Nationale de protection des Biens Publics au Maroc fondée en 2006 qui a pour but principal la protection de bien commun ou intérêt commun à tous. Elle propose pour ce faire, de contrecarrer les réels et potentiels corrompus quelle que soit leur situation sociale; de caractériser ceux qui relèvent d'une approche régionale et nationale et analyser les conditions institutionnelles existantes, utiles et souhaitables, pour en améliorer l'utilité; explorer tout l'éventail des options en matière de financement; établir des recommandations, des orientations et d'organisations multilatérales, d'entreprises et d'acteurs des sociétés civiles.

En plus, elle œuvre dans l'objectif de préserver les richesses nationales, l'économie, et le patrimoine du Maroc de toute forme de détournement, concussion ou accaparements illégaux et pour que le Maroc apporte son approbation à toutes les chartes et conventions internationales afférentes aux droits économiques, sociaux et culturels, et intègre leurs dispositions dans le droit marocain. Elle milite pour que les crimes économiques soient assimilés aux dépravations dangereuses qui entravent le développement humain, celui-ci faisant partie des droits fondamentaux de l'Homme.

Pour plus de détails, voir <http://argentpublic.canalblog.com/>

² La constitution en fait allusion dans les termes de l'article 150 : "*Les attributions, les règles d'organisation et les modalités de fonctionnement de la Cour des Comptes et des cours régionales des comptes sont fixées par la loi*".

³ L'article 147 de la constitution dicte que: "La Cour des Comptes est l'institution supérieure de contrôle des finances publiques du Royaume. Son indépendance est garantie par la Constitution.

La Cour des Comptes a pour mission la consolidation et la protection des principes et valeurs de bonne gouvernance, de transparence et de reddition de comptes de l'Etat et des organismes publics.

spécifiques s'imposant aux comptables publics sont bien respectées. Les comptes des comptables des collectivités territoriales et de leurs établissements publics¹ sont soumis au contrôle des Chambres régionales des comptes². La Cour des comptes est, dans ce cas, juge d'appel.

- assurer le contrôle le bonne utilisation et la bonne gestion des fonds publics, y compris dans les organismes non dotés de comptables publics annuellement, en procédant à des investigations au cours desquelles les juges ont le pouvoir d'effectuer des enquêtes sur pièces et sur place.

À l'issue de ces « enquêtes », la Cour des comptes établit un rapport, destiné au ministre concerné, qui pointe les éventuelles défaillances ou gaspillages constatés dans un service. Cette activité se concrétise aussi par la publication du rapport annuel de la Cour des comptes. Celui-ci est de plus en plus médiatisé, dans la mesure où il n'hésite pas à fustiger le mauvais emploi des deniers publics. Les conclusions de la Cour des comptes sur les dysfonctionnements administratifs dans l'utilisation de l'argent public doivent en principe donner lieu, de la part des pouvoirs publics, à des corrections.

La Cour des Comptes est chargée d'assurer le contrôle supérieur de l'exécution des lois de finances. Elle s'assure de la régularité des opérations de recettes et de dépenses des organismes soumis à son contrôle en vertu de la loi et en apprécie la gestion. Elle sanctionne, le cas échéant, les manquements aux règles qui régissent lesdites opérations.

La Cour des Comptes contrôle et assure le suivi des déclarations du patrimoine, audite les comptes des partis politiques et vérifie la régularité des dépenses des opérations électorales".

¹ Par exemple Le Fonds d'Équipement Communal (www.fec.org.ma) qui a été créé 1959 en tant que banque dotée d'une mission d'utilité collective, financière spécialisée dans le financement des Collectivités territoriales chargée des plusieurs rôles notamment la mise à niveau urbaine, la mobilité urbaine, le désenclavement rural...a subi depuis l'installation de la Cour des Comptes en 1979 un contrôle rigoureux.

² L'article 149 de la constitution stipule que: " Les Cours régionales des comptes sont chargées d'assurer le contrôle des comptes et de la gestion des régions et des autres collectivités territoriales et de leurs groupements. Elles sanctionnent, le cas échéant, les manquements aux règles qui régissent lesdites opérations".

