

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثلاثون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 34 : غشت 2015

- ✓ مع مواضيع العدد 34 : غشت 2015 :
- التمويل عن طريق الصكوك الإسلامية.
 - حالات الرهن القانوني في التشريع الليبي.
 - حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.
 - نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية.
 - كمال الأهلية في الفقه والقانون.
 - منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية.
 - رهانات الحكامة الإدارية بالمغرب.
 - مدى إمكانية متابعة المعتدين على غزة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثلاثون

صفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإمتداد والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات قديمة

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلقانية

حوارات علمية

تقارير خاصة

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تتبعنا بالمجلة

العدد الرابع والثلاثون : غشت 2015

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الرابع والثلاثون : لشهر غشت 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 34 لشهر غشت 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. التمويل عن طريق الصكوك الإسلامية : الدكتور : الصوفي ولد الشيباني أستاذ الاقتصاد والتمويل الإسلامي

بجامعة نواكشوط - موريتانيا.....06

3. منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في الجزائر : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق

والعلوم السياسية - جامعة تبسة الجزائر-.....22

4. نظرية التحكيم في الشريعة : نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية : عزل المحكمين - نقض الأحكام -

سبل الإلزام - أخذ الأجر على التحكيم : فضيلة الأستاذ الدكتور حاتم محمد الحاج أستاذ الفقه المساعد بكلية

الدراسات الإسلامية بجامعة مشكاة عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.....32

5. حالات الرهن القانوني في التشريع الليبي : من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد بن عبد القادر محمد

أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون - جامعة جازان - المملكة العربية السعودية وبالجامعات

الليبية سابقاً-.....56

6. حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية : فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد خلف بن سلامة أستاذ الفقه وأصوله

المشارك قسم الفقه وأصوله كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية - الأردن.....64

7. كمال الأهلية على ضوء مقتضيات القانون الموريتاني ومشهور المذهب المالكي : إعداد الباحث : محمد المختار

ولد محمد الأمين حاصل على ماستر من جامعة شنقيط العصرية - موريتانيا باحث في الشريعة والقانون من

جامعة شنقيط العصرية - موريتانيا.....76

8. تخليق المرفق العمومي و رهانات الحكامة الإدارية بالمغرب على ضوء دستور 2011 : من إعداد الدكتور محمد

البكوري باحث في الحكامة ، وحدة علم السياسة و القانون الدستوري ، من جامعة محمد الخامس بالرباط.....83

9. مدى إمكانية متابعة مجرمي العدوان على غزة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدكتورة : آيت عبد المالك نادية

أستاذة محاضرة قسم "ب" باحثة بمخبر نظام الحالة المدنية جامعة الجليلي بونعامة بخميس مليانة ، الجزائر.....91

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

10. L'ARTICLE 273 DU CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS ET L'OPTION ENTRE L'ACTION EN EXECUTION ET L'ACTION EN RESOLUTION :
Monsieur Imed ARIBI : Professeur Agrégé de droit privé à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.....105
11. Le Travail d'intérêt Général « Etude Analytique Dans le Droit Algérien » :
Mme Habchi Leila Kamila Doctorante à l'école doctorale " la pénalisation du droit des marchés publics" . Enseignante contractuelle A la faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sidi Bel Abbés- Algérie.....133

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الرابع و الثلاثين لشهر غشت 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدالك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تحية طيبة إلى جميع رواد مجلة الفقه والقانون الدولية ، لقد شمل العدد الجديد لشهر غشت العديد من المواضيع والأبحاث الهامة من مختلف أنحاء العالم :

فمن موريتانيا نشر العدد قضية التمويل عن طريق الصكوك الإسلامية ، وكمال الأهلية على ضوء مقتضيات القانون الموريتاني ومشهور المذهب المالكي .

ومن المملكة العربية السعودية وبالضبط من جامعة جازان كلية الشريعة والقانون ناقش العدد الجديد حالات الرهن القانوني في التشريع الليبي .

ومن الولايات المتحدة الأمريكية نشرنا موضوع نظرية التحكيم في الشريعة : نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية : عزل المحكمين - نقض الأحكام - سبل الإلزام - أخذ الأجر على التحكيم .

ومن الأردن موضوع حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية .

ومن تونس مناقشة مضامين الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

ومن الجزائر موضوع منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في الجزائر ، وقضية مدى إمكانية متابعة مجرمي العدوان على غزة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

ومن المملكة المغربية موضوع تخليق المرفق العمومي ورهانات الحكامة الإدارية بالمغرب على ضوء دستور 2011 .

هذا فضلا عن العديد من المقالات والأبحاث الأخرى باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدالك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

التمويل عن طريق الصكوك الإسلامية



الدكتور : الصوفي ولد الشيباني

أستاذ الاقتصاد والتمويل الإسلامي

بجامعة نواكشوط الجمهورية الموريتانية

مقدمة :

من بين أدوات التمويل والاستثمار الإسلامية المستخدمة من طرف المؤسسات و الشركات باتت الصكوك الأداة الأسرع انتشارا والأوسع مجالا للحصول على التمويل من مصادر خارجة عن المصادر الذاتية للمستثمرين بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية وبمخاطر قليلة نسبيا مقارنة مع أدوات التمويل التقليدية. وقد صاحب نمو ظاهرة الصكوك واتساع نطاق التعامل بها إطلاق مؤشرات للصكوك الإسلامية و إصدار جملة من الأنظمة و التشريعات المنظمة للتصكيك وما يتعلق به في بعض الدول الإسلامية، ونتيجة لذلك شهدت الصكوك الإسلامية نموا استثنائيا في السنوات الأخيرة بحيث أصبحت تمثل الشريحة الأسرع نموا في سوق التمويل الإسلامي.

و لم يقتصر إصدار الصكوك الإسلامية على مؤسسات الأعمال فقط بل امتدت لتشمل الحكومات، فعلى سبيل المثال قامت كل من ماليزيا و السودان بإصدار صكوك لتمويل الخزنة العامة، كما أن إصدار الصكوك لم يقتصر على الدول العربية و الإسلامية فقط بل امتد إلى بعض دول الغربية، فعلى سبيل المثال قامت ولاية ساسكوني أنهالت SAXONY ANHALT الألمانية بإصدار أول صكوك إسلامية في بلد غير مسلم في عام 2004م، كما أصدر البنك الدولي صكوكا في عام 2005 .

ثم توالى بعد ذلك إصدار العديد من الصكوك الإسلامية لشركات متعددة في المملكة المتحدة و الولايات المتحدة الأمريكية و تركيا و اندونيسيا خلال السنوات الأخيرة.

ويهدف هذا البحث إلى التعريف بالصكوك كأداة تمويلية وبحث كيفية إصدارها ومدى قدرتها على توفير التمويل لمختلف أنواع المشروعات بصيغ تتفق مع الشريعة الإسلامية.

و يكتسي البحث في هذا الموضوع أهميته من الحاجة المتزايدة إلى إيجاد صيغ تمويلية توفر الأموال للدولة وللمشروعات العامة والخاصة بعيدا عن الربا وغيره من المعاملات التي يحرمها الشرع الإسلامي خاصة في ظل تزايد رؤوس الأموال التي يبحث أصحابها عن آليات لتوظيفها تدر دخلا بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية.

وتثار حول الإشكال الرئيس للموضوع، والمتعلق بمدى قدرة الصكوك الإسلامية على توفير بديل واقعي لصيغ التمويل التقليدية بالنسبة للشركات والدول جملة من التساؤلات من قبيل ما هي طبيعة الصكوك الإسلامية؟ وما الذي يميزها عن أدوات الاستثمار التقليدية؟ وما هي الضوابط والأحكام الشرعية التي تخضع لها؟ وما هي طريقة إصدارها وتداولها؟ وكيف يمكن العمل على تطوير ابتكارات لهذه الأداة تمكن من توسيع التعامل بها؟

وقد تم تناول الموضوع من خلال المحورين التاليين :

المحور الأول: ماهية الصكوك الإسلامية وضوابطها
المحور الثاني: أنواع الصكوك الإسلامية وطريقة إصدارها.

المحور الأول : ماهية الصكوك الإسلامية وضوابطها :

يتعرض هذا المحور لتعريف الصكوك ونشأتها وتطورها والخصائص المميزة لها وكذلك الضوابط الشرعية التي تحكمها.

أولا : تعريف الصكوك الإسلامية وأهدافها :

الصكوك: جمع (صك) وهو لغة شهادة أو وثيقة أو سند، وتعرف اصطلاحا من طرف مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بأنها: "إصدار أوراق مالية قابلة للتداول مبنية على مشروع استثماري يدر دخلاً⁽¹⁾، وقد فضلت تسميتها صكوك المقارضة تمييزاً لها عن الأسهم وسندات القرض التقليدية.

أما هيئة الحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فقد عرفت أنها "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في ملكية موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله"⁽²⁾.

كما عرفت هيئة سوق المال في سوق دبي للأوراق المالية بأنها شهادات أو وثائق (أوراق مالية) إسمية أو لحاملها، متساوية القيمة، تمثل حقوق ملكية شائعة في أصول أعيان أو منافع أو ديون أو نقود أو خدمات أو حقوق مالية، أو خليط من بعضها أو كلها، بشروط معينة (موجودات الصكوك)، عند إصدارها أو بعد استخدام حصيلتها بالاكتتاب فيها، ويشترك حملتها في أرباح أو خسائر الموجودات التي تمثلها، وهي قابلة للتداول ما لم تمثل نقداً أو ديناً محضاً، والصكوك لا تمثل ديناً لحاملها في ذمة مصدرها عند إصدارها، ويعتمد إصدارها على عقد من العقود الشرعية، وتفصل نشرة إصدارها حقوق والتزامات أطرافها⁽³⁾.

(¹) د. معطي الله خير الدين، أ. شرياق رفيق، الصكوك الإسلامية كأداة لتمويل مشاريع التنمية الاقتصادية، الملتقى الدولي حول: مقومات تحقيق التنمية المستدامة في الاقتصاد الإسلامي، 2012، ص 237

(²) د. د. علي محيي الدين القره داغي، صكوك الاستثمار تأصيلها، وضوابطها الشرعية ودورها في تمويل البنية التحتية والمشاريع الحيوية في: www.qaradaghi.com، ص 1

(³) أمانة هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك، دبي، الإمارات المتحدة المتحدة في: www.dfm.ae، ص 5

و انطلاقا مما تقدم يمكن اعتبار الصكوك الإسلامية على أنها وثائق متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات نشاط استثماري مباح شرعا، تصدر وفق إحدى صيغ التمويل الإسلامية وقابلة للتداول مع الالتزام بالضوابط الشرعية في كل ما يتعلق بها.

وتهدف عملية إصدار الصكوك إلى تحقيق جملة من الأهداف من بينها:

- المساهمة في جمع رأس المال لتمويل إنشاء مشروع استثماري من خلال تعبئة موارده من المستثمرين، وذلك عن طريق طرح صكوك وفق مختلف صيغ التمويل الإسلامية في أسواق المال لتكون حصيلة الاكتتاب فيها رأس مال المشروع.

- الحصول على السيولة اللازمة لتوسيع قاعدة المشاريع وتطويرها، وهو الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل الأصول المالية للحكومات والشركات إلى وحدات تتمثل في الصكوك الإسلامية، ومن ثم عرضها في السوق لجذب المدخرات لتمويل المشاريع الاستثمارية طويلة الأجل.

- تحسين القدرة الائتمانية والهيكل التمويلي للمؤسسات المصدرة للصكوك حيث أنها تتطلب التصنيف الائتماني للمحافظة بصورة مستقلة عن المؤسسة ذاتها، ومن ثم يكون تصنيفها الائتماني مرتفعا.⁽¹⁾

ثانيا: نشأة وتطور وأهمية الصكوك الإسلامية :

تعود نشأة الصكوك إلى بداية ثمانينيات القرن العشرين وبالتحديد إلى سنة 1983، وذلك في ماليزيا حيث اتضح للبنك المركزي الماليزي عزوف بنك إسلام ماليزيا عن تملك السندات الحكومية أو سندات الخزانة نظرا لكونها مخالفة للشريعة الإسلامية، ولذلك لجأ البنك المركزي الماليزي لإصدار شهادات استثمار لا تحتوي في آلياتها على ربا .

ثم جاء طرح مشروع سندات المقارضة من قبل الدكتور سامي حمود كبديل إسلامي عن سندات القرض المحرمة، وهي سندات تعتمد في أساسها الفقهي على المضاربة لأنها تمثل حصصا شائعة في رأس مال المضاربة وتتوافر فيها شروط عقد المضاربة من إيجاب وقبول و معلومية رأس المال و نسبة الربح، ولا ضمان لرأس المال من قبل العامل بل يضمه طرف ثالث مثل الدولة بحيث لا يتعرض للخسارة .

وبعد ذلك أصدر مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم (5) بتاريخ 1988/8/4 م بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار ففتح الباب أمام الشركات الإسلامية لتبني هذه الصيغ الناشئة فبدأت التجربة الخليجية بالانطلاق، حيث أصدرت مؤسسة نقد البحرين ولأول مرة عام 2001م سندات حكومية اعتبرتها متوافقة مع الشريعة الإسلامية حيث بلغت قيمة الإصدار 25 مليون دولار أمريكي وقد اعتمدت المؤسسة صيغة بيع السلم عند إصدار هذه السندات .

وفي عام 2003م قامت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بإصدار معيار شرعي لصكوك الاستثمار حيث حددت فيه المبادئ الأولية لإصدار وتداول جميع أنواع الصكوك التي تم ابتكارها حتى تاريخ إصدار

(1) د. نوال بن عمارة، الصكوك الإسلامية ودورها في تطوير السوق المالية الإسلامية ، جامعة ورقلة-الجزائر، ص : 255.

المعيار على أن يسري تطبيقه على المؤسسات المختصة اعتبارا من فاتح محرم 1425 هجرية الموافق 1 يناير 2004 م، وبذلك استطاعت المؤسسات المالية الإسلامية التغلب على معضلة إعطاء عائد ثابت متفق عليه مسبقاً⁽¹⁾.

وهكذا استمر تزايد الاهتمام بهذه الأداة التمويلية الجديدة سواء على مستوى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية أو على مستوى الدول، بل وحتى على مستوى الأفراد وبذلك نما حجم التعامل بها بسرعة كبيرة نسبيا واتسعت مجالات وصيغ استخدامها حتى استوعبت تقريبا كل صيغ التمويل الإسلامية المعروفة والمعمول بها من طرف البنوك الإسلامية، ونظرا لكل ذلك فقد أصبحت الصكوك الشريحة التمويلية الأسرع نموا في السنوات الأخيرة ووصلت أحجام الإصدار العالمية منها في خلال العام 2012 وحدة نحو 140 مليار دولار جاءت غالبيتها من دول الخليج العربي و ماليزيا، ويتوقع أن يتطور ذلك الحجم حتى يصل إلى 240 مليار دولار بحلول العام 2016م.

ومع هذا التطور المتسارع في حجم الصكوك أصبحت هذه الأداة تحتل أهمية متزايدة لدى الشركات والدول في ما يتعلق بالحصول على مصادر التمويل وذلك نتيجة لعوامل منها⁽²⁾:

- أنها تتيح الفرصة أمام البنوك المركزية لاستخدام الصكوك الإسلامية ضمن أطر السياسة النقدية وفقا للمنظور الإسلامي بما يساهم في امتصاص السيولة، ومن ثم خفض معدلات التضخم، وإتاحة الفرصة أمام المؤسسات المالية الإسلامية لإدارة السيولة الفائضة لديها.
- أنها تلي احتياجات الدولة في تمويل مشاريع البنية التحتية والتنمية بدلا من الاعتماد على سندات الخزينة والدين العام.
- كونها تساعد في تنويع العمل الاستثماري الإسلامي من خلال تنوع إصدارات الصكوك المصدرة فعلا دون التركيز على المراجعة فقط كما في تجربة معظم المصارف الإسلامية، فضلا عن تنويع المخاطر.

ثالثا: خصائص الصكوك الإسلامية ومقارنها بالأوراق المالية الأخرى :

هناك خصائص تميز الصكوك الإسلامية عن غيرها من أدوات الاستثمار الأخرى، ساهمت في انتشارها انتشارا واسعا و تتمثل فيما يلي:

- صكوك الاستثمار لها قيمة اسمية محددة بالقانون، أو في نشرة الإصدار وتمثل حصص ملكية في موجودات مخصصة للاستثمار على شكل أعيان أو منافع أو خدمات أو خليطا منها، ولا تمثل ديناً في ذمة مصدرها.
- صكوك الاستثمار صكوك متساوية في القيمة، وفي الحقوق والواجبات وفي ملكية الأموال الخاصة بها.
- صكوك الاستثمار قابلة للتداول من حيث المبدأ (وسياًتي الشروط المطلوبة للتداول وكيفية).
- تخضع الصكوك لضوابط شرعية في عملية إصدارها وتداولها.
- أن مالكي الصكوك يشاركون في غنمها حسب الاتفاق المبين في نشرة الإصدار ويتحملون غرمها بنسبة ما يملكه كل واحد منهم .

(1) أسامة عبد الحليم الجوربة، صكوك الاستثمار ودورها التنموي في الاقتصاد، بحث لنيل درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية، معهد الدعوة الجامعي، 2009، ص26

(2) د. أشرف محمد دوابة، الصكوك، www.dr dawaba.com، ص12

- أن مسؤولية أصحاب الصكوك مسؤولية محددة بقدر قيمة صكوكهم أي أن كل مالك صك مسئول بقدر قيمة صكه .

- عدم قبول الصك للتجزئة في مواجهة الشركة، وحتى في الحالة التي يؤول فيها الصك الواحد لشخصين أو أكثر بسبب الإرث أو نحوه ، فإنه لا بد من الاتفاق على أن يمثلهم أمام الشركة شخص واحد.

- أن مالك الصك مشارك في موجودات المشروع وهو ما يخوله بعض الحقوق كالحق في الرقابة ونحوها ، وحق رفع دعوى المسؤولية على الإداريين والحق في نصيب من الأرباح والاحتياطات والتنازل عن الصك والتصرف فيه إلا ما يمنعه القانون أو نشرة الإصدار وحق الشفعة وحق اقتسام موجودات المشروع عند تصفيته .

- أنها تصدر على أساس عقد شرعي مثل الاستصناع أو الإجارة أو المضاربة... الخ بضوابط شرعية تنظم إصدارها وتداولها وبقية أحكامها وبالتالي فهي خاضعة لأحكام ذلك العقد .

- أن صكوك الاستثمار تصدر من جهة مالكة للأصول أو المنافع والحقوق ترغب في تسهيلها عن طريق الصكوك ، أو أنها تجمع حصيلتها للاستثمار وليست للاقتراض .

ومن خلال هذه الخصائص يمكن أن تميز بين الصكوك الإسلامية والأوراق المالية الأخرى وذلك على النحو التالي :

1- أوجه التشابه والاختلاف بين الصكوك و السندات :

- أوجه التشابه بين الصكوك و السندات :
- كلاهما أوراق مالية متداولة غرضها الأساسي هو التمويل.
- من خلال الصكوك أو السندات يمكن أداء و تنفيذ كثير من الوظائف المهمة كالتحكم في حجم السيولة النقدية و تمويل الأغراض المختلفة.
- تصنف الصكوك و السندات بشكل عام بأنها أوراق مالية ذات استقرار كبير و مخاطر متدنية .

- أوجه الاختلاف بين الصكوك و السندات :

- تمثل الصكوك حصص ملكية في أصل محدد بينما السندات هي عبارة عن صك مديونية.
- الصك يمثل حصة شائعة في العين أو الأعيان المصككة، أو في العقود و الأعيان المدرة للربح و المثلة في صيغة صكوك متداولة ، في حين أن السند التقليدي يمثل قرضا في ذمة مصدره .
- عوائد الصكوك ليست التزاما في ذمة المصدر و إنما هي ناشئة عن ربح أو غلة العقود التي بُنيت عليها هيكله الصكوك، فمثلا إذا كان الصك صكاً أعيان مؤجرة فعائد الصك متحقق من الأجرة التي يدفعها مستأجر الأعيان المصككة ، وإن كان الصك مضاربة فعائد الصك يتحقق من ريع المضاربة و المتاجرة في المجال الذي أنشئت الصكوك لأجله... ، بينما عوائد السندات إنما هي التزام من المقترض (مصدر السند) وهي ثابتة في ذمته يلزمه الوفاء بها في مواعيد استحقاقها، وعليه فيكون عائد السند التقليدي زيادة في القرض ويكون بذلك من الربا المحرم.
- يتحدد العائد على السند بسعر الفائدة المتاح الذي يكون ثابتا حتى أجل استحقاقه، أما حامل الصك فعائده يتحدد بناء على عائد الأصل الذي يملكه وهو متغير من فترة إلى أخرى.

- لا يتحمل السند أية مخاطر مباشرة متعلقة بنشاط الشركة، بينما حامل الصك قد يتحمل مخاطرة مترتبة على ملكيته للأصل وما يمكن أن يتعرض له من أضرار.
 - تتميز الصكوك عن السندات المدعمة بأصول بأن الصكوك هي ورقة مالية تمثل أصولاً في حد ذاتها، بينما هذا النوع من السندات التقليدية فهي أوراق مالية تمثل قرضاً في ذمة المصدر موثقاً برهن وضمنان هو الأصل، وعليه فحق حامل الصك مقتصر على الأصول التي تمثلها الصكوك فحسب، بينما يتعلق حق هذا النوع من السندات بذمة المصدر و تبقى الأصول ضمان ورهن .
- 2- أوجه التشابه والاختلاف بين الصكوك و الأسهم :**

- يمثل كل من الصك والسهم أداة ملكية، ولكن الصك يتميز بكونه يمثل ملكية لأصل من الأصول التي تستفيد بها الجهة المصدرة أما السهم فهو يمثل ملكية لصافي كل أصول الشركة بعد استبعاد الخصوم.
- يستحق ملاك الأسهم الأرباح الناتجة عن نشاط الشركة وذلك بعد استبعاد التكاليف من إيرادات الشركة ككل، بينما مالك الصك يحصل على عائد نتيجة لتملكه الأصل الذي تستغله الشركة المصدرة، وقد يكون هذا العائد ثابتاً كما هو الحال في صكوك الإجارة مثلاً، كما أنه قد يكون متغيراً كما هو الحال في صكوك المشاركة .
- حامل السهم شريك في الشركة بشكل دائم ما لم يقرر الانسحاب منها وبالتالي فهو يشارك في إدارتها عن طريق التصويت في الجمعية العامة، أما مالك الصك فلا يشارك في الإدارة والصك الذي يملكه له أجل استحقاق محدد⁽¹⁾.
- الصكوك بشكل عام هي أوراق قليلة المخاطر، بينما الأسهم أوراق مالية ذات مخاطر عالية .
- الفروق من جهة الشركة المصدرة أن الصكوك في أغلب هياكلها أداة تمويل خارج الميزانية بينما الأسهم حصة مشاعة في رأس مال الشركة، وعليه فحامل الصك ممول للشركة المصدرة، و أما مالك السهم فهو شريك ومالك لحصة مشاعة في رأس مال الشركة⁽²⁾.

رابعا: الضوابط الشرعية للصكوك الإسلامية :

تخضع الصكوك الإسلامية لمجموعة من الضوابط والأحكام التي تنظم عمليات إصدارها وتداولها والاستفادة من عائداتها وكل ما يتعلق بالتعامل بها ، وقد أوضح مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره (رقم 30 (4/3)) الضوابط الأساسية للصكوك الاستثمارية أو صكوك المقارضة ، كما تضمن المعيار رقم 17 لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بعض الضوابط الهامة لتلك الصكوك والتي يوجد في الغالب اتفاق عليها بين معظم المؤسسات المالية، ويمكن تلخيص أهم تلك الضوابط في ما يلي:

الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية⁽³⁾ :

(1). يمكن الرجوع إلى أحمد محمد حسنين إبراهيم، استخدام الصكوك لتمويل الاستثمارات العامة تطبيق على الحالة المصرية من خلال التجارب الدولية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، جامعة القاهرة، ص37

(2) محمد منا الشيباني، المصارف الإسلامية الواقع والآثار، مطبعة المحمودية ، السعودية

(3).د. على أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، المجلد 2 دار الثقافة ، الدوحة ، قطر، 1998، ص 727.725.

العنصر الأول: أن يمثل الصك ملكية شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله ، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته ، و يترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وارث وغيرها ، مع ملاحظة ان الصكوك تمثل رأس مال المضاربة .

العنصر الثاني : يقوم العقد في صكوك المضاربة على أساس أن شروط التعاقد تحدها (نشرة الإصدار) وأن (الإيجاب) يعبر عنه (الاكتتاب) في هذه الصكوك ، وأن (القبول) تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة .

ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية .

العنصر الثالث : أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات (مع مراعاة الضوابط التي سوف يتم ذكرها في النقطة المتعلقة بتداول الصكوك أدناه).

العنصر الرابع : أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب أي عامل المضاربة ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما أسهم به بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس ، وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية .

وعلى ضوء هذه العناصر الرئيسية الضابطة يمكن تفصيل الضوابط الفرعية التي تحكم إصدار وتداول وإطفاء الصكوك الإسلامية وذلك على النحو التالي :

1- ضوابط إصدار الصكوك الإسلامية :

- يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع ، كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه .

- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل .

- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل، وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع، وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين.

- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً.

ويترتب على ذلك :

أ) عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها .

ب) أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقاً لشروط العقد.

- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة ، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته .

وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

ولا يوجد ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال⁽¹⁾.

أما هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فقد قدمت ضوابط للصكوك الإسلامية تركز على بعض الجوانب المتعلقة بإصدارها وتداولها، وذلك على النحو التالي:

- يجب أن تمثل الصكوك توريقاً لأصول من الأعيان والمنافع والخدمات وذلك بتقسيمها إلى حصص متساوية ، أما الديون فلا يجوز توريقها لغرض تداولها.

- يجوز أن تتعهد مؤسسة بشراء ما لم يكتب فيه من الصكوك ويكون الالتزام من متعهد الاكتتاب مبنياً على أساس الوعد الملزم ولا يجوز أن يتقاضى المتعهد بالاكتتاب عمولات مقابل ذلك التعهد.

- يجوز أن ينظم مصدر الصكوك أو حملة الصكوك طريقة مشروعة للتحوط من المخاطر مثل إنشاء صندوق تأمين إسلامي بمساهمات من حملة الصكوك أو الاشتراك في تأمين إسلامي (تكافلي) بأقساط تدفع من حصة حملة الصكوك في العائد أو من تبرعات حملة الصكوك إذ لا يوجد مانع شرعي من اقتطاع نسبة من العائد.

- تتضمن نشرة الإصدار شروط التعاقد والمعلومات الكافية عن المشاركين في الإصدار وحقوقهم وواجباتهم وشروط تعيينهم وعزلهم وتحديد العقد الذي تصدر الصكوك على أساسه ، كما يجب أن تتضمن مشاركة مالك كل

(1). على أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 729.

صك في الغنم بمقدار ما دفع وأن يتحمل الغرم بنسبة ما تمثله صكوكه من حقوق مالية، في حين أنه لا يجوز أن تشتمل على نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير⁽¹⁾.

- كما يجوز أيضا النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد⁽²⁾.

2- ضوابط وأحكام تداول الصكوك الإسلامية :

بما أن الصك يمثل حصة شائعة في موجودات الإصدار تستمر طيلة مدة الصك، فيحق لحامله التصرف فيه بالبيع بالقيمة المتراضي عليها بينه وبين المشتري سواء كانت مماثلة للقيمة الاسمية أو السوقية أو أكثر منها أو أقل لكن بالشروط والضوابط التالية:

- تطبق أحكام الصرف على تداول الصكوك التي لا تزال أموالها نقودا، وإذا كان مال القراض ديونا فإنه تطبق على تداول القروض أحكام التعامل في الديون، أما إذا كان مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضي عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالات أعيانا و منافع⁽³⁾.

- يجوز تداول الصكوك و استردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات بعد قفل باب الاكتتاب و تخصيص الصكوك و بدء النشاط أما قبل بدء النشاط فتراعي الضوابط الشرعية لعقد الصرف (التقابض و التماثل عند اتحاد الجنس و التقابض عند اختلاف جنس المتبادلين) كما تراعي أحكام الديون إذا تمت التصفية و كانت الموجودات ديونا أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل.

- يجوز تداول صكوك ملكية الموجودات المؤجرة أو الموعود باستئجارها منذ لحظة إصدارها بعد تملك حملة الصكوك للموجودات و حتى نهاية أجلها.

- يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان (الموجودات) المعينة قبل إعادة إجارة تلك الأعيان فإذا أعيدت الإجارة كان الصك ممثلا للأجرة و هي دين في ذمة المستأجر الثاني فيخضع التداول حينئذ لأحكام و ضوابط التصرف في الديون.

- لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفي منها المنفعة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون فإذا تعينت جاز تداول الصكوك.

(1).هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية ،، المعيار 17، البحرين.

(2) د.عادل سالم محمد الصغير، صكوك المقارضة و موقف الفقه الإسلامي منها، مجلة المختار للعلوم الإنسانية (مجلة علمية محكمة تعني بفروع المعرفة الإنسانية)، العدد (22) لسنة 2013، ص27

(3).مجمع الفقه الاسلامي الدولي ، القرار رقم 5 بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، 1988.

- لا يجوز تداول صكوك ملكية الخدمات التي تستوفي من طرف موصوف في الذمة قبل تعيين الطرف الذي تستوفي منه الخدمة إلا بمراجعة ضوابط التصرف في الديون فإذا تعين الطرف جاز تداول الصكوك.

- يجوز تداول أو استرداد صكوك الاستصناع إذا تحولت النقود إلى أعيان مملوكة لحملة الصكوك في مدة الاستصناع أما إذا دفعت حصيلة الصكوك ثمنا في استصناع مواز أو تم تسليم العين المصنعة للمستصنع فإن تداولها يخضع لأحكام التصرف في الديون .

- لا يجوز تداول صكوك السلم إلا بعد أن يتحول رأس المال إلى سلع وذلك بعد استلامها وقبل بيعها.

- لا يجوز تداول صكوك المراجعة بعد تسليم بضاعة المراجعة للمشتري أما بعد شراء البضاعة و قبل بيعها للمشتري فيجوز التداول.

- يجوز تداول صكوك المشاركة وصكوك المضاربة و صكوك الوكالة بالاستثمار بعد قفل باب الاكتتاب و تخصيص الصكوك وبدء النشاط في الأعيان و المنافع.

- يجوز تداول صكوك المزارعة و المساقاة بعد قفل باب الاكتتاب و تخصيص الصكوك و بدء النشاط إذا كان حملة الصكوك مالكي الأرض، أما إذا كانوا الملتزمين بالعمل (الزراعة أو السقي) فلا يجوز تداول الصكوك إلا إذا كان التداول بعد بدء صلاح الزرع أو الثمر⁽¹⁾.

3- ضوابط عملية إطفاء الصكوك :

يقصد بإطفاء السندات التقليدية دفع قيمتها الاسمية مع الفوائد الربوية في تواريخها التي تحددها النشرة، أما إطفاء صكوك الاستثمار أو المقارضة فهو استرداد مال المضاربة من قبل رب المال في صكوك المقارضة أو استرداد للمال الداخل في المشروع من قبل المصدر الذي يكون بمثابة الوكيل أو الشريك في مختلف صكوك الاستثمار، وهذا الاسترداد يكون بإحدى الطرق التالية:

- تصفية المشروع و تنضيضه حقيقة (بيعه وتحويله إلي نقد وسيولة) حيث يأخذ صاحب كل صك حقه ونصيبه من الأموال المتوافرة إن ربحا فربح ، وإن خسارة فخسارة على الجميع بقدر رؤوس الأموال.
- التنضيض الحكمي، أي تقويم المشروع تقويما عادلا من لدن الخبراء ثم توزيع الناتج المقدر علي حملة الصكوك كل حسب حصته .
- تمليك لموجودات بالهبة أو ثمن رمزي أو بالقيمة المتبقية في صورة صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك⁽²⁾.

المحور الثاني: أنواع الصكوك الإسلامية وكيفية إصدارها :

في هذا المحور سنتناول أنواع الصكوك الإسلامية وكذلك أطراف وخطوات عملية التصكيك :

(1) أسامة عبد الحلیم الجوربة، مرجع سبق ذكره، ص44

(2) أسامة عبد الحلیم الجوربة، مرجع سبق ذكره، ص 48

أولاً: أنواع الصكوك الإسلامية :

أشارت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى وجود أكثر من أربعة عشرة نوعاً من الصكوك الإسلامية، غير أن الصكوك الأكثر انتشاراً يمكن حصرها في الأنواع التالية :

❖ **صكوك الإجارة** : تعتبر صكوك الإجارة من أكثر أنواع الصكوك انتشاراً و تعرف بأنها "عبارة عن وثائق متساوية القيمة تمثل حصة شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات في مشروع استثماري يدر دخلاً ، والغرض منها هو تحويل الأعيان والمنافع والخدمات التي يتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية أو صكوك قابلة للتداول في الأسواق الثانوية، وتعتبر صكوك الإجارة صكوك ملكية شائعة في أعيان مؤجرة مملوكة للمالكي الصكوك، ويتم توزيع عائد الإجارة على الملاك حسب حصص ملكيتهم، وهي قابلة للتداول وتقدر قيمتها حسب قيمتها السوقية،.

وتتميز صكوك الإجارة بصلاحياتها للوسائط المالية لتمويل العديد من المشروعات، كما تتمتع بمرونة على مستوى الإصدار و على مستوى التداول ، وهي توفر للمؤجر إيرادات ثابتة وشبه مستقرة.

و صنفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية صكوك الإجارة إلى:

- **صكوك ملكية الأعيان المؤجرة** : هي وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو عين موعود باستئجارها، أو عن طريق وسيط مالي بغرض بيعها واستيفائها منها من حصيلة الاكتتاب، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك.

- **صكوك إجارة المنافع** : وهي عبارة عن وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك منفعة عين موجودة لغرض تأجير تلك العين أو إعادة تأجيرها و استيفاء أجرتها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح منفعة العين مملوكة لحملة الصكوك⁽¹⁾

- **صكوك ملكية الخدمات** : وتعرف هي الأخرى بأنها وثائق متساوية القيمة تصدر بغرض تقديم خدمة من طرف معين (أو طرف موصوف في الذمة، كمنفعة التطبيب من مستشفى يتم تحديد مواصفاته دون تسميته)، واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك.

و بناء على هذا التعريف تنقسم صكوك ملكية الخدمات إلى صكوك ملكية خدمات من طرف معين، وصكوك ملكية خدمات من طرف موصوف في الذمة⁽²⁾.

❖ **صكوك المضاربة** : وهي " أوراق مالية تعرض للاكتتاب على أساس قيام الشركة المصدرة بإدارة العمل على أساس المضاربة، فتمثل عامل المضاربة (المستثمر)، ويمثل مالكو الصكوك أصحاب رأس المال"، وتأخذ صكوك المضاربة العديد من الصور كصكوك المضاربة المطلقة و صكوك المضاربة المقيدة و صكوك المضاربة المستردة بالتدرج ، ويملك حملة الصكوك موجودات المضاربة والحصة المتفق عليها من الربح لأرباب المال ويتحملون الخسارة إن وقعت⁽³⁾.

و يجوز تداول صكوك المضاربة بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط في الأعيان والمنافع، أما قبل بدء النشاط فتراعى ضوابط التصرف في النقود، و ضوابط بيع الدين، وتنقسم صكوك المضاربة إلى صكوك

(1) زياد الدماغ، دور الصكوك الإسلامية في دعم قطاع الوقف الإسلامي، ورقة بحثية مقدم إلى مؤتمر عالمي عن: قوانين الأوقاف وإدارتها: وقائع وتطلعات، بماليزيا، ص8.

(2) معطى الله خير الدين، أ. شرياق رفيق، مرجع سبق ذكره، ص240

(3) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص255

المضاربة المطلقة، صكوك المضاربة المقيدة، صكوك المضاربة المستمرة، صكوك المضاربة المحدودة أو المستردة بالترج (1).

❖ **صكوك المشاركة** : وهي "عبارة عن وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في إنشاء مشروع استثماري، وتصبح موجودات المشروع ملكاً لحملة الصكوك، وتدار الصكوك على أساس عقد المشاركة بتعيين أحد الشركاء لإدارتها بصيغة الوكالة بالاستثمار، و لصكوك المشاركة العديد من الأنواع كصكوك المشاركة المستمرة و صكوك المشاركة المؤقتة و صكوك المشاركة في مشروع معين ، و صكوك المشاركة في مشروع معين تكون الإدارة لجهة أخرى.

وفي هذه الصيغة يكون المصدر لهذه الصكوك هو طالب المشاركة معه في مشروع معين والمكتتبون هم الشركاء في عقد المشاركة، وحصيلة الاكتتاب هي حصة المكتتبين في رأسمال المشاركة، ويملك حملة الصكوك موجودات الشركة بغنمها وغرمها، كما تتحدد آجال صكوك المشاركة بالمدة المحددة للمشروع محل عقد المشاركة، ويستحق حملة صكوك المشاركة حصة من أرباحها بنسبة ما يملكون من صكوك وتوزع الخسارة عليهم بنسبة مساهمتهم (2).

❖ **صكوك المراجعة** : وهي عبارة عن وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لتمويل شراء سلعة المراجعة، وتصبح سلعة المراجعة مملوكة لحملة الصكوك، وهنا يمكن أن تحتاج المنشأة إلى شراء معدات أو تجهيزات، أو خامات أو غير ذلك من المستلزمات، وبالتالي يمكن إصدار صكوك البيع بالمراجعة بناءً على المنشأة المحتاجة، و استعدادها لشراء ما تطلبه بثمن التكلفة والربح الذي تقدمه مع بيان مدة الوفاء و ضمانات الإصدار في كل حالة على حدة (3).

ويملك حملة الصكوك سلعة المراجعة بمجرد شراء شركة الصكوك لهذه السلعة مراجعة، وهم بذلك يستحقون ثمن بيعها، ويجب أن تكون بضاعة المراجعة في ملك وحيازة مدير الإصدار، وبصفته وكيلًا عن حملة الصكوك من تاريخ شرائها وقبضها من بائعها الأول وحتى تاريخ تسليمها لمشتريها مراجعة، ويكون ربح حملة الصكوك هو الفرق بين ثمن شراء بضاعة المراجعة و ثمن بيعها للمشتري مراجعة على أقساط مؤجلة، ويجوز تداول صكوك المراجعة بعد قفل باب الاكتتاب وشراء البضاعة وحتى تاريخ تسليمها للمشتري مقابل ثمن مؤجل أو يدفع على أقساط ويخضع لقيود التصرف في الديون بعد تسليم البضاعة للمشتري وحتى قبض الثمن المؤجل وتصفية العملية (4).

❖ **صكوك الاستصناع** : هي صكوك تطرح لجمع مبلغ لإنشاء مبنى أو صناعة آلة أو معدات مطلوبة من مؤسسة معينة بمبلغ يزيد عن المبلغ اللازم لصناعتها، و حقوق حملة الصكوك تتمثل فيما دفعه ثمنًا لهذه الصكوك إضافة إلى الربح الذي يمثل الفرق بين تكلفة الصناعة و ثمن البيع، فالمصدر لصكوك الاستصناع هو الصانع البائع والمكتتبون فيها هم المشترون للعين المراد صنعها، وحصيلة الاكتتاب هي تكلفة المشروع، ويملك حملة الصكوك العين المصنوعة، ويستحقون ثمن بيعها أو ثمن بيع العين المصنوعة في الاستصناع

(1) د معطل الله خير الدين، أ. شرياق رفيق، مرجع سبق ذكره، ص 238

(2) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص 256

(21) زياد الدماغ ، دور الصكوك الإسلامية في دعم قطاع الوقف الإسلامي، ورقة بحثية مقدم إلى مؤتمر عالمي عن: قوانين الأوقاف وإدارتها، وقائع وتطلعات، بماليزيا، ص 10

(4) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص 256

الموازي إن وجد وتحدد آجال صكوك الاستصناع بلمدة اللازمة لتصنيع العين المباعة استصناعاً وقبض الثمن وتوزيعه على حملة الصكوك⁽¹⁾.

❖ **صكوك السلم** : تمثل ملكية شائعة في رأسمال السلم لتمويل شراء سلع يتم استلامها في المستقبل ثم تسوق على العملاء ويكون العائد على الصكوك هو الربح الناتج عن البيع، ولا يتم تداول هذه الصكوك إلا بعد أن يتحول رأس المال إلى سلع ، وذلك بعد استلامها وقبل بيعها، وتمثل الصكوك حينها ملكية شائعة في هذه السلع، وتعتبر صكوك السلم أداة متميزة لجذب الموارد المالية للحكومات والشركات والأفراد الذين يعملون في إنتاج زراعي أو صناعي أو تجاري حيث أنه يمكن للمنتج أن يمول عمليات الإنتاج من بيع بضاعة آجلة⁽²⁾.

❖ **صكوك المزارعة** : وهي عبارة عن حصص متساوية القيمة يصدرها مالك الأرض الزراعية بغرض تمويل تكاليف الزراعة بموجب عقد المزارعة ويتشارك حملتها في المحاصيل المنتجة بحسب الاتفاق المذكور في العقد⁽³⁾.

وقد يكون المصدر هو المزارع (صاحب العمل) والمكاتبون هم أصحاب الأرض (المستثمرون الذين اشترت الأرض بحصيلة اكتتابهم)، ويملك حملة الصكوك الحصة المتفق عليها مما تنتجه الأرض.

❖ **صكوك المساقاة** : وهي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلتها في سقي أشجار مثمرة والإنفاق عليها ورعايتها على أساس عقد المساقاة، ويصبح لحملة الصكوك حصة من المحصول وفق ما حدده العقد، وصكوك المساقاة يصدرها مالك الأشجار محل التعاقد من أجل تمويل عمليات السقي والرعاية ويتشارك حملتها في المحاصيل المنتجة بموجب عقد المساقاة،

والمصدر لهذه الصكوك هو صاحب الأرض (مالكها أو مالك منافعها) التي فيها الشجر، والمكاتبون فيها هم المساقون في عقد المساقاة، وحصيلة الاكتتاب هي تكاليف العناية بالشجر، وقد يكون المصدر هو المساقى (صاحب العمل)، والمكاتبون هم أصحاب الأرض (المستثمرون الذين سقيت الأرض بحصيلة اكتتابهم) ويستحق حملة الصكوك الحصة المتفق عليها مما تنتجها لأشجار⁽⁴⁾.

ثانياً : كيفية إصدار الصكوك :

يطلق على عملية إصدار الصكوك مصطلح التصكيك، وهي عملية تتم من خلال عدة مراحل كل مرحلة منها يتم تنفيذها من طرف جهة معينة، وتسمى تلك الجهات أطراف عملية التصكيك، ولكي تسهل معرفة كيفية التي يتم بها إصدار الصكوك سنتعرض في البداية للأطراف أو الجهات المشتركة في عملية التصكيك ثم نتناول بعد ذلك آلية إصدار الصكوك.

أ. أطراف عملية إصدار الصكوك الإسلامية :

تتمثل الأطراف الرئيسة المشاركة في عملية إصدار الصكوك الإسلامية في ما يلي :

(1) **الجهة المصدرة للصكوك** وهي الجهة المنشئة لمحفظة التوريد أو محفظة حقوق مالية تباعها وتحصل على قيمتها نقداً، ويطلق عليها اصطلاح البادئ أو المنشئ للتوريد أو البائع الأول للأصول.

(1) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص256

(2) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص257

(3) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص257

(4) د. نوال بن عمارة، مرجع سبق ذكره، ص257

(2) مدير الصكوك، وهو من يتولى إدارة الموجودات المملوكة لحملة الصكوك نيابة عنهم، وغالبا ما يكون عبارة عن شركة ذات غرض خاص تتولى عملية الإصدار، وهي مملوكة بالكامل للشركة البادئة أو المصدر الأصلي وتعتبر كمشتري للأصول منها ثم تباعها للمستثمرين، ويتمثل دورها في الالتزام بسداد قيمة الأصل للمنشئ وإصدار الأوراق بالقيمة الكاملة للأصل وكذلك ضمان مستحقات حملة الصكوك⁽¹⁾، وتتخذ جميع الإجراءات اللازمة لعملية التصكيك مقابل أجر أو عمولة محددة في نشرة الإصدار، وتكون العلاقة بينها وبين حملة الصكوك قائمة على أساس الوكالة بأجر.

(3) المستثمرون (حملة الصكوك) : وهم الحائزون لوثائق الصكوك بمختلف أنواعها، والتي تمثل الموجودات سواء كانت هذه الموجودات أعيانا أو منافع أو خدمات، أو خليطا من بعضها أو كلها.

(4) أمين الاستثمار: وهو المؤسسة المالية الوسيطة التي تتولى حماية مصالح حملة الصكوك والإشراف على مدير الصكوك، كما يحتفظ بالوثائق والضمانات، وذلك على أساس عقد وكالة بأجر تحدده نشرة الإصدار⁽²⁾.

II. آلية إصدار الصكوك الإسلامية :

تمر عملية إصدار الصكوك الإسلامية بخطوات أولية مختلفة يطلق عليها تنظيم (ترتيب) الإصدار، وهذه الخطوات لا تحصل بنفس التسلسل، بل قد تتقدم خطوة على أخرى، كما قد تتم جميع الخطوات أو قد يقتصر على بعضها فقط، وأحيانا توجد عدة بدائل لاختيار أحدها، ولكن الوضع الطبيعي أن تقع كما يلي:

(1) الهيكلة: وتعني إعداد التصور والهيكل التنظيمي الذي يمثل آلية الاستثمار بواسطة الصكوك ودراسة الجدوى ودراسة المسائل القانونية والإجرائية والتنظيمية، وتضمن كل ذلك في نشرة الاكتتاب، وربما يتزامن مع ذلك وضع النظام أو اللائحة و الاتفاقيات التي تحدد حقوق وصلاحيات وواجبات الجهات المختلفة ذات الصلة، ومن الأهمية أن يتم اختيار تلك الجهات بطريقة جيدة لإيجاد عوامل الثقة والطمأنينة لدى المكتتبين، وتتم هذه الخطوة من قبل الجهة القائمة بعملية إنشاء الصكوك، وهي إما من طرف الممولين (كالبنوك مثلا) أو من طرف المستفيد من التمويل، وغالبا ما تستعين الجهة الراغبة في إصدار الصكوك بمكتب خبرة أو دراسات ليتولى عملية التنظيم لقاء عمولة، كما تتم الاستعانة بهيئة شرعية لاستكمال المتطلبات الشرعية واستيفاء الأحكام والضوابط الشرعية.

(2) تمثيل حملة الصكوك (المستثمرين) : ويكون ذلك من خلال تأسيس شركة ذات غرض خاص تسجل في مناطق ذات إعفاء ضريبي، وتكون ذات شخصية مستقلة، بالرغم من أنها مملوكة بالكامل للمستثمرين، وذلك لتمثيلهم في إيجاد العلاقات بالجهات المختلفة وتقوم هذه الشركة بشراء الموجودات التي ستغطي الوحدات المصدرة، ثم يقوم المصدر بإثبات نقل ملكية الأصول من دفاتره إلى دفاتر تلك الشركة ذات الغرض الخاص على أساس البيع، بعد أن يجري تقويمها من جهة متخصصة مستقلة.

(3) طرح الصكوك للاكتتاب : وذلك بهدف جمع الأموال التي ستمول بها الموجودات المثلة بالصكوك.