Dans l'avenir, ces cours vont voir leurs attributions élargies suite à l'application d'un nouveau système de régionalisation avancée comme prévue dans l'article 146 : "Une loi organique fixe notamment:

- les conditions de gestion démocratique de leurs affaires par les régions et les autres collectivités territoriales, le nombre des membres de leurs conseils, les règles relatives à l'éligibilité, aux incompatibilités et aux cas d'interdiction du cumul de mandats, ainsi que le régime électoral et les dispositions visant à assurer une meilleure représentation des femmes au sein de ces conseils;

- les conditions d'exécution, par les présidents des conseils des régions et les présidents des conseils des autres collectivités territoriales, des délibérations et des décisions desdits conseils, conformément aux dispositions de l'article 138;

- les conditions d'exercice par les citoyennes et les citoyens et les associations du droit de pétition prévu à l'article 139;

- les compétences propres, les compétences partagées avec l'Etat et celles qui sont transférées aux régions et aux autres collectivités territoriales, prévues à l'article 140;

- le régime financier des régions et des autres collectivités territoriales;

- l'origine des ressources financières des régions et des autres collectivités territoriales prévues à l'article 141;

- les ressources et les modalités de fonctionnement du Fonds de mise à niveau sociale et du Fonds de solidarité interrégionale prévus à l'article 142;

- les conditions et les modalités de constitution des groupements visés à l'article 144;

- les dispositions favorisant le développement de l'intercommunalité, ainsi que les mécanismes destinés à assurer l'adaptation de l'organisation territoriale dans ce sens;

- les règles de gouvernance relatives au bon fonctionnement de la libre administration, au contrôle de la gestion des fonds et programmes, à l'évaluation des actions et à la reddition des comptes".

-Vérifier la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes de l'État à travers le mécanisme de la certification.

-l'assistance donnée au Parlement et au gouvernement pour vérifier la bonne exécution des lois de finances de l'État. Elle établit chaque année un rapport sur l'exécution des lois transmis en premier lieu au Roi avant de l'envoyer aux autres pouvoirs¹.

B- Les tribunaux administratifs

Les tribunaux administratifs jouent un rôle indéniable dans la protection des deniers publics en raison de leur compétence fixée par l'article 8 de la loi 41-90 qui stipule qu'ils sont chargés de juger, en premier ressort, les recours en annulation "pour excès de pouvoir" formé contre les décisions des autorités administratives, les litiges relatifs aux contrats administratifs et les actions en réparation des dommages causés par les actes ou les activités des personnes publiques, sauf en matière d'accidents de la circulation (qui restent de la compétence des tribunaux ordinaires).

Ils sont également compétents pour les litiges nés à l'occasion:

- de l'application de la législation et de la réglementation des pensions et du capital-décès des agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics et du personnel de l'administration de la Chambre des Représentants;
- de l'application de la législation et de la réglementation en matière électorale et fiscale;
- de l'exercice du droit d'expropriation pour cause d'utilité publique;
- des actions contentieuses relatives au recouvrement des créances du Trésor;

Toutefois, la mission fondamentale des juridictions financières et administratives ne peut être accomplie de façon objective et efficace que si elles jouissent d'une indépendance totale par rapport aux services contrôlés, car il est indispensable de les protéger contre les influences de l'extérieur, ainsi qu'une autonomie très sérieuse et large de la cour par rapport à l'exécutif, tout cela est nécessaire pour garantir son honneur, son prestige et sa crédibilité. Il faut qu'il y ait une autonomie organique, fonctionnelle et financière dans son sens large.

¹ L'article 148 de la constitution rappelle que: "La Cour des Comptes assiste le Parlement dans les domaines de contrôle des finances publiques. Elle répond aux questions et consultations en rapport avec les fonctions de législation, de contrôle et d'évaluation, exercées par le Parlement et relatives aux finances publiques.

La Cour des Comptes apporte son assistance aux instances judiciaires.

La Cour des Comptes assiste le gouvernement dans les domaines relevant de sa compétence en vertu de la loi.

Elle publie l'ensemble de ses travaux y compris les rapports particuliers et les décisions juridictionnelles.

Elle soumet au Roi un rapport annuel sur l'ensemble de ses activités, qu'elle transmet également au Chef du Gouvernement et aux Présidents des deux Chambres du Parlement.

Ce rapport est publié au «Bulletin officiel» du Royaume.

Un exposé des activités de la Cour est présenté par son Premier président devant le Parlement. Il est suivi d'un débat".

En général, beaucoup de défis doivent être relevés dans l'avenir surtout l'éradication des carences et faiblesses liées au système judiciaire en œuvrant à élargir le champ de l'indépendance, de la compétence, de l'efficacité et de la performance des juges.

Un autre problème s'ajoute à cela, l'inexécution des décisions ou jugements dans la réalité ce qui entrave la mise en œuvre du système juridictionnel protecteur des deniers publics.

Un auteur marocain¹ pose le problème en disant: " *On partira de l'idée que c'est un problème qui n'est pas spécifique à un pays ou à un autre ; preuve en est que partout ou presque on cherche à le résoudre ; mais on admettra qu'ici et là il sévit dans des proportions différentes. Au Maroc, il existe depuis fort longtemps ; et déjà vers les années soixante, la Cour suprême avait considéré que la méconnaissance par l'administration des jugements passés en force de chose jugée constituait une violation des lois fondamentales d'organisation et de procédure judiciaire. Néanmoins, le problème a réapparu avec plus d'acuité avec les tribunaux administratifs dont certains se sont courageusement insurgés contre l'indifférence de l'administration aux décisions de justice et c'est de cette attitude qui n'a pas emporté l'adhésion de la Cour suprême que l'on se propose de faire état*".

Conclusion

En un mot, pour faire réussir le gigantesque chantier ouvert par la nouvelle constitution marocaine dans le cadre de la protection des fonds publics, on ne doit pas oublier ou négliger l'apport des autres institutions instaurées par la loi suprême de la nation même si leur intervention n'est que relative ou indirecte telles que:

- le Conseil de la concurrence indiqué dans l'article 166: "*Le Conseil de la concurrence est une institution indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole*".

- le Conseil Economique, Social et Environnemental cité par l'article 152: "*Le Conseil économique, social et environnemental peut être consulté par le gouvernement, par la Chambre des Représentants et par la Chambre des Conseillers sur toutes les questions à caractère économique, social ou environnemental*".

Il donne son avis sur les orientations générales de l'économie nationale et du développement durable".

¹**Mohammed Amine BENABDALLAH** Le contentieux administratif marocain Dix années d'évolution Communication présentée au colloque « L'évolution contrastée du contentieux administratif » organisé à Tunis, les 5 et 6 mars 2004. REMALD n° 54 -55 2004, p. 7 et suivants.

Le droit à l'image et la liberté d'expression dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme



YAAGOUBEI HASSAN

*Doctorant en Sciences Juridiques et Politiques
Faculté de droit, Université Mohammed Premier
Oujda, Maroc*

Résumé

Statuant sur des affaires afférentes à des publications litigieuses des images de certaines personnes physiques, la Cour européenne des droits de l'Homme a en particulier consacré un droit à l'image, en tant que composante du droit au respect de la vie privée; tout en élaborant certains critères destinés à préciser ses frontières avec le droit à la liberté d'expression, en cas de conflit. La jurisprudence de la Cour sur cette question, ne faisant pas nécessairement consensus au niveau européen, se révèle d'un intérêt particulier.

Introduction

Au cours de l'année 2012, deux membres de la famille royale britannique créèrent deux véritables « buzz » médiatiques, malgré eux. Le premier, suite à la publication, par le tabloïd britannique « *The Sun* », le vendredi 24 août 2012, des photos du prince Harry's'ébattant nu avec des amis dans une chambre d'hôtel de Las Vegas. Le second, à l'occasion de la publication, le vendredi 14 septembre 2012, par le magazine people français « *Closer* », des photos de Kate Middleton, seins nus, en compagnie de son époux, le prince William.