(4) تسويق الصكوك : ويتم إما بالطرح مباشرة للجمهور، وإما أن يتم بيع الصكوك جملة إلى المستثمر الأول الذي قد يكون بنكا أو مجموعة بنوك، ثم يقوم هو بتسويقها وبيعها إلى الجمهور.

(1) يمكن الرجوع إلى علاء الدين زعتري، الصكوك: تعريفها، أنواعها، أهميتها، دورها في التنمية، حجم إصداراتها، تحديات الإصدار، بحث مقدم لورشة العمل التي أقامتها شركة BDO بعنوان الصكوك الإسلامية، تحديات تنمية، ممارسة دولية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010، ص10.

(2) د معطى الله خير الدين، أ. شرياق رفيق، مرجع سبق ذكره، ص244

- (5) التعهد بتغطية الاكتتاب : يتقدم متعهد تغطية الإصدار بتعهد يلتزم بموجبه بتنظيم الاكتتاب فيما تبقى من الصكوك، حيث يلتزم بشراء الصكوك التي لم يكتب فيها ويبيعا تدريجيا أو يحتفظ بها كليا أو جزئيا.
- (6) مرحلة ما بعد الإصدار : يتم في هذه المرحلة التصنيف الائتماني للصكوك من قبل جهة متخصصة تمهيدا لتحديد الجدارة الائتمانية لإدراجها في سوق التداول إن كانت مما يقبل تداوله ، وفي هذه المرحلة تكون محاولة لتوفير سوق تداول (ثانوية) للصكوك المصدرة من خلال توفير آلية إعادة شرائها من المستثمرين بأسعار يعلن عنها أسبوعيا، مما يضفي صفة السيولة على تلك الصكوك، فيوفر لها جاذبية أكبر بالنسبة للمستثمرين⁽¹⁾.
- خاتمة :

من خلال هذا البحث يمكن الخروج بالنتائج التالية :

- الصكوك أداة استثمارية يمكن أن تلعب دورا مهما في تعبئة الموارد المالية اللازمة لتمويل إنشاء او تطوير مشروع معين سواء كان خاصا أو عاما ويساعد في تحقيق ذلك تنوعها من حيث الصيغ التي تتخذها والأجال التي تمتد عليها.
- تختلف الصكوك عن الأدوات المالية الأخرى في أنها تصدر على أساس عقد شرعي ينظم تسييرها، وهي خاضعة في كل ما يتعلق بها لضوابط شرعية محددة تتناول مختلف جوانبها وتراعي متطلبات تنشيط وتيسير المعاملات المالية التي تقوم على هذه الآلية.
- أن تنوع وتعدد هياكل إصدار الصكوك الإسلامية من شأنه أن يوفر حلا متنوعا للشركات والحكومات الراغبة في الاستفادة من تقنية التصكيك الإسلامي.
- الصكوك الإسلامية وسيلة مفيدة لتمويل مشروعات البنية التحتية والمشروعات التنموية الكبرى وكذا مشروعات التنمية الاجتماعية ومكافحة الفقر وكذلك لتمويل العجز في الميزانية العامة للدولة، ومن هذا المنطلق فإنها تمثل أداة مهمة لجميع الدول وخاصة الدول التي تعاني عجزا في الموارد المالية، وبالتالي فإنه يمكن الاعتماد عليها في إقامة المشاريع التنموية المختلفة، بل إنها يمكن أن تمثل بديلا عن لجوء الدول النامية إلى الديون الخارجية التي ترهق كاهل اقتصاداتها وتجعلها رهينة لشروط ومطالب الدائنين الأجانب.
- تتميز الصكوك بكونها تمثل أداة تمويلية حقيقة ترتبط بالأصول المادية وبالتالي فهي وسيلة لتنمية الاقتصاد الحقيقي وزيادة القيمة المضافة فيه.
- يمكن أن يساهم استخدام الصكوك في تخفيف آثار وانعكاسات الأزمات المالية الدولية على الدول التي تتعامل بها.

قائمة المراجع :

-أولا : الكتب :

1- أمانة هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك، دبي ، الإمارات المتحدة المتجدة ، www.dfm.ae

2. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية ،، المعيار 17، البحرين

3. على أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، المجلد 2 دار الثقافة ، الدوحة ، قطر،

(¹) د معطى الله خير الدين، أ. شرياق رفيق، مرجع سبق ذكره، ص245

4. علي محيي الدين القره داغي، صكوك الاستثمار تأصيلها، وضوابطها الشرعية ودورها في تمويل البنية التحتية والمشاريع الحيوية،
www.qaradaghi.com

5. عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي، الصكوك الإسلامية بدائل للسندات التقليدية مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي الدورة التاسعة عشر، الإمارات العربية المتحدة، 2009.

6. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 5 بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار.

7. محمد منا الشيباني، المصارف الإسلامية الواقع والآثار، مطبعة المحمودية، السعودية.

- ثانيا: الرسائل العلمية :

8. أسامة عبد الحليم الجوربة، صكوك الاستثمار و دورها التنموي في الاقتصاد، بحث لنيل درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية، معهد الدعوة الجامعي،
2009

9. أحمد محمد حسنين الهايج، استخدام الصكوك لتمويل الاستثمارات العامة تطبيق على الحالة المصرية من خلال التجارب الدولية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة.

- ثالثا: الدوريات :

10. عادل سالم محمد الصغير، صكوك المقارضة و موقف الفقه الإسلامي منها، مجلة المختار للعلوم الإنسانية (مجلة علمية محكمة تعني بفروع المعرفة الإنسانية)، العدد (22) لسنة 2013.

- رابعا: الأوراق البحثية :

11. أشرف محمد دوابة، الصكوك في : www.drdawaba.com

12. زياد الدماغ، دور الصكوك الإسلامية في دعم قطاع الوقف الإسلامي، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر عالمي عن: قوانين الأوقاف وإدارتها: وقائع وتطلعات، ماليزيا.

13. حمزة بن حسين الفعر الشريف، صمانات الصكوك الإسلامية، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم، جامعة الملك عبد العزيز جلة، 25 مايو 2010.

14. علاء الدين زعتري، الصكوك: تعريفها، أنواعها، أهميتها، دورها في التنمية، حجم إصداراتها، تحديات الإصدار، بحث مقدم لورشة العمل التي أقامتها شركة BDO بعنوان الصكوك الإسلامية، تحديات تنمية، ممارسة دولية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010

15. معطى الله خير الدين، أ. شريك رفيق، الصكوك الإسلامية كأداة لتمويل مشاريع التنمية الاقتصادية، الملتقى الدولي حول مقومات تحقيق التنمية المستدامة في الاقتصاد الإسلامي.

16. نادية أمين محمد علي، صكوك الاستثمار الشرعية خصائصها و أنواعها، المؤتمر العلمي السنوي 14 الإمارات.

17. نوال بن عمارة، الصكوك الإسلامية ودورها في تطوير السوق المالية الإسلامية، جامعة ورقلة - الجزائر.

18. International islamic financial Market (IMF), Sukuk Raport Acompreasiv, Study of the intrnational Sukuk Marke.

منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في الجزائر



فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

- جامعة تبسة الجزائر -

مقدمة :

تحتل منازعات نزع الملكية للمنفعة العامة مكانة خاصة كيف لا وهي تتعلق أساسا بحق الملكية باعتباره من أقدم الحقوق. ثم أن هذا الحق يرد على عقار وهذا الأخير يحتل مكانة خاصة سواء بالنسبة لأشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص. وكثيرا ما يثير العقار منازعات أخرى كتلك المتعلقة بالبيع العقاري أو الايجار أو الرهن العقاري أو الارتفاق أو الشفعة أو الهبة. حتى أن كثيرا من الدول ونظرا لخصوصية منازعات العقار وشيوعها خصصت هيكلًا قضائيا خاصا سمي بالمحاكم العقارية.

وستتولى من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على الأحكام المقررة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة وبالتحديد المنازعات المتعلقة بها.

وهذا من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية.

المبحث الثاني : خصائص إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية.

المبحث الثالث : تأرجح دعاوى النزع بين قضاء التعويض وقضاء الإلغاء.

المبحث الرابع : خضوع كل مراحل النزع للرقابة القضائية.

المبحث الخامس : تطبيقات قضائية.

المبحث الأول : الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية :

يتمتع حق الملكية الخاصة بحماية دولية كرسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال المادة 17 منه التي أقرت حق الملكية الفردية أو الملكية بطريق الاشتراك. ويتمتع هذا الحق أيضا بحماية دستورية في الجزائر جسدها المادة 52 بقولها: "الملكية الخاصة مضمونة." كما جسدها المادة 20 من الدستور حيث جاء فيها: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف". ويتمتع حق الملكية بحماية قانونية قررها القانون المدني وبيتها المادة 677 من القانون المدني: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون.

غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل."

وبينت المادة الأولى من القانون 91-11 مؤرخ في 27 أبريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية الطابع الاستثنائي لعملية النزع بقولها: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية...". فالأصل هو حق الملكية بما يجلبه لصاحبه من حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، والاستثناء هو النزع للداعي التي حددها القانون وضمن الكيفيات والإجراءات التي نص عليها.

وإذا كان القانون قد اعترف للإدارة بممارسة سلطة النزع لدواعي عامة بقصد إنشاء مشروعات تستوجبها المصلحة العامة، فإن الدستور الجزائري باعتباره القانون الأساس أجاز بصريح العبارة في المادة 143 منه الطعن في القرارات الصادرة عن السلطات العمومية. ومن هنا تنشأ المنازعة المتعلقة بقرارات نزع الملكية للمنفعة العمومية، إما للمطالبة بحق التعويض الناتج عن النزع وبالتالي تدخل الدعوى تحت صنف القضاء الكامل فتعرض على المحكمة الإدارية ولو كانت الجهة النازعة سلطة مركزية. أو للمطالبة بإلغاء قرار إداري يتعلق بالنزع وحينئذ نحن أمام قضاء الإلغاء مما يستوجب رفع الدعوى في حال صدور قرار مركزي أمام مجلس الدولة لا أمام المحكمة الإدارية.

ومن المفيد التذكير أنه صدر بتاريخ 10 يوليو 2005 المرسوم التنفيذي 05-248 المتمم للمرسوم التنفيذي 93-186 المؤرخ في 27 يوليو 1993 المحدد لكيفيات تطبيق القانون 91-11 المذكور.

المبحث الثاني : خصائص إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية :

تتميز إجراءات نزع الملكية بالخصائص التالية :

1- نزع الملكية لا يرد على عقار وقد دل على ذلك المادة 3 من القانون 91-11 المذكور.

2- إن عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية هي عملية إدارية لا دخل للقاضي الإداري فيها. أي أن الإدارة هي صاحبة المبادرة في سير إجراءات عملية نزع الملكية بمختلف مراحلها وأطوارها.¹

3- نزع الملكية للمنفعة العمومية يكون لدواعي تتعلق أساسا بالتحجاز مشاريع ذات مصلحة عامة كالنجاز طريق عام أو سد أو ملعب أو مستشفى... الخ. وتملك الإدارة سلطة تقديرية في تحديد المساحة المراد نزعها وإقامة المشروع العام عليها. ويتم ضبط المساحة من خلال لجنة تحقيق في المنفعة العمومية تتكون من ثلاثة أشخاص لا تربطهم أي مصلحة

¹ أنظر سماعين شامة، المرجع السابق، ص 229.

مع المنزوع ملكيتهم. ويعينون من بين الموجودين في قائمة وطنية تعد سنويا لهذا الغرض حسب نص المادة 5 من القانون 91-11 المذكور. وعلى هذا النحو لا يجوز للإدارة النزاع من أجل أسباب تتعلق بالمضاربة في المجال العقاري.¹

4- نزع الملكية إجراء استثنائي لاكتساب الملكية دل على ذلك المادة الأولى من القانون 91-11. فالأصل هو احترام حق الملكية طالما كان حقا من حقوق الإنسان وحقا دستوريا. غير أنه استثناء قد تضطر الإدارة للنزع من أجل تحقيق مقاصد عامة.

5- يخضع نزع الملكية للمنفعة العمومية لإجراءات محددة ودقيقة لضمان حقوق المنزوع ملكيتهم بينها القانون 91-11 حتى أنه يمكن وصف قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية أنه قانون إجرائي. لأنه تضمن مجموعة إجراءات واجبة الاتباع حين مباشرة عملية النزع.

6- يمثل قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية مظهرا من مظاهر حياد المشرع وحرصه على الموازنة بين مختلف المراكز القانونية. فهو لا ينكر على الإدارة حقها في نزع العقار أو العقارات بغرض تحقيق مشاريع عامة تعود بالفائدة على الأفراد. ولم ينكر على المنزوع ملكيتهم حقهم في الطعن والتوجه للقضاء للمطالبة بإلغاء قرار أو المطالبة بالتعويض.

المبحث الثالث : تأرجح دعاوى النزاع بين قضاء التعويض وقضاء الإلغاء :

قد يبتغي المنزوع ملكيته من خلال دعواه الحصول على تعويض حينها يستوجب الأمر عليه أن يرفع دعوى في الموضوع أمام جهة القضاء الكامل والذي يعود للمحاكم الإدارية طبقا للمادة الأولى من القانون 98-02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية. وطبقا للمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولا يتغير الأمر حتى ولو كانت الجهة المدعى عليها مركزية. لأن مجلس الدولة لا يختص قانونا إلا بالنظر في دعاوى الإلغاء أو فحص أو تفسير قرارات صادرة عن سلطة مركزية. أما والحال أن المعني يريد من خلال دعواه أن يدفع له تعويض عن عقار نزعت الوزارة فما عليه إلا التوجه للمحكمة الإدارية لا مجلس الدولة.

وقد يبتغي رافع الدعوى إلغاء قرار إداري مرتبط بعملية النزاع للمنفعة العامة، ويشير بصدده وجه من أوجه الإلغاء وجب حينئذ التمييز بين قرار يتعلق بالنزع صادر عن وزير أول في شكل مرسوم تنفيذي، أو وزير في حال وجود العقار في دائرة اختصاص ولايتين أو أكثر، أو والي. أي يجب معرفة الجهة المصدرة للقرار حتى نعرف بالتبعية الجهة القضائية المختصة تحتيا أو فوقيا. فإن كان القرار المطعون فيه صادر عن وزير أول أو وزير تعين رفع الدعوى أمام مجلس الدولة طبقا للمادة 9 من القانون العضوي 98-01 المعدل والمتمم. ولا يستوجب الأمر هنا رفع تظلم، إلا إذا رغب المعني في ذلك. وإذا كان القرار صادر عن والي تعين الطعن في القرار أمام المحكمة الإدارية.

¹ لتفصيل أكثر راجع: فتيحة جبار، ضمانات حماية الأملاك العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بسكرة، 2009، ص 159. وأيضا جهاد الحمزة، الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير، جامعة سوق اهراس، ص 91 وما بعدها.

² لتفصيل أكثر راجع محمد زغداوي، نزع الملكية للمنفعة العامة، المفهوم والإجراءات، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 1998، ص 30 وما بعدها. وأيضا كاملة طواهرية، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص 115 وما بعدها.

المبحث الرابع : خضوع كل مراحل النزاع للرقابة القضائية :

تمر عملية النزاع بمراحل طويلة ومعقدة وينجم عنها اتخاذ مجموعة من القرارات ، وينفصل بعضها عن بعض. وهذه القرارات قابلة للطعن القضائي فيها لسبب ما يثيره الطاعن. فقد يتعلق الأمر بالطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية. وقد تتعلق المنازعة بقرار قابلية التنازل. وقد يتعلق الأمر بقرار نزع الملكية.

1- الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية :

يعتبر التصريح بالمنفعة العمومية أحد أهم الإجراءات الجوهرية في عملية النزاع برمتها. لأن المشرع حين خول للإدارة سلطة النزاع قيدها بجملة من الإجراءات حتى لا تسيء استعمال سلطتها وتضر بالغير أصحاب الأملاك العقارية. فالمادة 3 من القانون 91-11 نصت صراحة على ما يلي: " يخضع نزع ملكية العقارات أو حقوق عينية عقارية من أجل المنفعة العمومية لإجراء يشمل مسبقا ما يأتي :

التصريح بالمنفعة العمومية..."

فالتصريح إذن هو أولى خطوات النزاع العلنية وتسبقها بالضرورة خطوات تحضيرية تتمثل في إعداد ملف يسوغ اللجوء إلى إجراءات النزاع ، ويبرر النتائج السلبية التي تمخضت عن محاولات الحصول على العقار بطريق التراضي. ويتضمن الملف تصريح يوضح الهدف من العملية وإطار تمويلها وطبيعة الأشغال وموقعها وأهميتها. وبعد دراسة الملف والمصادقة عليه من المصالح التقنية المختصة يمكن للوالي أن يصدر قرار التصريح بالمنفعة العمومية وفتح التحقيق.

وعن طريق التصريح يتمكن المواطن من إبداء رأيه في المشروع المراد إنجازه. وطبقا للمواد من 4 إلى 9 تقوم بالتحقيق للمنفعة العمومية لجنة تتكون من ثلاثة أشخاص يعينون من بين قائمة وطنية. ويكون قرار فتح التحقيق وتعيين اللجنة موضوع إشهار بالبلدية المعنية. ويجب أن يبين القرار تحت طائلة البطلان طبيعة ومكان الأشغال المراد إنجازها. وتحول للجنة التحقيق سماع أي شخص والحصول على أي معلومات ضرورية لأداء عملها. وتقدم اللجنة في أجل 15 يوما من انتهاء التحقيق تقريرها للسلطة الإدارية التي عينتها.¹

ونصت المادة 10 من القانون 91-11 على وجوب احتواء قرار التصريح بالمنفعة العمومية على مجموعة بيانات تحت طائلة البطلان بما يعني أنها بيانات جوهرية لا يجوز للإدارة إغفالها أو تجاهلها وغيابها يؤدي حتما إلى بطلان القرار ويتعلق الأمر بـ :

-أهداف عملية النزاع المزمع تنفيذها.

-مساحة العقارات وموقعها ومواصفاتها.

-مشمات الأشغال المزمع القيام بها.

-تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية.

¹ لتفصيل أكثر حول إجراءات النزاع راجع: سماعين شامة، المرجع السابق، ص 230.

-الأجل الأقصى المحدد لعملية النزاع والذي لا يمكن أن يتجاوز 4 سنوات ويمكن تجديده مرة واحدة بنفس المدة إذا تعلق الأمر بعمليات كبرى ذات منفعة وطنية.

وإلى جانب ذلك وجب نشر القرار في الجريدة الرسمية أو مدونة القرارات الولائية. وأن يبلغ لكل واحد من المعنيين. وأن يعلق في مقر البلدية. واستثنى المشرع من إجراء التحقيق العمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني. ولا يخضع القرار هنا للنشر. واشترط المشرع مع ذلك تبليغه.¹

ولقد أجازت المادة 14 من القانون 91-11 صراحة لكل صاحب مصلحة الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية. وقيدت أجل الطعن بشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره. وفرضت ذات المادة على الجهة القضائية المختصة أن تفصل في الدعوى وتصدر قرارها في أجل أقصاه شهرين من تاريخ رفع الدعوى أو الطعن كما سماه المشرع. ويعود سر تقليص الأجل إلى معرفة مصير إجراءات النزاع في زمن معقول.

ولما كانت البيانات المذكورة في المادة 10 من أهداف عملية النزاع وكذلك مساحة العقار والأشغال المراد إنجازها والأجل الأقصى للنزاع، فإن غياب أحد هذه البيانات يخول لصاحب المصلحة رفع دعوى إلغاء ضد قرار التصريح للسبب المذكور.

2- الطعن في قرار قابلية التنازل :

تتولى مصالح أملاك الدولة طبقا للمادة 20 من القانون 91-11 تقييم العقار أو العقارات المنزوعة وهذا بعد إخطارها من الجهات المعنية بملف يشمل ما يلي :

- قرار التصريح بالمنفعة العمومية.

- التصميم الجزئي بقائمة المالكين وذوي الحقوق.

وتتولى المصلحة المختصة على مستوى أملاك الدولة إعداد تقرير يتضمن التعويض والذي فرض القانون أن يكون عادلا ومنصفا وهذا حسب طبيعة العقار ومشمولاته واستعماله الفعلي من قبل مالكيه. وتقدر قيمة التعويض في اليوم الذي يحال فيه الملف على المصلحة المختصة بالتقييم.

وبعد إتمام عملية التقييم من قبل مصالح أملاك الدولة يحرر قرار إداري يتعلق بقابلية التنازل. ويشمل طبقا للمادة 24 من القانون المذكور قائمة العقارات والحقوق العينية المزمع نزاعها ويبين تحت طائلة البطلان هوية المالك أو الملاك كما يحدد العقارات ومبلغ التعويض. ويبلغ القرار لكل واحد من الملاك أو ذوي الحقوق. وكل هذه بيانات جوهرية شدد المشرع على توافرها في قرار القابلية للتنازل. فإن خلى القرار من بيان جوهرية جاز لصاحب المصلحة الطعن فيه قضائيا. لأن المشرع ذكر عبارة تحت طائلة البطلان بما يعني أن إغفال ذكرها ينجم عنه البطلان.

¹ لتفصيل أكثر راجع: أحلام حراش، منازعات قرارات نزع الملكية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2012، ص 12 وما بعدها. وأيضا سفيان سوامل الرقابة القضائية على إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة سوق اهراس، 2009، ص 27 وما بعدها.

وحيث صدور قرار قابلية التنازل تتولى السلطة الإدارية إيداع مبلغ التعويض لدى الخزينة. ويجب على من نزعت ملكيته الإفصاح عن المبلغ الذي يريده في مهلة 15 يوما ابتداء من تاريخ تحديد مبلغ التعويض لدى خزينة الولاية. وتلح النصوص التنظيمية على ضرورة إيجاد صيغ للتراضي وهذا لتجنب الطريق القضائي. ونتيجة لذلك سنكون أمام أحد الوضعيتين:

1- قبول المالك أو المالكين بالمبلغ. ولا إشكال في هذه الحالة.

2- رفض المالك أو المالكين للمبلغ. وفي هذه الحالة لا مفر من سلوك الطريق القضائي وهو ما اعترفت به النصوص التنظيمية.

ومن منطلق أن القضاء الإداري مكلف دستوريا وقانونيا بحماية الحقوق والحفاظة عليه سيسعى من خلال ما يعرض أمامه من دعاوى على إجبار الإدارة باحترام القانون والتصريح بإلغاء كل قرار يتضمن قابلية التنازل ويغفل عن بيان جوهرى أو إجراء جوهرى. ومن هنا تبنى دولة القانون ودولة المؤسسات.

وترفع دعوى الطعن في القرار الإداري المتعلق بقابلية التنازل في أجل شهر من تاريخ التبليغ طبقا للمادة 26 من القانون 91-11. وهنا أيضا نسجل اعتماد المشرع في قانون نزع الملكية للأجل الخاصة توخيا للسرعة في تحقيق المشاريع العامة.

3- الطعن في قرار نزع الملكية :

المرحلة الأخيرة ضمن سلسلة عملية النزع هي إصدار القرار الإداري القاضي بنقل الملكية . ويحرر قرار النزع في الحالات التالية :

- إذا حصل اتفاق بالتراضي.

- إذا لم يقدم صاحب المصلحة أي طعن خلال شهر من تبليغه القرار الإداري الخاص بالقابلية للتنازل.

- إذا صدر قرار قضائي نهائي لصالح نزع الملكية.

ويبلغ قرار نزع الملكية للمعنيين حسب الأشكال المقررة قانونا. ويشهر على مستوى الجهات المعنية أي مصلحة الشهر العقاري المختصة إقليميا. ويلزم المعنيون بإخلاء المكان طبقا للمادة 30 من القانون 91-11. ولم يشر المشرع صراحة لقابلية قرار النقل للطعن القضائي كما فعل بالنسبة لباقي القرارات. غير أنه وطبقا للمادة 143 من الدستور فإن كل قرار صادر عن السلطات العمومية قابل للطعن فيه. وقرار نقل الملكية صادر عن سلطة مختصة فهو مشمول بالطعن القضائي.

المبحث الخامس : تطبيقات قضائية :

يملك القاضي الإداري في الدعوى المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية جملة من الصلاحيات فله أن يتأكد أولا هل تم الاستجابة للجوانب الشكلية والإجرائية من خلال عملية النزاع، مثلا يتأكد هل بلغت الإدارة قرارها للمعنيين أي الملاك؟¹

ولقد أرسدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا ومجلس الدولة بعدها جملة من المبادئ في مجال منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية نستدل ببعض منها فيما يلي :

1- السلطة التقديرية للإدارة في اختيار العقار :

قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 66960 بتاريخ 21-04-1990²

أقرت الغرفة الاجتهاد التالي :

"...من المستقر عليه قضاء أن القاضي غير مؤهل بمراقبة مسألة ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع ذي المنفعة العمومية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله."

2- من يتحمل دفع التعويض؟

إن الإجابة على هذا السؤال تدفعنا لعرض بعض تطبيقات مجلس الدولة في الموضوع. فالولاية كجهة نازعة للملكية حاولت في بعض القرارات المعروضة على مجلس الدولة أن تتهرب من دفع التعويض. بما يجعل إشكالية من يدفع التعويض قائمة أمام عدم حسم التشريع فيها.

القطاع المستفيد لا يتحمل التعويض بل تتحمله الجهة التي نزعت :

قرار مجلس الدولة بتاريخ 14-12-2001³

حيث أنه بموجب عريضة استئناف مسجلة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة استأنف السيد والي عنابة القرار الصادر عن الغرفة الإدارية والقاضي بإلزام ولاية عنابة بالتضامن مع مديرية البناء بدفعهما للمدعي مبلغ 6.820.608.00 دج تعويضا عن الأرض المنزوعة.

حيث يعرض المستأنف أنه في إطار إنجاز الشطر الثاني لجامعة عنابة قررت كل من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التعمير نزع ملكية الأرض.

¹ لتفصيل أكثر راجع المستشار ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 13 وما بعدها..

² أنظر المجلة القضائية العدد 3، 1992، ص 154.

³ أشار إليه حسين بن شيخ آث ملوينا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ص 407.

وحيث أن والي ولاية عنابة تصرف باعتباره ممثلاً للدولة.

حيث أن الوالي يطلب إخراجه من الخصام.

وعليه :

وحيث أنه من الثابت أن الوالي هو ممثل الدولة في ولايته وبهذه الصفة فإنه هو من يتخذ مقررات نزع الملكية المتعلقة بولايته. وكون أن هذا هو الشأن في قضية الحال فالسيد الوالي هو متخذ مقرر نزع الملكية بالنتيجة فإنه ملزم بدفع التعويض المستحق.

النتيجة المستخلصة من القرار سلطة النزاع هي من تتحمل التعويض.

3- الجهة المستفيدة هي من تتحمل التعويض ويجب إدخالها في الخصام :

قرار مجلس الدولة الغرفة الخامسة ملف **012368** بتاريخ **25-06-2002**¹

الجهة الملزمة بدفع التعويض الجهة المستفيدة.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف **015255** فهرس **782** بتاريخ **16-09-2003**²

حيث أنه وبموجب عريضة مودعة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة أعاد السيد والي ولاية معسكر المباشر للخصام بواسطة الأستاذ...السير في الدعوى.

وجاء في العريضة أنه طعن بالاستئناف في القرار المؤرخ في **16-01-1999** الصادر عن مجلس قضاء معسكر والقاضي بأن يدفع للمدعي مبلغ **4.394.124.99** دج مقابل تعويض نزع ملكية.

وحيث أنه قبل الفصل في الموضوع أمر مجلس الدولة بإدخال شركة النقل بالسكك الحديدية في الخصام وقام المستأنف بالاستجابة لهذا الأمر معيدا السير في الدعوى وهي الدعوى المعروضة على المجلس حالياً.

وحيث أنه يتعين إذن وتطبيقاً للاجتهد المستقر عليه بمجلس الدولة القول أن التعويض المستحق من طرف المستأنف عليه تتحمله المستفيدة المدخلة في الخصام.

وبالنتيجة أيد مجلس الدولة القرار مبدئياً مع تعديله بإخراج ولاية معسكر من الخصام والقضاء على الشركة الوطنية للسكك الحديدية المدخلة في الخصام بأدائها للمستأنف عليه التعويض المحكوم به.

¹ أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 182.

² غير منشور.

4- مبلغ التعويض تتحمله الولاية لا الوزارة :

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 015811 فهرس 99 بتاريخ 20-04-2004¹

حيث أنه بموجب عريضة استئناف مودعة لدى أمانة مجلس الدولة تقدم ممثلا للدولة الجزائرية وزير السكن بالطعن في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الشلف والقاضي...بتحميل وزارة السكن بدفع مبلغ التعويض المحدد بـ 50.000.000.00 دج.

وحيث أن وزير السكن يدفع بعدم اختصاص الغرفة المحلية لمجلس قضاء الشلف.

غير أن مجلس الدولة رد على الدفع بالقول أن دعوى الحال هي دعوى تعويض لا إلغاء وبالتالي أسقط الدفع ورد عليه طبقا للقانون.

وبالنتيجة قرر المجلس :

إخراج وزير السكن من النزاع.

القول أن التعويض المستحق والمقدر بـ... يسدد من طرف الدولة ممثلة في شخص والي ولاية الشلف إلى ورثة...

5- نزع الملكية لا يكفي الإشهار في الجريدة ولكن مع هذا وجب التبليغ :

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 013370 فهرس 90 بتاريخ 20-04-2004²

ولكن حيث بالرجوع إلى أحكام القانون 91-11 المؤرخ في...المتعلق بنزع الملكية فإن السلطة النازعة ليست ملزمة فقط بإشهار قراراتها بل تبلغها للملاك المعنيين والتبليغ يعتبر من الإجراءات الجوهرية والذي لم يثبت المستأنف احترامه مما يجعل دفعة بفوات الأجل غير مؤسس.

6- يجوز استرجاع القطعة المنزوعة بعد انتهاء المدة القانونية.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 012358 الفهرس 837 بتاريخ 21-10-2003³

حيث أن المادة 48 من الأمر 48-76 المؤرخ في 25 ماي 1976 المتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة تنص أنه إذا لم يعين للعقارات التي نزعت ملكيتها التخصيص المقرر لها خلال 5 سنوات أو نزع عنها ذلك جاز للمالكين القداماء أو خلفائهم على وجه العموم أن يطلبوا إعادة البيع لهم خلال مهلة 15 من تاريخ نزع الملكية ما يصدر تصريح جديد بالمنفعة العمومية.

¹ غير منشور.

² غير منشور.

³ غير منشور.

وبالنتيجة أمر مجلس الدولة بإرجاع القطعة الأرضية محل النزاع لفائدة ورثة...

الإشهاد للورثة بتعهدهم بدفع مبلغ 425.613.00 دج للخزينة العمومية.¹

ولقد أشارت عديد الدراسات أن القانون وإن كان قد قطع في أن المراد من عملية النزاع هو تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية وإنشاء تجهيزات جماعية وبصفة عامة أعمال كبرى ذات منفعة عامة. إلا أن الإدارة قد تنزع ملكية ولا تنفذ المشروع أو تحول الملك المنزوع لأغراض خاصة كإنجاز تعاونيات عقارية وتوزيع الملك المنزوع في شكل قطع لإنجاز سكنات فردية.²

¹ لتفصيل أكثر بخصوص حق الاسترجاع راجع، محمد بوذريعات، الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة وأولوية الشراء أو الإيجار، مجلة مجلس الدولة، العدد 2003، 3، ص 31 وما بعدها..

² أنظر الدكتور معاشو عمار، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، العدد 2006، 8، ص 156.

نظرية النكح في الشريعة

نظام النكح وضاوإبطه الشرعية والإجرائية

عزل المحكمين - نقض الأحكام - سبل الإلزام - أخذ الأجر على النكح



فضيلة الأستاذ الدكتور حاتم محمد الحاج

أستاذ الفقه المساعد بكلية الدراسات الإسلامية

بجامعة مشكاة عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

مقدمة :

بسم الله والحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا؛ من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، بلغ عن ربه فأتم البلاغ، وبين لنا شرائع ديننا في شتى مناحي الحياة، حتى غبطنا على بيانه أهل الكتاب. فاللهم صل وسلم عليه وعلى آله وصحبه ومن اتبع ملته إلى يوم الدين. أما بعد،

فإن التحكيم بين المسلمين المقيمين في البلاد ذات الأغلبية غير المسلمة قضية بالغة الأهمية وعظيمة الخطر، ولها أهمية عظيمة تتزايد يوماً بعد يوم لعدة أسباب من أهمها:

زيادة أعداد المسلمين المقيمين خارج ديار الإسلام، ووجوب سعي هؤلاء وغيرهم من عموم المسلمين، قدر الإمكان، إلى تحكيم شريعتهم، فيما يكون بينهم من نزاعات وخصومات، امتثالاً لأمر الله تعالى لهم وحرصاً على تحصيل ما أودعه تعالى فيها من العدل والرحمة والخير والمصلحة في المعاش والمعاد والعاجل والآجل.

ومنها كذلك نمو الوعي في البلاد الغربية بفوائد التحكيم، إذ يكون أَرْضَى للناس، سيما هؤلاء الذين لا يشتركون مع الأغلبية في كل محددات الثقافة والهوية، وأهمها الدين. وكذلك فإنه يرفع الكثير من الأعباء عن كاهل مؤسسة القضاء التي أثقلت في كل البلاد بزيادة النزاعات بين الناس واحتدام الخصومات.

إن هذا التحكيم الذي كانت الدول الحديثة تقف منه موقف الريبة خشية أن يחדش من سيادتها، والآن تسعى كثير منها إلى ضبط تراتيبيه لتوسيع رقعة الاستفادة منه، قد أقره الإسلام بضوابط محكمة منذ أربعة عشر قرناً من الزمان ونيف. ولكن الشارع تعالى إذ أقره لفوائده العظيمة، ما كان سبحانه ليغفل عن ضرر الاسترسال فيه، كون ذلك يחדش من سيادة الدولة، أو كما يقول فقهاؤنا يخرم أبهة الولاية ويخرق قاعدتها. من أجل ذلك، جاءت أحكام الشريعة بصدده وسطاً بين الغلو فيه والجفاء عنه، فتم لها تحصيل منفعه وتكميلها ومنع مضاره أو تقليلها.

ولقد عنيت في بحثي هذا بالمواضيع الآتية :

- هل يعد التحكيم ملزماً بالشروع فيه؟ أم لا بد أن يبقى الرضا بالتحكيم وبالحكمين إلى نهاية النظر في الخصومة؟
- هل يجوز الطعن في قرار هيئات التحكيم كما يطعن في أحكام القضاء؟ وهل يجوز أن يتفق الطرفان على جهة للطعن من البداية؟ وما مدى مناسبة أن يكون الجمع هو الجهة التي تدقق أمامها قرارات هيئات التحكيم لمن أراد أن يدقق هذه الأحكام؟
- كيف تتحول قرارات هيئة التحكيم إلى قرارات ملزمة تتمتع بالإلزام القانوني كما تتمتع أحكام المحاكم؟ وما مدى ضرورة أن يوجد في هيئات التحكيم مستشار قانوني ضماناً للجدية والضبط القانوني؟
- هل هناك من حرج في تحميل المتحاكمين مصروفات الخصومة؟ وهل هناك ما يمنع من أن تكون نسبة مئوية من قيمة الخصومة إذا كانت حول مسائل مالية؟ وماذا لو فشل التحكيم في أثناء الطريق وانسحب أحد الخصوم أو ترك البلاد وسافر، فهل يفوت هذا أجر هيئات التحكيم عما بذلت من جهد ووقت؟
- وقبل أن أبدأ في تناول هذه الموضوعات مستعينا بالله ومتوكلاً عليه، أقدم لها ببعض ما تجدر الإشارة إليه، وذلك من غير إسهاب، فأكثرها مما يعالج في بحوث أخرى. ولعل البداية ينبغي أن تكون بذكر مقدمات ضرورية عن التحكيم ونطاقه.

أولاً : تعريف التحكيم :

التحكيم، كما في مجلة الأحكام: "هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة."¹ وركنه إيجاب من طرفي قبول من الآخر، ويكون الإيجاب بأي لفظ دال عليه.²

¹ -المجلة ج 1 ص 365

² - انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 640

ثانياً : حكم التحكيم :

ذهب الجمهور من أهل العلم إلى مشروعية التحكيم أو استحبابه، وهم الحنفية¹ والمالكية² والحنابلة³ وأكثر الشافعية⁴ - وهو المذهب، ونقل الإجماع على جوازه.⁵ واستدلوا بالآتي :

قوله تعالى : " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا " [النساء: 35] جعلها أكثرهم أصلاً في التحكيم. وقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْغُلُوبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكُمْ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ " [المائدة: 95] احتج بها ابن عباس رضي الله عنهما على الخوارج في شأن التحكيم يوم صفين.

وعن شريح عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله ص مع قومه سمعهم يَكُونُونَ بِأَيِّ الْحَكَمِ فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ص فَقَالَ : " إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ وَإِلَيْهِ الْحُكْمُ فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَمِ فَقَالَ إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِي كُلَّ الْفَرِيقَيْنِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص مَا أَحْسَنَ هَذَا فَمَا لَكَ مِنَ الْوَلَدِ قَالَ لِي شَرِيحٌ وَمُسْلِمٌ وَعَبْدُ اللَّهِ قَالَ فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ قُلْتَ شَرِيحٌ قَالَ فَأَنْتَ أَبُو شَرِيحٍ."⁶

كذلك ورد التحكيم من فعل كبار الصحابة رضي الله عنهم، بل نقل إجماعهم على جوازه. ومن ذلك التحكيم الذي جرى بين علي ومعاوية رضي الله تعالى عنهما. وعن ابن أبي مليكة رحمه الله أن عثمان ت ابتاع من طلحة بن عبيد الله ت أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان ت ثم قال بايعتك ما لم أره فقال طلحة ت إنما النظر لي إنما ابتعت مغيباً وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت فجعلنا بينهما حكماً فحكما جبير بن مطعم ت ففضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً.⁷

ومنع بعض الشافعية والحنابلة وكذلك الظاهرية منه وإن كان المفهوم من كلام أكثر من منع أنه عند وجود القاضي.

والحاصل أن القول الصحيح الذي عليه عامة أهل العلم هو جواز التحكيم، بل نقل عليه الإجماع.⁸ ولكن المشروعية ترقى إلى الاستحباب عند كون التحكيم أدعى لسرعة الفصل بين الناس ورضا الخصمين والتخفيف عن

1- العناية شرح الهداية ج 10 ص 294: تبين الحقائق ج 4 ص 194

2- تبصرة الحكام ج 1 ص 48 - 50

3- الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 241

4- الحاوي الكبير ج 16 ص 170 - 172

5- تبين الحقائق ج 4 ص 194

6- سنن أبي داود ج 4 ص 289

7- سنن الميهقي الكبرى ج 5 ص 268

8- تبين الحقائق ج 4 ص 194

القضاء وحفظ أموال المتخاصمين وبيت المال... الخ. أما في حالة الأقليات المسلمة في غير البلدان الإسلامية، فالجواب ظاهر، كون التحكيم سبيلهم الوحيد إلى تحكيم شرع الله فيما شجر بينهم، سيما في أحكام الأسرة كالنكاح والطلاق وغيرها مما يسمى قوانين الأحوال الشخصية.

ثالثا : ما يجوز فيه التحكيم :

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم، فعند الحنفية لا يجوز في الحدود الواجبة لله وكذلك القصاص في الصحيح، وكذا اللعان كونه يقوم مقام الحد¹ أما المالكية، فجائز عندهم إلا في عشرة مواضع: الرشد وضده والوصية والحبس المعقب وأمر الغائب والنسب والولاء وحد وقصاص ومال² وزاد البعض الطلاق والعتق واللعان، وضعف الزيادة الخرشية في شرحه³ وعند الشافعية خلاف، والمذهب أنه لا يجوز في الحدود ويجوز في غيرها وقيل بشرط عدم وجود قاض⁴. أما الحنابلة، فظاهر كلام أحمد جوازه في كل ما يجوز فيه القضاء، حتى مع وجود قاض⁵. وقال القاضي أبو أبو يعلى بجواز التحكيم في الأموال خاصة وأما النكاح والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم، وهو قول عند الشافعية⁶.

وحاصله أنهم يستثنون من محل التحكيم ما ليس من حق المتحاكمين، كالحد والقتل والطلاق فإنه يتعلق بهم حق الله تعالى وكالنسب واللعان لتعلق حقوق لغير المتحاكمين بهما. يقول ابن العربي - رحمه الله: " والضابط أن كل حق اختص به الخصمان جاز التحكيم فيه ونفذ تحكيم المحكم به." ⁷ وكذلك يستثنون ما يؤدي التحكيم فيه إلى انحرام نظام الدولة، وفي ذلك يقول الخطيب الشربيني - رحمه الله: " ليس للمحكم أن يجس بل غايته الإثبات والحكم وقضيته أنه ليس له الترسيم قال الرافعي نقلا عن الغزالي وإذا حكم بشيء من العقوبات كالقصاص وحد القذف لم يستوفه لأن ذلك يجرم أبهة الولاية." ⁸

ولما كان الكلام عن هذه المسألة مما تعنى بحوث أخرى ببيانها، أكتفى بما مر ولكن مع التنبيه إلى كون هذه الاستثناءات التي استثناها البعض، منها ما يبقى خارج نطاق التحكيم خارج بلاد الإسلام كالحدود وسائر الدماء، وإن جاز النظر في عقوبات تعزيرية مالية في بعضها. ولكن منها ما لا يجوز خارج أرض الإسلام استثناءؤه كالنكاح مثلا، فإن مأل القول بهذا أن يتحاكم المسلمون بهذا الخصوص إلى غير شرع الله. إن الذي يظهر أن السقف الأعلى لما يدخل

1- تبين الحقائق ج 4 ص 194

2- مختصر خليل ج 1 ص 207 - 208.

3- شرح مختصر خليل ج 5 ص 300

4- مغني المحتاج ج 4 ص 378

5- المغني ج 10 ص 137

6- مغني المحتاج ج 4 ص 378

7- أحكام القرآن لابن العربي ج 2 ص 125

8- مغني المحتاج ج 4 ص 379

في دائرة التحكيم - بخلاف الحدود والقصاص - ستحدده القوانين المحلية، فكل ما سمحت به تلك القوانين، وجب على المسلمين أن يحكموا العدول منهم فيه.

رابعاً أهمية التحكيم للأقليات المسلمة وهل للحكام في تلك الأحوال حكم القضاة إن جموعاً غفيرة من المسلمين في هذا العصر يقيمون خارج ديار الإسلام، سواء أكانوا من أهل تلك البلاد غير الإسلامية، أو ممن هاجر إليها. وإنهم تحدث بينهم خصومات، وهم مأمورون - متى تيسرت السبل - بتنصيب من يفصل فيها بشرع الله تعالى، فقد استقر العلم بوجوب ذلك، وأجمع أهل العلم أنه متى ما أمكن تحكيم شرع الله فلا يسع أحداً من المكلفين أن يعدل عنه إلى غيره. إن الإعراض عن حكم الله لمن الطوام العظيمة التي توقع مقترفها في الكفر إن كان مستحلاً أو كبائر الذنوب إن كان ظلماً متبعاً للهوى. قال الله تعالى: "إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ" (1)، وقال: "وَلَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا" (2)، وقال: "وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ" (3)، وقال: "أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ" (4)

والسؤال المطروح هو ما إذا كان بإمكان المسلمين التحاكم فيما شجر بينهم إلى شرع الله وهم في تلك البلاد غير الإسلامية؟ والجواب هو أن هناك مساحة تسمح بشيء كثير من ذلك في أكثر تلك البلاد، وهي مساحة معقولة، وإن كانت دون ما وفره الإسلام في أرضه لأصحاب الملل الأخرى منذ أربعة عشر قرناً، ولكن وجود هذه المساحة في إطار ما يعرف بنظام (Arbitration) أو التحكيم لا يترك للمسلمين أي عذر في ترك الاستفادة الكاملة منه، ليحكموا شرع الله فيما تنازعوا فيه.

إن الحكام في تلك البلاد إذا كانت لهم أهلية القضاء وخولهم السلطان - وإن كان كافراً - فإنهم قضاة لهم ما للقضاة من أحكام، وإن لم يخولوا، فينبغي أن يصطلح المسلمون فيما بينهم على الالتزام بأحكامهم متى كانت هناك فسحة لذلك بالقانون. إن جماعة المسلمين أو العدول يقومون مقام الوالي والقاضي عند شغور الزمان منه، وهذا هو القول الصحيح الذي يحمي على الناس حقائق الإيمان وأصول الدين. قال ابن مسعود: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن".

قال ابن عابدين - رحمه الله: "قوله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) أي الظالم وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ... قلت وهذا حيث لا ضرورة وإلا فلهم تولية القاضي أيضاً... قوله (ولو كافراً) في التاترخانية الإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد وبلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام... وأما بلاد عليها ولاية كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين فيجب عليهم أن يلتزموا والياً مسلماً منهم... وفي الفتح وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماماً يصلي بهم الجمعة." (5)

(1) الأنعام: 57، ويوسف: 40.

(2) الكهف: 26، وقد قرأها ابن عامر أحد القراء السبعة (ولا تشرك في حكمه أحداً) بلا الناهية، وانظر إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر ص 289.

(3) المائدة: 44.

(4) المائدة: 50.

(5) حاشية ابن عابدين ج 5 ص 368 - 369.

وقال الخرشبي - رحمه الله - في شرح المختصر أن لزوجة المفقود أن " ترفع أمرها إلى القاضي أو إلى الوالي وهو قاضي الشرطة أي السياسة وإلى ولاية المياه وهم الذين يأخذون الزكاة ليكشفوا عن أمر زوجها إذ الحق لها ... وإلا فلجماعة المسلمين أي فإن لم تجد المرأة أحدا ممن ذكر فإنها ترفع أمرها إلى جماعة المسلمين والواحد منهم كاف..."¹

وقال الجويني - رحمه الله: "أما ما يسوغ استقلال الناس فيه بأنفسهم، ولكن الأدب يقتضي فيه مطالعة ذوي الأمور ومراجعة مرموق العصر، كعقد الجمع وجر العساكر إلى الجهاد واستيفاء القصاص في النفس والطرف فيتولاه الناس عند خلو الدهر... فإذا خلا الزمان عن السلطانوجب البدار على حسب الإمكان إلى درء البوائق عن أهل الإيمان."²

وقال أبو يعلى - رحمه الله - في الأحكام السلطانية: "ولو اتفق أهل بلد قد خلا من قاض على أن قلدوا عليهم قاضيا فإن كان إمام الوقت موجودا بطل التقليد وإن كان مفقودا صح."³

إنه ينبغي مراعاة خصوصية وضع الجاليات المسلمة عند مناقشة قضية التحكيم بالنسبة لهم، فبينما يكون الجواز أو الاستحباب حكمه في بلاد الإسلام التي تتحاكم إلى شرع الله، إذ القضاء الإسلامي هو الخيار الآخر، لكن قد يخفف التحكيم عنه لكثرة المنازعات. ولكن الحال في غير البلاد الإسلامية التي لا تتحاكم إلى الشرع مختلف، فإنهم إن لم يحكموا أمثل أهل العلم من المسلمين في منازعاتهم لآل الأمر إلى تحكيم غير ما أنزل الله في خاصة أمورهم وأحكام نكاحهم وطلاقهم وغيرها. إنه إن اتفق المسلمون على تنصيب وال لهم⁴ وقام هذا بدوره بتنصيب القضاة الذين يحكمون بين المسلمين في تلك البلاد غير الإسلامية فإن هؤلاء تكون لهم ما للقضاة من أحكام، وإن لم يفعلوا، فأقل ما يقال عن صلاحيات التحكيم أن السقف الأعلى لهذه الدائرة ستحدده القوانين المحلية، فكل ما سمحت به - بخلاف الحدود - وجب على المسلمين أن يحكموا العدول منهم فيه، وقد يسوغ كذلك النظر في إمكان التعوض عن بعض الحدود بعقوبات تعزيرية مالية.