Semblables, en fait, ces deux affaires ont eu pourtant des issues différentes. En Grande Bretagne, bien que la publication des photos du prince Harry ait suscité une vive controverse, en particulier après la demande adressée par la

..... famille royale à la presse de s'abstenir de publier lesdites photos et de respecter la vie privée du jeune prince¹, l'affaire a néanmoins bénéficié d'une certaine tolérance, au nom de la liberté de la presse, ne faisant l'objet d'aucune poursuite en justice. En France, au contraire, la société éditrice du magazine « Closer » fut condamnée par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre qui lui fit interdiction, sur la base du respect de l'intimité de la vie privée et du droit à l'image, de « céder ou diffuser par tout moyen, sur tout support, auprès de quiconque et de quelque manière que ce soit, notamment sur des tablettes numériques, les photographies litigieuses », comme il lui fit injonction de « remettre aux demandeurs l'intégralité des supports numériques en leur possession contenant lesdites photographies. »².

Au-delà des « buzz » médiatiques qu'elles ont provoqués, ces deux histoires ont remis au-devant de la scène une délicate question d'ordre juridique, celle des frontières entre le droit au respect de la vie privée, y compris le droit de disposer de sa propre image, et celui à la liberté d'expression. Comme l'illustre ces deux affaires, on est loin d'avoir des standards européens uniformes en la matière. Ce constat a été d'ailleurs souligné, à maintes reprises, par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH ci-après). À cet effet, il est généralement admis, à titre d'exemple, que le respect de la vie privée, y compris le droit à l'image, jouit d'une protection « excessive » face à la liberté d'expression en France, tandis qu'en Royaume-Unis, la liberté d'expression bénéficie souvent d'un poids décisif. La pratique oscille, dans les autres États européens, entre ces deux extrêmes. Ainsi, en l'absence de standards européens uniformes sur cette question, la jurisprudence de la CEDH y afférente, se révèle intéressante à bien des égards.

À cet effet, la Cour de Strasbourg en particulier consacré un droit à l'image au travers le prisme du droit à la protection de la vie privée et familiale protégé par l'article 8³ de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention) (I). Or, de par sa nature, ce droit se trouve souvent confronté au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10⁴ de la Convention. La Cour s'est ainsi investie à élaborer de nombreux tests et critères destinés à préciser les frontières entre ces deux droits. Sa jurisprudence *Von Hannover c. Allemagne* demeure la plus pertinente à cet égard (II).

¹ Voir, entre autres, **Le Monde**, « *The Sun* » publie les photos du prince Harry nu, 24 août 2012, disponible en ligne: http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2012/08/24/the-sun-impose-sa-marque-en-publiant-les-photos-du-prince-harry-nu_1750882_3236.html; **Reuters France**, *Le journal The Sun publie des photos du prince Harry nu*, 24 août 2012, disponible en ligne: <http://fr.reuters.com/article/topNews/idFRPAE87N01H20120824?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>

² **Tribunal de Grande Instance de Nanterre**, Jugement de référé, N°R.G. : 12/02127, 18 septembre 2012, disponible en ligne: <http://www.legipresse.com/eneews/plusInfosFile/14.pdf>

³ L'article 8 de la Convention est ainsi rédigé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.».

⁴ L'article 10 de la Convention dispose:

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

I. Le droit à l'image: une construction prétorienne

Le droit à l'image n'est pas inscrit, en tant que tel, parmi les droits énumérés et protégés par la Convention, et il n'a pas été ajouté aux protocoles. Ainsi, en l'absence d'une consécration formelle d'un droit autonome à l'image, la Cour l'a consacré, en tant que composante de la vie privée, à travers une interprétation dynamique et extensive des dispositions de l'article 8 garantissant le droit à la vie privée et familiale. À cet effet, la notion de «vie privée» est, selon la Cour, une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne¹. Cette notion inclut également le droit à l'identité² et celui de l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement de la personnalité ou sous l'aspect de l'autonomie individuelle, notion qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8³.

Dans cette nomenclature des éléments constitutifs de la notion de « vie privée », l'image de l'individu a trouvé une place en tant que l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle dégage son originalité et lui permet de se différencier de ses congénères. Par conséquent, elle confère à son titulaire un droit à la protection de son image qui constitue d'ailleurs, selon la Cour, l'un des composants essentiels de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise de celle-ci par l'individu. À cet égard, la maîtrise de son image implique, dans la plupart des cas, la possibilité, pour l'individu, de refuser la diffusion de son image, comme elle comprend le droit de chacun de s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui⁴. Par ailleurs, en tant que composante du droit au respect de la vie privée, la protection de sa propre image bénéficie des garanties offertes par l'article 8 qui sont principalement destinées à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables⁵. Cette interdiction d'ingérences extérieures implique, pour l'État, une double catégorie d'obligations. Une obligation négative et des obligations positives. Ainsi, l'État est tenu, au titre de son obligation négative, de s'abstenir de toute ingérence pouvant entraver, directement ou indirectement, l'exercice du droit en question. À cet engagement négatif, peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

¹ CEDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 juillet 2002, § 61.

² CEDH, arrêt *Wisse c. France*, 20 décembre 2005, § 24.

³ CEDH, Grande Chambre, arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, § 71.

⁴ CEDH, arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce*, 15 janvier 2009, § 40.

⁵ Voir, entre autres, CEDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne (N°1)*, 24 juin 2004, § 50.

.....
 dans les relations des individus entre eux, sans perdre de vue qu'il existe une zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée »¹.

C'est en se basant sur ces considérations que la Cour, a toujours examiné, en vue de délimiter la portée de la protection accordée par l'article 8, en cas de prise ou de diffusion de photos, si celles-ci se rapportaient à un domaine privé ou à des incidents publics, et si les éléments ainsi obtenus étaient destinés à un usage limité, ou susceptibles d'être rendus accessibles au public en général². Peuvent également entrer en ligne de compte, selon la Cour, en ce sens, les circonstances de la prise des photos, la notoriété de la personne concernée et son comportement antérieur ainsi que le contenu, la forme et les répercussions de la publication³.

Ce faisant, la Cour a opéré une nette distinction entre le degré de protection accordé, au titre du droit à l'image, aux personnes privées et celui accordé aux personnes agissant dans un contexte public, en tant que personnalités politiques ou personnes publiques. Ainsi, si les personnes privées jouissent d'une protection renforcée de leur droit à l'image: la prise, la diffusion et l'utilisation de leurs images étant strictement subordonnées à leur consentement express⁴; il n'en est pas de même pour les personnes agissant dans un contexte public, et dont la publication d'images relève, en toute évidence, de la liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la Convention. Pour autant, même les personnes publiques doivent pouvoir bénéficier, d'après la Cour, d'une « espérance légitime » de protection et de respect de leur vie privée⁵. Et c'est à ce niveau où se situe la zone de confrontation entre le droit à l'image et la liberté d'expression, en raison notamment de la difficulté à déterminer, avec précision, les frontières entre les deux sphères. Une difficulté que la Cour a essayé de démêler en développant des principes et des critères destinés à bien régir la relation conflictuelle entre le droit à l'image -composante du droit au respect de la vie privée- et la liberté d'expression, notamment dans ses fameux arrêts *Von Hannover c. Allemagne*.

II. Le droit à l'image confronté à la liberté d'expression: apport des arrêts *Von Hannover c. Allemagne*

La recherche d'un juste équilibre entre les exigences de la protection et du respect de la vie privée et les impératifs de sauvegarde de la liberté d'expression demeure la finalité qui sous-tend la jurisprudence de la Cour se rapportant à la relation contentieuse entre le droit à l'image et la liberté d'expression. À cet effet, la Cour n'a cessé de rappeler que ces deux droits, qui peuvent apparaître en conflit dans certaines affaires, sont à valeur égale, non

¹ *Ibid.*, §§ 50-57.