إننا ينبغي كذلك أن نستصحب أهمية التحكيم بالنسبة إلى الجاليات المسلمة بالغرب وعموم الأقليات المسلمة بالعالم بل والمسلمين كافة في البلاد التي لا يحكم فيها بشرع الله تعالى وذلك في ترجيحنا في هذا الباب كله، ليكون أقرب ما يمكن إلى القضاء من حيث الإلزام.

هل يعد التحكيم ملزما بالشروع فيه؟ أم لا بد أن يبقى الرضا به إلى نهاية النظر في الخصومة؟

لقد اختلف أهل العلم في ذلك، فذهب عامتهم إلى أنه ملزم بعد الحكم، ولم يرد في ذلك إلا خلاف ضعيف عن الشافعية⁵ يؤدي العمل به إلى نقض نظرية التحكيم من أصلها. أما بعد الشروع وقبل الحكم، فذهب الأحناف والمالكية في صحيح المذهب والحنابلة في وجه إلى حق أي من المحكمين في عزل المحكم، بينما ذهب المالكية إلى سقوط

¹-شرح مختصر خليل ج 4 ص 14

²-غياث الأمم ج 1 ص 279

³-الأحكام السلطانية ج 1 ص 58

⁴-قد تقوم هيئات إسلامية بهذا الدور في البلدان الغربية.

⁵-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

ذلك الحق عند قيام البيئة والحنابلة أسقطوه في وجه بعد الشروع، وحكاه الإصطخري وجهًا عند الشافعية¹، وهو قول ابن الماجشون من المالكية².

قول السادة الأحناف :

لا يختلف المذهب عند الأحناف على جواز عزل المحكم قبل الحكم، ففي درر الحكام: "لذلك لو حاكم المحكم الطرفين وقال إنني أرى المدعي محقا في دعواه فعزله المدعى عليه قبل الحكم وحكم المحكم بعد ذلك للمدعي فلا ينفذ الحكم. كذلك لو حكم الطرفان حكما ليفصل الست الدعاوى المتكونة بينهما ففصل هذا الحكم قضية أو قضيتين لصالح أحد الطرفين وحكم على الآخر فعزل المحكوم عليه المحكم فيصح عزله في حق الدعاوى الأخرى... أما لو عزلاه بعد الحكم فلا يبطل حكمه لأن هذا الحكم قد صدر من ذي ولاية شرعية."³

قول السادة المالكية :

المذهب عند المالكية عدم جواز عزل المحكم بعد استيعاب الكشف عن حال المترافعين⁴ أو قيام البيئة، وفي تبصرة الحكام لابن فرحون - رحمه الله: "ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البيئة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه. وقال أصبغ لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشبا في الخصومة عنده فيلزمهما التماذي فيها كما ليس لأحدهما إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلًا أو يعزله. وقال سحنون في كتاب ابنه لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما. وقال ابن الماجشون ليس لأحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما."⁵

قول السادة الشافعية :

المذهب المعتمد عند الشافعية أن المحكم ينزل بعزل أحد الخصمين له قبل الحكم وبعد الشروع وفي وجه حكاه الإصطخري - رحمه الله - لا ينزل وفي قول ضعيف لا يلزم المتخاصمين قبول حكمه. قال الماوردي - رحمه الله: " .. فيما يصير الحكم به لازما لهما. وفيه للشافعي قولان ...: أحدهما : أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفيتية، لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارها في الانتهاء وهو قول المزني. والثاني: وهو قول الكوفيين وأكثر أصحابنا أنه يكون بحكم المحكم لازما لهما ... وحكى أبو سعيد الإصطخري فيه وجهًا ثالثًا: أن خيارهما في التحكيم ينقطع بشروعه في الحكم..."⁶

قول السادة الحنابلة :

كلمتهم واحدة في لزوم الحكم بعد صدوره، واختلفوا فيما يكون بعد الشروع وقبل الفصل، والراجح عندهم سقوط خيار المتحاكمين بعد الشروع. قال المرادوي - رحمه الله: "فائدتان إحداهما : لو رجع أحد الخصمين قبل

¹-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

²-تبصرة الحكام ج 1 ص 50

³-درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 644 وانظر أيضًا: الاختيار تعليل المختار ج 2 ص 100؛ العناية شرح الهداية ج 10 ص 294

⁴-الشرح الكبير ج 2 ص 346

⁵-تبصرة الحكام ج 1 ص 50

⁶-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

شروعه في الحكم : فله ذلك. وإن رجع بعد شروعه وقبل تمامه : ففيه وجهان ... أحدهما: له ذلك الثاني: ليس له ذلك. انتهى. قلت: وهو الصواب... واختار في الرعاية الكبرى: إن أشهدا عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم فليس لأحدهما الرجوع.¹

الترجيح :

الراجح فيما يظهر لي من هذه الأقوال والذي ينبغي المصير إليه في الحال التي نبحثها وهي التحاكم إلى محكم مسلم يفصل بما علم من شرع الله لئلا يضطر الخصوم إلى تحكيم غيره هو سقوط خيار المتحاكمين إلا أن يتفقا على عزل المحكم.

واستدل الماوردي - رحمه الله - على لزوم الحكم بعد صدوره² بما روي عن النبي **p** أنه قال: ' من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله ³ قال: فكان الوعيد دليلا على لزوم حكمه وبقوله تعالى في الشهادة: "ومن يكتمها فإنه آثم قلبه" [البقرة : 283] قال: فدل الوعيد على لزوم الحكم بشهادته وبقوله عليه السلام: ' من علم علما وكتمه أجمه الله يوم القيامة بلجام من نار ⁴ فدل الوعيد على لزوم الحكم بما أبداه. والحديث الأول قال عنه ابن الملقن أنه لا أصل له، والآية والحديث الثاني لا يصلحان في خصوص هذه القضية فقد يعترض على الحديث بأنه في كل كتمان لعلم، كان ذلك في حكم قاض أو محكم أو في غير التحاكم أصلا، لزم منه حكم أو لم يلزم، والآية كذلك.

ولكن توجيه القول باللزوم بعد صدور الحكم أنه قد صدر من ذي ولاية شرعية.⁵ بل قال ابن أبي ليلى - رحمه الله: " هو بمنزلة المولى من جهة الإمام ... " ⁶ ولولم يلزم لكان وساطة لا حكما⁷. ولو كان لكل منهما حق العزل بعد الشروع وقبل الحكم لبطل المقصود من التحكيم⁸ لأنه قد يقع في نفس أحدهما بعد أي من مراحل الكشف وقيام البينة أنه سيحكم عليه، فيعزل الحكم فيصير التحكيم لغوا⁹. ولا يقال أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعده كالفقهاء، فليس التحاكم كالاستفتاء، بل شعبة من القضاء، لذا ذكروه في أبوابه. وكذلك لا يقال أن المحكم وكيل والوكيل يعزل بعزل الموكل، فالفرق بينهما واضح، فالثاني لا يتصرف إلا لمصلحة موكله والأول قد يحكم له أو عليه.

بقي أيضاً أن مآل القول بعدم لزوم حكم المحكم اختلاف الناس في قضاياهم كافة إلى المحاكم التي تحكم القوانين الوضعية وعزوفهم عن حكم الله، فما الفائدة في حق لا نفاذ له.

¹-الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 241

²-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

³- قال ابن الملقن في البدر المنير، 554/9: غريب لا يحضرنى من خرج من أصحاب الكتب المعتمدة ولا غيرها.

⁴-لم يرد بهذا اللفظ، وإنما ورد بلفظ "من كتم علما أجمه الله يوم القيامة بلجام من نار." رواه الحاكم (المستدرک على الصحيحين ج1: ص 18) وغيره وقال: هذا إسناد صحيح من حديث المصريين على شرط الشيخين وليس له علة، ووافق على تصحيحه جماعة منهم المنذري والزرقي والزرکني والألباني.

⁵-درر الحکام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 644 وانظر أيضاً: الاختيار لتعليل المختار ج 2 ص 100؛ العناية شرح الهداية ج 10 ص 294

⁶-تبيين الحقائق ج 4 ص 194

⁷-الحاوي الكبير ج 11 ص 0

⁸-المغني ج 10 ص 137

⁹-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

أما إن اتفق الطرفان على عزل المحكم، فلهما ذلك، فإنه كما قال ابن العربي - رحمه الله: "وتحقيقه أن الحكم بين الناس إنما هو حقهم لا حق الحاكم..."¹.

هل يجوز الطعن في قرار هيئات التحكيم؟ وأن يتفق الطرفان على جهة للطعن من البداية؟

لا شك أن حكم المحكم يجري عليه النقص إذا خالف الأصول كحكم القاضي. أما إذا كان مما يسوغ فيه الاجتهاد، فهل يجوز لقاض أو محكم ثان أن ينقضه إن خالف مذهبه أو ما يعتقد رجحانه؟ منع الجمهور من ذلك وخالفهم الأحناف، وهذا عرض لبعض أقوالهم:

قول السادة الأحناف :

ذهب الأحناف إلى أن حكم المحكم لا يرفع الخلاف كما يرفعه حكم القاضي، فيجوز لمحكم ثان أو قاض أن ينقضه، وإن وافق بعض المذاهب المعتبرة، ففي درر الحكام: " إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنسوب من قبل السلطان أو على محكم ثان ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان موافقا للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول... فإذا حكم المحكم حكما غير موافق للأصول ينقضه القاضي والمحكم الثاني. وعدم موافقة حكم المحكم للأصول يكون على وجهين: الأول: أن يكون حكم المحكم خطأ لا يوافق أي مذهب... الثاني: أن يكون موافقا لمذهب أحد المجتهدين إلا أنه يكون غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده... وفي هذه الصورة ينقض القاضي ذلك الحكم لأن ولاية المحكم مقصورة على الطرفين المتخاصمين وحكم المحكم في ذلك لا يرفع خلاف المسائل الخلافية..."²

ولكن المتحاكم لا ينقض حكم المحكم بنفسه وإن كان عالما مجتهداً، ففي حاشية رد المحتار: "... فإن قضى عليه بالبينونة والزوج لا يراها يتبع القاضي إجماعاً. هذا كله إذا كان الزوج عالماً له رأي واجتهاد... هذا إذا قضى له أما إذا أفتى له... فيلزم الجاهل اتباع قول المفتي كما يلزم العالم اتباع رأيه واجتهاده... لأن القضاء ملزم سواء وافق رأي الزوج أو خالفه وكذا مع الإفتاء لو الزوج جاهلاً. قوله (بل محكم) في الخانية حكم المحكم كالقضاء على الصحيح."³

قول السادة المالكية :

عند المالكية يرفع حكم المحكم الخلاف كحكم القاضي، ففي تبصرة الحكام لابن فرحون - رحمه الله: "إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً يختلف فيه أهل العلم. مسألة قال اللخمي إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عامياً واسترشد العلماء فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل لأن ذلك تخاطر منهما وغر."⁴

¹- أحكام القرآن لابن العربي ج 2 ص 125

²- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 639

³- حاشية ابن عابدين ج 3 ص 34

⁴- تبصرة الحكام ج 1 ص 50

وصرح الدردير - رحمه الله - في الشرح الكبير بأن حكم المحكم يرفع الخلاف فقال: " (ومضى) حكمه في أحد هذه السبعة (إن حكم صوابا) فلا ينقض لأن حكم المحكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم."¹

قول السادة الشافعية :

قال الماوردي - رحمه الله: " قال الشافعي رحمه الله: من اجتهد من الحكام فقضى باجتهاده ثم رأى أن اجتهاده خطأ أو ورد على قاض غيره فسواء. فما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا أو ما في معنى هذا رده. وإن كان يحتمل ما ذهب إليه ويحتمل غيره لم يرده وحكم فيما استأنف بالذي هو الصواب عنده. [قال الماوردي:] وهذا صحيح إذا بان للقاضي أنه قد أخطأ في حكمه أو بان له أن غيره من القضاة قد أخطأ في حكمه فذلك ضربان: أحدهما: أن يخطئ فيما يسوغ فيه الاجتهاد. والثاني: أن يخطئ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد. فإن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف أولى القياسين من قياس المعنى الخفي أو أولاهما من قياس التقريب في الشبه كان حكمه نافذا وحكم غيره من القضاة به نافذا لا يتعقب بفسخ ولا نقض..."²

قول السادة الحنابلة :

قول الحنابلة في ذلك كقول الجمهور، فهم يرون عدم نقض حكم الحاكم إلا بما ينقض به حكم القاضي. قال ابن قدامة - رحمه الله: " إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية..."³

وقال ابن القيم - رحمه الله: " إذا لم يكن في المسألة سنة ولا إجماع وللاجتهاد فيها مساغ لم تنكر على من عمل فيها مجتهداً أو مقلداً..."⁴

وقال المرادوي - رحمه الله: "... ونظيره لو حكمه في التداعي بدين وأقر به الورثة. انتهى. فعلى المذهب: يلزم من يكتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه كحكم الإمام..."⁵

الترجيح :

الراجح هو قول الجمهور بعدم رد ما يسوغ فيه الاجتهاد، ولعل ضبط ذلك عزيز إلا أن نقول أنه ما كان موافقاً لقول أحد الأئمة المعتبرين كالأربعة وأمثالهم، وله حظ من النظر، وعمل به فريق من المسلمين فلم يهجر بالكلية. أما القول بعدم النقض فظاهر، فإن هذا الحكم حكم صحيح لازم، قد صدر عن ذي ولاية شرعية، بل قال ابن أبي ليلى - رحمه الله: " هو بمنزلة المولى من جهة الإمام حتى لا يكون لأحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي."⁶ ولما قيل لعمر: إنك لم تشرك في العام الماضي بين ولد الأم وبين ولد الأب والأم، فكيف تشرك الآن؟ قال تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا.⁷ أما قول الأحناف بأن التحكيم عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف، فجوابه

¹-الشرح الكبير ج 4 ص 136

²-الحاوي الكبير ج 16 ص 172

³-المغني ج 10 ص 137

⁴-إعلام الموقعين ج 3 ص 288

⁵-الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 241

⁶-تبيين الحقائق ج 4 ص 194

⁷- سنن البيهقي الكبرى ج 10 ص 120

فجوابه ما ذكره ابن قدامة - رحمه الله : " وما ذكروه غير صحيح فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفا ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود."¹ أما في حال الأقليات المسلمة فليس ثم الحاكم الذي يشيرون إليه أصلا. فينبغي التذكير هنا بخصوصية وضع هؤلاء الحكام في غير بلاد الإسلام، وأنهم إذا لم تكن لهم أحكام القضاة بالكلية، فينبغي أن يكون ترجيحنا بخصوص أحكامهم أقرب إلى الإلزام لسد ذريعة التساهل وضمنان الالتزام. إن مآل رد الأحكام المختلف فيها - فيما أرى - هو حصول التهاجر وضياع هيبة الأحكام، وفساد ذات بين الحكام، بل والفرقة والشقاق بين أهل القبلة.

المشاركة على التحاكم إلى جهة معينة عند أي تعاقد وكذلك على جهة تدقيق الأحكام :

أما المشاركة بين طرفي أي عقد على التحاكم إلى جهة معينة عند إبرامه وكذلك على جهة تدقيق الأحكام، التي يطعن أمامها في قرارات الحكام، سواء في العقد الأول أو في عقد التحكيم فلا بأس بها، ولا يطعن في ذلك أن عقد التحكيم غير لازم، فالصحيح لزومه بين المتحاكمين مع الشروع كما بينا، ولا يعترض بعدم جواز الشرط المعلق، فالصحيح - كما سنبين - نفاذه، وإن الأصل في العقود أنها لحفظ حقوق المتعاقدين وعلى التراضي مدارها إلا فيما جاء الشرع ببيان تحريمه، وفي ذلك قال ابن تيمية - رحمه الله: " وإذا ظهر أن العقود لا يحرم منها إلا ما حرمه الشارع فإنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل. على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل بل والعقلاء جميعهم وقد أدخلها في الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلي [المعتزلة] ففعلها ابتداء لا يحرم إلا بتحريم الشارع والوفاء بها وجب لإيجاب الشارع إذا وإيجاب العقل أيضا. وأيضا فإن الأصل في العقود رضی المتعاقدين وموجبها هو ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد لأن الله قال في كتابه العزيز {إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} [النساء: 29] ... وإذا كان كذلك فإذا تراضي المتعاقدان بتجارة، أو طابت نفس المتبرع بتبرع، ثبت حله بدلالة القرآن؛ إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله؛ كالتجارة في الخمر، ونحو ذلك."²

أما الاعتراض على الشرط بعدم جواز عقد وشرط عند البعض أو شرط معلق كون الجمهور يمنعون من التعليق في العقود، فالصحيح أن الأصل في الشروط النفاذ. قال رسول الله p : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما."³ وفي صحيح البخاري عن عمر r : "مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت."⁴ وهذه الشروط التي معنا تسد ذريعة الاختلاف فهي مستحبة. والأحناف أجازوا الشرط الملائم، والمذهب عند الحنابلة اعتبار الشروط في كل العقود إلا ما حرم حلالا أو أحل حراما، وفي التعليق يقول ابن القيم - رحمه الله: "... وقد شرع الله لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج إليه العبد، حتى بينه وبين ربه كما قال النبي p لضباعة بنت الزبير وقد شكت إليه وقت الإحرام، فقال: "حجي واشترطي على ربك فقولني: إن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني، فإن لك ما اشترطت على ربك" ... وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا

¹ المغني ج 10 ص 137

² مجموع الفتاوى ج 29 ص 154 - 155

³ سنن الترمذي ج 3 ص 634. وقال حسن صحيح.

⁴ صحيح البخاري ج 2 ص 970

يستغني عنه المكلف... واشترى عبد الله بن مسعود جارية من امرأته وشرطت عليه أنه إن باعها فهي لها بالثمن، وفي ذلك اتفاقهما على صحة البيع والشرط، ذكره الإمام أحمد وأفتى به.¹

ولم يصح أن النبي (ص) نهى عن بيع شرط. وما روي في ذلك لا يصح مع مخالفته لسنن ثابتة كحديث جابر في بيع الجمل واشترط حملانه وحديث: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع".

والخلاصة أن شرط التحكيم جائز في العقود كافة وكذلك شرط اللجوء إلى جهة معينة لتدقيق الأحكام سواء في العقد الأول أو في عقد التحكيم. وهذه الجهة ينبغي أن تكون محل ثقة المسلمين ومتأهلة لذلك، فإن القضاء ولا ريب مرتقى صعب مسلكه، فما بالك بتدقيق الأحكام.

مناسبة أن يكون المجمع الجهة التي تدقق أمامها قرارات هيئات التحكيم؟

للإجابة على هذا السؤال أبدأ بتعريف المجمع وخصائصه وآلية الفتوى فيه :

أولاً : التعريف :

مجمع فقهاء الشريعة بأمرىكامؤسسة علمية غير ربحية معفاة منالضرائبتتكون منمجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، تسعى إلى بيان أحكام الشريعةفيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل والأقضية.

الهيئة الرئاسية للمجمع :

الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان، رئيس المجمع

الأستاذ الدكتور علي أحمد السالوس، النائب الأول لرئيس المجمع

الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، النائب الثاني لرئيس المجمع

الأستاذ الدكتور صلاح الصاوي، الأمين العام

الدكتور السيد عبد الحلیم محمد حسين، الأمين العام المساعد

ثانياً : خصائص المجمع :

التخصص، فكل أعضائه من حملة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية باستثناء القليل من الأعضاء من المقيمين بالغرب ويحملون الدكتوراه في فروع أخرى من العلوم الإسلامية.

الحيادية، فالمجمع ملك للأمة، ومشترك علمي عام يلتقي عليه العاملون لدين الله في مشرق أو في مغرب، بعيداً عن التكتلات الحزبية أو التجمعات التنظيمية.

الجمع بين العلم بالشرع والدراية بالواقع ، فبالإضافة إلى الفقهاء يوجد بالمجمع عدد من الخبراء لا يقل عددهم عن الفقهاء، وهؤلاء يكتنون الفقهاء من الرؤية المستبصرة والفاحصة للواقع الذي تطبق فيه الفتوى.

¹إعلام الموقعين ج 3 ص 387

وجود لجنة دائمة للإفتاء بالمجمع تتكون من عدة أعضاء من حملة الدكتوراه في الشريعة وهي مقيمة داخل الولايات المتحدة وتتولى الرد على القضايا اليومية التي ترد إلى المجمع وتصدر قرارها في ذلك بالأغلبية.

وجود لجنة لمستشاري الإفتاء تتكون من ثمانية من كبار أهل الفتوى في الأمة ترجع إليها اللجنة الدائمة عند الاقتضاء مستخدمة في ذلك أحدث تقنيات الاتصالات.

وجود صلة وثيقة بين هذا المجمع وما سبقه من المجمع، فالأصل هو التنسيق والتكامل وليست المنافسة أو التنافر أو التضاد، ولهذا فإن عضوية هذا المجمع مبذولة لمن شاء من أعضاء المجمع الأخرى ممن تنطبق عليهم شروط العضوية كما فصلها النظام الأساسي للمجمع، فالمجمع يقدم قوة إضافية للجهود القائمة: تنسيقا بينها، وجمعا لشتاتها، وتجسيراً للصلة بين فقهاء الأمة عبر العالم.

ثالثاً : آلية الإفتاء بالمجمع :

الإفتاء هو المهمة الرئيسة للمجمع و لقد وضعت له آليات لضبطه و تيسيره.

تبدأ دورة الفتوى بتلقي الأسئلة من المستفتين عبر الهاتف أو الشبكة المعلوماتية أو البريد.

يجيب أحد أعضاء اللجنة الدائمة للإفتاء - و كلهم من المقيمين بالغرب - على الأسئلة التي ليس فيها إشكال و لا تمس أمر العامة أو كان للمجمع جواب سابق عنها.

تحال الأسئلة التي أشكلت على العضو أو تلك التي تمس أمر العامة إلى اجتماع اللجنة و الذي ينعقد دورياً مرة أو مرتين بالشهر حسب الحاجة.

تتم مناقشة الاستفتاءات المحالة إلى اللجنة من قبل أعضائها فتمتى توصلت اللجنة إلى قرار أسندت الصياغة لأحد الأعضاء.

بعد الصياغة يعاد إرسال الجواب إلى أعضاء اللجنة عن طريق البريد الإلكتروني للتعليق.

إذا تمت الموافقة على الصياغة تنشر الفتوى على موقع المجمع كما ترسل إلى المستفتي.

إذا لم تستطع اللجنة البت في المسألة المطروحة ترفع السؤال إلى مستشاريها للإفادة.

تحال بعض القضايا إلى مؤتمر المجمع السنوي الذي يدعى إليه علماء و خبراء المجمع كافة.

وإن الذي يظهر من خلال هذا العرض السريع أن مجمع فقهاء الشريعة بما يضمه من كواد داخل الأمريكتين وخارجهما، وما يعتمده من آليات، وما يظهره من حرص على عدم التساهل والتغريب والمخاطرة بشأن الأحكام الشرعية، لمؤهل للقيام بهذا الدور مع غيره من المؤسسات التي تتسم بنفس الصفات.

كيف تصير قرارات التحكيم ملزمة كأحكام المحاكم؟

قال عمر (ض) في رسالته إلى أبي موسى الأشعري (ض) : "أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"¹.

إنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وإن السعي إلى تثبيت أركان التحكيم بين المسلمين في البلاد التي لا تقضي فيها المحاكم بشرع الله لأمر في غاية الأهمية والخطورة، لذا وجب اتخاذ كل التدابير التي تضمن سلامة هذه الأحكام ومصداقيتها وإلزامها. ومن هذه أمور تتعلق بأحكام الشريعة نفسها، ومنها أمور أخرى تتعلق بقوانين البلاد، كاعتماد نماذج وصيغ تبين فيها الإجراءات والمدد القانونية والخطوات التي يطالب مرید التحكيم باستيفائها قبل الشروع؟ والأولى هي محل البحث، ويجب على الثانية أهل الاختصاص.

بداية، ينبغي نشر الوعي بين المسلمين بحقائق الإيمان وأن تحكيم شرع الله في كل أمور الإنسان وخصوماته لمن كبريات تلك الحقائق، ونبذ ذلك وهجرانه من الطوام.

كما ينبغي حض المسلمين على تضمين شرط التحكيم في عقودهم كافة، مع النص على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى إن فسد العقد، لا يفسد الشرط تبعاً له. وقد تقدم الكلام عن هذا الشرط ومشروعيته وإلزامه.

ويحسن اتفاق المسلمين على هيئة تنصب لهم القضاة أو تفوض المحكمين، فعندها لا يعزلون إلا بعزل تلك الهيئة لهم. في درر الحكام : " ... ولكن إذا حكمه الطرفان وأجاز القاضي المنسوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب هذا التحكيم يكون بمنزلة نائب هذا القاضي لأنه استخلفه. وكما أنه ليس للطرفين عزل القاضي أو عزل نائبه فليس لهما عزل هذا المحكم."²

وينبغي الحرص على مصداقية المحكمين، فإن أكثر أهل العلم يشترط فيهم ما يشترط في القضاة، وإنما وإن قلنا بغير هذا مع التأكيد على مشاوره أهل العلم، فلا ريب أن تحكيم الجهال يرجع بالضرر على الناس والنقض على فكرة التحكيم ومشروعها. وإن كل سبيل يتوصل بها إلى زيادة مصداقيتهم ينبغي ألا يزهد فيها، ومن ذلك زيادة عددهم، فلا بأس بذلك أبداً، ففي المادة (1843) من مجلة الأحكام: "يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكيمين أو أكثر لخصوص واحد ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكماً." وفي المنتقى "ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما، ولم يحكم الآخر فإن ذلك لا يجوز له قاله سحنون في كتاب ابنه، ولو حكم جماعة فاتفقوا على حكم نفذوه..."³ وفي مغني المحتاج للشربيني : "يجوز أن يتحاكما إلى اثنين فلا ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا ويفارق تولية قاضيين على اجتماعهما على الحكم لظهور الفرق قاله في المطلب."⁴

¹ سنن البيهقي الكبرى ج 10 ص 150

² درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 644. وانظر كلام ابن عابدين في المقدمة عن تنصيب المسلمين في تلك البلاد واليًا عليهم، وقد تكون هيئة في أحوالنا المعاصرة.

³ المنتقى شرح الموطأ ج 5 ص 228

⁴ مغني المحتاج ج 4 ص 379

ويحسن الإشهاد على الرضا بالحكم قبل الدخول فيه وتوثيق ذلك. قال المرادوي - رحمه الله: "... وإن رجع بعد شروعه وقبل تمامه: ففيه وجهان ... واختار في الرعاية الكبرى: إن أشهدا عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم فليس لأحدهما الرجوع." ¹ وقد أشرت أن توثيق عقد التحاكم والإمضاء عليه عند هيئات التوثيق يجعله ألزم، وكذلك تفويض القاضي غير المسلم للمحكم المسلم، يجعله كذلك من جهة القانون ألزم.

ويجدر بالمحكمين الإشهاد على الأحكام، فإنه وإن لم يكن شرطاً في صحة التحكيم فهو شرط لقبول قول المحكمين عند الإنكار وذلك بعد الانصراف من مجلس الحكم. جاء في درر الحكام: "... أما إذا قال المحكم بعد عزله من قبل أحد الطرفين وبعد قيامه من مجلس الحكم: إنني حكمت بينكما فلا يصدق لأنه ينعزل بقيامه من مجلس الحكم كانعزاله بالعزل وفي هذه الحالة لا يكون مقتدرا على إنشاء الحكم كما أنه لا يكون مقتدرا على الإقرار ... " ²

وربما ناسب رفع الأحكام المهمة إلى هيئة تدقيق يتفق عليها المسلمون، وذلك لمنع نقضها من محكم آخر، وهو وإن كان لا يسوغ للثاني على الصحيح، لكن النقض قول الأحناف إذا خالف حكم الأول مذهب الثاني، ففي درر الحكام: "... وفائدة تصديق حكم المحكم من قبل القاضي هو: أنه لو عرض هذا الحكم على قاض آخر يخالف رأيه واجتهاده رأي المحكم فليس له نقضه لأن إمضاء وقبول القاضي لحكم المحكم هو بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي؛ أما إذا لم يصدق القاضي على حكم المحكم فيكون من الممكن للقاضي الآخر أن ينقض حكم المحكم ... " ³

مدى ضرورة أن يوجد في هيئات التحكيم مستشار قانوني ضمنا للجدية والضبط القانوني؟

الأصل عدم الحاجة إلى ذلك، ولكن إن تعين وجود المستشار القانوني في هيئة التحكيم كسبيل وحيد لضمان الجدية والضبط القانوني لخطوات التحكيم، فلا يبعد أن يقال: "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، ولكن ينبغي أيضاً الأخذ في الاعتبار تكاليف هذا الاشتراط، حتى لا يؤدي إلى تعسير إجراءات التحاكم ويعود على أصله بالنقض.

هل يجوز تحميل المتحاكمين مصروفات الخصومة؟ وهل تكون نسبة من قيمتها لو كانت تجارية؟

لقد استقر عند أهل العلم - بعد خلاف قديم - جواز أخذ الأجر على القربات التي تحتاج الأمة إلى من يقوم عليها ممن تأهل لها وكان لا تجري عليه أرزاق من بيت المال لتفريغها لها. والقول بغير ذلك مآله إلى ضياع أكثر هذه الولايات والعجز عن تلك المهمات.

أما في شأن التحكيم خاصة، فهذه بعض أقوالهم:

في المبسوط للسرخسي - رحمه الله: "وذكر عن مسروق رحمه الله أنه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلي بالقضاء وكان صاحب يسار فالأولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وإن كان لو أخذ جاز له ... قال الله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف) ... والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم، من وجد، كالقاضي لأنه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استتجاره على ذلك إن لم يكن له فيه

¹ الإنصاف للمرادوي ج 9 ص 241

² درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 644

³ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 639

نصيب ...¹ والأحناف أشد المذاهب في أخذ الأجرة على القربات ولكنهم يفرقون بين القاضي وغيره، ولا يرون للقاضي أن يأخذ من بيت المال مع الغنى وإن أجازوه، ولعل استصحاب نظرهم في هذه المسألة يفيد من أخذ أجرًا على التحكيم في لجم النفس عن مجاوزة الحد. وفي رد المحتار ذكر ابن عابدين - رحمه الله - فروقا بين القاضي والحكم، ومنها: "وكذا لم أر حكم قبول الهداية وإجابة الدعوة، وينبغي أن يجوز له [أي للمحكم] لانتهاه التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز وذكر الرحمتي أن الذي ينبغي الجواز لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضي وفيه نظر والله سبحانه أعلم."

وفي فتح العلي المالك للشيخ عليش - رحمه الله: "قال البرزلي: ... لكن لو أتى خصمان إلى قاض فأعطياه اجرا على الحكم بينهما أو أتى رجل للمفتي فأعطاه اجرا على فتوى لم يتعلق بها خصومة، ولم يتعين ذلك عليهما ... هذا ممن اختلف فيه الشيخان فقال الشيخ عبد الحميد أي شيء يمنع من ذلك ولا يجسر على التصريح به وقال اللخمي يمنع ذلك جملة لأنه ذريعة إلى الرشوة، وعلى الأول يحمل ما يروى عن ابن علوان أحد فقهاء تونس ومفتيها أنه كان يقبل الهبة والهدية ويطلبها ممن يفتيه كما نقله عنه ابن عرفة وما شاع وذاع أن القضاة يطلبون اجرا ممن أتى إليهم من الخصوم في الديار المصرية ..."² والصواب أنه لا يكون ذريعة للرشوة إن كان بالسوية من الخصمين. ولعل ما ذكر من طلب القضاة الأجر في الديار المصرية إنما محله في الأوقات التي تنقطع فيها الأرزاق من بيت المال.

وفي حاشية الجمل: "ولو قال للمتحاكمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلًا فالخكي عن الشيخ أبي حامد وجرى عليه القاضي أبو الطيب والجرجاني أنه يحل قال في الكناية لأنه لم يذكر أنه طالبه من أحدهما نعم اعتبر البندنجي في جواز ذلك أن يكون القضاء يشغله عن معاشه فإن لم يكن لقلّة المحاكمات فلا يجوز له أن يرتزق من الخصوم ..."³

والصواب أنه لو فرغ بعض وقته لمثل هذه الأعمال حتى يتضرر به في معاشه، فله أخذ الأجرة وإن لم ينقطع لهذا العمل فلا دليل على لزوم الانقطاع، والحكم قد يقرئ القرآن، أو يعلم الصبيان ويحصل أرزاقه من هذه الأمور مجتمعة ولا يصلح بعضها لكفائته. وفي الفتاوى الكبرى الفقهية للهيتمي جملة من الشروط: "... له أن يقول للخصمين لا أحكم بينكما حتى تجعلا لي جعلًا بشرط أن يكون فقيرًا أو أن ينقطع بالحكم بينهما عن كسبه وأن يعلم به قبل الترافع وأن يكون عليهما معا وأن يأذن الإمام أو يعجز عن رزقه أو يفقد متطوع بالقضاء ولم يضر بالخصوم ولا جاوز قدر حاجته واشتهر قدره وساوى بين الخصوم فيه إن استوى وقت نظره وإلا جاز التفاوت ..."⁴ انتبه إلى مراعاة وقت النظر في كلام الهيتمي - رحمه الله.

وفي التحبير شرح التحرير: "إذا قال لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلًا: جاز، ويحتمل أن لا يجوز انتهى. والقول الثاني: ليس له الأخذ. قلت: وهو ضعيف ... ومن أخذ من بيت المال لم يأخذ في الحالتين ..."⁵

¹ المبسوط للسرخسي ج 15 ص 4

² ج 1 ص 410

³ حاشية الجمل على شرح المنهج ج 5 ص 348

⁴ الفتاوى الفقهية الكبرى ج 4 ص 310

⁵ التحبير شرح التحرير ج 8 ص 4048

الترجيح والبيان :

إن الأدلة على جواز أخذ الأجرة على القربات كثيرة مبسطة في كتب الفقه معلومة لأهله مما يغني عن سردها. والظاهر مما سبق جواز أخذ الأجرة على الحكم بين الناس خاصة لمن ينتصب لهذا الأمر الشريف، ممن يستغرق أوقاته في فصل الخصومات وفض النزاعات، وهذا مع الشروط التي ذكرها أهل العلم من وجود الحاجة وانتفاء الشبهة، فإن إقامة العدل بين المسلمين من أعظم مصالح دينهم وديناهم، وإذا لم تتوفر الكفاية لمن ينتصب لها من النابهين، زهد فيها القادرون عليها وتناوشها الطامحون إليها ممن لم يعد لها عدتها ولا يملك شيئاً من آلتها. والأمر من ذلك انصراف الناس إلى المحاكم الوضعية ونبذهم الشريعة الربانية.

إن فشل التحكيم أو انسحب أحد الخصوم، فهل يفوت هذا أجر هيئات التحكيم عما بذلت؟

جواب هذا يأتي في أبواب الجعالة وأثر الفسخ من جهة الجاعل، وهذا عند الجمهور. أما الأحناف فلا يأذنون بالجعالة في غير رد الأبق، فما يحصله المحكم عند من يجوزه منهم إنما هو من باب الإجارة، وله أحكامها.

والفسخ من جهة الجاعل بعد الشروع في العمل لا أثر له عند المالكية، ويستحق العامل تمام الجعل إن أتم العمل، ففي التاج والإكليل: " (ولكليهما الفسخ ولزمت الجاعل بالشروع) ابن يونس : للجاعل أن يفسخ الجعالة إذا لم يشرع المجعول له في العمل. وأما بعد الشروع فليس له ذلك.¹ والإشكال هنا أن العامل لا يقدر على إتمام العمل من غير تعاون الجاعل، فيكون له الجعل إن أعجزه انصراف الجاعل عن التحاكم.

أما الشافعية والحنابلة، فينفسخ عقد الجعالة عندهم بفسخ الجاعل له قبل تمام العمل، ولكنهم يجعلون للعامل أجر المثل على ما كان منه من عمل. ففي أسنى المطالب: " (قوله: فلو فسخها المالك في أثناء العمل لزمه أجره المثل) لا فرق بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلا كرد الأبق إلى بعض الطريق، أو يحصل به بعضه.² وفي كشف القناع: " (وإن فسخها الجاعل) قبل شروع العامل لم يلزمه شيء و (بعد الشروع فعليه للعامل أجره) مثل (عمله)."³

أما جعل العوض نسبة من المبلغ المتنازع عليه فجائز كون الجعل يبقى معلوما، وقد يجوز عند البعض إن كان نسبة معلومة من محل الجعالة، وإن كان فيه شيء من الجهالة، كما في الإنصاف: " فإن شرط عوضا مجهولا فسد العقد. وإن قال: فلك ثلث الضالة أو ربعها: صح على ما نص عليه في الثوب ينسج بثلثه والزرع يحصد والنخل يصرم بسدسه: لا بأس به. وفي الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس: جاز. وعند المصنف: لا يصح."⁴ وهذا مع الجواز فإن في النفس منه شيئاً في القضية محل البحث كون الأصل أن الحكم بين الناس بالعدل من الواجبات، وإنه وإن لم يتعين على آحاد العلماء، فأعدادهم قليلة، وحاجة الناس إليهم جلية، وقد تنصرف همم البعض منهم إلى فصل النزاعات بين الأغنياء دون الفقراء، وإنما جاز لهم أخذ كفايتهم لا غير، فالذي ينبغي هو ضبط الأمر بعدد الساعات التي يستغرقها العمل، وتحديد الأجر بالساعة، فيما أن يكتفى بذلك فتكون إجارة لا جعالة فيها، وإما أن يضرب حد أعلى

¹ التاج والإكليل ج 5 ص 455

² أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج 2 ص 442

³ كشف القناع ج 4 ص 206

⁴ الإنصاف للمرداوي ج 6 ص 390

لأتعاب المحكمين في القضية كجعل، فإن فسخ المتحاكمين أو أحدهما علم عدد الساعات المبذولة وأجرة الساعة، فإن جاوز المجموع ما سموه، فليس له إلا المسمى. ولا يشكل على جعل العقد إجازة لا جعله سوى أن الفرق بينهما أن الفاعل في الجعالة لا يلتزم الفعل وقد يطول زمان إنجازه أو يقصر، وهو الأقرب هنا لأنه قد يقدر على الحكم أو لا يقدر، ولكن المخرج من ذلك هو ضرب الأجرة على الحبس دون الحكم.

إنه وإن كانت مصروفات التقاضي في الغرب باهظة، ولن تبلغ مصروفات هيئات التحكيم معشارها، لكن يبقى الأسلم للديانة والأدفع للتهمة والأدعى للصيانة أن تكون العبرة بالجهد المبذول ويقاس بعدد الساعات التي يستغرقها النظر في تلك الأفضية.

هذا ما تيسر بحثه من مسائل التحكيم، وأسأل الله أن يرزقني أجر ما كان له من هذا الجهد ويغفر لي ما سواه. كما أسأله أن يغفر لي ما كان مني من خطأ وتقصير، إنه غفور رحيم. وصلى الله على محمد وآله وأصحابه؛ والحمد لله رب العالمين.

مشروع قرار مجمعي :

حكم المحكم لازم بعد صدوره عند عامة أهل العلم كونه قد صدر من ذي ولاية شرعية، والراجح سقوط خيار المتحاكمين في عزل المحكم متى شرع فيه إلا أن يتفقا.

لا شك أن المحكم كالقاضي يجري على حكمه النقض متى خالف الأصول.

أما إذا كان الحكم مما يسوغ فيه الاجتهاد، فالراجح هو قول الجمهور بعدم نقضه، فإن مآل رد الأحكام المختلف فيها حصول التهاجر وضياع هيبة الأحكام، وفساد ذات بين الحكام.

الذي يسوغ فيه الاجتهاد هو ما كان موافقاً لقول أحد الأئمة المعترين كالأربعة وأمثالهم، وله حظ من النظر، وعمل به فريق من المسلمين فلم يهجر.

شرط التحكيم جائز أو مستحب في العقود كافة، وكذلك الاتفاق على جهة تدقيق الأحكام، التي يطعن أمامها في قرارات الحكام، سواء في العقد الأول أو في عقد التحكيم، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ومقصودها حفظ حقوقهما وموجبها هو ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد، كما إن الأصل في الشروط النفاذ. قال رسول الله (ص) : "وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا."

جهة تدقيق الأحكام ينبغي أن تكون محل ثقة المسلمين ومتأهلة لذلك، فإن القضاء ولا ريب مرتقى صعب مسلكه، فما بالك بتدقيق الأحكام.

إن مجمع فقهاء الشريعة بما يضمنه من كواد داخل الأمريكتين وخارجهما، وما يعتمد منه من آليات، وما يظهره من حرص على عدم التساهل والتغريب والمخاطرة بشأن الأحكام الشرعية، لمؤهل للقيام بتدقيق الأحكام مع غيره من المؤسسات التي تتسم بنفس الصفات.

إنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، لذا لزم السعي إلى تثبيت أركان التحكيم بين المسلمين واتخاذ كل التدابير والتراتب التي تضمن سلامة هذه الأحكام ومصداقيتها وإلزامها. ومن ذلك :

- نشر الوعي بين المسلمين بحقائق الإيمان وأن تحكيم شرع الله من كبريات تلك الحقائق.
 - حض المسلمين على تضمين شرط التحكيم في عقودهم كافة. وكذلك النص على استقلاله عن العقد الأصلي، حتى إن فسد العقد، لا يفسد الشرط.
 - اتفاق المسلمين على هيئة تنصب لهم القضاة أو تفوض المحكمين.
 - الحرص على مصداقية المحكمين، وإنما وإن قلنا بأنه لا يشترط فيهم ما يشترط في القضاة، للزم مع ذلك التأكيد على ضرورة مشاورتهم لأهل العلم.
 - زيادة عدد المحكمين تزيد من مصداقية هيئات التحكيم.
 - يحسن الإشهاد على الرضا بالحكم قبل الدخول فيه وتوثيق ذلك العقد والإمضاء عليه عند المعنيين فهذا يجعله ألزم من جهة القانون، وكذلك تفويض القاضي غير المسلم للمحكم المسلم.
 - يجدر بالمحكمين الإشهاد على الأحكام، فإنه وإن لم يكن شرطاً في صحة التحكيم فهو شرط لقبول قول المحكمين عند الإنكار.
 - يحسن رفع الأحكام المهمة إلى هيئة تدقيق يتفق عليها المسلمون، وذلك لاتفاق العلماء عندئذ على منع نقضها من محكم آخر ما لم تكن باطلا لا مجال فيها للاجتهاد.
 - الأصل عدم الحاجة إلى وجود مستشار قانوني في هيئات التحكيم، ولكن إن تعين وجوده كسبيل وحيد لضمان الضبط القانوني، فلا يبعد لزومه متى كانت تكاليفه مقدوراً عليها.
- لقد استقر عند أهل العلم - بعد خلاف - جواز أخذ الأجر على القربات التي تحتاج إلى من يقوم عليها ممن تأهل لها، ولا تجري عليه أرزاق من بيت المال وذلك لتفريغه لتلك المهام. والقول بغير ذلك مآله إلى ضياع أكثر هذه الولايات والعجز عن تلك المهمات.

الظاهر جواز أخذ الأجرة على الحكم بين الناس لمن ينتصب لهذا الأمر الشريف، ممن يستغرق أوقاته في فصل الخصومات وفض النزاعات، وهذا مع الشروط التي ذكرها أهل العلم من وجود الحاجة وانتفاء الشبهة، فإن إقامة العدل بين المسلمين من أعظم مصالح دينهم وديناهم، وإذا لم تتوفر الكفاية لمن ينتصب لها من النابهين، زهد فيها القادرون عليها وتناوشها الطامحون إليها ممن لم يعد لها عدتها ولا يملك شيئاً من آلتها.

جعل العوض نسبة من المبلغ المتنازع عليه جائز كون الجعل مع ذلك يبقى معلوماً، ولكن الأولى ترك ذلك كون الأصل أن الحكم بين الناس بالعدل من الواجبات، وإنه وإن لم يتعين على آحاد العلماء، فأعدادهم قليلة، والحاجة إليهم جليلة، وقد تنصرف همم البعض منهم إلى فصل النزاعات بين الأغنياء دون الفقراء، وإنما جاز لهم أخذ كفايتهم لا غير، فالذي ينبغي هو ضبط الأمر بعدد الساعات التي يستغرقها العمل، وتحديد الأجر بالساعة، فإما أن يكتفى بذلك فتكون إجارة لا جعالة فيها، وتكون الأجرة على الحبس دون الحكم. وإما أن يضرب حد أعلى لأتعاب المحكمين في القضية كجعل، فإن فسخ المتحاكمين أو أحدهما أو فشل التحكيم، علم عدد الساعات المبذولة وأجرة الساعة، فكان مجموع ذلك أجر المثل، فإن جاوز المجموع ما سموه، فليس للمحكمين إلا المسمى.

فهرس المراجع :

- 1- الأحكام السلطانية والولايات الدينية [كتاب]/ المؤلف أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. - بيروت: دار الكتب العلمية - 1405هـ - 1985م.
- 2- الاختيار لتعليل المختار [كتاب]/ المؤلف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي/ تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1426 هـ - 2005 م، الطبعة الثالثة.
- 3- أسنى المطالب في شرح روض الطالب [كتاب]/ المؤلف زكريا الأنصاري. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي. - شرح فيه (روض الطالب) أحد المتون الشافعية المعتمدة للعلامة شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله اليميني المقرئ المتوفى سنة (837هـ).
- 4- إعلام الموقعين عن رب العالمين [كتاب]/ المؤلف محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن القيم)/ المحقق طه عبد الرؤوف سعد. - بيروت: دار النشر ودار الجيل، 1973 م.
- 5- الأم [كتاب]/ المؤلف محمد بن إدريس الشافعي. - بيروت: دار المعرفة، 1393 هـ. - الثانية.
- 6- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل [كتاب]/ المؤلف علي بن سليمان المرداوي، أبو الحسن/ تحقيق: محمد حامد الفقي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 7- البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير [كتاب]/ المؤلف عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي (ابن الملقن)/ المحقق مصطفى أبو الغي. - الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، 1425هـ - الأولى. - خرج فيه ابن الملقن (ت 804هـ) أحاديث (فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير) للرافعي (ت 623هـ) وهو شرح لكتاب (الوجيز) في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (ت 505هـ).
- 8- التاج والإكليل لمختصر خليل [كتاب]/ المؤلف محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (المواق)، أبو عبد الله. - بيروت: دار الفكر، 1398 هـ. - الثانية. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل ابن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).
- 9- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام [كتاب]/ المؤلف إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري/ المحقق جمال مرعشلي. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ.
- 10- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق [كتاب]/ المؤلف عثمان بن علي الزيلعي. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، 1313هـ - شرح فيه (كنز الدقائق) أحد المتون الحنفية المعتمدة للعلامة أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي المتوفى سنة (710هـ).
- 11- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تأليف: [كتاب]/ المؤلف علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، علاء الدين أبو الحسن/ تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح. - الرياض: مكتبة الرشد، 1421هـ.
- 12- تحفة المحتاج في شرح المنهاج [كتاب]/ المؤلف أحمد بن حجر الهيتمي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت 676هـ) اختصار (الحرر) للرافعي (ت 623هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت 505) اختصار (الوسيط) له، اختصار (الوسيط) له أيضاً، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت 478هـ).

- 13- الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) [كتاب]/ المؤلف محمد بن إسماعيل البخاري/ المحقق مصطفى ديب البغا. - بيروت: دار ابن كثير واليامة، 1407 هـ. - الثالثة.
- 14- الجامع لأحكام القرآن [كتاب]/ المؤلف أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي. - بيروت: دار الكتب العلمية. - الأولى.
- 15- حاشية ابن عابدين (حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) [كتاب]/ المؤلف محمد بن أمين بن عمر (ابن عابدين). - بيروت: دار الفكر، 1421 هـ. - حاشية على الدر المختار، وهو شرح العلامة الحصكفي المتوفى (1088 هـ) على كتاب تنوير الأبصار للعلامة ابن تمرتاش الغزي الحنفي المتوفى (1004 هـ).
- 16- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين [كتاب]/ المؤلف أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي. - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. - حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين لزين الدين بن عبد العزيز الملباري (ت 987 هـ).
- 17- حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري) [كتاب]/ المؤلف سليمان الجمل. - بيروت: دار الفكر.
- 18- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة [كتاب]/ المؤلف ابن عابدين. - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، - 1421 هـ - 2000 م.
- 19- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني [كتاب]/ المؤلف علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي/ تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1419 هـ. - شرح فيه مختصر المزني، فجاء موسوعة عبقرية في الفقه الشافعي.
- 20- الخرشي على مختصر سيدي خليل [كتاب]/ المؤلف الخرشي. - بيروت: دار الفكر للطباعة.
- 21- الدر المختار [كتاب]/ المؤلف محمد بن علي بن محمد الحنفي الحصكفي. - بيروت: دار الفكر، 1386 هـ.
- 22- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام [كتاب]/ المؤلف علي حيدر/ تحقيق وتعريب: الحامي فهمي الحسيني. - بيروت: دار الكتب العلمية.
- 23- روضة الطالبين وعمدة المفتين [كتاب]/ المؤلف يحيى بن شرف النووي، محيي الدين أبو زكريا. - بيروت: المكتب الإسلامي، 1405 هـ.
- 24- سنن ابن ماجه (بتحقيق مشهور) [كتاب]/ المؤلف محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني/ بتحقيق مشهور بن حسن آل سلمان وحكم الألباني على درجة الحديث. - الرياض: مكتبة المعارف. - الأولى.
- 25- سنن أبي داود [كتاب]/ المؤلف سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي/ المحقق محمد محيي الدين عبد الحميد. - بيروت: دار الفكر.
- 26- سنن البيهقي الكبرى [كتاب]/ المؤلف أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي/ المحقق محمد عبد القادر عطا. - مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، 1414 هـ.
- 27- سنن الدارقطني [كتاب]/ المؤلف علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي/ تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني. - بيروت: دار المعرفة، 1386 هـ.

- 28- الشرح الكبير [كتاب]/ المؤلف أحمد الدردير أبو البركات/ تحقيق: محمد عlish. - بيروت: دار الفكر. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).
- 29- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان [كتاب]/ المؤلف محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي/ تحقيق: شعيب الأرنؤوط. - بيروت: مؤسسة الرسالة، 1414 هـ. - الثانية.
- 30- صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) [كتاب]/ المؤلف محمد بن إسماعيل البخاري. - بيروت: دار ابن كثير واليمامة، 1407 هـ. - الثالثة.
- 31- صحيح مسلم [كتاب]/ المؤلف مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري/ المحقق محمد فؤاد عبد الباقي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 32- العناية شرح الهداية [كتاب]/ المؤلف محمد بن محمد البابر تي. - بيروت: دار الفكر.
- 33- غياث الأمم واليثار الظلم [كتاب]/ المؤلف عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي/ تحقيق: فؤاد عبد المنعم، مصطفى حلمي. - الاسكندرية: دار الدعوة، 1979، الطبعة: الأولى.
- 34- الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية [كتاب]/ المؤلف أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني/ تقديم حسنين محمد مخلوف. - بيروت: دار المعرفة.
- 35- فتح الباري شرح صحيح البخاري [كتاب]/ المؤلف أحمد بن علي بن حجر العسقلاني/ المحقق محب الدين الخطيب. - بيروت: دار المعرفة.
- 36- فتح العلي المالك [كتاب]/ المؤلف محمد بن أحمد بن محمد (الشيخ عlish)، طبعة دار المعرفة.
- 37- فتح المعين [كتاب]/ المؤلف زين الدين بن عبد العزيز بن زين الدين ابن علي بن أحمد المعبري المليباري الهندي (المتوفى: 987هـ) الوفاة: 987، دار النشر:
- 38- كشف القناع عن متن الإقناع [كتاب]/ المؤلف منصور بن يونس بن إدريس البهوتي/ تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. - بيروت: دار الفكر، 1402 هـ. - شرح فيه (الإقناع) للحجاوي (ت960هـ).
- 39- لسان العرب [كتاب]/ المؤلف محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري. - بيروت: دار صادر. - الأولى.
- 40- المبدع في شرح المقنع [كتاب]/ المؤلف إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، أبو إسحاق. - بيروت: المكتب الإسلامي، 1400 هـ. - شرح فيه العلامة إبراهيم بن مفلح (ت884هـ) (المقنع) وهو أحد المتون الحنبلية المعتمدة لإمام عصره موفق الدين بن قدامة المقدسي المتوفى سنة (620هـ).
- 41- المبسوط [كتاب]/ المؤلف أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة. - بيروت: دار المعرفة. - شرح فيه شمس الأئمة السرخسي (ت483هـ) كتاب (الكافي) لأبي الفضل المروزي المعروف بالحاكم الشهيد (ت344هـ) والذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية (المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير، والسير الكبير والصغير) ل محمد بن الحسن الشيباني (ت189هـ).
- 42- مجلة الأحكام العدلية، اسم المؤلف: جمعية المجلة الوفاة: 9999، دار النشر: كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هوايني.

- 43- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر [كتاب]/ المؤلف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، المدعو بشيخي زاده/ تحقيق: خليل عمران المنصور. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ. - شرح فيه عبدالرحمن بن محمد بن سليمان (شيخي زاده) (ت 1078هـ) كتاب (ملتقى الأبحر) للإمام إبراهيم بن محمد الحلبي (ت 956هـ)، وهو من المتون الحنفية المعتمدة، وأورد الشارح آراء أصحاب المذهب، والشافعي أحياناً.
- 44- المجموع شرح المهذب [كتاب]/ المؤلف يحيى بن شرف النووي. - بيروت: دار الفكر، 1997م. - من أجمع كتب الفقه الشافعي بل الإسلام، شرح فيه النووي (المهذب) لأبي إسحاق الشيرازي (ت 476هـ) ولم يتمه، وإنما شرح ربع الأصل في 9 مجلدات، ثم مات، وجاء تقي الدين السبكي (ت 756هـ) فزاد ثلاثاً، ثم مات، ولم يتمه إلا الحضرمي والعراقي ثم محمد نجيب المطيعي.
- 45- مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة [كتاب]/ المؤلف خليل بن إسحاق بن موسى المالكي/ تحقيق أحمد علي حركات. - بيروت: دار الفكر، 1415،
- 46- المستدرک على الصحيحين [كتاب]/ المؤلف محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري/ المحقق مصطفى عبد القادر عطا. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ. - الأولى.
- 47- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى [كتاب]/ المؤلف مصطفى السيوطي الرحباني. - دمشق: المكتب الإسلامي، 1961م. - شرح (غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى) للكرمي (ت 1033هـ) جمع (الإقناع) للحجاوي (ت 960هـ) و(منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات) لابن النجار (ت 972هـ) والذي جمع بين (التنقيح المشبع) للمرداوي (ت 885هـ) و(المقنع) لابن قدامة (ت 620هـ).
- 48- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج [كتاب]/ المؤلف محمد الخطيب الشربيني. - بيروت: دار الفكر. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت 676هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت 623هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت 505) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضاً، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت 478هـ).
- 49- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني [كتاب]/ المؤلف عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي. - بيروت: دار الفكر، 1405هـ. - الأولى. - ليس يقتصر على المذهب الحنبلي، بل يعرض الخلاف داخل وخارج المذهب، مع الاستدلال والترجيح، فكان عمدة كتب الفقه المقارن، ولم يدانه في بابه كتاب.
- 50- المنتقى شرح الموطأ [كتاب]/ المؤلف سليمان بن خلف الباجي. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.
- 51- منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل [كتاب]/ المؤلف محمد عليش. - بيروت: دار الفكر، 1409هـ. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).
- 52- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل [كتاب]/ المؤلف محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب)، أبو عبد الله. - بيروت: دار الفكر، 1398هـ. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).
- 53- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج [كتاب]/ المؤلف محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، شمس الدين. - بيروت: دار الفكر للطباعة، 1404هـ. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت 676هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت 623هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي

(ت 505) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضاً، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت 478هـ).

54- الهداية شرح بداية المبتدي [كتاب]/ المؤلف علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، أبو الحسن. - القاهرة: المكتبة الإسلامية. - شرح فيه الإمام العلامة المرغيناني (ت 593هـ) متن (بداية المبتدي) له (أي الماتن هو الشارح) و متن البداية هو أحد المتون الحنفية المعتمدة والذي جمع فيه مسائل القدوري والجامع الصغير لمحمد بن الحسن.

حالات الرهن القانوني في التشريع الليبي



من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد عبد القادر محمد

أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون – جامعة جازان

– المملكة العربية السعودية وبالجامعات الليبية سابقاً –

مقدمة :

جعل القانون المدني الليبي لبعض الدائنين تأمينات خاصة يستقلون بها عن باقي الدائنين فتجعلهم في مركز خاص يتقون به إعمار مدينتهم. وتتنوع هذه التأمينات فهي إما أن تكون شخصية حيث يضمن شخص آخر الوفاء بالدين في حالة عدم قيام المدين بأدائه كالكفالة والتضامن بين المدينين، والإنابة القاصرة، ولكن هذا النوع من التأمينات لا يوفر الحماية الكافية للدائن فقد يصبح الضامن معسراً وبالتالي يتعرض الدائن لخطر عدم الحصول على حقه كاملاً في حالة عدم كفاية أموال الضامن للوفاء بما عليه من ديون وضمان⁽¹⁾.

وإما أن تكون التأمينات عينية حيث يكون الضامن للوفاء بالدين عيناً معينة مملوكة للمدين أو الغير، يكون للدائن بمقتضاها أن يتقدم على غيره من الدائنين في الحصول على حقه من ثمنها فيستوفي حقه قبل غيره من الدائنين ويتخلص بذلك من خطر مزاحمة باقي الدائنين، كما يكون للدائن أيضاً بمقتضاها أن يتبع العين التي ورد عليها هذا الضمان إذا تصرف فيها صاحبها إلى الغير فيحق له أن يجز عليها في يد أي شخص انتقلت إليه. وهذا النوع الأخير من التأمينات هو ما يسمى بالحقوق العينية التبعية، وهو أهم أنواع التأمينات فهو يعطي صاحبه حق التقدم وحق تتبع العين في أي يد تنتقل إليه⁽²⁾.

وتتنوع التأمينات العينية من حيث مصدرها في القانون الليبي إلى ثلاثة أنواع: فقد يكون مصدرها القانون كالرهن القانوني وحق الامتياز، وقد يكون مصدرها القضاء كالرهن القضائي (حق الاختصاص)، وقد يكون مصدرها الاتفاق كالرهن الرسمي والرهن الحيازي. وهي حقوق واردة في القانون على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وبالتالي لا يجوز للأفراد أن يضيفوا حقاً عينياً تبعياً خلاف هذه الحقوق التي ذكرها المشرع.

(1) د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني . الحقوق العينية التبعية - ص 15.

(2) د. علي علي سليمان- شرح القانون المدني الليبي . الحقوق العينية الأصلية والتبعية – منشورات الجامعة الليبية-ص 392. د. محمد لبيب شنب - دروس في

التأمينات العينية والشخصية - دار النهضة العربية - 1974 م - ص 9. د. سمير عبد السيد تناغو – التأمينات العينية – 1967- ص 5، د. عبد المنعم البدرابي

– التأمينات العينية – 1972- ص 4.

وعلى الرغم من تطابق القانون المدني الليبي مع القانون المدني المصري في كثير من مواده وجزئياته، إلا أن هناك بعض الموضوعات نظمها القانون الليبي وأخذ بها بينما لم ينظمها القانون المصري ومن هذه الموضوعات الرهن القانوني.

* خطة البحث :

نتناول في هذا البحث دراسة هذا الحق وحالاته في القانون المدني الليبي وما يقابلها في القانون المدني المصري، وسوف نقسم هذه الدراسة إلى مطلبين، حيث نبين في المطلب الأول: ماهية الرهن القانوني، ثم نبين في المطلب الثاني: حالات الرهن القانوني .

المطلب الأول : ماهية الرهن القانوني وخصائصه :

اقتصر المشرع الليبي على بيان حالات الرهن القانوني في المادة (1033) مدني دون أن يبين ماهيته جرياً على عدم اهتمام التشريعات بالتعريفات. ونعرف الرهن القانوني: بأنه حق عيني تبعي ينشأ بناءً على نص في القانون ويرد على عقار أو منقول، يكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء وتتبع العين في أي يد تكون في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك . ويتضح من هذا التعريف أن الرهن القانوني يتميز بخصائص معينة هي :

- 1- حق عيني: فهو يعطي لمن تقرر له سلطة مباشرة على الشيء المرهون تسمح له بمقتضاه أن يستوفي حقه من قيمته أو ما يحل محله.
- 2- حق تبعي: فهو ليس مستقلاً بذاته وإنما ينشأ تبعاً للدين المضمون فهو لا يوجد إلا بوجوده وينقضي بانقضائه.
- 3- ينشأ بناءً على نص في القانون: ويتفق الرهن القانوني في هذه الخاصية مع حق الامتياز فهو أيضاً ينشأ بناءً على نص في القانون فلا بد من وجود نص قانوني يقرر هذا الحق، لكنه يختلف عن الرهن القضائي الذي ينشأ بناءً على أمر من القضاء ، كما يختلف أيضاً عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي فهما ينشأن بناءً على اتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن أو الكفيل العيني.
- 4- محل الذي يرد عليه هذا الحق قد يكون عقاراً فقط كما في حالة المتصرف في العقار، وقد يكون عقاراً أو منقولاً كما في حالة المتقاسم في العقار أو في المنقول ، وقد يرد على جميع أموال المدين كما في حالة الرهن القانوني المقرر للدولة على أموال المتهم والمسئول مدنياً.
- 5- تقرير الرهن القانوني - كباقي الرهن الأخرى - إنما يكون لصفة في الدائن ذاته وليس لصفة في الدين، بعكس حق الامتياز فهو يتقرر لصفة خاصة في الدين نفسه تجعله متقدماً على غيره من الديون الأخرى، فالقانون قد ميز بعض الديون وجعلها تتقدم على غيرها نظراً لصفة خاصة بها، وهو الذي يجدها ويبين مرتبة كل منها⁽¹⁾.
- 6- يعطي الرهن القانوني لصاحبه ميزة التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه في جميع صورته، ويعطي حق تتبع العين التي ورد عليها الرهن في أي يد تكون في بعض الحالات دون البعض الآخر، فهو يعطيه للمتصرف في العقار على العقار نفسه، والمتقاسم على المال المقسوم، ولكن لا يعطي ميزة التتبع في حالة ما إذا كان الرهن مقررًا على جميع أموال المدين كما في الحالة الثالثة وهي رهن الدولة على أموال المتهم والمسئول مدنياً.

(1) د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج 10 - التأمينات الشخصية والعينية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998 - ص 264.

المطلب الثاني : حالات الرهن القانوني :

حدد المشرع الليبي حالات الرهن القانوني في المادة (1033) مدني ، وقد نصت على أنه: يختص بالرهن القانوني :

- 1- المتصرف بالعقار على العقار نفسه لاستيفاء الالتزامات الناشئة عن عقد التصرف.
 - 2- الورثة والشركاء ومن لهم حق الاقتسام الآخرون، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ولاستيفاء ما تقرر له فيها من حصة.
 - 3- الدولة على أموال المتهم والمسئول مدنياً حسب أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية.
- ونبين فيما يلي هذه الحالات في ثلاثة فروع متتالية، حيث نخصص لكل حالة منها فرعاً خاصاً بها.

الفرع الأول : رهن المتصرف بالعقار على العقار نفسه :

قد يتصرف شخص في عقاره ويترتب على هذا التصرف التزامات على عاتق المتصرف إليه يجب عليه الوفاء بها للمتصرف، كالوفاء بثمان بيع العقار وملحقاته ونفقات العقد⁽¹⁾ أو معدل المفاضة أو التكاليف المالي الذي اقترنت به الهبة العقارية، لهذا أعطى المشرع هذا الحق للمتصرف على العقار تأميناً لحقه في الرجوع على المتصرف إليه بهذه الالتزامات الناشئة عن التصرف، إذ المفترض أن المتصرف هو الذي وضع العقار في ملك المتصرف إليه فيجب ألا يقدم عليه غيره من الدائنين قبل الحصول على المقابل، وإلا كان هذا إثراء على حسابه بدون سبب.

ويجوز أن يتقرر الرهن القانوني لغير المتصرف إذا قام الغير بإقراض المتصرف إليه الثمن أو جزء منه ، فإن المقرض يحل محل المتصرف في هذا الرهن القانوني.

*شروطه : يجب لتوافر الرهن القانوني في هذه الحالة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول : يجب أن يكون التصرف قانونياً يترتب التزامات على عاتق المتصرف إليه، ويستوي أن يكون بيعاً أو مفاضة بمعدل أو هبة مقترنة بتكليف مالي على عاتق الموهوب له أو وفاء بمقابل إذا كان الموفي له ملزماً بدفع فرق، كما يستوي أن تكون هذه التصرفات قد أفرغت في محرر رسمي أو عرفي، أو كان البيع بطريق الممارسة أو بيعاً بالمزاد العلني.

الشرط الثاني : يجب أن يكون التصرف القانوني صحيحاً أما إذا كان التصرف باطلاً فلا يتقرر الرهن، كما ينقضي الرهن إذا كان التصرف قابلاً للإبطال ثم قضي بإبطاله أو كان صحيحاً ثم فسخ فالرهن القانوني حق تابع للدين الناشئ عن التصرف وينقضي بانقضائه⁽²⁾.

الشرط الثالث : يجب أن يرد التصرف القانوني على عقار قابل للبيع بالمزاد العلني، فلا محل للرهن القانوني على المنقولات سواء كانت منقولات بطبيعتها أو كانت معتبرة عقاراً بالتخصيص إذا فصلت وبيعت مستقلة، كما لا يتقرر الرهن القانوني على عقار لا يباع بالمزاد العلني كحق الارتفاق أو حق السكنى فهو غير قابل للبيع بالمزاد فلا يتقرر عليه حق رهن قانوني إذا تم بمقابل.

(1) راجع في التزامات المشتري في عقد البيع، د. محمد بن عبد القادر محمد - المهمل في شرح العقود المسماة في القانون المدني الليبي . الكتاب الأول - عقد البيع - الطبعة الثانية - منشورات مكتبة زليتن الشعبية - زليتن - ليبيا - 2009م - ص 247 - 266.

(2) د.علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 394.

إذا توافرت هذه الشروط تقرر الرهن القانوني على العقار المتصرف فيه وبالتالي يضمن جميع الالتزامات الناشئة عن التصرف ذاته، فيضمن الثمن الباقي منه إذا كان التصرف بيعاً، كما يضمن معدل المقايضة إذا كانت المقايضة بمعدل، كما يضمن أيضاً الفرق في الوفاء بمقابل إذا كان الموفي له ملتزماً بدفع فرق.

أما إذا كان الالتزام خارجاً عن نطاق عقد التصرف فإن الرهن القانوني لا يضمنه، كالتعويض الذي قد يطلبه المتصرف عن فسخ العقد؛ لأن الشرط الأساسي لتقرير هذا الرهن أن يكون التصرف صحيحاً ويبقى صحيحاً.

ولكن حتى يكون هذا الرهن نافذاً في حق الغير يجب أن يتم قيده في السجل العقاري حتى يتاح لكل من يريد التعامل على العقار العلم بوجود هذا الرهن، وذلك تطبيقاً للحكم العام الوارد في المادة (1/1057) مدني لبيي (لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار). وتطبيقاً أيضاً لنص المادة (50) من قانون التسجيل العقاري وأملاك الدولة رقم 17 لسنة 2010م التي تنص على أنه (التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها، ويترتب على عدم قيدها أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير) فالرهن في حالتنا هذه حق عيني تبعي وارد هنا على عقار يعطي للمتصرف حق التقدم والتبعية، وبالتالي يجب قيده، وإلا كيف يعلم من أراد شراء العقار من جديد بأن العقار ترتب عليه رهن قانوني إذا لم يكن هذا الحق مقيداً في السجل العقاري⁽¹⁾.

فحكم قيد التصرفات العقارية عام يشمل كل التصرفات إلا ما استثني بنص خاص، ولم يستثن المشرع إلا حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقار وحقوق الامتياز العقارية الضامنة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة (م/2/1138) مدني لبيي.

ويتم إجراء القيد وفقاً للمادة (56) من قانون رقم 17 لسنة 2010م، بشأن مصلحة التسجيل العقاري وأملاك الدولة، وبالتالي يشترط أن يكون التصرف المراد قيده قد أفرغ في محرر رسمي، أما إذا كان قد أفرغ في محرر عرفي فيمكن اللجوء للقضاء للحصول على حكم نهائي بصحة ونفاذ هذا التصرف حتى يمكن قيد الرهن، مع مراعاة قيد صحيفة الدعوى على صحيفة العقار الموجودة بالسجل العقاري⁽²⁾، وذلك لأن السجل العيني العقاري لا يعتد في نقل الحقوق أو زوالها أو تقييدها إلا إذا كانت هذه الحقوق مفرغة من محرر رسمي.

(1) انظر في وجوب قيد الرهن القانوني الوارد على عقار: د.علي علي سليمان - المرجع السابق - ص400، د.جمعة محمود الزريقي - الحقوق العينية الأصلية والتبعية - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - 2002م - ص322 وما بعدها، د.محمد علي عمران - نظام التسجيل وفقاً للقانون الليبي - مجلة دراسات قانونية - كلية - القانون - جامعة قارونس (بنغازي) - المجلد الرابع - السنة الرابعة - ص69.

(2) تنص المادة (53) من قانون التسجيل العقاري وأملاك الدولة على أنه (يجب قيد كافة الدعاوى التي ترفع ضد مالك عقار سبق تسجيله إذا تعلقته هذه الدعاوى بحق عيني عقاري أو بصحة ونفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها. ولا تقيد الدعاوى في المحكمة إلا بعد تقديم الشهادة الدالة على ذلك)، كما تنص المادة (54) من ذات القانون على أنه (تقيد الأحكام النهائية الصادرة في موضوع الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة، ويؤشر بمنطوق الحكم النهائي على هامش قيد عريضة الدعاوى)، كما تنص المادة (55) من ذات القانون على أنه (يترتب على قيد الدعاوى أن حق المدعي إذا تقرر بحكم نهائي مقيد طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ قيد الدعوى).

الفرع الثاني : رهن المتقاسم على المال المقسوم :

نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة (1033) مدني لبيي بأنه: (يختص بالرهن القانوني... 2- الورثة والشركاء ومن لهم حق الاقتسام الآخرون، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ولاستيفاء ما تقرر له فيها من حصة)⁽¹⁾.

ويتضح من هذا النص أن المشرع الليبي جعل للمتقاسم رهن قانوني على المال المقسوم تأميناً لحقه في الرجوع على باقي المتقاسمين للوفاء بالالتزامات الناشئة عن القسمة.

والحكمة من تقرير الرهن القانوني في هذه الحالة أن القسمة تعتمد على المساواة التامة بين المتقاسمين فمن العدالة أن يتقدم المتقاسم بدينه على غيره من الدائنين، لأنه أضاف شيئاً إلى ذمة شركاؤه في القسمة.

*شروطه : يشترط لقيام الرهن القانوني في هذه الحالة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يوجد مال شائع: وهو المال المملوك لأكثر من شخص في وقت واحد بحيث يكون لكل شخص حصة تنسب إلى الشيء في مجموعة كالرابع أو النصف أو الثلث، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المال الشائع عقاراً أو منقولاً، فالنص ورد عاماً وبالتالي يطبق على قسمة العقار والمنقول، وإن كان للمتقاسم في المنقول حق امتياز طبقاً لنص المادة (1150) مدني لبيي فالمتقاسم في المنقول له حقان حق امتياز وحق رهن قانوني، كما يستوي أن يكون مصدر الشئوع العقد أو الميراث أو الوصية أو غيره من الأسباب.

الشرط الثاني : أن يتم قسمة المال الشائع: فلا يقوم الرهن القانوني في هذه الحالة إلا إذا تم قسمة المال الشائع ، يستوي بعد ذلك أن تكون القسمة اتفافية تمت باتفاق الشركاء، أو قضائية تمت بحكم من القاضي، وسواء كانت القسمة عينية أو بطريق التصفية، كما يستوي أن تكون القسمة كلية أو جزئية.

الشرط الثالث : أن يترتب للمتقاسم حق في ذمة باقي الشركاء نتيجة للقسمة : سواء كان هذا الحق هو معدل القسمة أي الفرق بين الحصص حتى يأخذ المتقاسم نصيبه، فمثلاً إذا كان المال المقسوم عقاران وتقاسم الشريكان هذا المال ولكن وجد أن قيمة أحد العقارين أكبر من قيمة الآخر فيكون للشريك المتقاسم الذي أخذ العقار الأقل قيمة رهن قانوني على العقار الأكبر قيمة بمعدل القسمة وهو الفرق بين النصيبين، كذلك يشمل الرهن القانوني ثمن التصفية التي يرسو به المزداد على أحد المتقاسمين نتيجة لعدم إمكان قسمة المال عيناً، كما يشمل التعويض الذي يستحقه أحد المتقاسمين نتيجة استحقاق حصته للغير لسبب سابق على القسمة أو تعرض الغير للمتقاسم في انتفاعه بهذه الحصة تطبيقاً للمادة (848) مدني لبيي.

كما يشمل الرهن القانوني الفوائد التي يستحقها المتقاسم عن أي دين من الديون السابقة، ولكن يجد من هذه الحالة الأخيرة القانون رقم 74 لسنة 1972 والذي حرم التعامل بالفائدة بين الأشخاص الطبيعيين⁽²⁾، أما إذا كان التعامل بين أشخاص اعتباريين أو بين شخص طبيعي وآخر اعتباري فإنه لا يدخل في نطاق التحريم الوارد بهذا القانون⁽³⁾.

(1) يقابل هذه الحالة في القانون المصري امتياز المتقاسم في العقار المادة (1149) مدني وامتياز المتقاسم في المنقول المادة (1146) مدني مصري، قارن مع هذا د.عبد الحميد عبد الله عبد العال في مؤلفه - الحقوق العينية الأصلية والتبعية- ص 215 : حيث ذكر أن القانون المصري نص على امتياز المتقاسم في العقار دون المنقول. ويرد عليه أن المشرع المصري كما نص على امتياز المتقاسم في العقار في المادة (1149) نص أيضاً على امتياز المتقاسم في المنقول في المادة (1146) مدني.

(2) انظر في نطاق تطبيق هذا القانون: د. محمد عبد القادر محمد - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - طرابلس - ليبيا - ص 147.

(3) راجع طعن مدني جلسة 1976/11/21 - مجلة المحكمة العليا - السنة 13 - العدد 3 - ص 199.

إذا توافرت الشروط السابقة تقرر الرهن القانوني على المال المقسوم أياً كان عقاراً أو منقولاً، وبالتالي يكون للمتقاسم رهن على هذا المال يضمن جميع الالتزامات الناشئة عن القسمة فيضمن معدل القسمة وثن التصفية الذي يرسو به المزداد على أحد المتقاسمين، والتعويض الذي يحكم به للمتقاسم من جراء استحقاق أو تعرض الغير له في حصته.

ولكن إذا كان المال المقسوم عقاراً فحتى ينفذ هذا الرهن القانوني في حق الغير يجب قيده في السجل العقاري الواقع في دائرته العقار تطبيقاً للحكم العام الوارد في المادة (1/1057) مدني ليبي (لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثلث للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار). ورغم أن هذا النص ورد في الرهن الرسمي إلا أن حكمه عام يشمل جميع الرهون، وذلك لأن الرهن الواقع على عقار لا يمكن الاحتجاج به على الغير إلا إذا كان مقيداً، كما أن حكم قيد التصرفات العقارية عام يشمل كل التصرفات إلا ما استثني بنص خاص كالامتيازات العامة الواردة على عقار أو حقوق الامتياز العقارية للمبالغ المستحقة للخزانة العامة⁽¹⁾. كما يؤيد ذلك نص المادة (50) من قانون التسجيل العقاري الحالي التي توجب قيد التصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية، وترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير.

ويتم إجراء القيد - كما في رهن المتصرف في العقار على العقار ذاته - وفقاً للقانون رقم 17 لسنة 2010م الخاص بالتسجيل العقاري وأملاك الدولة. وبالتالي إذا كانت القسمة قضائية فإنه يعتد بها في إجراء القيد في السجل العقاري، أما إذا كانت القسمة اتفاقية مفرغة في محرر عرفي فلا يجوز الاعتداد بها في إنشاء الحق العيني التبعية، وإنما يمكن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم نهائي بصحة ونفذ القسمة⁽²⁾، حتى يمكن تسجيل هذا الحق، فالمادة (56) من قانون التسجيل العقاري توجب أن تكون وثائق التصرفات التي يجوز الاعتماد عليها في التسجيل مفرغة من محرر رسمي، وتحرر طلبات التسجيل على النماذج المقررة ويرفق بها سند الملكية والمستند الذي يعتمد عليه في التسجيل.

ويتم قيد هذا الحق ليس على المال المقسوم كله وإنما على الحصة التي آلت إلى المتقاسمين الملزمين بدفع معدل القسمة أو غيرها من الالتزامات الأخرى. وبالتالي يخرج من محل الرهن الحصة التي آلت إلى المتقاسم الذي تقرر له هذا الحق.

الفرع الثالث: رهن الدولة على أموال المتهم والمسئول مدنياً:

نصت على هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (1033) مدني ليبي بأنه: (يختص بالرهن القانوني... 3- الدولة على أموال المتهم والمسئول مدنياً حسب أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات).

*شروطه: يشترط لقيام الرهن القانوني في هذه الحالة توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: صدور حكم من القضاء عن فعل يعد جريمة وذلك وفقاً لأحكام قانون العقوبات، أياً كان نوع هذه الجريمة سواء أكانت جنائية أو جنحة أو مخالفة⁽³⁾.

الشرط الثاني: أن يرتب هذا الحكم التزامات على عاتق المتهم أو المسئول مدنياً لصالح الدولة، والمبالغ المستحقة للدولة هي الغرامة وما يجب رده والتعويضات والمصاريف (م456) إجراءات جنائية ليبي، ويجب على النيابة العامة إعلان المحكوم عليه بمقدار هذه المبالغ إذا لم تكن مذكورة في الأحكام النهائية الصادرة على المتهم.

(1) د.علي علي سليمان - المرجع السابق - ص400.

(2) د.جمعة محمود الزريقي - المرجع السابق - ص336.

(3) د.عبد السلام المزوي - الحقوق العينية التبعية - ص169.

وهذه المبالغ إما أن تحصل بالطرق المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية أي بالحجز على هذه الأموال وبيعها بالزاد العلني، أو بالطرق المقررة لتحصيل الأموال العامة (م457) إجراءات جنائية ليبي. ويجوز استعمال وسيلة الإكراه البدني ضد المتهم إذا لم يتم بدفع المبالغ المضمونة بالرهن القانوني، وتقوم بذلك النيابة العامة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية الليبي (م458). وإذا لم تف أموال الجاني بالوفاء بهذه المبالغ وجب توزيع ما يتحصل منها على الترتيب الآتي :

- 1- المصاريف المستحقة للدولة.
- 2- المبالغ المستحقة للمدعى مدنياً.
- 3- الغرامة وما تستحقه الدولة من الرد والتعويض (م459 إجراءات).

إذا توافر الشرطان السابقان تقرر الرهن القانوني على جميع أموال المتهم من منقولات وعقارات ، كما يقتصر هذا الرهن أيضاً على المسئول مدنياً عن الغير، كالمكلف بالرقابة وهو كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب عدم بلوغه سن الرشد أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية فهو يشمل الأب أو المدرس في حال وجود التلميذ في المدرسة أو صاحب الورشة إذا وجد القاصر فيها للتدريب أو الزوج على زوجته القاصرة، كما يتقرر الرهن القانوني أيضاً على المتبوع إذا وقع من التابع جريمة حال تأديته وظيفته أو بسببها وذلك وفقاً لنص المادة (177) مدني ليبي⁽¹⁴⁾.

والرهن القانوني المقرر في هذه الحالة، باعتبار أنه وارد على جميع أموال المتهم والمسئول مدنياً أي كان المال عقاراً أو منقولاً، لا يجب تسجيله في السجل العقاري إذا كان وارداً على عقار. وذلك بعكس رهن المتصرف في العقار والمتقاسم في العقار إذ يجب تسجيل الرهن القانوني فيهما.

الخاتمة :

نخلص من هذه الدراسة إلى أن القانون المدني الليبي قد استقى حق الرهن القانوني من القانون المدني الفرنسي مع اختلاف في الحالات التي تقررت في كل منهما، فبينما قرره القانون الليبي في ثلاث حالات نصت عليها المادة (1033) مدني وهي : المتصرف بالعقار على العقار نفسه لاستيفاء الالتزام الناشئة عن عقد التصرف، والورثة والشركاء ومن لهم حق الاقتسام الآخرون تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ولاستيفاء ما تقرت له فيها من حصة، والدولة على أموال المتهم والمسئول مدنياً حسب أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية. نجد أن القانون الفرنسي نص على الرهن القانوني في المادة (2117) مدني وقرره للزوجة على أموال زوجها ضمناً لما يترتب عليه من ديون بسبب الزواج، وللقصر والمحجور عليهم على أموال الوصي والقيم، كما قرره أيضاً للدولة والمقاطعات والمنشآت العامة (الأشخاص الاعتبارية العامة) على أموال المحصلين والمديرين المحاسبين المادة (2121) مدني.

أما القانون المدني المصري فلم ينص على الرهن القانوني وإنما نص على حق الامتياز لبائع العقار مادة (1147) مدني مصري وامتياز المتقاسم في المنقول المادة (1146) مدني مصري، وهذه الحالات هي المقابلة للحالتين الأولى والثانية من الرهن القانوني الوارد في القانون الليبي.

(1) تنص المادة (177) مدني ليبي على أنه (يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعة بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية الوظيفة أو بسببها 2-وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه).

الفرق إذاً بين القانونين المصري والليبي أن المشرع المصري جعل هاتين الحالتين ضمن حقوق الامتياز بينما المشرع الليبي جمع المتقاسم في العقار أو المنقول في الرهن القانوني في حالة واحدة، كما أن المشرع الليبي أيضاً نص على امتياز المتقاسم في المنقول المادة (1150) مدني، وبالتالي فإن المتقاسم في المنقول له حقان حق الرهن القانوني وحق الامتياز، أما امتياز بائع العقار الوارد في القانون المصري فهو لم يرد ضمن حقوق الامتياز في القانون الليبي وإنما أورده المشرع في الرهن القانوني بصورة أوسع فجعله للمتصرف بالعقار على العقار نفسه، أي أنه لم يجعله مقتصرًا فقط على البيع وإنما يشمل كل التصرفات الواردة على العقار والتي ترتب التزامات على عاتق المتصرف إليه.

المراجع :

- * د.جمعة محمود الزريقي - الحقوق العينية الأصلية والتبعية - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - طرابلس - ليبيا - 2002م.
- * د. سمير عبد السيد تناغو - التأمينات العينية - 1976م.
- * د.عبد الحميد عبد الله عبد العال - الحقوق العينية الأصلية والتبعية - منشورات جامعة درنة - ليبيا - 1998.
- * د.عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج10 - التأمينات الشخصية والعينية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998.
- * د.عبد السلام علي المزوغي - الحقوق العينية التبعية . طرابلس - ليبيا.
- * د. عبد المنعم البدر اوي - التأمينات العينية - القاهرة - 1972.
- * د.علي علي سليمان - شرح القانون المدني الليبي - الحقوق العينية الأصلية والتبعية - منشورات الجامعة الليبية
- * د. محمد بن عبد القادر محمد - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - طرابلس - ليبيا - 2000م.
- المنهل في شرح العقود المسماة في القانون المدني الليبي - الكتاب الأول - عقد البيع - الطبعة الثانية - منشورات مكتبة زليتن الشعبية - زليتن - ليبيا - 2009م .
- * د.محمد علي عمران - نظام التسجيل وفقاً للقانون الليبي - مجلة دراسات قانونية - جامعة قاريونس (بنغازي) - المجلد الرابع - السنة الرابعة.
- * د.محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - الحقوق العينية التبعية .
- * د.محمد لبيب شنب - دروس في التأمينات العينية والشخصية - دار النهضة العربية - القاهرة - 1974م .

حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد خلف بني سلامة
أستاذ الفقه وأصوله المشارك قسم الفقه وأصوله
كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية - الأردن
Email : MohadBanisalameh@yahoo.com

الملخص :

خلق الله عز وجل البشر، واستخلفهم في الأرض لعمارته ويرتبط الاستخلاف والعمارة بقيام حياة الإنسان وترتبط حياة الإنسان بإشباع حاجاته وتوفيرها، لذا حرص الإسلام على حماية المستهلك من خلال ضوابط وتوجيهات سامية جاءت في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ، وقد اتضحت النظرة الإسلامية لمفهوم الاستهلاك وحماية المستهلك من خلال النظرة المميزة لطلب الحلال والابتعاد عن الحرام، وهذا ما يميز النظرة الإسلامية عن غيرها من الأنظمة الوضعية، فهناك بعض السلع والخدمات والمنافع المعتبرة في الاقتصاد الوضعي لا أساس لها في الإسلام لمخالفتها القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية وحرصت الشريعة الإسلامية على حماية المستهلك من نفسه ومن المنتج والتاجر والإجراءات الخاطئة الحكومية من خلال ضوابط واضحة بينتها الشريعة السمحة.

وعليه فإن هذه الدراسة تهدف إلى الوقوف على حقوق المستهلك في الشريعة الإسلامية وكيف ضمنت الشريعة حقوق الإنسان وخلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات منها تفعيل نظام الحسبة وغرس الوعي في المجتمع من خلال الوسائل المختلفة وتأسيس الفرق الرقابية في مختلف المؤسسات ويوصي الباحث بضرورة تشكيل جمعيات لحماية المستهلك وتمكينها من الدفاع عن حقوق المستهلك ضد كل من يجحف بحق المستهلك.

المقدمة :

في خضم الحياة اليومية التي يعيشها الناس يجد الإنسان صعوبات جمة من أهمها أزمة الاستهلاك، وكثرة المتطلبات اليومية، ومع تدني دخل الفرد فإن هناك العديد من الأسر التي لا تجد قوت يومها، فما هو الحل في ظل هذه الظروف ؟

قطعاً لا بد من الرجوع إلى القيم الإسلامية التي جاء بها ديننا الحنيف، والإسلام دين شامل ومنهج حياة شريعة وعقيدة. يوازن الإسلام بين متطلبات الروح والجسد يربط الدنيا بالآخرة، وجاءت الشريعة الإسلامية بمجموعة من المبادئ والأحكام التي تنظم حياة المسلم، ومن الجهل بمكان القول بأن الإسلام لم يقدم للعالم حلولاً ونظريات اقتصادية متكاملة تكفل للمجتمعات الحياة الآمنة والمستقرة، فقد تمكن الإسلام من بناء حضارة إسلامية عظيمة امتدت إلى أقصى الدنيا، ومن أبرز دعائمها النظام الاقتصادي المتميز الذي يعتمد على السوق الحرة الخالية من كل ما هو محرم وخبيث ويعمل على تحقيق التنمية في المجتمع. وقد كان للتاجر المسلم الدور الأبرز في نشر الإسلام في دول إفريقيا وجنوب شرق آسيا من خلال أخلاق التجار والقيم الإيمانية التي يمتلكها التاجر، فكان الصدق حديثه والأمانة سلوكه. وعليه فقد وضعت الشريعة الإسلامية الدستور الكامل لحماية المستهلك والذي يبنى عليه تحقيق الخير والسعادة للمجتمع ككل. ومن هنا جاء هذا البحث والذي تناولت فيه دور الشريعة الإسلامية في حماية المستهلك. فالمستهلك هو أساس المجتمع، وقد جاءت هذه الدراسة على النحو الآتي :

المقدمة.

التمهيد: التعريف بالمستهلك.

المبحث الأول : طبيعة الأسواق الإسلامية ومبدأ حرية التجارة والمنافسة المشروعة.

المطلب الأول : طبيعة الأسواق الإسلامية

المطلب الثاني : الضوابط الشرعية للأسواق الإسلامية.

المبحث الثاني : حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول : تحديد ماهية حماية المستهلك.

المطلب الثاني : الضوابط الإيمانية لأزمة الاستهلاك.

المطلب الثالث : التدابير الإسلامية لحماية المستهلك.

المطلب الرابع : تطبيقات عملية لحماية الشريعة الإسلامية للمستهلك.

المطلب الخامس : وسائل حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

الخاتمة والتوصيات.

التمهيد : التعريف بالمستهلك :

جاء في القاموس المحيط : إن المستهلك أو المهلك هو (الذي ليس له هم إلا أن يتضيّفه الناس، يظل نهاره فإذا جاء الليل أسرع إلى من يكفله خوف الهلاك لا يتمالك دونه)⁽¹⁾

والمستهلك من الناحية الفقهية : (هو كل من يؤول إليه الشيء بطريق الشراء بقصد الاستهلاك أو، الاستعمال)⁽²⁾، والمستهلك بالمعنى الاقتصادي (هو تدمير أو هلاك السلع والخدمات المنتجة وذلك عن طريق الاستعمال)⁽³⁾.

والمستهلك: هو الشخص الذي يستعمل المنتجات لإشباع الحاجات الإنسانية لديه سواء كان المنتج المستعمل مما يفنى باستعمال واحد كالمشروب والمأكول... الخ. أو مما لا يفنى إلا باستعمالات متعددة كوسائل النقل والملابس... الخ. وعليه فإن الشخص الذي يقتني هذه السلع والخدمات من أجل إشباع حاجاته وتحقيق أغراضه المشروعة هو مستهلك.

وقد عرّف القانون المستهلك بأنه (كل شخص يتعاقد على مال أو خدمة بغرض استخدامهما أو أحدهما في متطلباته الشخصية ومستلزماته المهنية)⁽⁴⁾. وقد ذهب اتجاه قانوني آخر في تعريف المستهلك بأنه (كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية)⁽⁵⁾.

وعليه فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن مصطلح المستهلك هنا يخص الأشخاص الذين يتعاقدون على شراء المواد الاستهلاكية لأغراض مهنيهم و صناعاتهم وحرفهم.

ومصطلح حماية المستهلك مصطلح حديث نسبياً دعت لظهوره العديد من الأسباب منها، زيادة إنتاج المواد الاستهلاكية، وزيادة الاستهلاك والدعاية المكثفة للمنتجات الاستهلاكية. والمخاطر التي قد ترافق الإنتاج والصناعة والاستهلاك مما دفع إلى ظهور هذا المصطلح وما رافق هذا المصطلح بعد ذلك من سن للقوانين والتشريعات⁽⁶⁾.

(1) أبادي، الفيروز، محمد بن يعقوب مجد الدين: القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، 3/335.

(2) الشرنباصي، رمضان السيد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص25.

(3) البراوي، راشد: الموسوعة الاقتصادية، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسب، 1998، ص10.

(4) عمران، السيد محمد السيد: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة، منشأة المعارف، 2008، ص1-5.

(5) المرجع السابق نفسه، ص7 وجميعي، حسن عبد الباسط: حماية المستهلك الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ط1، 1996، ص7.

(6) عمران، السيد محمد السيد: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص5.

المبحث الأول : طبيعة الأسواق الإسلامية ومبدأ حرية التجارة والمنافسة المشروعة.

من المسائل التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية مسائل الملكية الخاصة للمال خاصة وان المال⁽¹⁾ من أهم ضروريات الحياة , قال تعالى (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) (الكهف : 46).

فمن أقوى غرائز الإنسان غريزة حب التملك يقول (ص) (يهرم ابن آدم وتشيب منه اثنتان الحرص على المال والحرص على العمر).⁽²⁾

وقد حرص الإسلام على رعاية المال انطلاقاً من أهميته في حياة الإنسان وهو من المقاصد الشرعية دعت الشريعة لحمايته وقد بين الله عز وجل من خلال كتابه العزيز, على انه خالق ومالك لهذا الكون قال تعالى: (تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) (الملك: 1).

وقال تعالى: (قُلْ لِمَن مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ) (الأنعام: 12). وحث الإسلام على العمل وطلب من الإنسان الكسب الحلال واعتبره فريضة شرعية وواجباً⁽³⁾ دينياً لقوله تعالى: (وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ) (التوبة : 105).

ومن الأعمال المشروعة التجارة, والتجارة هي : (محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء)⁽⁴⁾. فهي إذا , كسب للمال عن طريق البيع والشراء والفرق بين ما يباع ويشترى , هو : الربح وهو من أسباب الكسب الطيب الذي طلبه ودعا إليه الإسلام⁽⁵⁾.

وقد ثبتت مشروعة التجارة في كتاب الله وسنة نبيه محمد (ص), قال تعالى : (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (الجمعة : 10).

وفي هذا رخصة من الله تعالى الذي بيده مفاتيح خزائن الدنيا والآخرة⁽⁶⁾. وفي الآية (فانتشروا في الأرض) (الجمعة : 10) , صيغة الأمر بمعنى الإباحة وغير ذلك الكثير من الآيات الدالة على مشروعية التجارة والكسب الحلال منها, (الآية 20 من سورة المزمل , 29 من سورة النساء وقوله (ص) (والذي نفسي بيده لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره خير له من أن يأتي رجلاً أعطاه الله من فضله فيسأله أعطاه أو منعه)⁽⁷⁾. وفي هذا الحديث دليل على أهميه التجارة والكسب المشروع والسعي من اجله.

وكان (ص) يعمل قبل البعثة في التجارة بأموال أم المؤمنين خديجة رضي الله عنها.⁽⁸⁾

وقد قامت التجارة في الإسلام على مجموعة من الأسس والمبادئ منها :-

1- إن الإنسان مستخلف في مال الله.

2- آداب التجارة وتنظيم السوق.

3- صفات التاجر.

(1) المال هو كل ما يقبل الملك سواء كان عيباً أو منفعة الفيروز آبادي , مرجع سابق , 35/4.

(2) مسلم بن حجاج: صحيح مسلم, تحقيق نظري محمد الفارابي, دار طيبة, 2006, 9/3.

(3) المبارك, محمد: نظام الإسلام, الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة, دار الفكر, 1972, ص 23.

(4) ابن خلدون, عبد الرحمن, مقدمة ابن خلدون, مكتبة لبنان, ص 447.