² *Ibid.*, § 52.

³ CEDH, Grande Chambre, *Von Hannover c. Allemagne* (N° 2), 7 février 2012, §§ 108-113.

⁴ *Ibid.*, § 110.

⁵ CEDH, *Von Hannover c. Allemagne* (N° 1), précité, § 69.

susceptible d'une quelconque hiérarchisation, comme l'a d'ailleurs souligné l'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe dans sa résolution 1165¹ sur le droit au respect de la vie privée. Par conséquent, la Cour a considéré que, dans des affaires nécessitant une mise en balance du droit au respect de la vie privée, y compris le droit à l'image, et du droit à la liberté d'expression, l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle sous l'angle de l'article 8 ou sous l'angle de l'article 10 de la Convention, du fait que ces deux droits méritent à priori un égal respect².

Ce cas de figure est parfaitement illustré par la décision de la Grande Chambre de la Cour de disjoindre deux requêtes contre l'Allemagne, *Von Hannover c. Allemagne (N° 2)* et *Axel Springer Ag c. Allemagne*³, toutes les deux portant sur le droit à l'image confronté à la liberté d'expression, et portées devant la Cour respectivement sous l'angle de l'article 8 et de l'article 10 de la Convention. L'État défendeur s'est retrouvé, à cet effet, dans une situation à la fois unique et embarrassante, dans la mesure où il a été avancé par les requérants que le défendeur accorde une protection excessive au droit à l'image au détriment de la liberté de la presse et vice-versa.

La mise en balance, par la Cour, de la protection de la vie privée avec la liberté d'expression, dans les affaires relatives au droit à l'image, passe à travers l'application de certains principes et critères développés par la Cour, au fil de ses arrêts, en particulier dans les deux arrêts *Von Hannover c. Allemagne*⁴. Ces deux arrêts, concernant les mêmes requérants, mais portant sur deux affaires distinctes, avec des similitudes circonstancielles, revêtent un intérêt particulier. D'une part, ils permettent de relater comment la Cour a affiné sa jurisprudence sur une question épineuse, et d'autre part, comment un arrêt de la Cour a visiblement contribué au changement de la pratique des tribunaux nationaux d'un État défendeur, l'Allemagne en l'occurrence.

En effet, la première affaire *Von Hannover c. Allemagne (N° 1)* opposait la princesse Caroline von Hannover de Monaco à l'État allemand, du fait de la publication de photos sur sa vie privée, paraissant dans la presse à sensation allemande. La requérante alléguait que les décisions des juridictions allemandes, refusant de sanctionner la publication des dites photos, avaient porté atteinte à son droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale, garanti à l'article 8 de la Convention. Dans cet arrêt, tout en rappelant le rôle essentiel joué, dans une société démocratique, par la presse qui lui incombe de communiquer, dans le respect de ses devoirs et responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général; la Cour a également

¹L'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe a réaffirmé dans sa résolution 1165 (1998) relative au droit au respect de la vie privée l'importance du droit au respect de la vie privée de toute personne, et du droit à la liberté d'expression, tout en soulignant que ces droits ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur (point 11 de la résolution). La résolution est disponible en ligne sur: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta98/FRES1165.htm>

²CEDH, *Von Hannover c. Allemagne (N° 2)*, 7 février 2012, § 106.

³CEDH., Grande Chambre., arrêt *Axel Springer Ag c. Allemagne*, 7 février 2012.

⁴La Cour a rendu deux arrêts «*Von Hannover c. Allemagne*», le premier par la troisième section de la Cour, le 24 juin 2004 et le second par la Grande Chambre, le 7 février 2012. À l'origine de ces deux affaires, se trouvaient de nombreux litiges opposant Caroline von Hannover, princesse de Monaco, à la presse à sensation allemande à propos de l'utilisation de plusieurs photos la représentant dans diverses scènes de la vie quotidienne. Les images litigieuses montraient par exemple l'intéressée dînant avec un acteur dans un restaurant couru, faisant son marché, en compagnie de ses enfants ou se promenant avec son mari, le prince Ernst August von Hannover, pendant leurs vacances de ski.

souligné que la liberté d'expression, qui s'étend à la publication de photos, ne doit pas franchir certaines limites, s'agissant notamment de la protection de la réputation et des droits d'autrui¹.

Ainsi, la Cour a relevé deux principes déterminants devant être pris en considération lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression. Il s'agit, en premier lieu, de la contribution que les photos publiées apportent au débat d'intérêt général². En second lieu, toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une « espérance légitime » de protection et de respect de sa vie privée³.

En appliquant ces deux principaux critères, au cas d'espace, la Cour a contredit la position des juridictions allemandes. Elle a, en effet, rejeté les critères retenus, en l'espèce, par ces juridictions, notamment la qualification de la requérante de personnalité « absolue » de l'histoire contemporaine impliquant une protection très limitée de sa vie privée et de son droit à l'image. La Cour a souligné, à cet égard, que la distinction opérée entre personnalités « absolues » et personnalités « relatives » de l'histoire contemporaine manque de clarté et d'évidence et donne des indications peu précises quant au comportement à adopter⁴. D'autre part, la Cour a été d'avis que le critère de l'isolement spatial, défini par la Cour fédérale de justice et la Cour constitutionnelle fédérale, requis pour qu'une personne puisse se prévaloir d'une protection de sa vie privée, bien qu'il puisse paraître clair en théorie, apparaît en pratique trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée⁵. Il s'en est suivi que, contrairement à la position des juridictions internes en Allemagne qui se sont penchées en faveur de la liberté de la presse, même s'il s'agit de la presse de divertissement; la Cour a accordé, dans son analyse, un poids décisif à la protection du droit à l'image en sanctionnant la violation de l'article 8 de la Convention.

Se prévalant de l'arrêt de 2004, la requérante et son mari Ernst August von Hannover engagèrent plusieurs nouvelles procédures devant les juridictions allemandes en vue de faire interdire toute nouvelle publication des photos les montrant, parues dans des magazines allemands. Après l'épuisement des voies de recours internes, l'affaire a été portée devant la Cour par deux requêtes distinctes dirigée contre l'Allemagne par la princesse Caroline et le prince Ernst August von Hannover qui ont respectivement saisi la Cour le 22 août et le 15 décembre 2008. Les requérants voyaient dans le refus des tribunaux allemands d'interdire toute nouvelle publication de photos les montrant une violation de leur droit au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. Initialement attribuées à la cinquième section de la Cour, les deux requêtes furent jointes à la requête *Axel Springer Ag c. Allemagne*, comme cela a été précédemment souligné, par une chambre de ladite section qui s'est d'ailleurs dessaisie en faveur de la Grande Chambre le 30 mars 2010⁶. Cette nouvelle affaire a été une occasion pour la Grande Chambre pour affiner la jurisprudence de la Cour. Ainsi,

¹ CEDH, *Von Hannover c. Allemagne (N°1)*, précité, §§ 58-59.

² *Ibid.*, §§ 60.

³ *Ibid.*, § 69.

⁴ *Ibid.*, § 73.

⁵ *Ibid.*, §§ 74-75)

⁶ CEDH, *Von Hannover c. Allemagne (N° 2)*, précité, §§ 1-3.

si, dans l'arrêt de 2004, la Cour s'est principalement attachée au droit des personnes publiques de pouvoir bénéficier d'une « espérance légitime » de protection et de respect de leur vie privée et au critère de la contribution que les photos publiées apportent au débat d'intérêt général, pour se prononcer sur la licéité de leur publication; la Grande Chambre est allée au-delà de ces considérations en précisant une panoplie de principes pertinents devant être pris en compte lors de la mise en balance de la liberté d'expression et du droit à l'image. À cet effet, outre l'élément essentiel de la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apporte à un débat d'intérêt général; la Grande Chambre a également mis l'accent sur la notoriété de la personne visée et la nature des activités faisant l'objet du reportage et/ou de la photo; le comportement antérieur de la personne concernée; le contenu, la forme et les répercussions de la publication ainsi que les circonstances de la prise des photos¹.