(5) أبو زهرة, محمد: موسوعة الفقه الإسلامي, مطبعة مخيمر, القاهرة, 31/2.

(6) الطبري, محمد بن جرير: جامع البيان عن تأويل اي القرآن (تفسير الطبري) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي, دار هجر للطباعة, 385/ 23.

(7) البخاري, محمد بن إسماعيل أبو عبد الله: صحيح البخاري, دار ابن كثير, دمشق, 2002, 535/2 حديث رقم 1401

(8) موسوعة الفقه الإسلامي, مرجع سابق, 301/2.

المطلب الأول: - طبيعة الأسواق الإسلامية.

لقد اهتم الإسلام بتنظيم الأسواق ومراقبتها وكان من أبرز مبادئ هذا التنظيم والرقابة إنشاء ما يعرف بنظام الحسبة قال تعالى: (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (آل عمران: 104).

فهذا النظام الاقتصادي يقوم على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽¹⁾ وكان (ص) يقوم بهذه المهمة فقد قام بمراقبه الأسواق بنفسه ويحث التجار على الصلح وينهاهم عن اللغو وكان (ص) يقول (يا معشر التجار... إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبر وصدق)⁽²⁾.

وعلى ذلك فطبيعة الأسواق الإسلامية أسواق حرة لا احتكار فيها لأن الاحتكار جريمة اقتصادية يقول (ص) (من احتكر حكره يريد أن يغلي بها على المسلمين إلا خاطئ)⁽³⁾. كما منع الغش في البيع والغش، هو الإضرار بالآخرين يقول تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَفْتُرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) (النحل: 116) ويقول p (ليس منا من غش)⁽⁴⁾.

وحرية الأسواق الإسلامية منظمة ومقيدة بقواعد الشريعة الإسلامية فلا سلع محرمة فيها.

كما بينت طبيعة الأسواق الإسلامية آداب تداول السلع يقول (ص) (لا يسوم المسلم على سوم أخيه)⁽⁵⁾، وبالتالي تخضع هذه الأسواق للرقابة الرسمية في الدولة.

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية للأسواق الإسلامية.

لقد وضعت الشريعة الإسلامية الضوابط العقدية والقانونية التي تعمل على حماية الثقة والتوازن بين طرفي معادلة التداول وتعمل على إقامة العدل بين أفراد المجتمع واستقرار المعاملات التجارية وتحقيق المنافسة المشروعة ومنها:-

أولاً:- منع الغش في البيع: وفي منع الغش إشاعة لروح الثقة في صدور الناس ومنع إلحاق الضرر بالمجتمع يقول تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَفْتُرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) (يونس: 116).

ومن صور الغش المنهي عنها:

1. التبخيس في الميزان قال تعالى: (وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ) (2) وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ) (المطففين: 1-3).

وهنا زجر من الله عز وجل عن التطفيف في المكيال وهو البخس على سبيل الخفية⁽⁶⁾، والنهي الوارد في الآية للذين ينقصون الناس ويبخسونهم حقوقهم في المكيال⁽⁷⁾.

(1) مقدمة ابن خلدون، مرجع سابق، ص 283.

(2) ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، 455/6 حديث رقم 2229.

(3) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث 217/7/986.

(4) ابن حنبل، أحمد: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد معبد عبد الكريم، طبعه المكثر، 242/2، حديث رقم 2229.

(5) فتح الباري، مرجع سابق، 110/8.

(6) ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء عماد الدين: تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، مجموعة من المحققين، مؤسسة قرطبة، 2000.

246/8

(7) الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان عن تأويل إي القرآن (تفسير الطبري) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة، 277/24.

ويقول تعالى: (فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ) (الأعراف:85) أي لا تخونوا الناس في أموالهم⁽¹⁾.

ولقد أورد القرآن العظيم الكثير من الآيات الدالة على الوفاء بالميزان ومن السنة النبوية قوله (ص): (رحم الله عبداً سمحاً إذا باع وسمحاً إذا اشترى وسمحاً إذا اقتضى)⁽²⁾.

2. كتمان عيب المبيع وهو العمل على إخفاء عيب السلعة من أجل بيعها مع ما فيها من العيوب، فعلى التاجر أن يعمل على إظهار عيوب السلع وذلك من باب النصيحة الواجبة على المسلم للمسلم⁽³⁾.

فعن أبي هريرة (ض) أن رسول الله (ص): مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال (ص) ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء فقال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس قال من غش فليس منا⁽⁴⁾ فيجب تقديم البيانات الكاملة والكافية للمعروض، فيجب بيان نوع المعروض وصفته وكميته وإخراجه من الجهالة بحيث يتم التراضي عليه عن بينة كاملة وتامة يقول (ص) (المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه)⁽⁵⁾.

3. منع الغرر. وقد نهى النبي (ص) عن بيع الغرر ومن أمثلته بيع السمك في البحر.

4. منع التجارة في المحرمات فعلى التاجر ان يتحرى الحلال في رزقه قال تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) (البقرة: 188)، ويقول (ص) (إن الذي حرم شربها حرم بيعها)⁽⁶⁾.

فيما يتعلق بالخمير فيحرم ربح التجارة بالخمير لأنه أكل للمال بالباطل.

5. منع الوساطة غير المنتجة: فقد نهى النبي (ص) عن ذلك وأمر المنتجين أن يبيعوا محصولهم مباشرة لأن الوسيط يثقل كاهل المستهلك. يقول (ص) (لا يبيع حضر لباد دعوا الناس يرزقهم الله بعضهم من بعض)⁽⁷⁾.

6. ممارسة التجارة لا تمتع أداء حقوق الله.

لقد وازن الإسلام بين متطلبات الروح والجسد، فلا تكون التجارة ملهية للإنسان عن العبادة وذكر الله، قال تعالى: (وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ) (القصص: 77) ويقول تعالى: (وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُوا إِلَيْهَا وَتَرَكَوْكَ قَائِمًا قُلْ مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ اللَّهْوِ وَمِنَ التِّجَارَةِ وَاللَّهُ خَيْرُ الرَّازِقِينَ) (الجمعة: 11).

7. النهي عن بعض البيوع: فقد نهى (ص) عن بيع المضطر، فيجب أن تُشترى السلعة بسعرها وعليه فقد اهتم الإسلام بمراقبة الأسواق ومنع كل ما يلحق الضرر بالناس، لقوله (ص) (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁸⁾ فكل بيع لم يتحقق به الرضا فهو بيع منهى عنه.

(1) تفسير ابن كثير مرجع سابق، 231/2.

(2) فتح الباري في صحيح البخاري، كتاب البيوع، مرجع سابق، 4-359.

(3) أبو سعيد أحمد، محمد أحمد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ط1، 2004، وهو في الأصل رسالة علمية، ص772.

(4) صحيح مسلم، مرجع سابق، 99/1، رقم 1102.

(5) النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، دار المعرفة، 1998، 297/5.

(6) صحيح مسلم، مرجع سابق، حديث رقم 1206.

(7) فتح الباري، مرجع سابق، 307/5.

(8) الحنبلي، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، 2001، 198/2.

8. تنظيم الأسواق : وذلك من خلال تدخل الدولة في سياسة السوق، وقد أباح الإسلام لولي الأمر التدخل في سياسة السوق⁽¹⁾، وتدخل الدولة بتسعير السلع عند الضرورة وكذلك البعد عن الأيمان الكاذبة، يقول (ص) (إياكم وكثرة الحلف في البيع فإنه ينفق ثم يحق)⁽²⁾.

9. حرمة التعدي على المال: إن حفظ المال من المقاصد الشرعية التي أوجبها الإسلام⁽³⁾، وعليه فقد أقر الإسلام الملكية الفردية، ووضع الإسلام حدودا لها، ومنع التعدي عليها، قال تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (المائدة 38). وقوله (ص) (أن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية :

المطلب الأول : تحديد ماهية حماية المستهلك :

يعرف هذا المفهوم على أنه (حفظ حقوق المستهلك وضمن حصوله عليها)⁽⁵⁾

المطلب الثاني : الضوابط الإيمانية لأزمة الاستهلاك.

وضع الإسلام ضوابط أساسية وشرعية في مجال حماية الاستهلاك نفسه للحد من الكثير من الأزمات التي يمكن أن تجتاح المجتمعات المختلفة⁽⁶⁾، فجاءت أحكامها للمحافظة على الكليات الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) فكانت الضوابط الإيمانية الآتية :

1- المال هو مال الله والإنسان مستخلف فيه وليس من حقه التبذير والإسراف فيه وأن هذا المال هو حق للجميع حتى لو وجد بيد فئة معينة.

2- الحث على التوسط والاعتدال في الإنفاق. قال تعالى : (وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا) (الفرقان: 67).

3- ضبط الاستهلاك بضوابط الشرع وما أمر الله تعالى به شأنه في ذلك شأن أي تصرف من التصرفات الأخرى قال تعالى : (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ) (الأعراف: 31).

4- على الإنسان أن يقوم بمراعاة تلبية الضروريات⁽⁷⁾ أولاً ثم الحاجيات⁽⁸⁾ ثانياً ثم التحسينات⁽⁹⁾ ثالثاً.

5- لا يجوز اشتغال الاستهلاك على محرم.

6- يكون مستوى الاستهلاك والإنفاق بقدرته الإنسان فلا يحمل فوق طاقته.

7- مراعاة أولويات الاستهلاك عند التعارض.

(1) ابن سلام، أبي عبيد الله القاسم: الأموال، تحقيق أبو أنس سيد رجب تقديم أبو إسحاق الحويني، دار الهدى النبوي، مصر، 1428هـ، ص 89.

(2) صحيح مسلم مرجع سابق ، حديث رقم 1607.

(3) ابن عبيد الله، مرجع سابق، ص 92.

(4) صحيح مسلم مرجع سابق ، حديث رقم 1218.

(5) المساعد، زكي خليل، التسويق في المفهوم الشامل، دار زهران للنشر، الأردن، 1997، ص 444.

(6) <http://www.aluken.net/social/0/2303>.

(7) الضروري : ما تتوقف عليه حياة الإنسان كالطعام والشراب.

(8) الحاجيات : ما يرفع الحرج ويدفع المشقة عن الناس.

(9) التحسينات : وهو ما يؤدي إلى رغد العيش وامتعة الحياة ولكن دون إسراف أو معصية.

المطلب الثالث : التدابير الإسلامية لحماية المستهلك.

امتاز النظام الاقتصادي الإسلامي بحماية المستهلك وعمل هذا النظام على توفير الضروريات الأساسية من أجل تحقيق مقاصد العباد الشرعية يقول الإمام النووي رحمه الله في معرض حديثه عما يجب توفيره للإنسان (المطعم والملبس والمسكن وسائر ما لا بد منه على ما يليق بحاله بغير إسراف ولا اكتناز لنفس الشخص ولن هو في نفقته)⁽¹⁾.

ومن هنا فقد وضع فقهاء الإسلام دستوراً يقوم على حماية المستهلك من أجل تحقيق الخير للفرد والمجتمع على حد سواء , وعليه كانت التدابير الإسلامية من أجل حماية المستهلك والتي تتمثل في التدابير الوقائية القائمة على التربية الأخلاقية بحيث تمثل هذه التربية قانوناً داخلياً منبعه الإنسان نفسه وقد أقر الإسلام العديد من الأصول الأخلاقية مثل، التقوى، والوفاء بالعقود والتعاون وهذه الأصول تشكل بحد ذاتها أسس حماية المستهلك يقول تعالى: (وَبَايَعُوا أَوْفُوا بِالْمِيثَاقِ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ (هود: 85)). كما كان من التدابير الإسلامية كذلك التدابير الرقابية والمتمثلة بوظيفة المحتسب مثلاً.

والقائمة على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والذي دعت إليه نصوص القرآن والسنة النبوية يقول تعالى: (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) (آل عمران: 104). وقوله (ص) (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الإيمان)⁽²⁾.

ويقع على كاهل المحتسب وظيفة تعهد الأسواق وضبط الموازين ومراقبة المصانع والتأكد من سلامة عرض البضاعة الاستهلاكية ومراقبة الأسعار الخاصة بكل صنف من أصناف البضاعة.

ومن التدابير أيضاً الإجراءات التشريعية الخاصة بحماية المستهلك، فقد وضعت الشريعة الإسلامية العديد من الضوابط التشريعية لحماية المستهلك، ومنها تحريم الغش وكتمان عيب المبيع والاحتكار وهو حبس الطعام تربصاً به للغلاء، والنهي عن البيوع المحرمة مثل تلقي الركبان، وهم الذين يجلبون البضائع للبيع سواء ركباناً أو مشاة لقوله (ص) (لا تلقوا الركبان)⁽³⁾ وفي تفسير الإمام مالك حماية للمستهلك من غلاء الأسعار من خلال هذا التدخل، أي تلقي الركبان⁽⁴⁾ وبيع الحاضر للباد والنهي عنه ولما يلحق المشتري من ضرر ولقوله (ص) (لا يبيع حاضر حاضر لباد)⁽⁵⁾ وصورة هذا البيع أن يأتي الغريب إلى بلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال فيأتيه الحاضر فيقول له ضعها عندي حتى أبيعها بالتقسيط بأعلى من هذا السعر⁽⁶⁾، وبيع النجش وهو الزيادة في سعر السلعة بهدف إغراء الآخرين بشرائها لا بهدف شرائها وهو حرام فعن ابن عمر رضي الله عنهما (نهى رسول الله عن النجش)⁽⁷⁾.

كما حرم الإسلام الربا وهذا من وسائل حماية المستهلك في الإسلام، قال تعالى :

(1) النووي، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبوزكريا: المجموع شرح المذهب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، 191/6.

(2) ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين زين الدين: نيل الإرب من جامع العلوم والحكم، تحقيق عثمان الخميس، وزارة الأوقاف، الكويت، 2006، 195/2.

(3) العيد، ابن دقيق، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الجليل، 1995، ص293.

(4) ن.ج. كواسون: في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة محمد أحمد سراج وحسن الشافعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1992، ص383.

(5) الشوكاني، محمد علي: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد أبو معاذ، دار ابن القيم، 2005، 164/5.

(6) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 2011، 51/4.

(7) نيل الأوطار، مرجع سابق، ص166/5.

(وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (البقرة: 375).

وتتجلى حماية المستهلك في تحريم الربا بما يلي:

1- يحمي المستهلك من استغلال أصحاب الأموال.

2- يحمي المستهلك لأن فيه التوجيه والتشجيع على الاستثمار في مختلف نواحي الحياة.

3- تبقى النقود محافظة على وظيفتها المتمثلة في اعتبارها قيمة للسلع وليس سلعة تنافس السلع الأخرى.

ويعتبر التسعير كذلك من وسائل حماية المستهلك والتسعير هو تدخل الدولة لتحديد الأسعار عند الظروف التي تستدعي ذلك، يقول ابن القيم رحمه الله (جماع الأمر إن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل)⁽¹⁾.

ومع الخلاف الحاصل في هذه القضية بين الفقهاء، نقول: وإن كان الأصل في الإسلام عدم التسعير إلا أنه في حالة حصول ضرر يلحق المستهلك فإنه جائز لأن الضرر يزال ودرؤه مقرر في الإسلام، كما يعتبر مشروعية الخيار من وسائل حماية المستهلك وهو أن يكون للمتعاقد الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة إن كان خيار شرط مثلاً أو عند فوات الوصف إن كان خيار وصف أو عندما يغير البائع بالمشتري إذا كان خيار الغبن.. الخ⁽²⁾.

المطلب الرابع: تطبيقات عملية لحماية الشريعة الإسلامية للمستهلك.

أولاً: كيف حمت الشريعة المستهلك من نفسه؟

المسلم الواعي يلتزم بكل أفعاله وتصرفاته بالأولويات، ففي الإنفاق مثلاً ينفق على الضروريات ثم الحاجات ثم الكماليات ويتجنب شراء الخبائث وكل ما هو محرم لقوله تعالى: (وَبِجْلِ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) (الأعراف: 157) وقوله تعالى: (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ) (الأعراف: 31) والسبب بوجود هذا المستهلك المنضبط هو المنهج السوي والسليم الناتج عن التربية الإسلامية وبالتالي فإن التربية الإيمانية الصادقة والوعي الفكري والتربوي والثقافي من الأسباب الرئيسية في تنشئة جيل مؤمن يحب دينه ووطنه وأمتة وأمنهم. وعليه راعت الشريعة سلم الأولويات في الاستهلاك ثم دعت الشريعة إلى الالتزام بقواعدها من حيث الحلال والحرام عند شراء السلع وحثت على التمتع بنعم الله وفق شرعه، وعليه فقد حرمت التبذير والإسراف والتقليد الأعمى في الاستهلاك.

ثانياً: حماية الشريعة الإسلامية للمستهلك من المنتج:

انطلاقاً من قوله p (من غشنا فليس منا)⁽³⁾ فقد أتقن المنتج صنعته وتجنب إنتاج كل ما هو خبيث، فإذا ما التزم المنتج بكل الضوابط الشرعية والأخلاقية في حماية المستهلك فلا ينتج المحرمات ويتعد عن السلع الرديئة والمغشوشة ليحقق بهذا الرفاهية والأمن والطمأنينة في المجتمع ويعود النفع بهذا على المستهلك والمنتج ككل.

وعليه فقد حرمت الشريعة على المنتج أن يغش في إنتاجه وأكدت على الإتقان في إنتاج السلع وحرمت إنتاج السلع المحرمة وترشيد الاستهلاك في الإنتاج حتى لا تزيد تكلفة المنتج لأنها تعود في النهاية على المستهلك.

ثالثاً: حماية الشريعة الإسلامية للمستهلك من جشع التجار.

لقد أمر الإسلام بحرية المعاملات في الأسواق، وتضمنت الشريعة الإسلامية أسمى ضوابط العمل التجاري الذي يحمي من الغش والضرر والاحتكار والمعاملات الربوية وكل وسائل وطرق أكل أموال الآخرين بالباطل

(1) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، ص 284.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/519.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/519.

فحرمت الشريعة الإسلامية الاحتكار والرشوة وكل ما يعود على المستهلك بالجور والويل والظلم. يقول (ص) (من أدخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقعه من النار يوم القيامة)⁽¹⁾. وعليه فالتزام التاجر بقواعد الشريعة وضوابط العمل التجاري في الأسواق يحقق الأمن للمستهلك والمجتمع عامة، وعلى هذا فإن الشريعة دعت إلى حرية التعامل مباشرة بين التاجر والبائع وحرمت كل أنواع العقود التي تحتوي على التدليس والغش ونهت عن الحلف لبيع السلعة وأمرت الشريعة بعدم التلاعب بالكيل والميزان وتحريم البيع بعقود الربا والاحتكار، وأعطت الحق للمشتري في معاينة السلعة وعدم التدخل المفتعل في الأسواق لبث الإشاعات من أجل رفع الأسعار.

رابعاً: حماية الشريعة الإسلامية للمستهلك من جور أنظمة الحكم.

نظمت الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط والقواعد الهامة لحماية المستهلك وعلى الأنظمة الحكومية إتباعها ولا يجوز لأي نظام أن يجرد عنها فليس للحاكم التسعير بدون ضرورة شرعية بينها أهل العلم وليس للحكومات فرض الضرائب الظلمة أو المكوس على التجار لأن هذا الأمر يعود على المستهلك بالويل، يقول (ص) (لا يدخل الجنة صاحب مكس)⁽²⁾، كما لا يجوز للحكومات فرض الضرائب على التجار أو المستهلكين بدون وجه حق، وإذا ما فرضت يجب أن تكون ضمن قدرة التاجر والمستهلك، ويعود نفعها عليهما معاً، وبهذا حمت الشريعة الإسلامية المستهلك من استبداد الحكومات، وعليه فإن الشريعة الإسلامية عملت على عدم التدخل الحكومي في التسعير في الظروف الطبيعية، والنهي عن فرض الضرائب العشوائية والتي تؤثر على المستهلك.

المطلب الخامس: وسائل حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

شرع الإسلام النظم والوسائل الكافية والكفيلة لحماية المستهلك والتي تحقق له الأمن والطمأنينة في المجتمع الذي يعيش فيه وذلك في حالة إتباع هذه الوسائل والالتزام بها. ومن هذه الوسائل:

- 1- نظام الحسبة والقائم على مراقبة الأسواق والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ومنع الاحتكار ومراقبة الجودة وتطهير الأسواق مما يشوبها.
- 2- المسجد: يعد المسجد مركز الدعوة الأول وله دوره الفعال في حماية المستهلك وذلك من خلال الخطب والدروس والحلقات والندوات.. الخ.
- 3- الرقابة الذاتية: والمتمثلة بالقيم الإيمانية التي تراقب الضمير والرقابة الذاتية تعمل على تطهير المعاملات من كل خبث أو حرام وتحقق الخير للمجتمع.
- 4- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيعمل هذا الأسلوب على حماية المستهلك من الاستغلال والغرر والتدليس يقول (ص): " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " (3).

(1) الجارود، سليمان بن داود: مسند أبي داود الطيالسي تحقيق محمد بن محسن التركي، 1999، حديث رقم 961.

(2) النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم: المستدرک على الصحيحين، تحقيق مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين، 1997، 375/4.

(3) سبق تخرجه.

الخاتمة والتوصيات :

لقد ختمت البحث بأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها ومنها :

- 1- إقامة الدورات التدريبية للتوعية في كافة المؤسسات وغرس الوعي في المجتمع من خلال الوسائل المختلفة
- 2- ضرورة تفعيل نظام الحسبة لكونه من المؤسسات الفاعلة في حماية المستهلك.
- 3- العمل على تأسيس الفرق الرقابية في مختلف المؤسسات من أجل تولي عملية حماية المستهلك.
- 4- تفعيل قانون العقوبات في الدولة وذلك من خلال إنزال أقصى العقوبة بكل من تسول له نفسه الأضرار بالآخرين. ونسأل الله العلي القدير أن يحقق لنا الوعي الفكري لإعادة بناء الشخصية المسلمة في المجتمع المسلم

المراجع :

1. أبادي، الفيروز، محمد بن يعقوب مجد الدين : القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة.
2. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة.
3. ابن حنبل، أحمد: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد معبد عبد الكريم، طبعه المكنز.
4. ابن خلدون، عبد الرحمن، مقدمة ابن خلدون، مكتبة لبنان.
5. ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين زين الدين: نيل الإرب من جامع العلوم والحكم، تحقيق عثمان الخميس، وزارة الأوقاف، الكويت، 2006.
6. ابن سلام، أبي عبيد الله القاسم : الأموال، تحقيق أبو أنس سيد رجب تقديم أبو إسحاق الحويني، دار الهدي النبوي، مصر، 1428هـ.
7. ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء عماد الدين: تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، مجموعة من المحققين، مؤسسة قرطبة، 2000.
8. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
9. أبو زهرة، محمد، موسوعة الفقه الإسلامي، مطبعة مخير، القاهرة.
10. أبو سيد أحمد، محمد أحمد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ط1، 2004.
11. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله: صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، 2002.
12. البراوي، راشد: الموسوعة الاقتصادية، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسب، 1998.
13. الجارود، سليمان بن داود: مسند أبي داود الطيالسي تحقيق محمد بن محسن التركي، 1999.
14. جميعي، حسن عبد الباسط: حماية المستهلك الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ط1، 1996.
15. الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، 2001.
16. الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 2011 .
17. الشرنباصي، رمضان، السيد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
18. الشوكاني، محمد علي: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد أبو معاذ، دار ابن القيم، 2005.
19. الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان عن تأويل إلى القرآن (تفسير الطبري) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة.

20. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث.
21. عمران، السيد محمد السيد: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة، منشأة المعارف، 2008.
22. العيد، ابن دقيق، إحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام، دار الجليل، 1995.
23. المبارك، محمد، نظام الإسلام: الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة، دار الفكر، 1972.
24. المساعد، زكي خليل، التسويق في المفهوم الشامل، دار زهران للنشر، الأردن، 1997.
25. مسلم بن حجاج: صحيح مسلم، تحقيق نظر بن محمد الفاريابي، دار طيبة، 2006.
26. ن.ج. كواسون: في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة محمد أحمد سراج وحسن الشافعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1992.
27. النووي، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا: المجموع شرح المذهب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد.
28. النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم: المستدرک على الصحيحين، تحقيق مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين، 1997.
29. الموقع الإلكتروني : <http://www.aluken.net/social/0/2303>

كمال الأهلية على ضوء مقنضيات القانون الموريتاني ومشهور المذهب المالكي



إعداد الباحث : محمد المختار ولد محمد الأمين

حاصل على ماستر من جامعة شنقيط العصرية - موريتانيا

باحث في الشريعة والقانون من جامعة شنقيط العصرية - موريتانيا

مقدمة :

تعتبر التصرفات القانونية أحد أهم مصادر الالتزام؛ ويعد العقد أهم تلك التصرفات ولا يقوم العقد إلا إذا توافرت أركانه المتمثلة في الحل والسبب والرضاء ولا يقوم الرضاء إلا عن أهلية كاملة مما جعل التشريعات تهتم كثيرا بكمال الأهلية وتضع له قواعد محكمة ولاشك أن المشرع الموريتاني من بين تلك التشريعات ، فماذا عن تنظيمه لمقنضيات كمال الأهلية؟ وأين موقع تلك الأحكام من مشهور المذهب المالكي؟

أولا : تعريف الأهلية :

لقد عرف الفقه الأهلية تعاريف عدة تتفق في مجملها ومن تلك التعاريف بأنها : صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق والتزامات، "حقوق له على غيره، وحقوق لغيره عليه" ولأن يباشر بنفسه تلك الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق.¹

ولم يستخدم الفقهاء المالكية -حسب ما اطلعت عليه- مصطلح الأهلية بل يستخدمون لفظة شروط العاقد والتي تدور عليها صحة العقد ونفاذه وهذه الشروط هي التكليف والتمييز²، وإن كان الأصوليون عرفوها بأنها صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا³ وهو قريب من تعاريف الفقه القانوني.

1- سيدي محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل، عمان، ط:1، 2002، ج.1، ص:353.

2- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الأندلس الجديدة، مصر، ط:1، 2008، ص:175.

3- سعد الدين مسعود بن عمر التفازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صعيد مصر، بدون طبعة وتاريخ، ج.2، ص:321.

ثانيا : أنواع الأهلية :

تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب (أ) وأهلية أداء (ب).

- أهلية الوجوب :

وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق والالتزامات عليه¹ ويعرفها الفقه الإسلامي أيضا بنفس المعاني².

- أهلية الأداء :

وهي صلاحية الشخص لإبرام تصرفات قانونية صحيحة وعرفت في أصول الفقه بأنها: "صلاحية الإنسان للمطالبة بالأداء بأن تكون تصرفاته معتدا بها³.

أما الملكية فلم تظهر في كتبهم هذه المصطلحات ويستخدمون بدلا منها -حسب ما نفهم-

التمييز بدل أهلية الوجوب الكاملة والذي يكون عقد صاحبه صحيحا ولكنه غير نافذ.

والتكليف أو الرشد- وأكثر إطلاق الرشد- بدل أهلية الأداء الكاملة والذي يكون تصرف صاحبه معتبرا شرعا ومرتبلا لآثاره لوجود العقل والبلوغ والرشد والطواعية⁴.

ثالثا : مناط الأهلية :

تعتبر الحياة مناط أهلية الوجوب فأيا إنسان ولد حيا تثبت له أهلية وجوب بل حتى الجنين في بطن أمه تكون له أهلية وجوب ناقصة⁵.

وعلى نفس المعنى يؤسسها الأصوليون أيضا يقول الغزالي : "أما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستفادة من الإنسانية⁶.

أما أهلية الأداء فإن مناطها هو التمييز كما هو واضح من المادة 163 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية وهو أمر ينسجم مع ما يؤسسها عليه الفقه المالكي⁷.

1- عبد الرحمن الشقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزامات على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، دار ابن الرقراق، الرباط، ط1، 2012، ص:130.

2- مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ط:5، 2004، ج7، ص152.

3- عبد الله بن يوسف العازي، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1997، ص85.

4- محمد بن عبد الله الخرخشي، مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج5، ص9.

5- المختار بن أحمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2011، ص196.

6- أبو حامد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993، ج:1، ص67.

7- عبد الباقي ابن يونس الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر السيد خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 2002، ط13.

وقد اکتفت المادة 163 من مدونة الأحوال الشخصية ببيان أن فاقد التمييز منعدم الأهلية وأكدت ذلك أيضا المادة 167 وذكرت بطلان تصرفاته.

- مرحلة نقص الأهلية : وتبدأ من التمييز وتمتد إلى أن يبلغ سن الرشد. وسبق أن أشرنا إلى أن المشرع الموريتاني لم يحدد سنا للتمييز، واقتصررت المادة 25 من ق.ا.ع.م على بيان أن ناقص الأهلية لا يمكنه أن يجري من حيث الصحة والنفذ إلا التصرفات النافعة نفعاً محضاً.
- مرحلة كمال الأهلية : وهي المرحلة التي يعد الإنسان فيها كامل الأهلية وكل تصرفاته صحيحة ومرتبة لآثارها.

وهذه المرحلة هي محل الدراسة فماذا عن مفهومها؟

وأساسها القانوني؟

والآثار المترتبة عليها؟

ومعلوم أن كمال الأهلية أمر ذاتي داخلي لا تمكن معرفته إلا بالقرائن الخارجية فما هي تلك القرائن؟

وهل أخص المشرع أحدها علماً على كمال الأهلية؟

أم أنها استوت في درجة الاعتبار وكل واحدة منها علامة وإمارة على كمال النضج والكمال؟

وماذا عنها في مشهور المذهب المالكي؟

المبحث الأول : مفهوم كمال الأهلية :

إن الحديث عن مفهوم كمال الأهلية يقتضي الوقوف عند تعريفه (أولاً) ثم بيان أساس كمال الأهلية ومناطه (ثانياً) ثم التطرق لآثاره (ثالثاً).

أولاً : تعريف كمال الأهلية :

يعني كمال الأهلية استكمال الشروط وانتفاء الموانع التي حددها المشرع لصحة ونفاذ كل التصرفات القانونية وما تتطلبه.¹

فهو إذا حكم وصفي يقدره المشرع حين بلوغ الشخص مرحلة معينة وانتفت عنه موانع محددة.

هذا من الناحية القانونية النظرية ويقولون من الناحية العلمية أن كمال الأهلية يعني كمال القدرتين البدنية والعقلية مما يعني نضج الإنسان وإمكان اعتماده على نفسه.²

1- سيد محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص373.

2- هدى محمد حسن هلال، نظرية الأهلية دراسة تحليلية بين الفقه وعلم النفس، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2011، ص190.

وغالبا ما تقرر التشريعات سنا تفترض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن من بلغها صار كامل الأهلية بناء على فرضية تمام قدرته العقلية والبدنية وقد حدد المشرع الموريتاني ثماني عشرة سنة كحد لكامل الأهلية كما نصت على ذلك المادة 15 من ق.ا.ع.م وأكدته المادة 162 من مدونة الأحوال الشخصية.

أما الملكية فإن كمال الأهلية عندهم هو بلوغ الشخص راشدا خصوصا في التصرفات المالية- والتي يمكن وصفها بالأهلية المدنية- فلا تصح تصرفات رجل أو امرأة إلا إذا بلغ ثم رشد.

يقول ابن رشد أما الذكور الصغار ذوو الآباء فانفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم.¹

ويقول القرافي قال الله تعالى : (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ).²

فشرط الرشد مع البلوغ، وفي الكتاب لا يخرج المولى عليه بأب أو وصي وإن حاضت الجارية وتزوجت واحتلم الغلام إلا بالرشد.³

ثانيا : أساس كمال الأهلية :

يعد التمييز والإدراك هو أساس أهلية الأداء الكاملة⁴ وهذا مفهوم من المواد 163 و 164 من مدونة الأحوال الشخصية.⁵

فكمال الأهلية يدور مع التمييز انعداما ونقصانا وكمالا.⁶

أما الملكية فإنهم أسسوها أيضا على بلوغ التمييز ويضعون له علامات عدة هذا بالإضافة إلى الرشد فيعتبرون البلوغ والرشد هما أساس كمال الأهلية للتصرفات المالية.⁷

وحد البلوغ عندهم كمال العقل أما الرشد فهو حسن النظر في المال ووضع الأمور في مواضعها.⁸

1- أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة كليات الأزهرية، مصر، ط ع م، 1970، ج:2، ص312.

2- سورة النساء، الآية:6.

3- أبو العباس شهاب الدين الشهير بالقرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ع م، 1991، ج7، ص71.

4- عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزامات على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، مرجع سابق، ص133.

5- لقد جاء في المادة 163 ما نصه: "...يعتبر فاقد التمييز لصغر أو جنون منعدم الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، فهذا جلي في اعتبار التمييز أساس الأهلية.

أما المادة 164 فقد جاء فيها: "يعتبر ناقص الأهلية الصغير الذي بلغ سن التمييز والبالغ السفهية..." فواضح بيان تدرج الأهلية مع التمييز.

6- المختار بن احمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مرجع سابق، ص:181.

7- انظر كلام القرافي وابن رشد والذي قدمنا تحت تعريف كمال الأهلية.

8- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج6، ص:633.

ثالثا : آثار كمال الأهلية :

لقد بينت المادة 15 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني آثار كمال الأهلية بأنه صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه المدنية، فيترتب على كمال الأهلية أحقية الشخص في مباشرة جميع التصرفات القانونية دون قيد أو شرط¹ كما يرتب الفقه المالكي على كمال الأهلية -والذي هو البلوغ والرشد- ذات الآثار في القانون والمتمثلة في صحة أجزاء التصرفات بأطرافها الثلاثة الضارة ضررا محضا والنافعة نفعا محضا والدائرة بينهما كما يرفع عنه الحجر وتسلم إليه أمواله.²

المبحث الثاني : قرائن كمال الأهلية :

لما كان كمال الأهلية يعني كمال التمييز والإدراك وكان ذلك أمر ذاتي داخلي لا سبيل لمعرفة كان لابد من قرائن تدل عليه، وقد نص المشرع الموريتاني على قرينة واحدة هي كمال ثماني عشرة سنة واعتبرها قرينة قطعية غير قابلة لإثبات العكس على بلوغ ونضج التمييز ومن ثمة صحة إجراء التصرفات وكمال الأهلية.

أما الفقه المالكي فقد ذكر عدة قرائن منها ما هو مشترك بين الرجل والمرأة (أولا) ومنها ما تنفرد به المرأة (ثانيا).

أولا : القرائن المشتركة بين المرأة والرجل :

وهذه القرائن هي السن (أ) والاحتلام (ب) والإنبات (ج).

- السن :

بينت المادة 615 قانون الالتزامات والعقود أن كمال الأهلية بثمان عشرة سنة، وأكدت ذلك المادة 162 من مدونة الأحوال الشخصية بقولها "سن الرشد ثماني عشرة سنة شمسية كماله".

وقد اعتمد الفقه المالكي أيضا السن كعلامة على البلوغ³ أي بلوغ العقل أو مرحلة التكليف وقد اختلفوا في حدها ونص خليل على ثماني عشرة سنة⁴ وقال الخطاب هذا هو المشهور وهو أحد الأقوال الخمسة وقال البرزلي في كتاب الصيام اختلف في السن ففي رواية ثمان عرة وقيل سبع عشرة وزاد بعض شراح الرسالة ستة عشرة وتسعة عشرة وروى ابن وهب خمسة عشر.

1- المختار بن احمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مرجع سابق، ص 190.

2- محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، ط بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج 5، ص 391.

3- البلوغ عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولة إلى غيرها وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد فجعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها، انظر محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، مرجع سابق، ج 5، ص 291.

4- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، مرجع سابق، ص 172.

- الاحتلام :

وهو الحلم ويطلق على الإنزال في النوم ويدخل بقياس الاحروية الإنزال يقظة¹ وهو علامة اتفاقا ولم يتطرق له المشرع صراحة.

- الإنبات :

والمراد بالإنبات إنبات الخشن على المذاكر وما حوله دون الزغب الضعيف قال ابن العربي والمشهور كون الإنبات علامة².

وهل هو علامة في حق الله فقط أم مطلقا؟ تردد خليل في المختصر وصرح في التوضيح بأنه مطلقا³.

ثانيا : القرائن التي تختص بها المرأة :

فهناك علامات للبلوغ تخص المرأة وهي الحيض (أ) والحمل (ب).

- الحيض :

وهو الدم الخارج بنفسه من فرج الممكن فمنها عادة غير زائد على خمسة عشرة يوما من غير ولادة⁴ والمراد الحيض الذي لم يتسبب في جلبه⁵.

- الحمل :

وتصوره ظاهر قال يوسف بن عمر في كتاب الصيام في شرح الرسالة ولا قائل باعتبار التهديد في الأنثى⁶.

فهذه العلامات إحدى عناصر كمال الأهلية ووجودها لا يستلزم كمال الأهلية-إجراء التصرفات المالية- ولكن إذا توافر العنصر الثاني من عناصر كمال الأهلية وهو الرشد صارت الأهلية كاملة ولا يقوم الرشد بذاته عنصرا لكمال الأهلية إذ لا بد أن يظهر البلوغ على يد إحدى علاماته، هذا وفق مشهور المذهب على ما نفهم.

وهناك علامات أخرى تذكر في المذهب كتنن، الإبط وفرق الارنبه من الأنف، وأن يأخذ خيطا ويشنيه ويديره برقبته ويجمع طرفيه في أسنانه فإن دخل رأسه منه كان بالغاً⁷ ولكن لم نطلع على من شهرها ولم ينص عليها في المختصر.

خاتمة :

1- محمد بن عبد الله الخرشبي، مختصر خليل للخرشي، مرجع سابق، ج5، ص291.

2- شمس الدين أبو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، م.غ.م، ط3، 1992، ج5، ص59.

3- محمد بن عبد الله الخرشبي، مختصر خليل للخرشي، مرجع سابق، ج5، ص292.

4- ابن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، بدون معلومات إضافية، ج1، ص75.

5- محمد بن عبد الله الخرشبي، مختصر خليل للخرشي، ج5، ص292.

6- شمس الدين أبو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص59.

7- محمد بن يوسف العبدوي، التاج الإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، ج6، ص134.

وبعد هذا العرض تبين أن كمال الأهلية في القانون الموريتاني يتوهم أنه يقتضي توافر عنصرين هما : التمييز، وكمال ثمان عشرة سنة شمسية.

أما بالنسبة للفقه المالكي فإن عناصر كمال الأهلية -حسبما نفهم- هي البلوغ وهو كمال التمييز، والرشد، ولا خلاف يؤثر على الآثار في هذا الإطار.

لا نرى مانعا إن لم يكن من المحتم اعتبار الشخص كمال الأهلية حال توفر إحدى العلامات المذكورة بالإضافة إلى الرشد حتى ولو لم يبلغ الشخص ثمان عشرة سنة، ويكون ذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 311 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية والتي جاء فيها ما نصه : "يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك. كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك".

✓ قائمة المراجع :

- قانون الالتزامات والعقود الموريتاني .
- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.
- ابن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، بدون معلومات إضافية، ج:1.
- أبو العباس شهاب الدين الشهير بالقرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ع م، 1991، ج:7.
- أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة كليات الأزهر، مصر، ط ع م، 1970، ج:2.
- أبو حامد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993، ج:1.
- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الأندلس الجديدة، مصر، ط1، 2008.
- سعد الدين مسعود بن عمر التفنزاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صعيد مصر، بدون طبعة وتاريخ، ج:2.
- سيدي محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل، عمان، ط:1، 2002، ج:1.
- عبد الباقي ابن يونس الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر السيد خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 2002.
- عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزامات على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، دار ابن الرقاق، الرباط، ط1، 2012.
- عبد الله بن يوسف العنزي، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1997.
- مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ط:5، 2004، ج:7.
- محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، ط بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج:5.
- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج:6.
- المختار بن أحمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2011.
- هدى محمد حسن هلال، نظرية الأهلية دراسة تحليلية بين الفقه وعلم النفس، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2011.
- شمس الدين أبو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، م.غ.م، ط3، 1992، ج:5.

نخيلق المرفق العمومي و رهانات الحكامة الإدارية بالمغرب على ضوء دستور 2011



من إعداد الدكتور محمد البكوري

باحث في الحكامة، وحدة علم السياسة

و القانون الدستوري من جامعة محمد الخامس - الرباط

مقدمة :

كثيرا ما يرتبط مصطلح الحكامة بالإدارة، فالحكامة الجيدة هي الإدارة الجيدة. كما أن المؤسسات الدولية (صندوق النقد الدولي، البنك العالمي...) كثيرا ما تستعمل مبدأ الحكامة الجيدة من أجل تحديد مميزات ومرتكزات "الإدارية العمومية الجيدة" أو "المرفق العمومي الجيد". هذا الأخير الذي يمكن للدول النامية أو السائرة في طريق النمو تبني سماته الإيجابية للقيام بإصلاحات هيكلية وبنوية مرتبطة بالسياسات العمومية الاجتماعية. إنه على ضوء آليات ذلك الاستعمال، تبرز العلاقة الوطيدة التي يمكن أن تنسأ بين الحكامة الإدارية والتنمية البشرية. فهذا النمط من الحكامة، يتبلور كجزء أساسي ويتجلى كمكون رئيسي من إستراتيجيات التنمية الحديثة و خططها الإستشرافية وأبعادها المتعددة: الاقتصادية، الثقافية، الاجتماعية، العلمية و الإدارية، حيث تشكل هذه الإستراتيجيات و الخطط و الأبعاد بتنوعها و تشعبها كلا متكاملا، تتداخل عناصره و ترابط محاوره و تتشابك مكوناته في علاقات تتبادل الانسجام والتوازن و المواءمة و التناسق. وفق هذا المنظور الشمولي، حرصت مجمل سياسات الإصلاح الإداري، التي عرفتها العديد في دول المعمور، على تبني أسس و مقاومات الحكامة الجيدة، و ذلك اقتناعا منها بأهمية المتزايدة التي أضحت تمثلها الإدارة العمومية في الوقت الراهن، وكذا نظرا للتحديات الجديدة التي أصبحت تجابهها في إطار سياقات التيار الجارف للعولمة. الشيء الذي حتم على الإدارات العمومية المعاصرة، الأخذ بالتوجه الحكامتي، المتمثل في التوسل بتقنيات متطورة للتدبير و التنظيم، و المتسم بالضرورة بالعمل العميق على تمكين أداء الإدارة من أجل مواكبة العولمة و الشمولية و التنافسية¹. وهي المواكبة التي تعد بالنسبة لبلادنا، بمثابة منطلق فلسفة الإصلاح الإداري، و التي ينبغي أن ينظر إليها في إطار كلي. فنظرا لارتباط إصلاح الإدارة بإصلاح الدولة، في ظل ما يسمى بالتحديث

1 علي سد جاري "تصورات من أجل مشروع حدائي لتحديث الإدارة بالمغرب: تأهيل الإدارة للعولمة" (منشورات البحث في المجال والتراب 2000) ص 8.

الإداري، لم يعد من الممكن الحديث عن إصلاح الإدارة، في غياب إصلاح شامل/ يستوعب الدولة نفسها¹. هاته الأخيرة، ولتوطيد أركان صرحها التنموي، عليها أن تبحث عن العلاجات الضرورية لمختلف الإختلالات المرتبطة بأنماط حكوماتها المتعددة، بما فيها نمط الحكامة الإدارية، والمرتکز على جملة من المبادئ التي يمكن أن تعزز غاياته الوظيفية و تقوي أدواره الطلائعية، و على رأسها مبدأ تخليق المرفق العمومي. فماهي أبرز مؤشرات هذا المبدأ في السياق المغربي؟ و ما هي أهم آلياته تكريسه؟

الفرع الأول : مؤشرات مبدأ تخليق المرفق العمومي في السياق المغربي :

يظل أكبر رهان ينطوي عليه كل إصلاح مؤسساتي عميق، هو رهان التخليق وإشاعة ثقافة الفضيلة في تدبير الشأن العام على مختلف المستويات. فلقد أصبحت الرؤية أو المقاربة الجديدة في ميدان التدبير العمومي في معظم دول العالم تولي أهمية قصوى للقيم الرفيعة و المبادئ المثلى، و على رأسها الشفافية. كما أن ضرورة اشتغال أوسير إدارة معينة، حسب مبادئ دولة الحق و القانون، تعتبر شرط أوليا ورهانا أساسيا للفعالية و الكفاية و المسؤولية و الجودة إن منطلق الحكامة الإدارية، يظل في الأساس منطلقا أخلاقيا، يتسم إجمالا بغياب مظاهر الغش و الرشوة، و كل تجليات الفساد²، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار المعطى الذي يؤكد على أن من أبرز مؤشرات أزمة الإدارة المعاصرة هو الإلتصاف بالضعف البين على مستوى أخلاقيات المرفق العمومي، وما يرتبط بذلك من فشل ذريع، كثيرا ما تم رصدته بخصوص البنات الإدارية التقليدية، بمختلف الأمراض التي خلفتها، و على رأسها انعدام الشفافية³. كل ما سبق ذكره من مظهرات التدبير السيئ للإدارة، ما فتئ يتجسد بشكل جلي في تاريخ الإدارة المغربية، التي أصبحت في الوقت الحالي ملزمة بتطوير آليات عملها، و على وجه الخصوص تصويب أوجه الخلل التي تشوب علاقتها بالمترفقين و المتعاملين معها. وذلك بالنظر لجملة من الرهانات المطروحة و التحديات المتسارعة، التي أضحت يعيش على إيقاعها العالم، والتي تفرض على المغرب صياغة ميثاق أخلاقي يضم في طياته كل ما من شأنه بناء صرح إدارة "شفافة". وهو المطمح الذي ما فتئ يترسخ أكثر، مع انبثاق حركات التغيير، في إطار سمي بالربيع العربي. تلك الحركات التي رفعت شعارات عديدة من قبيل محاربة الفساد بشتى تجلياته، ومنها الفساد الإداري، الذي ظل عائقا أمام مسارات الإصلاح في دول العالم الثالث عموما، و دول العالم العربي خصوصا، ومنها المغرب الذي جعل من تخليق المرفق العمومي ضرورة ملحة وذات أهمية قصوى، تمليها العواقب الوخيمة لمظاهر الفساد على الأداء الحكومي و عرقلة لسير التنمية الشاملة، كما تفرضه إكراهات الظرفية المتسمة بالتطور المتلاحق على المستوى العالمي و ضغوط المؤسسات السياسية و المالية الدولية، التي أصبحت تنصب على التحلي بالأخلاق مقياسا يتم الاحتكام إليه في الكثير من القرارات⁴، ومنها القرارات المرتبطة بمنح المساعدات المدعمة لمشاريع و برامج التنمية. إن تنمية ثقافة أخلاقية سليمة، تركز على القيم

1 عبد الحافظ آدمينو "نظام البيروقراطية الإدارية بالمغرب" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط. السنة الجامعية 2002/2001 ص 317.

2) Emmanuel Okomba « la gouvernance. Une affaire de société: Analyse mythivométrique de la performance » (L' Harmattan 2010) P 31.

3 محمد الهيني "دور هيئات النوظمة في ضمان حكامة إدارية و اقتصادية فعالة"، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي حول الإبداع و التغيير التنظيمي في المنظمات الحديثة"، دراسة و تحليل تجارب وطنية و دولية، المقام في جامعة سعد حلب البلدة 18-19 ماي 2003. أنظرا لرابط التالي: iepedia.Com./arab/?p 27 369.

4 دعم الأخلاقيات بالمرفق العمومي" مطبوع صادر عن وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري، يونيو 2000، ص: 1.

و المبادئ المثلى، لا يمكن أن تتم إلا من خلال دعم مختلف المبادرات التخليقية الهادفة إلى تأسيس قيم جديدة في تدبير الشأن العام و تهذيب الحياة الإدارية، عبر قيم النزاهة والشفافية و الاستقامة.

ان كل ماسلف ينبغي ان يتم من خلال مقارنة شمولية، مع مراعاة مجموعة من الشروط الموضوعية المتعلقة بتداعيات هذه المسألة على مستوى التنظيم الإداري و البنات التشريعية، مما يجعل الطروحات العلاجية غير متعالية على حيثيات الواقع، ويمنحها بالتالي القابلية العملية للتطبيق¹.

إن البعد التخليقي للإدارة المغربية عرف تجليه الإرهاصي الأول مع تشكيل حكومة التناوب سنة 1998، والتي عملت على تبني الورش الكبير للتأهيل العام للإدارة المغربية، حتى تتمكن من أن تلعب دور المحرك الدينامي للدفع بعجلة التنمية المنشودة وتثمين كل الطاقات من أجل بناء إدارة الغد، وهوما ترسخ أيضا من خلال تبني إحدى أهم آليات تخليق المرفق العمومي، وهي آلية ميثاق حسن التدبير. وقد حددت وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري - إبان فترة حكومة التناوب التوافقي - هذا الميثاق عبر مجموعة من القيم الواجب احترامها في التدبير العمومي، تماشيا مع مبدأ التخليق، الذي يجب أن يقود سير المرفق العمومي وهي :

النزاهة، التجرد، الاستقامة، المسؤولية، الانفتاح، الشفافية، الشرف و الالتزام²

هكذا يعد مبدأ التخليق مدخلا رئيسيا لميثاق حسن التدبير، إذ جاء في الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في الندوة المنظمة سنة 1999 حول دعم الأخلاقيات في المرفق العام، في كون هذه الأخيرة "هي أساس الدولة، تقوم بقيامها و تنهار بإنهيارها".

على هذا الأساس الأخلاقي، تمت بلورة أهداف ميثاق حسن التدبير، في عدة مبادرات، بدأت بوادرها تتجسد على أرض الواقع، خاصة في محاولة أولية لتطويق بؤر الفساد، وتحريك مسطرة المتابعة في حق الكثير من المتورطين داخل الإدارة العمومية.

من جهة أخرى، تجسدت الجهود الحكومية في هذا المجال، في تبني العديد من المبادرات ذات الطابع الوقائي، و التي توخت أساسا إرساء نظام من الآليات القانونية الضرورية للتصدي لكل أشكال السلوكات السلبية، التي يمكن أن تسود في مرافق الدولة المختلفة. وعلى رأس هذه الآليات نجد "ميثاق حسن سلوك الموظف"، الذي شكل لبنة من لبنات الإصلاح الإداري الفعال، الذي يتوق إلى تعميق الأبعاد الشمولية التكاملية لهذا الإصلاح، و منها خلق سمات من التناغم و التداخل بين مختلف مكوناته و منها مقتضيات الوظيفة العمومية و مبادئ و أهداف ميثاق حسن التدبير.

1 عرض السيد وزير الوظيفة العمومية و الإصلاح الإداري أمام لجنة العدل و التشريع و حقوق الإنسان بمجلس المستشارين حول مشروع ميزانية الوزارة برسم السنة المالية 2000/1999.

2 « La réforme administrative au Maroc. Vision stratégique : plan d'action » Publication du ministère de la fonction publique et de la réforme administrative 2001. p51.

إن تبني مثل هذه الخطوات الإيجابية في مسار الإصلاح الإداري كان و لازال من بين التزامات المغرب المستمرة، جهويا و دوليا، وهو ما أكدته مثلا، توصيات المنتدى الإفريقي السابع حول تحديث المرافق العمومية ومؤسسات الدولة¹، والتي ألحت على ما يلي :

- تعزيز آليات الوقاية من الفساد، بالتأكيد على نزاهة الموظفين العموميين، من خلال تفعيل الميثاق الإفريقي للوظيفة العمومية، وإقرار مدونات سلوك الموظفين، ومكافحة تضارب المصالح، وإجبارية التصريح بالامتلاكات.
- تعزيز سيادة القانون، مع التركيز بشكل خاص على مبدأ المساءلة و مكافحة الإفلات من العقاب، عن طريق سن قوانين واضحة ونظم قضائية فعالة.
- تحسين الشفافية و مكافحة جميع أشكال السلوك الرامية لمنع أو تغيير نوعية مجالات المرافق الحيوية والخدمات المتصلة مباشرة بالاحتياجات الأساسية للمواطنين كالماء و الصحة و التعليم و الكهرباء.
- تحقيق الأهداف الإنمائية للألفية²، بحلول سنة 2015، وفق ماالتزم به قادة العالم، بما فيهم القادة الأفارقة في إعلان الألفية لسنة 2000 من خلال صياغة و تنفيذ برامج إصلاحية في مجال مكافحة الفساد لتحقيق الأهداف ذات الأولوية بالنسبة لكل دولة، مع الاستفادة من المبادئ التوجيهية المنظمة في إطار تسريع التقدم نحو تحقيق الأهداف الإنمائية للألفية.
- تنفيذ القدرات الضرورية لصياغة و انجاز مشاريع محددة، لتعزيز الحكامة الجيدة و مكافحة الفساد في الدول الإفريقية³.

لقد شكلت هذه التوصيات، آليات ناجعة و فعالة في سبيل تخليق المرفق العمومي، و هي تتداخل كليتها من أجل تكريس أسس الحكامة الإدارية الجيدة.

الفرع الثاني : آليات تكريس مبدأ تخليق المرفق العمومي :

مثل دستور فاتح يوليوز 2011، لحظة مفصلية في النسق السياسي المغربي، إذ تناول مجموعة من المقتضيات المرتبطة بتكريس الحكامة الجيدة و ضمان إشراك مختلف الفاعلين في تدبير الشأن العام، وهو بذلك إستجاب لمتطلبات مرحلة لها خصوصياتها الداخلية و الجهوية و الدولية، اتسمت بمركز اجتماعي و سياسي، كما أنه شكل لبنة أساسية لتدعيم

1 وهو المنتدى الذي انعقد بمدينة الرباط يومي 27 و 28 يونيو 2011 حول موضوع "مكافحة و تعزيز الحكامة الجيدة بغية الحد من الفقر و تحقيق التنمية الشاملة و المستدامة بإفريقيا". وقد اندرج هذا المنتدى في إطار التحضير لتنظيم الدورة الرابعة لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمدينة مراكش، خلال الفترة الممتدة من 24 إلى 28 أكتوبر 2011 .

2 في شتنبر 2000، اجتمع قادة العالم في مقر الأمم المتحدة في نيويورك لاعتماد إعلان الأمم المتحدة للألفية، الذي التزم بموجبه دولهم، بشراكة عالمية جديدة للحد من الفقر المدقع، و الذي وضع سلسلة من الأهداف، والتي تم تحديد فترة زمنية لتحقيقها تنتهي هذه السنة (2015)، و التي أصبحت معروفة باسم الأهداف الإنمائية للألفية و هي : أولا: استئصال الفقر المدقع و الجوع، ثانيا: تحقيق التعليم الابتدائي للجميع، ثالثا: النهوض بالمساواة بين الجنسين و تمكين المرأة ، رابعا: الحد من وفيات الأطفال، خامسا : تحسين الصحة النفسية، سادسا : مكافحة فيروس نقص المناعة البشرية الايدز و الملاريا و غيرها من الأمراض. سابعا: كفالة الاستدامة البيئية. ثامنا إقامة شراكة عالمية للتنمية.

3 أنظر موقع وزارة تحديث القطاعات العامة. www.mmsp.gov.ma

المقومات و الأهداف التي جاء بها المفهوم الجديد للسلطة¹، ومنها أساسا مبدأ تخليق المرفق العمومي، كأحد المبادئ الرفيعة للحكامة الإدارية الجيدة. ومن أهم آليات تكريس هذا المبدأ نجد آلية التصريح الإجباري للممتلكات - آلية الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة.

أولا : آلية التصريح الإجباري للممتلكات :

لعل من أبرز آليات تكريس أسس الحكامة الإدارية الجيدة، ماتم ضبطه تشريعيا لإيقاف نزيف المال العام و تخليق الحياة العامة و القطع مع كل أشكال الفساد، آلية تبني قانون التصريح الإجباري بالممتلكات، من طرف أعضاء الحكومة و النواب و القضاة و الموظفين السامين و رؤساء المجالس الجهات و الأقاليم و الجماعات². فماهي أهمية هذه الآلية القانونية ؟ يحتل المستوى الوقائي في تخليق المرفق العمومي، جانبا مهما للحد من انتشار مختلف تجليات الفساد الإداري و الانحرافات في القطاع العام في هذا السياق، عملت الحكومة المغربية منذ بداية التسعينات ببلورة رؤية قانونية تتوخى ترسيخ أسس الشفافية و تعزيز ديمقراطية الإدارة، و ذلك عبر سن بعض النصوص القانونية و تفعيل البعض الآخر المتواجد منها، من قبيل القانون رقم 25/92 بتاريخ 7 دجنبر 1992 و المتعلق بإقرار موظفي الدولة و الجماعات المحلية، و المؤسسات الحكومية و أعضاء مجلس النواب و مجالس الجماعات المحلية و الغرف المهنية، بالممتلكات العقارية و القيم المنقولة التي يملكونها أو يملكها أولادهم القاصرين.

و هكذا نص القانون على ضرورة تصريح الموظفين السامين و العموميين بممتلكاتهم، مباشرة بعد تعيينهم أو تنصيبهم، حتى تكتشف الدولة تطور غناهم و تعرف مصادر ثروتهم³ و كل ذلك من أجل ترسيخ الجانب الوقائي لمفهوم التخليق بحيث، كما يؤكد ذلك الملك محمد السادس، في رسالته الموجهة للمناظرة حول دعم الأخلاقيات في المرفق العام⁴ أنه "لا بد لبلوغ هذا المرمى الأساسي - التخليق في المرفق العمومي - من تفعيل قانون الإقرار بالممتلكات، حتى يستجيب للأمال المنوطة به لوقاية الصرح الإداري من كل ما يخل بالسلوك المرغوب فيه. " و من أجل توطيد آلية التصريح الإجباري بالممتلكات، و بغية ضمان حكامة إدارية جيدة حرص الدستور الجديد في فصله 158 على تكريسها كآلية تمثل خيارا تخلقيا لا محيد عنه، حيث ينص هذا الفصل على مايلي : "يجب على كل شخص، منتخبا أو معينا، يمارس مسؤولية عمومية أن يقدم طبقا للكيفيات المحددة في القانون، تصريحا كتابيا بالممتلكات و الأصول التي في حيازته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بمجرد تسليمه لمهامه و خلال ممارستها و عند انتهائها".

1 جمال خلوق "الأخلاقيات و رجل السلطة (مقاربة في الأبعاد الأخلاقية لممارسة مهام السلطة بالمغرب)" الشركة المغربية لتوزيع الكتاب الدار البيضاء 2013 ص 57.

2 عبد العزيز أشرفي "الحكامة الجيدة - الدولية - الوطنية و الجماعية و متطلبات الإدارة المواطنة" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009 ص 216.

3 عبد العزيز الرماني "هل نترحم على قانون التصريح بالممتلكات ؟ أنظر موقع Romaziz. Maktooblog. Com منشور بتاريخ 15 مارس 2006.

4 وهي المناظرة المنعقدة بالرباط بتاريخ 28 أكتوبر 1999.

ثانيا : آلية الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة :

بحكم أن مسار تطبيق الإصلاحات المرتبطة بالشفافية - كما يرى ذلك دانيال كاوفمان- يبقى متذبذبا على واقع الأرض في كل مكان¹، ورغم أهمية آلية التصريح بالامتلاكات السالفة الذكر، التي تظل لوحدها غير قادرة و بفعالية على تخليق الحياة العامة وتوطيد قيم النزاهة، فإن مبدأ التخليق يتطلب اعداد سياسة شاملة لمحاربة الفساد في مختلف المرافق العمومية و المصالح المرتبطة بها، وهي السياسة التي تتوخى مناهضة كل المظاهر المشينة و المخلة بشفافية المرفق العمومي من رشوة و استغلال نفوذ و زبونية و إفلات من العقاب. في هذا السياق، نجد أن مطالب المؤسسات المجتمع المدني، و خصوصا الجمعيات الحقوقية و على رأسها الجمعية المغربية لمحاربة الرشوة (ترانسبارانسي المغرب) لا تقتصر على المطالبة بالقوانين و لكن تنادي بإعداد سياسة حقيقية للقضاء على الرشوة بكل أشكالها، و ذلك عبر عدة قنوات، ليست فقط قانونية، و لكن كذلك تربوية و تحسيسية و قضائية². و هنا يأتي إحداث الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، كخطوة جبارة في مسارات تخليق الحياة الإدارية، و التي ستعرف تحولا في التسمية و الصلاحيات مع المراجعة الدستورية ل 2011. حيث أحدثت هذه الهيئة في البداية بموجب المرسوم المؤرخ في 13 مارس 2007 تحت إسم الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، و ذلك رغبة من المغرب في الانخراط في البعد الدولي لمحاربة الفساد، وهو ما تجلّى في مصادقته على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد³، و التي تنص في مادتها السادسة على ضرورة وجود هيئة وطنية مستقلة تتولى الوقاية من الفساد و تتوفر على الموارد المادية و البشرية اللازمة. و قد عبر المغرب من خلال إحداثه لهذه الهيئة عن الانخراط العملي في الدينامية الدولية لمكافحة الفساد⁴. هكذا أنيطت بهذه الهيئة عدة صلاحيات من قبيل : تنسيق سياسات الوقاية من الرشوة والإشراف عليها والسهر على تتبع تنفيذها و جمع ونشر المعلومات في هذا المجال و توجيه توصيات إلى الإدارات و الهيئات العمومية و المقاولات الخاصة و إلى كل متدخل في سياسة الوقاية من الرشوة، كما تبدي إلى السلطات بعض الآراء حول التدابير الممكن اتخاذها للوقاية من الرشوة، مع اقتراح الإجراءات الرامية إلى تحسيس الرأي العام و تنظيم حملات إعلامية لهذا الغرض.

فالهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، وان كان عملها غير تقريرية ولا يهدف إلى تحديد المسؤوليات و العقوبات، فإن من شأن إحداث هذه المؤسسات تطوير الممارسة الإدارية في اتجاه أخلاقي، بعيدا عن الانحرافات السلوكية التي تشكل سدا منيعا أمام المبادرات الهادفة إلى حفظ كرامة و قدسية العمل الإداري الطامح إلى تقديم خدماته بكل نزاهة و شفافية و وضوح. إن تأسيس هذه الهيئة، يعتبر استجابة صريحة لسياق المناخ الديمقراطي، المبني أساسا على انفتاح النظام المغربي عن مجموع فعاليات المجتمع المدني و السياسي لتدبير الشأن العام، و في إطار المرجعية الملكية الراسخة لتحديث الإدارة، و التي ما فتئت تتبلور عبر الخطب و الرسائل و التوجيهات الملكية، التي يستعرض فيها واقع الإدارة العمومية و الحلول التي يراها مناسبة لحل إشكاليات التدبير العمومي، و على وجه الخصوص التدبير الإداري، و في هذا الصدد، جاء في خطاب الملك محمد السادس بمناسبة عيد العرش لسنة 2005، ما يلي :

1 دانيال كاوفمان "الخرافات و الحقائق المرتبطة بإدارة الحكم و الفساد" ضمن "المشاريع الدولية لمكافحة الفساد و الدعوة للإصلاح السياسي و الإقتصادي في الاقطار العربية" المنظمة العربية لمكافحة الفساد 2006. ص 177

2 عمر بند وروفي حوار مع أسبوعية المشعل المغربية، منشور على الموقع الإلكتروني الحوار المتمدن. العدد 1839 بتاريخ 27 فبراير 2007.

3 هذه المصادقة تمت بتاريخ 9 ماي 2007 و ليتم نشرها بالجريدة الرسمية بتاريخ 17 يناير 2008

4 جمال خلوق، مرجع سابق، ص 125.

" كما يجب الإسراع بتحديث الإدارة، بما يكفل فعاليتها، حتى نجعل من خدمة الصالح العام، ومن القرب من المواطن شغلها الشاغل، وبموازاة ذلك نؤكد على وجوب تخليق الحياة العامة، بمحاربة كل أشكال الرشوة، ونهب ثروات البلاد والمال العام. وإننا لنعتبر أي استغلال للنفوذ والسلطة، إجراماً في حق المواطن، لا يقلل شناعة عن المس بجرماته، وفي هذا الشأن نؤكد على الالتزام بروح المسؤولية والشفافية والمراقبة والمحاسبة والتقويم، في ظل سيادة القانون وسلطة القضاء".

إن كل هذه الخطوات الهادفة إلى ترسيخ أسس التخليق والشفافية في الإدارة العمومية، والساعية إلى المساهمة في تحديث هذه الإدارة وجعلها إدارة القرب وإدارة الحكامة، ستتوج سنة 2011 بالتكريس الدستوري لنمط حكامه المرفق العمومي وللخاصية الشفافية وعنصر التخليق، كأساس لبناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، تواصل إقامة مؤسسات دولة حديثة، مركزاتها المشاركة والتعددية والحكامه الجيدة، وهو ما تبلور من خلال انتقالية الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة عبر الدستور الجديد إلى الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها كهيئة من هيئات الحكامة الجيدة والتقنين. وهي الانتقالية التي كرسها كل من الفصلين 36 و 167 من الدستور الحالي¹. ولترسيخ أكثر مع مجموعة من الخطوات والإجراءات المتخذة في هذا الشأن من قبيل: متابعة العديد من المسؤولين الإداريين بتهم الرشوة والفساد الإداري، والإعلان مؤخراً من طرف وزير العدل والحريات عن خط أخضر للتبليغ عن جريمة الرشوة.

إن التأكيد الدستوري على مبدأ تخليق المرفق العام سيتعزز في مقتضيات دستورية أخرى عديدة، من قبيل الفقرة الثانية من الفصل 154 "تخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي أقرها الدستور". وكذا الفصل 155 " يمارس أعوان المرافق العمومية وظائفهم وفقاً لمبادئ احترام القانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة". وبذلك تتوطد أسس حكامه إدارية جيدة وترسيخ أركان دولة الحكامة.

1 ينص الفصل 36 على مايلي: "يعاقب القانون على المخالفات المتعلقة بحالات تنازع المصالح، وعلى استغلال التسريبات المخلة بالتنافس النزيه، وكل مخالفة ذات طابع مالي. على السلطات العمومية الوقاية، طبقاً للقانون، من كل أشكال الانحراف المرتبطة بنشاط الإدارات والهيئات العمومية، وباستعمال الأموال الموجودة تحت تصرفها، وإبرام الصفقات العمومية وتديريها، والزجر عن هذه الانحرافات. يعاقب القانون على الشطط في استغلال مواقع النفوذ والامتياز، ووضعيات الاحتكار والهيمنة، وباقي الممارسات المخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والمشروعة في العلاقات الاقتصادية. تحدث هيئة وطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها" كما جاء في الفصل 167 من الدستور ما يلي: " تتولى الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها، المحدثة بموجب الفصل 36، على الخصوص، مهام المبادرة والتنسيق والإشراف وضمان تتبع تنفيذ سياسات محاربة الفساد، وتلقي ونشر المعلومات في هذا المجال، والمساهمة في تخليق الحياة العامة، وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة، وثقافة المرفق العام، وقيم المواطنة المسؤولة".

خاتمة :

إن مبدأ تخليق المرفق العام كجزء من الحكامة الإدارية، أضحى يكتسي أهمية بالغة في الوقت الراهن، خاصة في ظل انفجار ما يمكن أن نطلق عليه " أزمة المرفق العمومي"، الشيء الذي حفز الدولة بشكل عام على المستوى العالمي، كما هو الشأن على المستوى الوطني على البحث عن الوسائل الناجعة لحسن تدبير المرفق العمومي، وهو ما تظهر بلادنا عبر دسترة حكامة المرفق العمومي والرغبة الأكيدة على إصدار ميثاق حقيقي للمرافق العمومية، من أبرز معالمه تحديد قواعد الحكامة الجيدة المتعلقة بتسيير الإدارات العمومية والجهات والجماعات الترابية الأخرى والأجهزة العمومية كما يشير إلى ذلك الفصل 157 من الدستور خاصة، في أفق تبني المغرب لخيار الجهورية المتقدمة، وهو ما سيساهم لا محالة في تعزيز حكامة إدارية رائدة ومعلنة عن انبثاقها كلبنة من لبنات بناء الصرح الديمقراطي للمغرب "الصاعد"، مغرب "الحكامة".

مدى إمكانية متابعة مجرمي العدوان على غزة أمام المحكمة الجنائية الدولية



من إعداد الدكتورة : آيت عبد المالك نادية
أستاذة محاضرة قسم "ب" باحثة بمخبر نظام الحالة
المدنية جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة ، الجزائر

مقدمة :

إن إنسانية الإنسان و كرامته المتأصلة فيها هي أصل تفضيل الله سبحانه و تعالى له عن غيره من المخلوقات الأخرى ، و هو ما جاءت به الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأزلي لكل تشريع يتعلق بالإنسان سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي¹ .

يظهر الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان على الصعيد الدولي من خلال مجموع الاتفاقيات و الإعلانات و المواثيق الدولية التي تضمنت حقوق الإنسان الأساسية بوصفه إنسان من جهة و بوصفه عضو في المجتمع من جهة أخرى ، كما حددت آليات ضمانها و سبل الاستفادة منها ، و قد وقعت عليها العديد من دول العالم و هي تشكل ما يسمى بالقانون الدولي لحقوق الإنسان و هو فرع من فروع القانون الدولي العام تهدف قواعده المكتوبة منها و العرفية لحماية جميع البشر بغض النظر عن لونهم أو جنسهم أو دينهم في زمن السلم و الحرب²

و قد تعرضت هذه الاتفاقيات و النصوص الدولية للانتهاك في العديد من المرات عبر مراحل تطور المجتمع الدولي و خاصة خلال الحرب العالمية الأولى و الثانية و ما جاء بعدها من انتهاكات في أقاليم كثيرة من العالم مازالت ترتكب إلى غاية اليوم ، و هو الأمر الذي جعل الجماعة الدولية تفكر في ضرورة إيجاد آليات قضائية لمتابعة منتهكي حقوق الإنسان و تقرير مسؤوليتهم الجزائية الدولية .

1 . K . vasak : " le droit international des droits de l'homme " , R .G .D .I , vol IV , 1974 , p 404 .

2 . د / خيري أحمد الكباش : الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و المبادئ الدستورية و المواثيق الدولية ، الطبعة الثانية ، ص 91

وإن إسرائيل اليوم و كاستمرار لانتهاكاتها البشعة لحقوق الإنسان عامة و الفلسطينيين بوجه خاص و باعتبارها دولة عدوانية قد خرقت كل قواعد حقوق الإنسان و قواعد القانون الدولي و لم تحترم ما جاءت به باعتبارها قواعد إلزامية دولية و ما جاءت به المنظمات الدولية العالمية منها والإقليمية من مبادئ في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان وعلى رأسها منظمة الأمم المتحدة، وذلك بارتكابها جرائم إبادة جماعية في حق الشعب الفلسطيني من خلال قتل الأفراد و إهلاك الجنس الفلسطيني كليا أو جزئيا ، و ارتكابها جرائم ضد الإنسانية عن طريق القتل الجماعي على نطاق واسع ، بالإضافة لارتكابها جرائم حرب باستخدام أسلحة ممنوعة دوليا كالقنابل الإرشادية والعنقودية و ضرب المستشفيات و التدمير المتعمد للمدن . وأكثر من ذلك كله ارتكابها و استمرارها في العدوان على الأراضي الفلسطينية لمرات متعددة ، و ما عرفه و يعرفه قطاع غزة لأكبر دليل على استعمالها القوة المسلحة و كل وسائل القصف ، وهو ما يؤكد على ضرورة تحمل إسرائيل المسؤولية الدولية الكاملة وفقا للشروط المنصوص عنها في قواعد القانون الدولي ، والمسؤولية الجنائية الفردية الدولية لقادتها السياسيين والعسكريين ، مما يوجب متابعتهم و محاكمتهم و توقيع العقاب عليهم تحقيقا لمقتضيات العدالة ، ووفقا للأساس القانوني المنصوص عنه في المادة 227 من معاهدة فرساي 1919 التي طبقت على مجرمي الحرب الألمان و اليابانيين ، وذلك لأن جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية التي حوكم بموجبها مجرمي الحرب في نورمبورغ و طوكيو هي نفسها التي ترتكب في الأراضي الفلسطينية يوميا و خاصة في غزة .

و ما يجب على الجماعة الدولية اليوم هو التحرك من اجل رفع دعاوى قضائية ضد إسرائيل و قبل ذلك لا بد من إعداد ملفات قانونية لرصد الجرائم المرتكبة في غزة و التحقيق فيها ، إذ انه لا بد أن يؤخذ أمر رفع دعوى قضائية على إسرائيل مأخذ الجد ، فالمشكلة ليست في رصد الجرائم وإنما في محاكمة مرتكبيها و توقيع العقاب المناسب و إيجاد الآلية القضائية الفعالة .

ولكن أمام هذه الكارثة الإنسانية المرتكبة في قطاع غزة ما زالت بعض الدول تتهاون في رفع دعاوى قضائية على إسرائيل سواء أمام المحاكم الدولية أو المحلية ، في حين أن آليات المتابعة و الملاحقة القضائية ممكنة و هو ما يثير التساؤل حول مدى إمكانية متابعة و محاكمة المسؤولين الإسرائيليين عن العدوان على غزة ، و ما هي آليات المساءلة القانونية الممكنة ؟ و إلى أي مدى يمكن أن يتابع المجرمون الإسرائيليون أمام المحكمة الجنائية الدولية في إطار تقرير مبدأ معروف و مهم في القانون الدولي الجنائي و هو مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد .

كما يثور التساؤل أيضا حول الممارسة الفعلية للمحاكمة الجنائية الدولية للدور الذي أنشئت من أجله و هو ملاحقة و محاكمة مجرمي الحرب و منتهكي قواعد القانون الدولي الإنساني ، و أهم العراقيل التي تواجهها في ذلك ، سواء تعلق الأمر بنظامها الأساسي أم بطريقة أداءها لمهامها و أساليب نشأتها .

و للإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا دراسة الموضوع في المحاور التالية :

أولا : الوضع القانوني لقطاع غزة.

ثانيا : خرق إسرائيل لقواعد القانون الدولي الاتفاقي و العرفي .

ثالثا : الإشكالات التي تحول دون متابعة المجرمين الإسرائيليين عن العدوان على غزة .

أولاً: الوضع القانوني لقطاع غزة :

عندما نبحت عن الوضع القانوني لقطاع غزة فإننا نحاول الإجابة عن أسئلة كثيرة تطرح على المستوى الدولي و أهمها :

هل قطاع غزة مازال في ظل الاحتلال ؟ أم هو كيان مستقل معاد كما زعمت "إسرائيل" سنة 2007 ؟ فهي لا ترى في غزة بأنها أراضي محتلة و بذلك بررت عدوانها الأخير عليها بأنها كانت في حالة دفاع شرعي عن النفس وفقاً لقواعد القانون الدولي و كانت ترد على العدوان الذي لحقها من الكيان المعاد .

و هنا نقول بأنه لو اعتبرنا بأن غزة أرضاً محتلة فإن مبرر الدفاع عن النفس لا أساس له بل بالعكس فوفقاً للاتفاقيات الدولية¹ يستفيد الأفراد الفلسطينيين المقيمين في غزة و ممتلكاتهم من الحماية²

وبالنظر لمدى احترام إسرائيل للاتفاقيات الدولية في إطار تعاملها مع الأفراد و الأشخاص المعنوية في قطاع غزة نقول بأن إسرائيل لم تعترف يوماً بأنها سلطة احتلال و ذلك حتى تعفي نفسها من تطبيق أحكام معاهدة جنيف الرابعة 1949 تطبيقاً قانونياً بالرغم من الإجماع الدولي على اعتبار غزة منطقة محتلة ، وأهم الهيئات الدولية التي تؤكد على ذلك منظمة الأمم المتحدة وهيئة الصليب الأحمر الدولية وغيرها من المنظمات الدولية³ ، فقد أجمعت كلها على اعتبار إسرائيل سلطة احتلال للأقاليم الفلسطينية المحتلة منذ سنة 1967 ، و هو ما يتأكد من خلال الظروف التي يعيشها القطاع و المتمثلة في سيطرة إسرائيل عليه وعلى جميع المعابر المؤدية له في 2005/9/5 فقد انسحبت القوات الإسرائيلية في البداية من القطاع ثم أعادت انتشارها برا ، كما سيطرت على البحر الإقليمي للقطاع وعلى الإقليم الجوي .

و بذلك أصبحت إسرائيل باعتبارها دولة محتلة مخاطبة بأحكام معاهدة جنيف الرابعة 1949 التي نصت في المادة السادسة منها على أن تلتزم دولة الاحتلال بحماية المدنيين وتأمين حياتهم وأملاكهم في الإقليم المحتل وذلك طوال مدة الاحتلال ما دامت هذه الدولة تمارس وظائف الحكومة في الأراضي المحتلة و أساس التزام إسرائيل هو أنها طرف في معاهدات جنيف الأربع لسنة 1949 بما فيها المعاهدة الرابعة وذلك منذ 1951/7/15 ، فهي إذن مخاطبة و ملزمة بتطبيق هذه المعاهدات باعتبارها قواعد قانونية دولية ملزمة .

بالإضافة لذلك فإن كافة أعضاء المجتمع الدولي والمؤسسات الحقوقية والإنسانية وعلى رأسها الصليب الأحمر الدولي⁴ ومجلس الأمن⁵ والجمعية العامة قد أكدت انطباق المعاهدة الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة ومنها قطاع

1. من أهم الاتفاقيات معاهدة جنيف الرابعة لسنة 1949 التي تلزم سلطة الاحتلال بحماية الأشخاص المحميين ورعايتهم .

2. راجع المادتين 3 و4 من اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين وقت الحرب، وكذلك المواد 26، 48، 55 من أنظمة لاهاي 1907

3. أكدت منظمة الأمم المتحدة وهيئة الصليب الأحمر الدوليين وغيرها من المنظمات الدولية بأن غزة خاضعة للاحتلال في حزيران/يونيو 1967.

4. بيان صادر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC) في 2005/12/5.

5. قرار مجلس الأمن رقم (465) الصادر سنة 1980.

غزة، وبأن إسرائيل ملزمة في جميع أعمالها وتصرفاتها في الأراضي المحتلة بمراعاة نصوص المعاهدة¹ خاصة و أن إسرائيل ما زالت مسيطرة على قطاع غزة و لم تنسحب منه فهي ما زالت تمارس وظيفة الحكومة فيه من خلال سيطرتها الفعلية على بعض الوظائف .

وعليه يمكن اعتبار قطاع غزة خاضع فعلياً لسيطرة الاحتلال الذي يمارس كل الصلاحيات ، فالسلطة في قطاع غزة لا تسيطر سيطرة فعلية على الأرض والمياه والأمن والاقتصاد والمعايير والفضاء الجوي وعناصر السياحة الأخرى وبالتالي تنطبق على أحوال المدنيين في غزة قواعد القانون الدولي الإنساني وخصوصاً ما ورد من نصوص مهمة في معاهدة جنيف الرابعة² ، فقد أكدت المادة 6 من معاهدة جنيف الرابعة على وجوب الإبقاء على المادة 27 والمواد من 29 إلى غاية المادة 34 كي تنفذها سلطات الاحتلال ، وجميعها قواعد أساسية لإلزام هذه السلطة بمعاملة المدنيين و هم الأشخاص المحميين معاملة إنسانية .

و في نهاية هذا العنصر نقول بأنه حتى لو افترضنا جديلاً بأن قطاع غزة هو منطقة مستقلة ولا يخضع للاحتلال والسيطرة الإسرائيلية فإن إسرائيل تبقى ملزمة بتطبيق واحترام كافة القواعد العرفية والاتفاقية للقانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان التي صادقت عليها وانضمت إليها وأصبحت ملزمة قانونياً لها . ويشمل ذلك ميثاق الأمم المتحدة و ما جاء به من مبادئ أهمها مبدأ منع استخدام القوة المسلحة وضم الأراضي بالقوة المسلحة المنصوص عنه في المادة 2 من ميثاق الأمم المتحدة ، وجميع مواثيق حقوق الإنسان الدولية مثل العهدين الدوليين لسنة 1966 و قد انضمت إسرائيل للعهدين في 15 / 10 / 1991 واتفاقية حقوق الطفل والاتفاقية الدولية لمنع التعذيب لسنة 1948 وغيرها من الاتفاقيات الملزمة لها .

ثانياً : خرق إسرائيل لقواعد القانون الدولي الاتفاقي و العرفي :

شنت قوات الاحتلال الإسرائيلي خلال غزوها لقطاع غزة في الفترة بين 14-21 نوفمبر 2012 عدواناً عسكرياً شاركت فيه طائرات حربية مقاتلة وقطع حربية بحرية ومدفعية كانت رابضة على الشريط الحدودي مع القطاع أطلقت خلالها آلاف الصواريخ والقذائف المدفعية والبحرية، فطالت الهجمات أماكن سكنية بقنابل يصل وزنها أكثر من ألف كلغرام فتهدمت المباني وأبيدت عائلات بأكملها، وقد استهدف القصف المكثف أيضاً منشآت مدنية على امتداد مدن القطاع من بينها مؤسسات حكومية مدنية تقع جميعها في أماكن مكتظة بالسكان و هو الأمر الذي زاد من حجم الأضرار في الممتلكات والأرواح بين صفوف المدنيين الأمنين وخاصة النساء والأطفال.

كما استهدفت مئات من هجمات الطائرات المقاتلة أراض خلاء تقع داخل مناطق سكنية و ذلك بهدف إثارة الذعر والرعب في نفوس المدنيين العزل. وشهدت الأيام الأربعة الأخيرة من العدوان زيادة ملحوظة في الاستهداف المباشر للمدنيين والأماكن المدنية، وهو ما يفسر سقوط الغالبية في صفوفهم .

1. See: W. Thomas Malison and Sally V., Malison, The Palestinian Problem in International Law and World Order, Longman, England, 1986 .

2 . انظر في تفاصيل ذلك ما كتبه شراح الاتفاقية الرابعة حول المادة 6 وكيفية تفسيرها في:

Jean Picket et al, Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, Geneva, 1958.

وعلى امتداد فترة العدوان و القصف عاش المدنيون الفلسطينيون في قطاع غزة كل أنواع الخوف على حياتهم و ممتلكاتهم التي تم استهدافها مباشرة. وما زاد الأمر سوءاً إلقاء قوات الاحتلال منشورات في مناطق شمال غزة ومدينة غزة تطالب سكان تلك المناطق بضرورة إخلاء منازلهم مما أحدث فزعاً شديداً في صفوف المدنيين ، حيث لجأ آلاف الأفراد إلى مدارس وكالة الغوث للاحتماء بها.

وتسبب هذا العدوان في مقتل مئة و واحد و سبعون فلسطينياً من بينهم مئة و اثنان من المدنيين، أي ما يعادل نسبة 60% من إجمالي عدد الضحايا، منهم خمسا و ثلاثون طفلاً و هو ما نسبته 34% وأربعة عشر امرأة وهو ما نسبته 14% من إجمالي الضحايا المدنيين. ومن بين مجموع القتلى سقط خلال الفترة بين 18-21 نوفمبر مئة و ستة عشر فلسطينياً من بينهم ثمان و سبعون مدنياً أي ما نسبته 75% من إجمالي المدنيين الذين سقطوا خلال العدوان. وقد بلغ إجمالي عدد المصابين خلال العدوان على غزة ست مئة و ثمان و أربعون شخصاً منهم ست مئة و خمسا و عشرون مدنياً ، من بينهم مائتان و أربع عشر طفلاً وثلاثا وتسعون امرأة ، ومن بين المصابين المدنيين ستة عشر شخصاً أصيبوا بإعاقات مختلفة.¹

وقد أبيت عائلات بأكملها جراء قصف منازلهم بواسطة صواريخ تزن مئات الكيلوجرامات كان من أفضعها جريمة قصف منزل عائلة الدلو وسط مدينة غزة بتاريخ 18 نوفمبر، مما أسفر عن تدمير المنزل المكون من أربع طبقات كلياً على رؤوس ساكنيه وعدد من المنازل المجاورة ومقتل اثني عشر مدنياً بينهم خمس أطفال وخمس نساء وشابين من عائلي الدلو والمزور وإصابة ستة مدنيين آخرين من سكان المنازل المجاورة . وفي جريمة مماثلة استهدفت طائرة حربية بتاريخ 19 نوفمبر منزل المواطن فؤاد خليل حجازي في نعيم جباليا ما أدى لتدمير المنزل بالكامل ومقتل المواطن المذكور بالإضافة لاثنين من أطفاله وإصابة سبعة من أفراد العائلة وثلاثة عشر 13 من سكان المنطقة . كما استهدفت طائرة حربية إسرائيلية بتاريخ 20 نوفمبر شقة سكنية يملكها باسل مرتضى الشوا تقع في حي الشجاعية، شرق مدينة غزة، الأمر الذي أسفر عن تضرر الشقة بشكل كلي ومقتل أربعة مدنيين وإصابة ستة آخرين ممن كانوا يتواجدون على الشارع العام مقابل الشقة²

ومن ناحية أخرى أسفرت آلاف الهجمات الصاروخية عن هدم وتدمير المئات من المنازل السكنية والمنشآت المدنية على امتداد قطاع غزة، فقد وثق مركز حقوق الإنسان الفلسطيني تدمير مئة و ستة وعشرون منزلاً بشكل كلي، تحتوي مئة و واحد وتسعون وحدة سكنية يقطنها ألف ومائتين و تسعة و عشرون فرداً، بينهم سبع مئة و عشر من الأطفال . كما استهدفت تلك القوات مائتان و ثلاث و ثلاثون منشأة عامة، من بينها ثمان و ثمانون مؤسسة تعليمية ثلاث وثمانون مؤسسة تابعة لدور العبادة والمقابر و تسعة عشر منشأة صحية و ثلاث مؤسسات نقابية و منشآت رياضية ، بالإضافة لأربع منشآت صحفية وواحد و أربعون منشأة خدمية وستة منشآت ترفيهية و أربع بنوك و مئة و اثنان و ثمانون منشأة صناعية و تجارية وزراعية.³

1 . التقرير السنوي للمركز الفلسطيني لحقوق الإنسان / 14 نوفمبر 2013 ، المرجع 112 / 2013

2 . التقرير السنوي للمركز الفلسطيني لحقوق الإنسان / 14 نوفمبر 2013 ، المرجع 112 / 2013

3 . التقرير السنوي للمركز الفلسطيني لحقوق الإنسان / 14 نوفمبر 2013 ، المرجع 112 / 2013

وما عدوان 08 / 07 / 2014 على غزة إلا تواصل للغزو الإسرائيلي لقطاع غزة بارتكابها عدوان متواصل منذ سنة 1948، خصوصاً وأن "إسرائيل" ترفض إعادة هؤلاء اللاجئين وفقاً للقرارات العديدة التي أقرتها الجمعية العامة وفي مقدمتها القرار رقم (194) لسنة 1948، فقد بدأت إسرائيل عدوانها على القطاع في 2014/7/8 إلا أن حقيقة الأمر هو أنها بدأت استفزازاتها لحماس قبل ذلك حينما اتهمتها دون أي دليل بأنها وراء عملية خطف طلاب المدرسة الدينية الثلاث في شهر حزيران/ يونيو السابق لبدء العدوان على القطاع. وبناء عليه قامت القوات الإسرائيلية في الضفة الغربية بالاعتداء على آلاف المواطنين حيث اكتسحت مدن الخليل، وحلحول، ورام الله، ونابلس، والعديد من المدن والقرى معتقلة المئات من النشطاء السياسيين، وأعدت اعتقال عدد كبير ممن كانت قد أفرجت عنهم قبل ذلك في صفقة شاليط وغيرها. وقد ارتكبت "إسرائيل" من الاستفزازات والاعتداءات ضد كافة القوى الوطنية والإسلامية خصوصاً ضد نشطاء من حماس، وقتلت تسعة من الشبان بدون أي ذنب، بل مجرد إرهاب المواطنين ومنعهم من الاحتجاج، ففي مثل هذا الجو بدأ العدوان على القطاع¹

وعلى ضوء ما ذكرنا يتضح لنا بأن إسرائيل في عدوانها على قطاع غزة قد خرقت قاعدتين عرفيتين من قواعد القانون الدولي الإنساني الأساسية الثابتة في نصوص واردة في اتفاقيات دولية، وهما:

1. قاعدة التمييز، فإسرائيل كما ذكرنا لم تميز المدنيين العزل عن الأفراد المقاتلين واعتبرت جميع المقيمين في القطاع على أنهم مقاتلين دون أن تحترم قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحظر المساس بالمدنيين.

2. قاعدة التناسب، وذلك بأن تراعي أن يكون الرد على الهجمات متناسب مع الهجوم من خلال الوسائل وقوة الهجوم، وقد اعتبرت قواعد القانون الدولي الإنساني بأن أي خرق لإحدى القاعدتين هو بمثابة مخالفة جسيمة وهو ما يتأكد من خلال نص المادة 51 من الاتفاقية الثانية من اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1948 والمادة 147 من الاتفاقية الرابعة، كما أكدت المادة 48 من البروتوكول الدولي الأول المضاف إلى معاهدات جنيف الأربع والصادر سنة 1977 على ضرورة احترام قاعدة التمييز من خلال نصها "...الحماية الكاملة للسكان المدنيين خلال الحرب وكذلك للأعيان والممتلكات المدنية وللأغذية الضرورية للسكان المدنيين وحماية مياه الشرب وشبكاتنا وأشغال الري"، أما ميثاق روما لسنة 1998 فقد اعتبر بأن "كل ردّ عدواني مبالغ فيه أو تدمير للممتلكات واسع النطاق إنما يتنافى مع مبدأ التناسب" وبالتالي عد ذلك ضمن جرائم الحرب

و بالرجوع لنفس الميثاق (ميثاق روما 1998 للمحكمة الجنائية الدولية) و من خلال ما ذكرنا نقول بأن حصار قطاع غزة و تجويع سكانها و ضربها بطرق عشوائية و الاعتداءات العسكرية على القطاع تشكل الجرائم المحددة في نص المادة الخامسة من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية .

- أ / جريمة الإبادة :

ورد النص على جريمة الإبادة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من خلال نص المادة السادسة منه كما يلي: " لغرض هذا النظام الأساسي، تعني الإبادة الجماعية أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو اثنية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه إهلاكا كلياً أو جزئياً :

1. التقرير السنوي للمركز الفلسطيني لحقوق الإنسان / 14 نوفمبر 2013، المرجع 112 / 2013

أ) قتل أفراد الجماعة، ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة، ج) إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كليا أو جزئيا، د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، هـ) نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى".

و نشير هنا إلى أن تعريف جريمة الإبادة الجماعية الوارد في المادة قد استند تماما إلى التعريف الوارد في المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها التي اعتمدها الجمعية العامة عام 1948. وفيما يتعلق بأركان هذه الجريمة فقد حددها مشروع نص أركان الجرائم الذي أقرته جمعية الدول الأطراف في دورتها المنعقدة في 2002، على أن يبقى للمحكمة أن تقرر في كل مرة وجود الركن المعنوي الذي يجري عادة معالجته لإثبات نية ارتكاب الإبادة الجماعية. وتشترك أركان جرائم الإبادة الجماعية بتوفر ثلاثة أركان ثابتة إلى جانب الأركان الأخرى التي تتألف منها كل جريمة من جرائم الإبادة الجماعية، وهي النية لارتكاب هذه الجريمة أي نية مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الاثنية أو العرقية أو الدينية، كليا أو جزئيا بصفقتها تلك وان يصدر هذا السلوك في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو من شأن هذا السلوك أن يحدث بحد ذاته الهلاك، وان يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.

و بإسقاط ذلك على ما ارتكبه إسرائيل في غزة من عمليات التجويع و منع الدواء و تعريض الأفراد إلى ظروف معيشية تؤدي إلى إهلاكهم، بالإضافة للقصف المتكرر لقذائف الفسفور الأبيض على المناطق السكنية و بشكل عشوائي يتأكد لنا تعمد إسرائيل إبادة الشعب الفلسطيني.

- ب / جريمة ضد الإنسانية :

نص نظام روما الأساسي في المادة السابعة منه على إحدى عشرة نوعا من الأفعال التي تشكل و تحدد مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، وهي جرائم القتل العمد والإبادة، جرائم الاسترقاق وترحيل السكان، وجرائم السجن والتعذيب، بالإضافة إلى جريمة الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء، والاضطهاد والاختفاء القسري، والفصل العنصري وغيره من الأفعال التي تشكل جريمة ضد الإنسانية ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمدا في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم والصحة العقلية أو البدنية. و كما نلاحظ فإن هذه المادة المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية لا تجرم إلا انتهاكات حقوق الإنسان ذات الطابع المنتظم والجماعي، وتتعلق صفة الانتظام بممارسة ذات طابع دائم أو بمخطط منهجي لارتكاب هذه الانتهاكات، وتشير صفة الجماعية إلى عدد الأشخاص الذين تصيبهم هذه الانتهاكات أو إلى الكيان الذي وقع المساس به ويكفي توافر إحدى الصفتين، الانتظام أو الطابع الجماعي في أي فعل من الأفعال المنصوص عليها لكي يتحقق وقوع الجريمة.

إن الجرائم ضد الإنسانية أصبح لها طبيعة خاصة بحيث يمكن ارتكابها بصورة مستقلة عن أي جريمة أخرى. وقد سار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على نهج المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة ورواندا بأنه ضمن نصوصه نصا مستقلا عن الجرائم ضد الإنسانية وهو ما نجده في نص المادة السابعة، ومثلها مثل جرائم الإبادة، فالجرائم ضد الإنسانية من المتصور ارتكابها إبان النزاعات المسلحة سواء كانت دولية أو غير دولية أو في وقت السلم، كما انه من المتصور ارتكابها من رجال السلطة أو من غيرهم من الميليشيات أو الجماعات المسلحة العنصرية وذلك إذا تم ارتكابها بطريقة منظمة أو في هجوم واسع النطاق ضد سكان مدنيين.

ولذلك فإن جرائم القتل العمد التي ارتكبتها إسرائيل حق المدنيين في غزة هي من قبيل الجرائم ضد الإنسانية لأنها ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق و منهجي و وجهت ضد مجموعة من السكان المدنيين مع توفر العلم بالهجوم، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى أ من المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة.