En appliquant ces principes affinés au cas d'espèce, la Cour a corroboré, cette fois, la position des juridictions allemandes qui ont explicitement pris en compte la jurisprudence de la Cour en la matière, notamment l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* de 2004. Ainsi, suite audit arrêt, la Cour fédérale de justice a modifié sa jurisprudence qui a d'ailleurs été confirmée par la Cour constitutionnelle de justice. Les deux juridictions ont attaché une importance primordiale, selon les termes de la Cour, à la question de savoir si les photos litigieuses, considérées à la lumière des articles les accompagnant, avaient apporté une contribution à un débat d'intérêt général, comme elles se sont penchées sur les circonstances dans lesquelles les photos avaient été prises².

Ce faisant, les décisions de la Cour fédérale de justice allemande ont varié en fonction des circonstances de chaque photo litigieuse. Ainsi, si elle a confirmé l'interdiction de publication de deux photos montrant la requérante, au motif que leur publication ne servait qu'à des fins de divertissement; elle a néanmoins estimé que les magazines étaient autorisés à publier une autre photo litigieuse montrant la requérante et illustrant un article traitant de la maladie de son père, le prince Rainier III de Monaco, souverain régnant de la principauté de Monaco à l'époque. La maladie du prince était qualifiée par la juridiction allemande d'événement de l'histoire contemporaine dont les magazines pouvaient rendre compte, et qui les autorisait à assortir leurs reportages écrits de la photo litigieuse, puisque celle-ci était et illustrait cette information³.

Dans sa conclusion, la Cour a estimé que les juridictions nationales en Allemagne ont procédé, en l'espèce, à une mise en balance circonstanciée du droit à la liberté d'expression avec le droit des requérants au respect de leur droit à la

¹*Ibid.*, §§ 109-113.

²*Ibid.*, §§ 124-125.

³*Ibid.*, §§ 117.

vie privée; et eu égard à la marge d'appréciation dont ils disposent dans tels cas, la Cour a conclu qu'elles n'ont pas manqué à leurs obligations positives au titre de l'article 8¹.

Évolution de la jurisprudence de la Cour ou celle des juridictions nationales allemandes? Il est écrit dans l'arrêt de la Grande Chambre que ce sont les juridictions allemandes qui se sont conformées à la jurisprudence de la Cour. Pour autant, afin d'affiner sa jurisprudence sur cette question, la Cour s'est inspirée de celle des juridictions allemandes pour certains points, en particulier le critère des circonstances dans lesquelles les photos avaient été prises, critère développé à l'origine par les juridictions allemandes et qui est en relation directe avec la notion de « l'isolement spatial », critiquée par la Cour dans l'arrêt de 2004, comme nous l'avons souligné *supra*. Un dialogue des juges qui n'a pas été sans intérêt pour l'évolution de la jurisprudence sur une question si délicate !

En conclusion, l'apport de la CEDH au droit à l'image est incontestable. Elle n'a pas seulement consacré ce droit en tant que composante du droit à la vie privée en précisant son contenu et son étendue, mais elle a également pu développer, de manière évolutive, certains principes et critères permettant, en fonction des cas d'espèce, de préciser le point d'équilibre entre la protection dudit droit et la liberté d'expression. La pratique de la Cour en la matière se révèle aussi d'un intérêt particulier pour tenter d'uniformiser les standards sur cette question, ne faisant pas nécessairement consensus au niveau européen.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

مجلة الفقه والقانون : إعداد وإشراف ونشر وتنسيق وتصنيف وإخراج الدكتور صلاح الدين دكداك

"نتمنى من كل مستفيد من هذا العمل الخيري المجاني أن يكرمنا بدعائه وتوجيهاته النيرة"

¹*Ibid.*, §§ 124-126.