و حتى و إن أرادت إسرائيل أن تتهرب من مسؤوليتها وادعت بأن عمليات القصف المكثف كان سببه وجود مسلحين بين المدنيين أو أسلحة مخزنة في تلك الأماكن، فإن لا يعد مبرراً لأنه كان من المفروض عليها في هذه الحالة أن تتبع الإجراءات التالية :

- إنذار الأفراد المدنيين قبل القصف بمدة معقولة حتى يتمكنوا من الهرب و البحث عن الملاجئ و هو الأمر الذي لم تقم به إسرائيل خاصة عندما كانت تقصف أماكن يفترض فيها وجود المدنيين كالملاجئ و المدارس .
- التزام سلطات الاحتلال الإسرائيلية بإيجاد ملجأ آمن للمدنيين قبل القيام بعمليات القصف بحيث تقوم بنقلهم إليه و تأمين حياتهم، مع تزويدهم بالسكن و المياه و الغذاء، ثم إعادتهم إلى بيوتهم بعد انتهاء العمليات و هو ما أكدت عليه المادة 3/49 من معاهدة جنيف الرابعة لسنة 1949، و لكن إسرائيل لم تقم بذلك ولو لمرة واحدة .
- كان من المفروض أن تحترم إسرائيل مبدأ التناسب بين الخطر الذي يشكله الموقع المراد قصفه و بين ما يوجهه ضده من قصف و دمار و هو ما تؤكد قواعد قانون الحرب، و لكن إسرائيل لم تأخذ ذلك بعين الاهتمام و قامت بقصف المواقع المدنية و أماكن تجمع السكان المدنيين لعدة مرات و لأسباب متعددة من بينها مثلاً الإطاحة بأحد قيادات حماس أو أحد النشطاء، دون المبالاة بما سوف يسببه ذلك من قتل لعشرات المدنيين الأبرياء.

ثالثاً: الإشكالات التي تحول دون متابعة المجرمين الاسرائيليين عن العدوان على غزة أمام المحكمة الجنائية الدولية :

إذا كانت قضية حقوق الإنسان قد شهدت تطوراً كبيراً خلال النصف الثاني من القرن الماضي بما يمثل تعزيزاً للشرعة الدولية لحقوق الإنسان باستكمال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تفرعت عنه معاهدات و اتفاقيات حقوق الإنسان، فإن العقد الماضي من القرن العشرين شهد تطورات أهمها إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، و قد كان موضوع اختيار آلية لإنشاء المحكمة من أهم المسائل التي طرحت، و إن الاختيار الذي وقع على إنشاءها عن طريق معاهدة لا يعني أنها الطريقة الوحيدة، و لكنها الأنسب لأنها تأخذ بعين الاعتبار مسألة الاختصاص الجنائي الوطني، فتمنح لجميع الدول فرصة للبت في قبول أو عدم قبول النظام الأساسي للمحكمة و اختصاصاتها، و عليه اعتبرت معاهدة روما ثمرة لجهد استغرق عدة سنوات و تجسيدا لرغبة المجتمع الدولي الأكيد في أن لا يفلت من العقاب مرتكبو أشع الجرائم ضد الإنسانية¹ و قد وقعت على النظام الأساسي للمحكمة ثلاثة عشر دولة عربية و صادقت عليه ثلاث دول عربية فقط و هم: الأردن، جيبوتي، جزر القمر .

يتكون نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في 17 / 05 / 1998 من :

ديباجة : من خلال قراءتها يتضح لنا التأكيد على المبادئ العامة لميثاق الأمم المتحدة و قواعد القانون الدولي المعاصر

128 مادة تناولت :

1. د / محمد شريف بسيوني، د / محمد السعيد الدقاق، د / عبد العظيم وزير: حقوق الإنسان، المجلد الثاني، الطبعة الأولى. دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية.، سنة 1989

أ / ضمانات الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في معاهدة روما ، إذ يتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مجموعة من القواعد و الضمانات بهدف حماية حقوق الأفراد و تجسيد مبدأ العدالة الشاملة و عدم الإفلات من العقاب عن الجرائم الخطرة المرتكبة في حق الإنسانية ، و من بينها :

عدم جواز المحاكمة على الجريمة مرتين (م 22) ، لا عقوبة إلا بنص (م 23) ، عدم رجعية الأثر على الأفراد (م 24) ، عدم سقوط الجرائم بالتقدم (م 29) ، ضمان حقوق الأشخاص أثناء التحقيق (م 55) ، ضمان قرينة البراءة (م 66) ... الخ

تختص المحكمة بالنظر في الجرائم المحددة في نص المادة الخامسة من النظام الأساسي لها ، و ما يهتما هو كيف يتم رفع دعوى قضائية ضد القادة الإسرائيليين أمام المحكمة و من له صلاحية ذلك.

وفقا لنص المادة الثالثة عشر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتحدد اختصاص رفع الدعوى أمامها كالاتي :

- يتم رفع الدعوى القضائية من قبل الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة ، م 13 / أ فالدول هي الأطراف الرئيسية في المحكمة الجنائية الدولية ، فهي الأولى التي يضمن لها حق الإدعاء أمام أي جهاز قضائي ، ومن باب أولى فللدول سلطة إحالة أي حالة من حالات الجرائم الواردة في المادة الخامسة من هذا النظام إلى المدعي العام ليحقق فيها و يقرر ما إذا كان هناك وجه لإقامة الدعوى من عدمه
- الدول غير الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة إذا وقعت الجرائم على إقليمها أو كان أحد رعاياها متهما بتلك الجرائم متى وقعت بعد نفاذ النظام الأساسي للمحكمة ، أي بعد 01 / 07 / 2002¹ وفقا لنص الم 12 / 03 ، و بذلك تشكل هذه المادة ضمانا كبيرة لحماية حقوق الأفراد بتوسعها في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لتوفر أكبر قدر ممكن من الإحاطة بالجرائم الدولية و عقاب مرتكبيها ، و عليه يقع على الدول الأطراف و غير الأطراف التي أسندت إليها هذه المهمة الالتزام بتزويد المدعي العام بكل الوثائق اللازمة و المتوفرة لديها بشأن القضايا التي ستحيلها إليها ، وهو ما أكدت عليه المادة 14 من النظام الأساسي للمحكمة
- المدعي العام من تلقاء نفسه وفقا لنص الم 13 / ب² ، فعندما تصله معلومات تتعلق بارتكاب جرائم تدخل ضمن اختصاص المحكمة و تكون من مصدر موثوق كأحد هيئات الأمم المتحدة ، أو المنظمات الحكومية أو غير الحكومية ، فمتى تأكد من وجود أسس قانونية تبرر تحريكه للدعوى يقدم طلبه إلى دائرة ما قبل المحاكمة لتعطيه الإذن بإجراء التحقيق (م 15 / 01)
- مجلس الأمن ، بإحالاته لملف القضية متصرفا وفقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة (تحقيق مقتضيات السلم و الأمن الدوليين) وفقا لنص الم 13 / ج³ ، و يتدخل مجلس الأمن لإحالة القضية حتى في جريمة العدوان التي لم يتم تعريفها بعد في النظام الأساسي للمحكمة المهم هو أن تكون الحالات المحالة إليه تشكل

1. د / قيدا نجيب حمد : المحكمة الجنائية الدولية ، نحو العدالة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 90.

2. و ذلك بأن تحيل الدولة الطرف إلى المدعي العام أية حالة فيها جريمة و تدخل في اختصاص المحكمة و تطلب من المدعي العام التحقيق فيها.

3. د / لندن معمريشوي : المحكمة الجنائية الدولية و اختصاصاتها ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008.

تهديدا للأمن و السلم الدوليين¹ ، ومن أجل الحفاظ على دور المحكمة و تمكينها من النظر في قضايا معينة تدخل في اختصاصها قد يكون تم عرضها على مجلس الأمن بموجب الفصل السابع اتخذ النظام الأساسي للمحكمة حكما احتياطيا يتمثل في نص المادة 16 منه التي تقضي أنه إذا أراد مجلس الأمن أن يستعمل حقه في تأجيل أو تعليق النظر في قضية ما معروضة أمام المحكمة يقع عليه التزام بتقديم طلب رسمي يتضمن قرار من المجلس بموجب الفصل السابع من الميثاق .

و في حالة عدم إحالة مجلس الأمن لقضية كان له الاختصاص فيها ثم حدث و أن علمت بها المحكمة سواء عن طريق الدول الأطراف أو المدعي العام ، فهنا تمنحه المادة 16 من النظام الأساسي حق نظرها أمام المحكمة إلا في حدود معينة ، و قد مارس مجلس الأمن حقه في إحالة حالات إلى المحكمة نذكر منها إصداره لقراره رقم 1593 / 2005 المتعلق بإحالة الوضع القائم في إقليم دارفور السوداني مند 01 / 07 / 2002 إلى المدعي العام مستندا في ذلك لما عرفه هذا الإقليم من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وصفت بالجرائم الدولية من خلال هذه النصوص تتضح لنا العراقيل السياسية و القانونية التي تعرقل إمكانية رفع الدعوى ضد إسرائيل عن جرائمها في غزة و ما ترتكبه في حق الشعب الفلسطيني يوميا ونلخصها كالاتي :

- في الحالة الأولى أي الم 13 / أ نجد أن الدول التي تملك حق رفع الدعوى تتهاون في ذلك و تتخوف و تبرر ذلك بأن لا إسرائيل و لا فلسطين من الدول المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة ، كما أنها تتحجج أيضا بنصوص النظام الأساسي للمحكمة التي تؤكد على المعاقبة على الجرائم التي تقع في إقليم دولة ، بينما فلسطين ليست دولة وفقا للشروط الواردة في القانون الدولي ، بالإضافة إلى أن عدد الدول العربية الأطراف قليل جد مما يقلل من إمكانية أن تتابع الدول العربية إسرائيل عن انتهاكات حقوق الإنسان العربي المسلم في غزة .
- فيما يتعلق بنص الم 13 / ب فإن قيام المدعي العام بالتحقيق من تلقاء نفسه هو أمر ليس بالسهل ، ولهذا لا بد أن يقترن بضغوط المنظمات الحقوقية الدولية و الفلسطينية .
- وفقا لنص الم 13 / ج يخول مجلس المن التدخل بإحالة ملف القضية إلى المحكمة في إطار مهمته في حفظ السلم و الأمن الدوليين ، و لكن تدخل مجلس الأمن في إطار متابعة إسرائيل قد يكون لصالحها و يعرقل محاكمتها و بذلك يخرج عن إطار حفظ السلم و حماية الحقوق الأساسية للإنسان ، و ذلك وفقا لنص المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة التي تخول مجلس الأمن صلاحية تعليق إجراءات التحقيق و المقاضاة لمدة اثني عشر شهرا قابلة للتجديد ، ولما كانت إسرائيل مشمولة بالحماية الأمريكية فإن هذه الأخيرة (أمريكا) و بموجب ممارستها لحق النقض في مجلس الأمن باعتبارها من الدول الكبرى فيه ستجعل من مجلس الأمن أداة لعرقلة محاكمة إسرائيل من خلال تعليق إجراءات التحقيق و المقاضاة . وبهذا فإن محاكمة إسرائيل أمام المحكمة ليس بالأمر السهل و تتخلله عدة عراقيل تجعلنا نقول أن المحكمة كهيئة قضائية رغم محاولات جعلها مستقلة و مختصة قد وقعت تحت السيطرة الأمريكية و الدول الكبرى عن طريق مجلس الأمن الذي أوجد له دور أساسي في عمل المحكمة رغم ما كان يعلمه واضعو النظام الأساسي لروما عن مدى السيطرة الأمريكية

1. د / شاهين علي شاهين : اتفاقية روما المتعلقة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، السنة السادسة والأربعون، العدد الأول ، كلية الحقوق ، مصر ، 2004 ، ص 42 و د / مدوس فلاح الرشيد : آلية تحديد الاختصاص و انعقاده في نظر الجرائم و المحاكم الوطنية ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، السنة السابعة و العشرون ، العدد الثاني ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003 ، ص 66

على هذا المجلس بسبب ما تملكه هذه الدولة من قوة اقتصادية و سياسية، و عليه فإن المحكمة ستصبح في المستقبل القريب محكمة تعني بمحاكمة الضعفاء فقط و لن يكون هناك مجال لتحقيق العدالة مع مجرمي الحرب و منتهكي حقوق الإنسان .

خاتمة :

إن نجاح المحكمة في تحقيق الأهداف المرجوة منها _ ضمان مستقبل آمن و مستقر للبشرية بتحقيق عدالة جنائية دولية _ كما أن الحديث عن اعتبار هذه المحكمة الآلية الفعالة لمتابعة و معاقبة المجرمين الإسرائيليين عن عدوانهم على غزة أمر محدود إن لم نقل صعب التحقق و يرجع ذلك لأسباب التالية :

1. إنشاء المحكمة الجنائية الدولية مرتبط بإرادة الدول : يختلف تأسيس المحكمة الجنائية الدولية عن المحاكم الجنائية الخاصة ، فهذه الأخيرة أنشئت بقرار من مجلس الأمن وفقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، أما المحكمة الجنائية الدولية فقد لعبت المساعي التي قامت بها الدول و المنظمات غير الحكومية الناشطة في مجال حقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني دورا مهما في تأسيسها ومن ثم فلا عجب من أن تتأثر هذه المحكمة بإرادة الدول المنشئة لها و بهذا يمكن أن تكون المحكمة وسيلة لم الشرعية لنشاطات الدول العظمى _ الولايات المتحدة الأمريكية _ خاصة و أن النظام الأساسي لها يعطي للدول الأطراف فيها حق انتخاب القضاة بما فيهم المدعي العام و المشاركة في إعداد أو تعديل النصوص المتعلقة بالمحكمة .

2. الطبيعة الاتفاقية للنظام الأساسي للمحكمة : يطبق النظام الأساسي للمحكمة على الدول التي انضمت إليها أو قبلت الولاية دون أن يمتد للدول الأخرى ، في حين أن اختصاص المحكمة يمتد إلى المعاقبة على كل الجرائم التي تهدد المجتمع الدولي كله و ليس الدول المنشئة للمحكمة فقط ، و عليه فمن المستحسن لو كانت المحكمة الجنائية الدولية الجهاز السابع التابع لمنظمة الأمم المتحدة ، إذ أنه بذلك تصبح المحكمة الجهاز القضائي الدائم لكافة المجتمع الدولي و ليس مجموعة الدول المنشئة لها .

3. الاختصاص المحدود للمحكمة من حيث المكان و الزمان : إن قواعد النظام الأساسي للمحكمة لا تسمح لها بمتابعة و معاقبة كل المجرمين ، فارتكاب جريمة دولية _ الجرائم المنصوص عنها في النظام الأساسي _ من قبل شخص تابع لدولة غير طرف و في إقليم دولة أخرى غير طرف لا يؤدي لمتابعة الشخص و فرض العقاب عليه ما لم تعلن إحدى الدولتين قبولها الولاية القضائية للمحكمة ، في حين يفترض اختصاص المحكمة بالنظر في كل الجرائم المنصوص عنها في النظام الأساسي بغض النظر عن جنسية مرتكب الجريمة و مكان وقوعها، أي اختصاص عالمي للمحكمة ، أما بالنسبة لمحدودية اختصاص المحكمة من حيث الزمان فيقصد منه عدم معاقبة المجرمين الذين ارتكبوا جرائم دولية قبل دخول النظام الأساسي حيز التنفيذ و مثاله : إفلات المجرمين الفرنسيين من العقاب عما ارتكبوه في الجزائر _ مجازر وأعمال إبادة و استعمال لقنابل نووية .

4. مشكلة الاختصاص النوعي للمحكمة : لقد أشارت المادة 05 / 02 من نظام روما أن ممارسة المحكمة لاختصاصها بشأن جريمة العدوان لا يكون إلا بعد اعتماد حكم بهذا الشأن وفقا للمادتين 121-123 من هذا النظام يعرف العدوان و يضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها على هذه الجريمة . و وفقا للمادة 123 انعقد المؤتمر الاستعراضي في كمبالا عام 2010¹ و تم إصدار قرار يعرف العدوان وفقا لما ورد في توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974 ، و لكن تبقى ممارسة المحكمة لاختصاصها بالنسبة لمرتكبي هذه الجريمة مرتبطة بقرار تتخذه أغلبية الدول الأطراف لاعتماد تعديل نظام روما و ذلك بعد 01 جانفي 2017 . و هذا ما يؤكد على التعطيل الفعلي لدور المحكمة في متابعة جميع المجرمين لعدم تمكينها إلى غاية يومنا من متابعة مرتكبي جريمة العدوان كما ذكرنا ، بالإضافة لعجز مجلس الأمن عن تدعيم اختصاص المحكمة بخصوص هذه الجريمة و السبب هو تعامله بانتقائية في تقرير إحالة جريمة العدوان إلى المحكمة من عدمه بسبب ارتكابها من قبل مواطني أعضائه الدائمين (و إن ما جاء به المؤتمر الاستعراضي - مؤتمر كمبالا 2010 في أوغندا - من اقتراحات بشأن هذه الجريمة لا يعد بالجديد سواء من حيث تعريفها أو من حيث منح مجلس الأمن نفس الصلاحيات بتقرير وجود العدوان من عدمه و سلطته في إحالة القضايا التي تشكل عدوانا .
5. تدخل مجلس الأمن في عمل المحكمة : يسمح النظام الأساسي للمحكمة بإجراء توقيف المتابعة و التحقيق في المحكمة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد ، وهذا الإجراء يشل من عمل المحكمة خاصة و أن مجلس الأمن يتخذ هذا الإجراء لاعتبارات سياسية مما يشكل مساسا خطيرا و خرقا لمبدأين تعرفهما أغلب التشريعات الوطنية للدول الأطراف في المحكمة و هما استقلالية السلطة القضائية ، و مبدأ الفصل بين السلطات .
- ✓ قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية :

- I. الكتب :
1. د / خيري أحمد الكباش : الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و المبادئ الدستورية و المواثيق الدولية ، الطبعة الثانية
 2. د / محمد شريف بسيوني ، د / محمد السعيد الدقاق ، د / عبد العظيم وزير : حقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى - دراسات حول الوثائق العالمية و الإقليمية - ، سنة 1989
 3. د / قيدا نجيب حمد : المحكمة الجنائية الدولية ، نحو العدالة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية
 4. د / لنده معمر يشوي : المحكمة الجنائية الدولية و اختصاصاتها ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008 .
- II. المجلات القانونية :
1. مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، السنة السادسة و الأربعون ، العدد الأول ، كلية الحقوق ، مصر ، 2004
 2. مجلة الحقوق ، السنة السابعة و العشرون ، العدد الثاني ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003

III. التقارير و القرارات الدولية :

1. التقرير السنوي للمركز الفلسطيني لحقوق الإنسان / 14 نوفمبر 2013 ، المرجع 2013 / 112 .
2. القرار رقم 4 . R C / Res الذي تم تبنيه في 14 يونيو 2010 .

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

1. K . vasak : " le droit international des droits de l'homme " , R .G .D .I , vol IV , 1974
2. W. Thomas Malison and Sally V., Malison, The Palestinian Problem in International Law and World Order, Longman, England, 1986.
3. Jean Picket et al, Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, Geneva , 1958

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

L'ARTICLE 273 DU CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS ET L'OPTION ENTRE L'ACTION EN EXECUTION ET L'ACTION EN RESOLUTION



Monsieur Imed ARIBI : Professeur Agrégé

De droit privé à la Faculté des sciences

Juridiques , politiques et sociales de Tunis

1. "... Si la loi est imprécise ou inexacte, écrit un auteur, elle ne peut engendrer qu'une insécurité juridique qu'elle a justement pour objet d'exclure".¹ Tel est bien le cas de l'article 273 du Code des obligations et des contrats,² dont l'application a donné lieu à un grand arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation en date du 29 février 1996.³

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article : «Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible ; à défaut, il pourra demander la résolution du contrat ainsi que des dommages-intérêts, dans les deux cas »

¹ J.-L BERGEL, Avant-propos à la revue : Droit prospectif, cahiers de méthodologie juridique, n°12, 1997.

² Pour une idée générale sur la question, cf. M.ZINE, La théorie générale des obligations, t.1, le contrat, Tunis 1997, n°393 et s. (en langue arabe).

³ Cass. civ., ch. réunies, n°35350, 29 février 1996, Arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation, 1995-1996. Cf. aussi la note de N. BEN AMMOU, Revue Tunisienne de Droit (R.T.D.) 1996, p.273 et s. et l'article de M.G. KHZAMI, Réflexions sur l'interprétation de l'article 273 du C.O.C., Revue de Jurisprudence et de Législation (R.J.L.), Juin 1996 (en langue arabe). Adde, *infra*. n° 3 et s., 18, 19, 25, 35 et 38.

Dès l'accès de la Tunisie à l'indépendance et l'unification de l'organisation judiciaire, ce texte suscita des difficultés d'interprétation, d'abord en jurisprudence, puis en doctrine.

On se doutait que cet alinéa, traitant de l'inexécution totale par le débiteur de ses obligations, eût consacré une option au profit du créancier entre l'action en exécution forcée et l'action en résolution. Auparavant, les tribunaux avaient coupé court à toute discussion en l'interprétant à la lumière de son homologue l'article 1184 du Code civil, nonobstant sa rédaction un peu différente¹.

2. A vrai dire, une première lecture des textes et de leurs sources matérielles pousse à en douter pour deux raisons au moins. D'une part, la formulation définitive de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 s'est écartée légèrement du texte de l'avant-projet, qui posait nettement l'option du créancier². D'autre part, la comparaison entre les alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 273 corrobore l'opinion suivant laquelle il n'y a pas de choix, puisque ce dernier, régissant l'inexécution partielle, prévoit une option en des termes on ne peut plus clairs : « Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier pourra demander soit l'exécution du contrat pour la partie qui est encore possible, soit la résolution du contrat. »³

Ce dont il ressort que si les rédacteurs voulaient consacrer l'option du créancier à l'alinéa 1^{er}, ils auraient gardé sa rédaction initiale, comme ce fut le cas de l'alinéa 2^{ème}⁴.

3. Malgré ces arguments textuels et quelques autres encore développés par la doctrine⁵, les chambres réunies de la Cour de cassation ont décidé que le créancier avait le choix entre l'action en exécution et l'action en résolution sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 273, mettant ainsi fin à une jurisprudence ondoyante et diverse⁶.

¹ V. Cass. civ. , n°116, 29 juin 1926, R.J.L. 1960, n°9 et 10, p.150 (résumé). L'article 1184 al. 2 du Code civil dispose que « ...la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». Comp. avec l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du C.O.C., *supra*, n°1.

² D'après l'article 300 al. 1^{er} de l'avant-projet : « Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le choix ou de demander la résolution du contrat, ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible, avec les dommages-intérêts dans les deux cas ». Avant-projet de code civil et commercial tunisien, discuté et adopté au rapport de D. Santillana, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis 1899. Comp. avec la formulation définitive de ce texte, *supra*, n°1.

³ Comme on le voit, l'article 273 prévoit, contrairement à l'article 1184 du C. civ., l'hypothèque de l'exécution partielle. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine françaises consacrent une option au profit du créancier dans cette hypothèse.

⁴ A bien lire l'article 300 de l'avant-projet, on se rend compte que c'est bien le choix du créancier en cas d'inexécution partielle qui était tributaire de l'absence de tout intérêt à l'exécution partielle. Or, dans la rédaction définitive du texte, on a modifié l'alinéa 1^{er} et supprimé la réserve « s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle » à l'alinéa 2^{ème}, sans aucune justification éclairante de ce bouleversement.

⁵ V. *infra*, n°10 et s.

⁶ V. *supra*, n°1 et la note n°3

D'après les circonstances de la cause, la commune de la Marsa avait acquis, par acte sous seing privé en date du 10 mars 1969, deux parcelles de terrain. Il était stipulé que le prix devait être acquitté en deux échéances : la première moitié avant le 31 janvier 1969 et la seconde avant la fin de la même année.

Or, la commune, après avoir honoré la première échéance avec quand même un retard d'un an à peu près, avait refusé de payer le reliquat du prix, arguant de l'existence d'une différence entre la surface réelle des parcelles et la surface déclarée par les vendeurs dans l'acte.

Saisi par les vendeurs en résolution de la vente, le Tribunal de première instance de Tunis rejeta l'action au motif que l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats – applicable ici faute d'un texte spécial dans les articles relatifs au contrat de vente – n'autorisait pas les vendeurs à agir en résolution avant d'agir en exécution forcée. La Cour d'appel confirma la décision des premiers juges, pour le même motif, tout en précisant que l'action des vendeurs était, non pas irrecevable, mais plutôt mal fondée.

4. Dans leur pourvoi en cassation, les vendeurs se sont appuyés sur deux moyens, certes d'importance inégale, mais fermement liés l'un à l'autre.

Le premier moyen touche aux règles de la procédure. Il reproche à la Cour d'appel, d'une part, l'excès de pouvoir prévu à l'article 175, 3^{ème} du Code de procédure civile et commerciale, en ce qu'elle aurait modifié l'objet de la demande en appel en décidant que l'action en résolution était mal fondée, alors que l'appel fut interjeté contre le jugement déclarant qu'elle était irrecevable¹ et, d'autre part, «les dispositions contraires» de l'arrêt, dans la mesure où la Cour d'appel décida que l'action en résolution était mal fondée, tout en estimant qu'elle était prématurée, parce que intentée avant l'action en exécution forcée.

Quant au second moyen, il reproche aux juges du fond d'avoir violé l'article 273 du Code des obligations et des contrats, en ce qu'ils affirmèrent que son alinéa 1^{er} ne renfermait pas un choix entre l'action en exécution et l'action en résolution, alors que ce texte prévoyait bien, selon les auteurs du pourvoi, un pareil choix.

5. La Cour de cassation, par un arrêt du 26 mars 1991, a cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour fausse application de l'article 273². Mais la Cour de renvoi persista en déboutant les vendeurs

¹ Sur ce premier moyen, cf. *infra* n°7 et la note.

² V. Cass. civ. n°21342, 26 mars 1991, Bull. 1991, p.227.

de leur demande en résolution par les mêmes motifs que la Cour de cassation avait censuré dans l'arrêt du 26 mars 1991.

Une décision des chambres réunies de la haute juridiction devenait alors inévitable par application de l'article 191 nouveau du Code de procédure civile et commerciale, afin de trancher la question de savoir si l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats consacrait ou non une option entre les deux actions au profit du créancier.

C'est chose faite avec l'arrêt du 29 février 1996 dans lequel la Cour suprême a posé le principe de l'option du créancier.

6. Dans cet arrêt, il est remarquable que la Cour de cassation aurait pu esquiver la difficulté en décidant que les créanciers bénéficiaient du choix prévu à l'alinéa 2^{ème} de l'article 273, sur la base de l'exécution partielle, consistant dans le paiement d'une partie du prix par la commune. Mais elle a préféré prendre la débitrice, qui avait sciemment placé le débat sur le terrain de l'alinéa 1^{er}, à son propre piège et profiter de cette affaire pour résoudre une fois pour toute la question de l'option du créancier.

C'est pourquoi l'arrêt des chambres réunies revêt une importance particulière. D'autant plus que la Cour suprême a exprimé son embarras face au refus de l'option du créancier¹, montrant par là tous les enjeux de la question.

7. Non seulement le rejet de l'option entraîne des incertitudes sur le plan des règles procédurales, dans la mesure où nul ne sait plus si l'action en résolution, lorsqu'elle est intentée pour la première fois, est irrecevable ou mal fondée², mais surtout il en découle que le créancier qui souhaite obtenir la résolution du contrat doit intenter deux actions, une en exécution, puis une autre en résolution, avec toutes les conséquences iniques de la solution. En effet, si les instances judiciaires sont souvent considérées comme longues et coûteuses, que dire lorsque le créancier doit d'abord agir en exécution avec toutes les voies de recours possibles – action qui reste aléatoire parce que tributaire de la possibilité matérielle et/ou juridique – et, en cas d'impossibilité, revenir ensuite avec une action en résolution, là encore avec toutes les voies de recours possibles ?

Il en résulte, assurément, une perte de temps et d'argent et un risque considérable de perte de droits. Il faut aussi se rendre à l'évidence qu'une telle solution encourage les débiteurs

¹ La Cour de cassation a même qualifié ce refus d'opinion sans fondement juridique.

² Les conséquences diffèrent suivant la nature de la solution adoptée. Dans le premier arrêt de la Cour de cassation, les vendeurs faisaient valoir, dans leur pourvoi, que l'arrêt de la cour d'appel, qui décida que leur action en résolution était mal fondée, les privait d'agir à nouveau en résolution .

récalcitrants au détriment des créanciers. Elle se révèle même dangereuse à l'heure de l'ouverture des marchés ici comme ailleurs.

8. Ces inconvénients sont particulièrement perceptibles dans l'affaire relatée. Il est en effet inconcevable de soutenir en l'espèce l'idée de demeure du débiteur ; de retard dans l'exécution de l'obligation¹. La commune avait refusé obstinément de payer le reliquat du prix pendant plus de treize ans, malgré toutes les démarches des vendeurs, au point qu'il est permis de se demander si cette période d'inexécution ne justifiait pas, à elle seule, l'action en résolution.

Certes, depuis la vente, les terrains avaient acquis une plus value importante, ce qui a poussé certains à critiquer, outre le principe de l'option, l'accueil par la Cour de cassation de la demande en résolution, arguant du profit injustifié qui sera tiré par les vendeurs. Mais l'on peut rétorquer qu'il faut penser également à la situation d'un vendeur impayé pendant cette longue durée et à l'érosion monétaire, surtout qu'en l'espèce le motif du refus de paiement, à savoir la fausse déclaration par les vendeurs dans l'acte à propos de la surface réelle des parcelles, était pour le moins curieux, étant donné que lesdites parcelles font l'objet de deux titres fonciers avec toutes les précisions qui en découlent.

Ce refus de paiement s'était poursuivi pendant toute l'instance, soit presque quinze ans², puisque la commune, au lieu de tenter les offres réelles de paiement dont on peut déjà douter de leur caractère satisfaisant³, avait articulé sa défense autour de cet argument dilatoire qui consiste à dire que les créanciers ne pouvaient pas opter entre l'action en exécution forcée et l'action en résolution, qu'ils devaient d'abord agir en exécution, et que dans ce cas il y aurait révision du contrat⁴.

Aussi, les chambres réunies de la Cour suprême affirment-elles avec tout le poids qu'elles possèdent, le principe de l'option du créancier sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats sous le contrôle du Tribunal. Il serait *a priori*

¹ Argument souvent avancé à l'appui du rejet de l'option à l'al. 1^{er} Cf. *infra*, n° 10 et 11.

² L'acte introductif d'instance date du 16 septembre 1981. Ces 15 ans de procédure se rajoutent aux 13 ans d'inexécution. Et l'on ne comprend pas pourquoi on reproche à la Cour de cassation la consécration de l'intérêt du créancier. Ce dernier pourrait être lui-même débiteur à l'égard des tiers, de sorte qu'il attend l'exécution pour honorer ses propres engagements.

³ Cf. C.O.C, article 293 *in fine*. Adde *infra*, n°29.

⁴ Il est à noter que les vendeurs faisaient valoir également que l'action en exécution forcée ne présentait aucune utilité en l'espèce en raison d'un vieux décret du 15 février 1904 qui n'autorise pas la saisie des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics. Mais, cet argument n'est guère pertinent pour deux raisons : d'une part, ledit décret a été abrogé par la loi n°73-81 du 31 décembre 1973, portant promulgation du Code de la comptabilité publique et, d'autre part, le domaine privé de la commune reste en principe saisissable. C'est sans doute ce qui explique pourquoi la C. cass. n'a pas pris cet argument au sérieux.

plus cohérent de décider du sort du contrat en une seule instance, tout en favorisant l'exécution par rapport à la résolution, quel que soit l'objet de la demande du créancier.

9. Il reste toutefois que cette affirmation est loin d'être partagée par la doctrine. Certains auteurs ont même tiré sur la Cour suprême à boulets rouges¹. C'est que, en effet, la réponse à la question de savoir si le créancier bénéficie d'une option entre les deux actions, peu élucidée il est vrai en droit comparé², fait l'objet d'une controverse brûlante en droit tunisien depuis plus de trente ans.

Il en est résulté une insécurité considérable, aussi bien pour les justiciables que sur le plan de la réalisation du droit. Et l'on peut légitimement craindre que l'arrêt des chambres réunies soit mal compris ou ne soit pas suivi par la jurisprudence. D'où la nécessité de rouvrir, encore une fois, la question de l'option du créancier.

A y regarder de plus près, il existe une autre façon d'étudier cette question. Pris dans son sens vulgaire de choix entre tel ou tel parti, le terme option n'a pas de signification juridique précise. Aussi, avant de dire que l'option existe ou non, encore faut-il s'interroger sur ses caractères juridiques. La nature spécifique de ce mécanisme (I) permettra d'en mesurer aisément la portée exacte (II).

i- LA nature spécifique de l'option de l'article 273

9bis. L'explication classique du refus de l'option repose sur cette idée, sous-jacente mais réelle, du caractère irrévocable et définitif de l'option du créancier pour la résolution du contrat ; celle pour l'exécution forcée ne soulevant bien évidemment aucune critique, parce que considérée comme étant la voie qu'impose le texte. Ni le juge, ni à plus forte raison le débiteur, défendeur à l'action, ne pourraient exercer une influence quelconque sur ce choix.

Cette explication se heurte, néanmoins, à des objections sérieuses qu'il convient de mettre au clair (A), avant d'avancer une nouvelle explication fondée sur la spécificité de l'option du créancier (B)

¹ Cf. la note très critique de N. BEN AMMOU, précit.

² Tel est le cas du droit français même si elle n'y suscite pas les difficultés que nous connaissons. (Cf. D.TALLON, l'inexécution du contrat : pour une autre présentation, Rev. Trim. dr. civ., 1994, pp. 223 et s., n°33 et s.) et du droit marocain, où malgré la ressemblance des textes, la jurisprudence et la doctrine l'admettent sans encombre.

A) LES OBJECTIONS A L'EXPLICATION CLASSIQUE DU REJET DE L'OPTION :

10. Nombre d'auteurs pensent que l'article 273 diffère du texte français,¹ en ce sens que, s'il consacre le caractère judiciaire de la résolution, il n'en supprime pas moins l'option dont bénéficie le créancier entre l'action en exécution et l'action en résolution,² dans son alinéa 1^{er} tout au moins.³

La raison en est, pense-t-on, que les rédacteurs du code adoptent, en matière d'inexécution des obligations contractuelles, la notion centrale de demeure du débiteur, entendue comme un retard légalement constaté qui suppose la possibilité d'exécution ultérieure⁴. Selon cette analyse, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier n'a aucun choix entre la suppression du contrat et son maintien, dans la mesure où l'article 273 pose "un choix légal préalable".⁵ Ainsi, "à l'instar du BGB qui n'autorise l'anéantissement du contrat qu'en cas d'impossibilité d'exécution, le droit positif tunisien rejette le plus souvent tout choix au créancier et présente ainsi une orientation très marquée en faveur de la sauvegarde du contrat pour l'exécution duquel le débiteur est en demeure".⁶

D'où les trois arguments souvent cités à l'appui du rejet de l'option du créancier: d'abord, la consécration de la notion de demeure; ensuite, la rédaction même de l'article 273 ; enfin, l'attachement du législateur tunisien au maintien des rapports contractuels.

A la vérité, ces arguments ne forcent pas l'adhésion.

11. -1- S'agissant de l'argument tiré de la notion de demeure du débiteur, il faut noter que cet argument a conduit à des conséquences assez inattendues. En effet, l'on affirme que, du fait de la demeure, les juges n'ont aucune liberté de décision, que leurs jugements sont

¹ Il s'agit de l'art. 1184 du C. civ. cité *supra*, n°2 et la note. Adde, dans le même sens, l'art. 1165 du C. civ. italien de 1865, cité par les rédacteurs du C.O.C.

² Sans doute faut-il ajouter également le rejet par les rédacteurs de la notion de condition résolutoire tacite.

³ Comme on le sait, l'al.2, relatif à l'hypothèse de l'inexécution partielle, consacre ouvertement l'option. Cf. *supra* n°2 et la note.

⁴ Cf. M.M. CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse, Tunis 1984, *passim*.

⁵ *Ibid*, p. 177.

⁶ *Ibid*, p. 178.

purement déclaratifs de droit et que le créancier ne peut agir en résolution qu'en apportant la preuve de l'impossibilité d'exécution.¹

Or, ces affirmations ne vont pas sans susciter quelques difficultés. C'est qu'on ne saurait ôter au juge son pouvoir d'appréciation, alors qu'on lui soumet le plus souvent des questions de pur fait. Il en est ainsi de la cause de la demeure, de la faute du débiteur, de l'impossibilité d'exécution, de la bonne foi des parties... Tous ces éléments, qui forment la notion d'inexécution *lato sensu*, supposent une certaine appréciation. Et si le juge peut apprécier des éléments plus importants, tels que les vices du consentement, l'objet, la cause, l'ordre public, *a fortiori* en ira-t-il de même en matière d'inexécution.

Cette critique trouve un appui solide dans les dispositions finales de l'article 273, suivant lesquelles « la résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée en justice ». D'après les termes même de ce texte, c'est le juge qui « prononce la résolution ». Ce dernier ne se borne pas à déclarer une résolution préexistante, mais, plus exactement, sa décision "crée la résolution". L'inexécution, en d'autres termes, y compris la demeure, ne résout pas le contrat, mais elle le rend susceptible de résolution.

En outre, force est de constater que la distinction jugements déclaratifs-jugements constitutifs est sérieusement remise en cause aujourd'hui. En fait, « tout jugement participe généralement des deux caractères constitutif et déclaratif »².

Encore faut-il remarquer qu'il est tout aussi inacceptable d'obliger le créancier, qui souhaite agir en résolution, à prouver l'impossibilité d'exécution, alors qu'il ignore souvent l'activité de son débiteur, sans compter qu'il pourrait s'agir, parfois, de la preuve d'un fait négatif, impossible à rapporter³. C'est, au reste, la raison pour laquelle les articles 420 et 421 du Code des obligations et des contrats posent que la preuve de l'existence d'une obligation incombe au demandeur et celle de la libération au défendeur.

¹ *Ibid.* p. 209 et s. Adde N. BEN AMMOU, note précit., n°30.

² Cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, 3^{ème} éd., P.U.F. 1996, n°139, p. 589 et 590, qui ajoutent que même les jugements de débouté, qui apparaissent seuls comme étant purement déclaratifs, apportent quand même une modification à l'ordonnancement juridique, "car ils confèrent la certitude à une situation juridique jusqu'alors douteuse et contestée".

³ Il en est ainsi dans les obligations de résultat (ex : apporter la preuve que le colis n'est pas arrivé), de sorte que le créancier sera amené à agir en exécution, alors que celle-ci est d'ores et déjà impossible.

Enfin, la comparaison du droit tunisien avec le droit allemand sur ce point est assez discutable, puisque ce dernier consacre la résolution, non seulement en cas d'impossibilité d'exécution, mais aussi en cas de demeure.¹

Au demeurant, il ne semble pas qu'il y ait incompatibilité entre la notion de demeure et l'existence de l'option.²

12. -2- Concernant le deuxième argument, celui qui se fonde sur le texte même de l'article 273, il ne semble pas qu'il soit d'un grand secours. On sait que l'interprétation littérale de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 a été utilisée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, tantôt en faveur de l'option, tantôt à son encontre.³ De plus, le recours au 2^{ème} alinéa de l'article 273, relatif à l'hypothèse de l'inexécution partielle, pour corroborer l'exclusion de l'option à l'alinéa 1^{er}, reste peu pertinent.⁴ Car l'option du 2^{ème} alinéa n'exclut nullement le pouvoir d'appréciation du juge. Il n'est pas loisible, en effet, d'accueillir une action en résolution pour n'importe quelle inexécution partielle.⁵ Bien plus, ce raisonnement n'échappe pas à la contradiction qui consiste à accorder une option à celui qui a reçu ou qui pourrait recevoir une exécution partielle et à en priver celui qui n'a rien obtenu du contrat.

Il est vrai, néanmoins, qu'il y a eu un changement dans la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 par rapport au texte de l'avant-projet.⁶ Mais ce changement ne veut rien dire, sinon que la main mystérieuse qui l'a effectué, sans aucune justification éclairante, avait voulu insister

¹ Dans les contrats synallagmatiques, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier bénéficie, entre autres, d'une option (Wahlrecht) entre la demande de dommages-intérêts et la résolution du contrat, sous certaines conditions (retard affectant une obligation principale, délai supplémentaire...). Cf. M. PEDAMON, Le contrat en droit allemand, L.G.D.J. 1993, p.152 et s. Cette option s'exerce de façon extrajudiciaire.

² Cf. J.-L. CONSTANTINESCO, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, Kohlhammer verlag 1960, pp. 437 et s, où l'auteur compare la demeure du droit allemand et celle du droit français, sans aucune allusion à l'option du créancier de l'art. 1184 du C.civ.

³ Cf. N. BEN AMMOU, note précit., n°15 ; M.G. KHZAMI, art. précit. ; Cass. civ. n° 21342, 26 mars 1991, Bull., p.227 ; Cass. civ. ch. réunies, n°35350, 29 février 1996, précit.

⁴ L'al. 2 de l'art. 273 consacre, en effet, plus clairement l'option du créancier en cas d'exécution partielle. Cf. *supra* n°2.

⁵ Dans l'avant-projet, l'al. 2 de l'art. 300 dispose que : "Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier, s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle, pourra demander, soit la résolution du contrat, soit des dommages-intérêts pour l'inexécution de toute l'obligation". Il est regrettable que la phrase "s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle" soit supprimée. Elle donne à penser, en tout cas, que dans l'esprit des rédacteurs du Code, lorsque l'exécution partielle présente encore un intérêt pour le créancier, ce dernier doit l'accepter et ne peut que demander des dommages-intérêts. Même solution en droit français : cf. *infra*, n° 34 et s.

⁶ Cf. Avant-Projet de Code civil et commercial tunisien, art. 300, al. 1^{er}, qui consacre l'option du créancier. *Supra*, n°2.

sur la primauté de l'exécution sur la résolution.¹ Volonté d'autant plus probable que la modification du texte a coïncidé avec la suppression de l'article 300 de l'avant-projet qui invitait le juge à ne prononcer la résolution qu'en dernier recours². Ce serait donc, non pas l'intention de supprimer l'option du créancier, mais la concision dans la rédaction des textes, ayant permis de faire l'économie d'un article, qui fut à l'origine d'une modification maladroite de l'alinéa 1^{er} de l'article 273.

13. -3- Quant au dernier argument – l'attachement du législateur au maintien du contrat – il est à noter que le vœu de tout système juridique est que tout soit mis en œuvre pour sauver le contrat.³ Il s'agit là d'une règle de raison, qui découle du *vinculum juris*, de l'engagement contractuel lui-même : les contrats sont conclus pour être exécutés avant toute autre chose. Et, pour preuve, le droit français, qui reconnaît l'option du créancier, n'accepte la résolution qu'en désespoir de cause.⁴

Telle est donc la règle de fond qui assure le maintien des contrats ; et il serait douteux de faire supporter à l'alinéa 1^{er} de l'article 273 le poids de la force obligatoire du contrat (par le biais d'une interprétation fondée sur l'exclusion de l'option), alors que ce texte ne fait que prévoir la mise en œuvre judiciaire des remèdes à l'inexécution de l'obligation. Cela suppose, par conséquent, l'exercice par les parties et l'appréciation par le juge de choix, en vue de déterminer le "remède" le plus adéquat.

Comme on le voit, l'explication classique repose sur des arguments discutables et donc incertains. Aussi est-il nécessaire de rechercher une autre explication.

¹ Cette idée qui ressort de la lecture de l'al. 1^{er} de l'art. 273 va de soi. Elle n'a pas besoin d'une modification du texte pour s'imposer aussi bien aux parties qu'au juge. Mais, en dehors de cette idée, le texte tel que modifié ne donne aucune précision sur l'exercice des droits du créancier, plus précisément, sur la procédure qu'il doit suivre et l'existence ou non d'une option à son profit, elle n'a pas besoin non plus d'une suppression de l'option pour qu'elle puisse être garantie, car dans un contentieux relatif à l'inexécution d'un contrat : cf. *infra* n° 13, 16 et n° 23 et s.

² V. le texte de cet article, *infra* n°36.

³ Cf. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, L.G.D.J., préf. R. PERROT, n°127, p.117. Mais il faut noter que ce sauvetage du contrat ne doit pas se faire outre mesure, en ce sens que le vœu de la loi est aussi de débarrasser la scène juridique des contrats dont l'exécution suscite des difficultés : cf. J. CARBONNIER, t.4, 20^{ème} éd., P.U.F. 1996, n°153, p. 273 ; comp. *infra*., 34 à 36.

⁴ Cf. *infra*, n° 31 et s.

B) POUR UNE EXPLICATION FONDEE SUR LA SPECIFICITE DE L'OPTION DU CREANCIER

14. Il serait hasardeux de croire que l'option, dont il est question aux alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 273, est une véritable option.¹ Les caractères de celle-ci ne sont pas en effet réunis dans celle-là. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence françaises envisagent l'option de l'article 1184 du Code civil, non seulement au point de vue des règles de fond, mais aussi sur le terrain des règles procédurales.² Aussi, est-on tenté de parler, plus précisément que d'option tout court, d'option du créancier ou, mieux encore, d'option de procédure (1).

D'un autre côté, dans la mesure où on parle fréquemment de droit d'option du créancier, il convient de fixer la place exacte de ce droit dans la théorie générale des droits subjectifs (2).

1 - L'option du créancier, une option de procédure :

15. Le droit d'option *stricto sensu* peut être défini comme étant: "une prérogative qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible".³

Il en résulte que l'existence de tout droit d'option⁴ suppose la réunion de trois éléments. Tout d'abord, une alternative dont les branches doivent être prédéterminées et prévisibles. Ensuite, une situation de sujétion et d'incertitude avant l'exercice du choix. Enfin, un acte unilatéral d'option, qui suffit en lui-même à exercer le choix et à modifier la situation juridique.

Ainsi précisé, le droit d'option peut être caractérisé dans nombre de mécanismes juridiques, qu'ils soient d'origine conventionnelle ou légale. En matière conventionnelle, constitue un droit d'option le droit du bénéficiaire d'une promesse de contrat ou d'un pacte de

¹ Cf. H. LECOMPE, Essai sur la notion de faculté en droit civil, thèse, Paris 1930, p. 39 et s., où l'auteur considère que l'option de l'art. 1184 du C. civ. est une véritable option.

² Cf. E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Sirey 1925, T.I, 2^{ème} éd., n° 174 et 190, p.427 et s. ; E. GARSONNET et C. CESAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. I , 2^{ème} éd., n°439, p.694; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, Sirey 1973, t. I, 1^{ère} éd. n°102, p. 102 et 103 ; A. COLIN et H.CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 10^{ème} éd. par M. JULLIOT De LA MORANDIERE, t.II, n°534 et s. ; F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur, L.G.D.J. 1988, préf. J. Ghestin, *passim* (un ouvrage fondamental en la matière, dans lequel l'auteur adopte une conception large de l'option du plaideur) ; Juris-cl. civ., art. 1184 par M. STORCK ; Encyclopédie Dalloz, V° action, par J. VINCENT.

³ Cf. I. NAJJAR, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, L.G.D.J. 1971, préf. P. RAYNAUD, n°45, p. 44.

⁴ Sur la nature exacte de ce droit subjectif, cf. *infra*, n°19 et s.

rachat ou encore d'un pacte de préférence. De même, en matière légale, le droit du bénéficiaire d'un retrait ou d'une préemption est un droit d'option.¹

Dans tous ces exemples, le bénéficiaire de l'option est investi d'un véritable droit subjectif² qui lui permet de modifier une situation juridique incertaine, par l'exercice d'un choix entre les branches d'une alternative bien déterminée, au moyen d'un acte unilatéral. C'est ainsi que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat peut lever l'option et conclure le contrat ou ne pas le conclure en laissant passer le délai. Dans le même sens, le bénéficiaire d'un droit de retrait peut se substituer ou non à l'acquéreur d'une part indivise.³

16. Si l'on revient aux choix de l'article 273 (al. 1 et 2) du Code des obligations et des contrats, il est remarquable que les éléments caractéristiques du droit d'option, y font défaut à un double titre.

En premier lieu, les options de l'article 273 s'inscrivent dans une foule de choix aussi importants que variés. La victime d'une inexécution totale ou partielle peut, en effet, choisir la voie de la résignation, en laissant la situation telle quelle. Elle peut, au contraire, exercer son droit de rétention ou l'exception *non adimpliti contractus* et attendre le dénouement du problème. Si une clause de résolution pour inexécution a été insérée dans le contrat, elle peut s'en prévaloir. Elle peut, enfin, dans tous les cas, intenter une action en justice. Et, en conséquence de ce dernier choix, elle peut opter entre l'action en exécution et l'action en résolution. Cette option dépend de la qualification qu'elle donne au fait préjudiciable : simple retard, inexécution définitive, impossibilité d'exécution, exécution inutile parce que tardive, exécution partielle... ; qualification qui peut être fautive ou animée par une mauvaise foi (chercher la suppression du contrat à tout prix) et qui reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge.⁴

¹ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, *passim*.

² Cf. *infra*, n° 19 et s.

³ *Ibid.*

⁴ Il est fort difficile de cerner les raisons pour lesquelles le créancier opte pour l'une ou l'autre des actions. En réalité, ces raisons peuvent varier à l'infini. Pour une idée sur quelques suppositions, cf. D. Tallon, Les remèdes à l'inexécution du contrat, in le contrat aujourd'hui : comparaisons Franco-Anglaises, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, L.G.D.J. 1987, n° 47 et s., p. 288 et s.

Il s'ensuit que l'option entre les deux actions n'est en réalité que l'aboutissement de plusieurs choix. D'où l'absence d'une alternative précise et déterminée, qui caractérise la vraie option.¹

En second lieu, l'option entre les deux actions, si elle constitue une déclaration unilatérale du créancier, ne suffit pas, en elle-même, à modifier la situation juridique litigieuse et incertaine entre les parties contractantes, comme l'exige le véritable droit d'option. La déclaration du créancier, suffisante certes pour que l'action en justice soit engagée, n'est guère apte à provoquer le résultat escompté, dans la mesure où il n'est pas sûr que l'action en résolution ou même en exécution forcée aboutisse de plein droit. Cette incertitude tient, non pas à la notion de demeure, comme on le prétend souvent, mais plus exactement au caractère judiciaire que revêt la résolution en droit tunisien et qui suppose que l'on réserve le pouvoir d'appréciation du juge.²

17. Ces deux observations suffisent pour conclure qu'au moment de l'introduction de l'instance³ l'option entre les deux actions n'est pas une vraie option irrévocable, mais une simple option de procédure. Elle s'explique par le fait que, à ce moment là, la situation litigieuse est incertaine parce qu'en voie de mutation. On ne sait pas s'il y a simple demeure ou refus par le débiteur d'exécuter ses obligations, ou bien encore, impossibilité d'exécution etc. A la diversité des situations d'inexécution s'ajoutent la diversité de nature des obligations (donner, faire ou ne pas faire), qui commande des solutions différentes, l'intérêt du créancier, la réponse du débiteur et le rôle important du juge.

L'option entre les deux actions s'impose ainsi pour tenir compte des nuances de la pratique, en dépit des atteintes aux règles procédurales qu'une telle solution entraîne.⁴ Mais,

¹ La même analyse peut être reprise s'agissant de l'acquéreur victime d'un vice ou d'un défaut de la chose. L'option que lui offre l'art. 655 du C.O.C. entre l'action en résolution et l'action en dommages et intérêts n'est pas une véritable option. L'acquéreur reste libre d'intenter une action ou non, de la fonder sur l'art. 655 du C.O.C. ou sur un autre fondement tel que la nullité pour erreur..., sans compter la réserve qui doit être faite au pouvoir d'appréciation du juge.

² Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 136 et s. Adde, *infra*, n° 31 et s. *Comp. supra*. n° 11.

³ Sur les conséquences de cette option en cours d'instance, cf. *infra*, n° 33 et s.

⁴ Pour une idée sur d'autres possibilités de choix, cf. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, *op.cit.*, *passim* ; comp. *infra* n° 31 et s.

Une telle solution entraîne modification de l'objet de la demande et, par là, porte atteinte au principe de l'immutabilité du litige (cf. *infra* n° 31 et s.). Comp. P. COLLOMB, Demeure et mise en demeure en droit privé, thèse Nice 1974, p. 277; J. MESTRE, Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1993 ; W. JEANDIDIER, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, *Rev. trim. dr. civ.* 1976, p. 700 et s.

nous constaterons plus loin que ce choix est loin d'être définitif, que ce soit pour le créancier, le débiteur ou le juge.¹ D'ailleurs, toute la difficulté de la question en droit tunisien provient du fait que la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'article 273 pose de vraies options, des options de fond irrévocables, alors qu'il ne s'agit que de choix de procédure.

Aussi, peut-on penser avec un auteur qu'en "... réalité que ce soit l'action en résolution ou l'action en exécution, ce sont là deux modalités qui visent à réparer un préjudice subi ou qui risque de l'être. Entre elles le créancier peut choisir. Mais à la base de ce choix il n'y a aucun droit d'option authentique. Ce n'est pas parce qu'on emploie le mot d'option qu'il s'agit de droit d'option".²

18. Au demeurant, il est remarquable que la Cour de cassation ait mis en lumière ces deux aspects dans l'arrêt récent de ses chambres réunies. N'a-t-elle pas souligné que l'action en exécution ou en résolution n'est qu'un remède parmi tant d'autres à l'inexécution du contrat ? N'a-t-elle pas précisé que le législateur n'impose aucun ordre particulier dans le choix de ces remèdes par le créancier ? N'a-t-elle pas insisté, enfin, sur le fait que l'action en exécution ou en résolution reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge ?³

Il reste, néanmoins, que la Cour suprême ne précise pas la vraie nature de l'option du créancier et ne la situe pas clairement sur le plan de la procédure .

La même remarque peut d'ailleurs être faite lorsque la Cour de cassation pose, dans le même arrêt, que l'option entre les deux actions est un droit⁴.

2- L'option du créancier, un droit subjectif potestatif :

19. D'aucuns affirment que l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution est un droit au profit du créancier. Se pose alors la question de savoir si cette option constitue vraiment un droit. Et, dans l'affirmative, surgit une seconde question, à savoir celle de la nature exacte de ce droit.

¹ Cf. *infra* n° 25 et s.

² Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, n°141, p. 149, qui estime d'ailleurs que le droit d'action lui-même, dont l'option du créancier en constitue le prolongement, n'est pas un droit d'option authentique. Cette idée sera corroborée lorsqu'on étudiera la portée de l'option du créancier dans la seconde partie.

³ Cf. Cass. civ. ch. réunies, n° 35350, 29 février 1996, R.T.D. 1996, p. 267 et s.

⁴ *Ibid.* Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'action en exécution forcée est, comme l'action en résolution, un droit au profit du créancier, et que ce dernier a le droit de choisir librement entre les deux. L'intérêt de cette analyse est d'autant plus important que l'art. 273 évoque également l'idée de droit.

A priori, il est permis de penser que l'option du créancier constitue un véritable droit subjectif, car tous les éléments de la définition des droits subjectifs s'y trouvent réunis. En effet, il est aisé de constater que cette option présente, de par sa nature même, la caractéristique d'être une prérogative juridique appartenant à un sujet de droit, le créancier, que le droit objectif reconnaît et protège.

Mais il faut remarquer tout de suite que ce droit subjectif, comme le consacre et le proclame à juste titre la Cour de cassation, n'a pas une existence propre et autonome. Il reste tributaire d'un autre droit subjectif, dont il constitue le prolongement, à savoir le droit d'action, le *jus agendi*. C'est que, pour qu'il y ait option entre telle ou telle action, encore faut-il que le créancier aille en justice. Cette subordination de l'option du créancier au droit d'action n'empêche pas, pour autant, la première d'être un droit subjectif à part entière.¹

20. Ceci étant précisé, force est de constater que l'option du créancier constitue un droit subjectif d'une nature particulière.

Dans le couple des catégories opposées droits absolus-droits relatifs, dits aussi droits discrétionnaires-droits contrôlés,² ce droit d'option judiciaire, comme d'ailleurs le droit d'action lui-même, est loin, bien loin, d'être l'un des droits absolus.³ Car, dans la catégorie des droits absolus, dont le nombre ne cesse au demeurant de se réduire,⁴ le titulaire du droit peut l'exercer sans avoir de compte à rendre à personne.

La raison en est que ces droits ne permettent aucun contrôle des motifs de leurs auteurs, si répréhensibles soient-ils.⁵ Or, le droit d'opter entre l'exécution et la résolution n'a rien de tel. Lorsque le créancier demande l'exécution forcée, son action n'a d'autre but que l'exécution du contrat. Et cette exécution reste soumise, comme le souligne la Cour de cassation, à la possibilité matérielle ou juridique et, par là, à l'appréciation des juges du fond. Il ne peut pas exiger, par exemple, l'exécution forcée d'une obligation dont l'objet a été détruit ou transformé,

¹ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.* ; n° 132.

² Cf. A. ROUAST, Droits discrétionnaires et droits contrôlés, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 1 et s.

³ Comp N. BEN AMMOU, note précit, p. 279.

⁴ Cf. A. ROUAST, art. précit

⁵ *Ibid*, et les exemples cités.

ou encore, d'une obligation de faire.¹ En revanche, lorsque le créancier demande la résolution du contrat, il ne peut guère l'obtenir de plein droit, mais sous le contrôle du tribunal.²

Si, au surplus, il est indéniable que le droit d'action lui-même, qui constitue la source de l'option judiciaire, peut faire l'objet d'un abus de droit, on ne peut que se rendre à l'évidence que ce droit d'option est un droit contrôlé et non absolu.³

Dans le même ordre d'idées, ce droit d'option reste réfractaire au couple des catégories opposées droits réels-droits personnels. Et pour cause, le droit de choisir entre telle ou telle action, pris en tant que tel et en dehors du contenu de la demande ou des conséquences judiciaires de l'action, n'a pour objet ni un bien ni, non plus, une créance.

21. A vrai dire, le droit d'option judiciaire, comme d'ailleurs le droit d'action, est un droit spécifique qui ne peut se ranger que dans la catégorie des droits subjectifs potestatifs. Qu'est-ce qu'alors un droit potestatif ?

Un droit potestatif est un pouvoir par lequel son titulaire peut agir "sur les situations juridiques préexistantes, en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale (acte juridique, instance judiciaire ou recours administratifs)".⁴

Ainsi qu'on le voit, le droit potestatif ne va pas jusqu'à conférer à son auteur un pouvoir immédiat sur une personne ou sur un bien. Il a pour objet une situation juridique, comme le fait apparaître sa définition. Au contraire du droit réel et du droit personnel susceptibles de violation

¹ Dans les limites où l'exécution forcée est inacceptable, cf. C.O.C., art. 275 ; W. JEANDIDIER, art. précit., *passim*.

² Cette analyse est valable même à propos de l'al. 2 de l'art. 273 du C.O.C., relatif à l'inexécution partielle. Le juge ne saurait donner au créancier la possibilité de se départir du contrat en arguant d'une inexécution partielle infime ou portant sur des obligations accessoires etc., cf *supra*, n° 12

³ Cf. H. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, in Arch. Ph. dr., 1964.

⁴ Cf. G. messina, *nuovo digesto italiano. V° Diritti potestativi*, t. 3, p.872 et s., cité par I. NAJJAR, op. cit., n° 99.

Il est à noter que le droit potestatif est présenté comme une variante des droits subjectifs. Ce concept nous vient d'Allemagne (*Rechte des rechtlichen honnes*) et d'Italie (*diritto potestativo*). Il trouve écho en droit de suisse où on le désigne par l'expression de "droit formateur" (cf. L. L'Huillier, *la notion du droit formateur en droit privé Suisse, thèse Genève, 1947*).

La doctrine française l'a adopté pour classer certains droits qui se refusent à se ranger dans cette traditionnelle alternative : droits réels-droits personnels, cf. L. BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats, Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 1 et s., spéc. n° 27 et s. et sa thèse, la notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Toulouse 1947, préf., J. MAURY, p. 61 et s., adde. La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 41, n°9; R. BAILLOT, le droit de repentir, Rev. trim. dr. civ., 1984, p. 227, n°20 ; I. ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne, thèse, Grenoble 1994, n°168 et s., où il a été adopté pour situer le droit de résiliation unilatérale. Voir aussi les quelques exemples cités *infra*, n° 22.

ou d'inexécution, le droit potestatif n'a rien de cela, puisqu'il ne peut ni être violé, ni inexécuté, l'autre partie est dans une position de sujétion, elle doit le subir.¹

22. Le droit d'option de l'article 273 du Code des obligations et des contrats, tel qu'il a été posé par la Cour de Cassation et tel qu'il existe en droit comparé, semble correspondre à la définition et aux caractéristiques du droit potestatif: d'abord, le droit d'option a pour objet une situation juridique, la situation litigieuse, ensuite, celui qui doit subir ce droit, à savoir le débiteur ou le juge, est dans une position de sujétion, en sorte que l'efficacité de ce droit ne dépend que de la volonté de son auteur.²

En cela, le droit d'option de l'article 273 est de même nature que de nombreux autres droits, tels que le droit d'agir en justice,³ celui de l'option *stricto sensu*,⁴ celui du co-indivisaire de provoquer le partage,⁵ celui du propriétaire joignant un mur de le rendre mitoyen,⁶ celui du destinataire d'une offre de conclure le contrat par l'acceptation de cette offre,⁷ celui de retrait,⁸ celui de résilier un mandat⁹ etc..

En résumé, l'option du créancier, si elle constitue un droit subjectif potestatif, comme la vraie option, n'en demeure pas moins réfractaire à la définition de celle-ci.

¹ Cf. HAGE CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits subjectifs, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 705 et s. n°48, qui écrit: « le lien de sujétion est un lien en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiétement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir. A ce lien correspond, du côté actif, le droit potestatif.

Le sujet passif n'est tenu ni de fournir une prestation ni de rendre un service, il est tenu de subir. Il n'est pas obligé de donner, de faire ou de ne pas faire mais de laisser faire... »

² Dans cet esprit, le juge et, surtout, le débiteur, s'ils jouent un rôle significatif sur le droit d'option du créancier, ne peuvent pas le mettre en échec lors de l'introduction de l'instance. Ils ne peuvent pas, non plus, empêcher le créancier de modifier son choix en cours d'instance : cf. *infra* n°19 et s. Les arrêts qui l'ont fait - et ils sont nombreux - ont privé, sans raison, les créanciers d'un droit fondamental.

³ Cf. I NAJJAR, op. cit., n°123 et s.

⁴ Nous avons fait observé plus haut que l'option de procédure, comme d'ailleurs le droit d'action, n'est pas une option *stricto sensu*. Mais cela n'empêche pas les deux options d'avoir la même nature juridique au point de vue de la théorie des droits subjectifs.

⁵ Cf. Code Tunisien des Droits Réels (C.D.R.), art. 71.

⁶ Cf. C.D.R., art. 79.

⁷ Cf. C.O.C., art. 27.

⁸ Cf. C.D.R. art. 103.

⁹ Cf. C.O.C. art. 1157.

L'examen de la portée de ce choix procédural confortera cette idée.

II- LA PORTEE DE L'OPTION DE L'ARTICLE 273 :

23. La détermination de la portée de l'option du créancier ne va pas sans rappeler le principe de l'immutabilité du litige.¹

On sait que ce principe qui interdit, entre autres, les demandes nouvelles en cours d'instance ou la modification de la demande par le juge,² est d'une utilité appréciable. Non seulement il permet de déjouer les manœuvres d'une partie au litige qui essaierait de surprendre son adversaire et de retarder, par là, la marche du procès, mais aussi il permet de garantir un autre principe, celui du double degré de juridiction.³

Cependant, le principe de l'immutabilité du litige est loin d'être absolu. Des considérations inhérentes "au phénomène de l'évolutivité du procès" conduisent à en tempérer la rigueur. Le litige n'est pas, en effet, intangible et c'est rare qu'il reste limité, tout au long de l'instance, à la demande originaire. A celle-ci, s'ajoutent fréquemment la demande reconventionnelle du défendeur, les demandes additionnelles du demandeur ou du défendeur (qui renferment souvent des prétentions modificatives), les allégations émanant d'un tiers intervenant (C.P.C.C., art. 224 à 228), le rôle considérable du juge⁴.

C'est à un point tel qu'un auteur a estimé que le litige constitue un "véritable lacis que le juge devra débrouiller et trancher fil à fil, soit en une seule fois, soit successivement".⁵

¹ Cf. Code Tunisien de procédure civile et commerciale (C.P.C.C.), art. 147 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 23^{ème} éd., 1994, n° 625 et s., p. 423 et s. : "Parler de l'immutabilité du litige veut exprimer que, quand une instance a été engagée, ses éléments, son cadre, ne doivent pas être modifiés. On ne peut substituer un tiers à un plaideur, changer la qualité de ce dernier, modifier l'objet de la demande initiale ou présenter des demandes nouvelles". Adde, J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J. 1977, préf. P. HEBRAUD, *passim* ; J. NORMAND, Le juge et le litige, précit, n° 127 et s.

² H. VIZIOZ, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 146. Une demande est nouvelle si elle diffère de la demande originaire par son objet, par sa cause, par les parties ou la qualité en laquelle elles agissent. Ce sont les éléments qui permettent d'individualiser une demande : cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, Coll. thémis, 3^{ème} éd. 1996, n°119 et s., 85 et s. P. BOYREAU, La prohibition des demandes nouvelles en appel, thèse, Bordeaux, 1945 ;

³ H. VIZIOZ, Obs. précit. Les mêmes faits doivent être soumis d'abord aux premiers juges, faute de quoi, on ne saurait opposer à une demande l'autorité de la chose jugée.

⁴ Cf. G. CORNU et J. FOYER, op. cit., n° 119, p. 523. Adde, la préf. précit de P. HEBRAUD et J. MIGUET, op. cit., *passim*.

⁵ H. VIZIOZ, cité sans réf. par G. CORNU et J. FOYER, op. cit., n° 119, p. 523.

Et c'est dans ce fouillis procédural, dont nous n'avons fait que passer en revue quelques traits, que se situe la question de la portée de l'option du créancier en cours d'instance.

La réponse à cette question dépend aussi bien des rapports des parties à l'action (A) que de l'office du juge (B).

A) LA PORTÉE DE L'OPTION DANS LES RAPPORTS DES PARTIES À L'ACTION :

24. Simple option de procédure – pour ne pas dire fausse option – au moment de l'introduction de l'instance,¹ l'option du créancier l'est aussi en cours d'instance.

La raison en est que cette option n'est pas irrévocable. Elle peut évoluer en fonction de la marche du procès, que ce soit en raison de la possibilité pour le demandeur de modifier son choix en cours d'instance (1) ou du rôle actif du défendeur sur le choix du créancier (2).

1- La possibilité pour le demandeur de modifier son choix en cours d'instance :

25. Nous avons vu que le choix initial appartient au créancier, mais ce dernier peut le changer par la suite, en fonction de ses intérêts et de l'évolution du procès. D'une manière générale, il est permis au créancier, demandeur à l'action, de modifier son option en cours d'instance, en substituant, par voie de conclusions, l'une des actions à l'autre. Cette possibilité lui est ouverte aussi bien en première instance qu'en appel ; et tant qu'il n'est pas intervenu de règlement définitif du litige, par un jugement devenu définitif, un acquiescement ou une transaction. Ce dont il découle que le créancier qui a demandé l'exécution forcée peut, en cours d'instance, demander la résolution et inversement.²

Au reste, cette solution est de principe en cas de cumul d'actions, c'est-à-dire "lorsque plusieurs actions sont attachées à un droit unique"³. Tel est le cas du vendeur impayé, puisqu'un même droit, à savoir la créance du prix, lui ouvre une option entre l'action en exécution de l'obligation par l'acquéreur et l'action en résolution de la vente.⁴ "Or, si chacune des branches de l'option devrait correspondre à un droit différent, une telle solution serait inconcevable, car elle

¹ Cf. *supra*, n° 15 et s.

² H. VIZIOZ, Obs. Précit. Il s'agit de la solution générale (cf. C. civ. art. 1184), mais elle est applicable à d'autres cas, tels que l'option entre les actions rédhitoire et estimatoire, en cas de vice caché de la chose vendue.

³ Cf. J. VINCENT, V° action, n° 319, in Encycl. Dalloz, Pro. civ. Le cumul d'actions est à distinguer du concours d'actions, dans lequel des rapports de droit différents donnent naissance à des actions qui poursuivent des buts identiques. Mais, dans cette hypothèse, la décision rendue sur l'une d'elles n'entraîne pas chose jugée à l'égard des autres.

⁴ Cette hypothèse est celle qui a été soumise aux chambres réunies de la Cour de cassation.

se heurterait au principe de l'immutabilité du litige".¹ C'est pourquoi, la doctrine et la jurisprudence françaises rejettent, depuis longtemps, la maxime de l'Ancien droit, empruntée au Digeste, "*Electa una via, non datur regressus ad alteram*", selon laquelle le choix d'une action vaut renonciation aux autres actions dérivant du même droit.²

Les auteurs pensent même "... que la règle *Electa una via...*" n'est susceptible d'aucune application en matière civile.³

26. Ces solutions du droit comparé ne sont pas inconcevables en droit tunisien. Bien plus, elles peuvent y reposer sur des fondements solides. En effet, l'exclusion de la maxime "*Electa una via...*" est expressément consacrée à l'article 523 du Code des obligations et des contrats, contrairement au droit français où la solution ne repose sur aucun texte de loi. Selon cet article "*lorsque deux actions sont ouvertes à une personne à raison de la même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait être considéré comme une renonciation à l'autre*". Ce texte, peu éclairé en droit tunisien, est une reprise intégrale des propos d'Aubry et Rau, par lesquels les éminents auteurs écartent la règle "*Electa una via...*" en matière civile⁴. Il en résulte que le Code tunisien consacre par cet article, inséré dans un paragraphe intitulé : de l'interprétation des conventions, une règle de procédure qui s'applique parfaitement, voire inévitablement, à la question qui nous retient. Il va sans dire que l'action en exécution, l'action en résolution et l'action en dommages-intérêts, sont ouvertes à raison de la même cause, à savoir le droit de créance, qu'il ait pour objet une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

¹ Cf. H. SOLUS et R. PERROT, T. I, n° 102, p. 103.

² *Ibid*, n° 112.

³ Cf. J. VINCENT, V° action, n° 323, in Encycl. Dalloz, procédure civ.

⁴ Cf. Cours de droit civil français, t. IV, 5^{ème} éd., Paris 1912, §. 323 et la note 13. Adde, Avant-projet de code civil et commercial tunisien, art. 608 et la référence des rédacteurs à AUBRY et RAU. Cf. aussi *supra*, n° 13 et les notes. Les rédacteurs du Code des obligations et des contrats étaient conscients de l'importance des choix procéduraux qui pourraient s'offrir aux parties contractantes. Aussi ont-ils posé à l'article 523 une règle dont la vocation concerne tout le Code. Cette règle constitue la véritable clef de voûte de la question. Mais il faut ajouter que la règle de l'art. 523 repose sur la justification classique, contemporaine de la rédaction du Code, de l'exclusion de la règle "*Electa una via...*" , à savoir l'existence de plusieurs actions concurrentes attachées à un même droit. La doctrine prône aujourd'hui une autre justification fondée sur la qualification juridique des faits, qui permet des possibilités de choix ou d'options plus larges encore : cf. F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, L.G.D.J., 1988, préf. J. GHESTIN, p. 67 et s.

Et il s'agit là d'une règle d'application générale en matière civile.¹ Elle s'applique non seulement aux choix découlant de l'article 273, mais également à d'autres choix, tels que ceux qui résultent explicitement ou implicitement des articles 129 *in fine*, 346, 640, 641, 655, 664, 796, 818, 871, 875, 971, 1412, 1440 du Code des obligations et des contrats. Cette analyse permettra ainsi de concilier les dispositions générales de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 avec des dispositions spéciales. Car on ne saurait admettre, sans heurter la logique et le bon sens, qu'en principe il n'y pas d'option, en raison de la notion de demeure, sauf pour l'inexécution partielle (art. 273 al. 2) et les autres hypothèses, notamment celles des contrats spéciaux (v. les art cités *supra*).

27. Par ailleurs, certaines règles procédurales confortent cette analyse. En effet, d'après l'article 148 du Code de procédure civile et commerciale : « L'appelant peut modifier la cause de sa demande si l'objet de celle-ci reste le même et à condition que la cause nouvelle ne repose pas sur des faits nouveaux, non soumis au premier juge

Il peut être également soulevé devant la juridiction d'appel des moyens nouveaux ».

Il en résulte que les parties en appel peuvent former pour la première fois des demandes nouvelles par leur cause, à condition qu'elles se rattachent aux mêmes faits et qu'elles procèdent directement de l'objet de la demande originaire².

Pareilles demandes doivent être *a fortiori* possibles en première instance. C'est ce que décide l'article 84 nouveau du même Code en disposant que : « le demandeur peut... modifier sa demande en partie, la préciser ou en former de plus amples prétentions »³.

28. Dans cet ordre d'idées, la victime d'une inexécution peut modifier son choix et exercer de façon alternative l'une des actions ou l'autre⁴ en cours d'instance ou après

¹ Sur les rares exceptions, cf. J.VINCENT, précit., notamment en matière pénale.

² Cf. P. BOYREAU, thèse précit., p. 95 et s. Il faut noter toutefois que la rédaction peu claire de l'article 148 du C.P.C.C. est source de difficultés en pratique. Une première interprétation donne à penser qu'on peut changer la cause et non l'objet, alors que souvent, en cas de cumul d'actions, c'est bien l'objet de la demande qui change. Et le problème provient de l'absence de définition unanime de la cause. Plusieurs juristes ont exprimé le souhait de réformer ce texte, afin de permettre une application plus souple des exceptions au principe de l'immutabilité du litige : cf. le colloque organisé par la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis sur l'appel, notamment A. AL. AHMADI, La cause de l'action en appel, p. 129 et s. et le débat (en langue arabe).

³ A rapprocher de l'article 83 du C.P.C.C. Il est à préciser que la modification, à ce stade, reste libre. Le législateur la régleme seulement afin que le jugement de la question litigieuse ne soit pas retardé indéfiniment.

⁴ Il n'est pas inconcevable que le créancier forme les deux demandes dans la même action (demander l'exécution ou la résolution). Et il n'est même pas tenu d'invoquer un texte à l'appui de sa demande (« J'invoque le Code » plaidait un avocat en renom et en difficulté), cité par G. CORNU et J. FOYER, op. cit., à propos du fondement juridique de l'action.

désistement par exemple ;¹ et ce en fonction de l'évolution du litige : survenance de faits nouveaux, certitude quant à l'impossibilité d'exécution, conciliation, transactions etc...

2- Le rôle actif du défendeur sur le choix du créancier :

29. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue le rôle actif du débiteur, dont la réponse noue le procès, sur l'option du créancier. Défendeur à l'action, le débiteur, qui bénéficie du principe de la liberté de la défense, peut acquiescer, compromettre, transiger et surtout contre-attaquer en formant une demande reconventionnelle². D'ailleurs, on voit mal ce qui pourrait l'empêcher, de choisir lui aussi, dans sa reconvention, entre l'exécution et la résolution.

Le débiteur peut, en outre, échapper à la demande en résolution du créancier – qui nous pose problème – en offrant d'exécuter en cours d'instance et, là encore, aussi longtemps que le règlement définitif du litige n'est pas intervenu. Contrairement au droit français où cette possibilité est d'origine prétorienne,³ le droit tunisien renferme une disposition claire en ce sens, à savoir celle de l'article 293 *in fine* du Code des obligations et des contrats, aux termes duquel les offres réelles « peuvent même être faites à l'audience »⁴. C'est sans doute ce qui explique pourquoi de nombreux arrêts de la Cour de cassation repoussent l'action en résolution en permettant au débiteur d'exécuter en cours d'instance (première instance ou instance d'appel), tant qu'une décision passée en force de chose jugée n'est pas intervenue⁵.

30. Il s'ensuit que l'option du créancier n'a pas la portée qu'on lui attribue souvent. Dans ce schéma complexe où s'entremêlent aspects substantiels et aspects procéduraux du contentieux, elle ne constitue pas un choix définitif et irrévocable. Cette révocabilité se confirme davantage en soumettant l'option à l'appréciation du juge.

¹ Le demandeur peut modifier son choix en cours d'instance, mais « il lui est loisible de la retirer par désistement ou encore, de laisser opérer la péremption et d'exercer ensuite une autre action », Cf. J.VINCENT, V^o. action, n^o 23, précit.

² Cf. C.P.C.C., article 227.

³ Cf. *infra*, n^o31.

⁴ Les offres réelles ainsi faites témoignent, de façon irréfutable, que le choix du créancier entre telle ou telle action ne constitue pas une vraie option, mais plutôt une simple option de procédure. Elles supposent, toutefois, que le juge en apprécie le caractère sérieux et surtout satisfaisant pour le créancier : cf. *infra*, n^o31.

⁵ Cf. Cass. civ. ,n^o603, 15 avril 1976, 1^{ère} partie, p. 191 ; Cass. civ. n^o3312, 15 juin 1981, Bull. 1981, 2^{ème} partie p. 176, qui applique ce texte malgré les termes de l'article 796 du C.O.C. ; Cass. civ. n^o 24697, du 26 décembre 1989, Bull. 1989, p. 479. Sur les limites à cette solution, cf. *infra*. n^o 31 et les notes.

B) LA PORTEE DE L'OPTION PAR RAPPORT A L'OFFICE DU JUGE :

31. Comme dans de nombreux autres domaines, le juge dispose d'un souverain pouvoir d'appréciation, « qui correspond, tout à la fois, à la nécessité de contrôler, voire de cantonner, le mécanisme résolutoire et aux possibilités procédurales laissées aux parties".¹

En d'autres termes, face aux différents choix procéduraux qui s'offrent aux parties (demandes incidentes, vicissitudes de l'action² et notamment l'option du créancier), le juge apprécie souverainement les demandes des parties, en fait et en droit.³

C'est ainsi que le juge français, nonobstant la consécration légale de l'option, n'admet la résolution du contrat qu'en tant que dernier remède, un pis-aller, auquel il a recours de façon subsidiaire.

Cette attitude défavorable à la résolution se manifeste sur plusieurs plans. Généralement, le juge ne prononce la résolution que si l'inexécution est très grave ; plus précisément, si le trouble affectant le contrat est tel, que le créancier n'aurait pas contracté s'il l'avait prévu.⁴ Non seulement le juge n'hésite pas à faire application de l'alinéa 3 de l'article 1184 du Code civil, qui lui permet d'accorder, "selon les circonstances", un délai au débiteur pour pouvoir se libérer,⁵ mais surtout, dès lors que l'octroi de dommages et intérêts lui paraît suffisant, il exclut la résolution, même si le demandeur réclame celle-ci seulement.⁶

32. En outre, la jurisprudence admet, de façon large, la possibilité pour le débiteur d'échapper à la résolution, en exécutant son obligation pendant le cours de l'instance⁷. A moins que le juge, pour éviter que le débiteur ne détourne la règle de sa fin, ne rejette une

¹ F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 5^{ème} éd., Dalloz 1993, n° 630, p. 478.

² Selon l'expression de G. CORNU et de J. FOYER, op. cit., n°3, qui correspond aux faits et actes qui affectent l'action (renonciation, acquiescement, conciliation...).

³ *Ibid*, n° 90 et s.

⁴ Cf. F. TERRE, PH. SIMPLER et Y. LEQUETTE, op. et loc. cit.

⁵ Cf. J. CARBONNIER, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 553.

⁶ Cf. Cass. civ., 11 avril 1918, DP., 1,24 ; Req. 21 déc. 1927, D.H., 1928, 82; Cass. civ. 23 nov. 1949, Bull. 1949, 1, n° 37.

⁷ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 Mai 1954. Gaz. Pal. 1954, 2, 83 ; Cass. civ. 27 mars 1911, DP, 1915, 1.97, note CH. CESAR-BRU ; Cass. Civ. 30 nov. 1949, Gaz. Pal. 1950, 1, 38. Cf. aussi les réf. citées par M. STORCK, Juris-class. civ., art. 1184, fasc. 1, n° 84 et s. Cette possibilité est offerte au débiteur tant en 1^{ère} instance qu'en appel et aussi longtemps que la décision judiciaire n'est pas passée en force de chose jugée. La solution a été admise après opposition (Cass. civ. 27 mars 1911 précit). Elle provient de l'ancien droit français et elle se perpétue encore : cf. G. BOYER, Recherches historiques sur la résolution judiciaire, thèse Toulouse, 1924. Comp. C.O.C. art. 293 *in fine* ; *supra*, n° 29 et la jurisprudence citée.

offre d'exécution tardive, estimant que le retard constitue une inexécution assez grave pour justifier la résolution.¹

33. Dès lors, l'option du créancier, que ce soit en cas d'inexécution totale ou partielle, n'est pas définitive pour le juge. Ce dernier se voit reconnaître le droit de statuer dans le sens d'une des deux branches de l'option, même si l'objet de la demande porte sur l'autre branche. Comment peut-on expliquer ce pouvoir et quel est son étendue ?

Comme c'est le cas pour les possibilités procédurales laissées aux parties,² la réponse se trouve à la frontière des règles de fond (1) et des règles de la procédure (2).

1- Au point de vue des règles du fond :

34. Le pouvoir du juge s'explique par le fait que "le vœu de la loi est incontestablement que tout soit mis en oeuvre pour sauver le contrat et que son anéantissement ne soit accepté qu'en désespoir de cause".³

Cette "primauté de l'exécution sur la résolution",⁴ qui constitue l'apanage de tout système juridique,⁵ ne doit pas se réaliser de n'importe quelle manière. Comme le note à juste titre un auteur, "pour déterminer le moment exact où il sera permis de passer du domaine de l'exécution à celui de la réparation, qu'il s'agisse de réparation proprement dite ou de résolution, la question principale est de savoir si l'obligation inexécutée en totalité était, qu'on l'appelle principale ou accessoire, l'équivalent voulu, si l'obligation exécutée en partie peut encore ou ne peut plus constituer cet équivalent ; en un mot, il s'agit de savoir si le créancier est ou peut encore être en totalité ou en partie satisfait... le juge ne peut pas, après avoir relevé les

¹ Cf. Cass. civ. 30 nov. 1949 précit ; Cass. civ. 17 mai 1954, précit ; Cass. civ. 27 mars 1911 précit, suivant lequel : "la résolution d'un contrat synallagmatique n'ayant pas lieu de plein droit, le contrat peut, selon les circonstances, tant que la résolution n'a pas été définitivement prononcée, être exécuté valablement. Dès lors, si des offres réelles ont été faites en cours d'instance par le débiteur ou par un ayant cause, le juge doit examiner si ces offres sont ou non de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution".

² Cf. *supra*. n° 14 et s., 24 et s.

³ Cf. J. NORMAND, *op. cit.*, n° 127 et les réf. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., n° 76 (le but de la loi est de "sauver le contrat) ; J. CARBONNIER, *Obs.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1950, p. 374, qui considère cette jurisprudence comme étant : "indulgente aux débiteurs et encline aux atermoiements".

⁴ Cf. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, L.G.D.J. 1974, p. 191 et s.

⁵ Cf. *supra*, n° 12.

circonstances qui enlèvent à l'exécution tardive ou partielle tout intérêt pour le créancier, obliger néanmoins ce dernier recevoir cette exécution"¹

35. Autrement dit, le juge est lié, aussi bien en cas d'inexécution totale que partielle,² par le caractère satisfactoire de l'exécution pour le créancier.³ C'est que le juge atteint ici les limites de fond de son pouvoir. Obliger le créancier à recevoir une exécution partielle ou tardive non satisfactoire, reviendrait à franchir l'interdiction qui lui est faite de refaire le contrat ; interdiction qui découle du principe de la force obligatoire des liens contractuels⁴. Dès lors, il devient aisé de comprendre l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation. Le choix par la haute juridiction de la résolution n'a pas été dicté par le choix des créanciers, mais s'impose d'autant plus que la commune avait maintenu son refus délibéré de payer la seconde moitié du prix, y compris tout au long de l'instance.

36. Ainsi, on ne saurait ôter au juge son pouvoir d'appréciation souverain, sans méconnaître, tout à la fois, la complexité de la pratique et le caractère judiciaire de la résolution. Dans un système où la résolution n'a pas lieu de plein droit mais résulte d'un jugement, le pouvoir d'appréciation du juge s'impose avec force. Seul le juge peut apprécier la gravité de l'inexécution, la moralité des parties, leur intention présumée, la faute ou les fautes de part et d'autre des contractants, les circonstances économiques qui entourent l'inexécution etc... Dans cet esprit le juge peut repousser la résolution en tenant compte de la bonne foi du débiteur, de la possibilité d'exécution, du caractère satisfactoire de l'exécution partielle pour le créancier, évitant ainsi que l'on prenne prétexte de n'importe quelle inexécution pour se départir

¹ Cf. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. et loc. cit.*

² Au fond, il n'y a aucune distinction à faire entre l'inexécution totale et l'inexécution partielle, contrairement à une opinion assez répandue en droit tunisien qui se fonde exclusivement sur la rédaction du texte, sans tenir compte de la réalité pratique ; réalité qui ne saurait se passer du pouvoir d'appréciation du juge.

³ Il en est ainsi lorsque l'exécution ne présente plus d'intérêt pour le créancier, par exemple la livraison tardive d'une marchandise commandée en fonction d'une date particulière ou encore le retard dans l'accomplissement d'une prestation (théâtrale, musicale etc..). Il en est de même lorsque la livraison ou la prestation n'a été accomplie que de façon partielle.

⁴ Cf. J.MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, *op.cit.*, n° 226 et s. C.O.C. art. 254 et 255, qui s'imposent au débiteur et donnent la mesure de l'appréciation du juge. Telles sont les limites du pouvoir souverain des juges du fond. Mais, il existe aussi d'autres limites logiques : par exemple ordonner l'exécution forcée, alors que cette branche de l'option s'est fermée par l'impossibilité d'exécution (cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1982, Rev. trim. dr. civ. 1983, pp. 132 et s., Obs. F.CHABAS) ou encore ordonner, à la fois, la résolution et l'exécution, en prononçant la résolution du contrat pour défaillance du débiteur, tout en le condamnant à verser, non pas des dommages-intérêts, mais une somme constituant la prestation promise. (Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 1979, Bull. civ. I, n°46 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 juin 1981, J.C.P. 1981, éd. G., IV, p.296 ; adde. M. STORCK, *Juris-cl. civ.*, art. 1184, Fasc. 1, n° 26 et s., notamment n° 30).

du contrat.¹ En un mot, le juge du fond doit disposer d'un pouvoir d'appréciation large pour doser à sa juste mesure la sanction de l'inexécution du contrat, sans être lié toujours, ni nécessairement, par les options procédurales des parties.

Ces idées ne sont pas étrangères à l'esprit des rédacteurs du Code des obligations et des contrats. Que l'on se souvienne d'une règle, figurant à l'avant-projet du Code, et qui n'a pas été reprise par le législateur, sans doute parce qu'elle résulte implicitement de la disposition finale de l'article 273² : il s'agit de l'article 307, qui dispose que "dans tous les cas où la résolution est demandée, le tribunal peut n'allouer que des dommages-intérêts, lorsque la résolution ne lui paraît pas suffisamment justifiée par les circonstances et, notamment, lorsque l'inexécution ne porte que sur une clause accessoire ou secondaire du contrat".

Il en résulte deux observations importantes : d'une part, les rédacteurs du Code ont bien entendu attribué au juge un pouvoir d'appréciation important lui permettant, entre autres, de faire échec à la résolution et, d'autre part, ces mêmes rédacteurs étaient bien conscients de la nature et de la portée de l'option du créancier, qui est loin d'être irrévocable.

Ce pouvoir large, qu'imposent les nuances de la pratique, reste soumis, bien évidemment, au contrôle de la Cour de cassation et il s'agit là d'une autre limite au pouvoir souverain des juges du fond.³

2- Au point de vue des règles de la procédure :

37. Comment justifier, au regard des règles procédurales, que le juge puisse ordonner l'exécution, alors que le requérant demande la résolution? N'y aurait-il pas là atteinte au principe de l'immutabilité de l'objet de la demande ?

La réponse à ces questions reste controversée en droit français, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

1 Sur l'ensemble de ces éléments d'appréciation, cf. M. STORCK, précit., n° 112 et s. et les exemples jurisprudentiels cités.

² Relative au caractère judiciaire de la résolution

³ Cf. M. STORCK, op. cit., n° 112 et s., qui donne des précisions sur la façon par laquelle la plus haute juridiction contrôle les juges du fond en la matière. L'auteur précise que « la Cour de cassation s'arroge elle-même un pouvoir de contrôle étendu, qui se manifeste sur un plan bien déterminé : la Cour de cassation exerce son contrôle sur les conséquences juridiques des faits constatés et appréciés par les juges du fond. Elle se substitue à ceux-ci pour dire si les faits constatés constituent une violation grave des obligations du défendeur. »

D'aucuns précisent que l'objet de la demande en résolution n'est pas changé par le juge prescrivant l'exécution forcée.¹

D'autres auteurs placent le débat sur le terrain de la responsabilité contractuelle : le juge ne fait que choisir, dans les limites de son office, un mode de réparation plutôt qu'un autre.² Dans cet esprit, le juge peut, par exemple, se contenter d'octroyer des dommages et intérêts alors que le demandeur réclame la résolution seulement.

Récemment, un auteur a démontré que l'objet de la demande est, en fait, changé : la résolution est une chose, l'exécution forcée en est une autre.

Cet auteur a mis en lumière l'idée de fins de l'action. Idée qui tire argument de la distinction action-demande, "dont les domaines ne se recouvrent pas nécessairement, la demande pouvant n'être que l'exercice limité d'une action renfermant plusieurs demandes possibles" (résolution, exécution forcée, dommages et intérêts).³ Et l'auteur d'ajouter que si l'objet de la demande en résolution est changé par le juge ordonnant l'exécution forcée, "les fins de l'action qui, elles, renferment l'alternative résolution-exécution", visant le "rétablissement de l'équivalence contractuelle", ne changent pas.⁴

Dans cette optique, le juge peut modifier l'objet de la demande à condition de le faire dans le cadre des fins de l'action.⁵

Ces éléments du droit comparé visent à montrer la voie à suivre. C'est la voie rationnelle suivie, somme toute, par tous les systèmes juridiques (français, italien, égyptien, libanais...).

38. En somme, l'option du créancier entre l'exécution forcée et la résolution, que ce soit en cas d'inexécution totale ou partielle, place au premier plan les liens entre la procédure proprement dite et le fond du droit. Elle témoigne, encore une fois, de "toutes les hésitations et

¹ Cf. Cass. com. 16 juin 1987, Bull. civ., IV, n°145; M. STORCK, op. cit., n°102 ; Rapp. M. EL MELQI, Leçons de droit civil tunisien, Tunis. 1980, p. 273 (en langue arabe).

² Cf. H.L. et J. MAZEAUD, TII, 1^{er} vol. par F. CHABAS, n° 1094.

³ Cf. J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J. 1977, préf P. HEBRAUD, n° 26, pp.276 et s.

⁴ *Ibid.*

⁵ De toute manière, il est incontestable, aujourd'hui, que le juge joue un rôle important sur le plan de l'objet et de la cause de la demande : cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, op. cit., *passim*.

de tous les retours qui, dans la démarche des plaideurs, traduisent la réalité humaine des conflits".¹ Aussi, cette option, comme d'ailleurs toutes les options de procédure, est-elle loin d'être définitive et irrévocable. Non seulement le créancier peut modifier son choix en cours d'instance, mais aussi le débiteur joue un rôle actif sur ce choix. Au surplus, le juge peut interférer avec le choix du créancier en vertu de son pouvoir d'appréciation. Tout cela en vue de rendre la décision la plus satisfaisante pour les plaideurs et pour le droit. Et si cette question a fait l'objet de controverses épineuses, c'est parce que la doctrine et la jurisprudence ne l'ont envisagé que sur le plan du fond du droit, négligeant ainsi l'aspect procédural. Si bien qu'il est plus exact de dire, non pas qu'il n'y a pas d'option sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article 273, mais qu'il y a une option de procédure ; une option non authentique commandée par des raisons d'utilité procédurale. Entre les deux affirmations, la différence est notable. Elle s'est manifestée déjà à travers toutes les difficultés rencontrées en la matière².

Parfaitement intégrable en droit tunisien, notamment sur le fondement de l'article 523 du Code des obligations et des contrats, l'option procédurale entre les deux actions permet de "parer aux nuances de la pratique",³ ou encore de concilier les règles de fond avec les règles procédurales.⁴ Un système judiciaire de la résolution pour inexécution comme le notre ne saurait s'en passer.

Dans ces conditions, l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation mérite toute approbation. Non seulement parce qu'il choisit la meilleure des sanctions à l'encontre de la commune récalcitrante, mais, surtout, parce qu'il consacre clairement l'option du créancier.

Mais il convient de souhaiter avec un auteur, «d'une part, que les juges du fond veuillent bien cantonner le mécanisme résolutoire et n'y recourir que comme un *ultimatum subsidium*, et, d'autre part, que la Cour suprême exerce, à cet égard, un contrôle vigilant.»⁵

¹ Cf. P. HEBRAUD, Rev. trirm. dr. civ., 1973, p. 162.

² Sans doute dira-t-on que cette étude, tout en approuvant l'arrêt des chambres réunies, ne va pas moins à son encontre, en ce sens qu'elle prône l'idée de l'absence d'une option authentique, rejoignant ainsi l'opinion de ceux qui disent qu'il n'y a pas d'option. Certains auteurs m'ont fait part de cette remarque. Mais toujours est-il qu'il y a une différence entre le rejet de l'option tout court et la consécration d'une option spécifique qui, bien que non authentique, se révèle indispensable à la mise en œuvre du droit du créancier.

³ Cf. *supra* n° 26 et s.

⁴ Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETFE. op. cil., n°630, p. 478.

⁵ J.-L. Aubert.

Le Travail d'intérêt Général

« Etude Analytique Dans le Droit Algérien »



Mme Habchi Leila Kamila Doctorante à l'école doctorale

la pénalisation du droit des marchés publics . Enseignante contractuelle

A la faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sidi Bel Abbés- Algérie.

E-mail : habchi.lila@outlook.com

Introduction :

L'efficacité de la peine ne repose pas sur le degré de la pénibilité, mais sur son adaptation au cas de chaque criminel et à ses circonstances personnelles. Cependant, la sanction pénale comme riposte sociale envers le crime n'a pas pour but de torturer le criminel mais plutôt sa réhabilitation et sa qualification, en ce sens qu'elle constitue la solution la plus fiable dans la lutte contre la criminalité comme réponse à la justice du point de vue de la politique pénale moderne.

Les sanctions de privation de liberté de courte durée figurent parmi les plus importantes difficultés auxquelles est confrontée la politique pénale moderne, dans la mesure où la courte durée de ces sanctions ne permet pas à l'accusé de bénéficier d'un programme de qualification suffisant pour sa réhabilitation, les prisons étant devenues des espaces propices à la propagation de la criminalité au lieu de son éradication. Dans ces conditions le détenu s'imprègne inévitablement des méthodes nouvelles d'accomplissement d'actes délictueux que lui communiquent sur place les anciens criminels. A cela s'ajoute la difficulté d'insertion du détenu dans d'autres fonctions après la perte de son travail ce qui favorise nécessairement la récidive.

C'est dans ce but que pour résoudre de telles difficultés, le législateur algérien a tenté par le biais des textes de la loi 09-01 du 25-02-2009 modifie et complète l'ordonnance 66-156 du 08 juin 1986 portant sur le code pénal de remplacer les sanctions de privation de liberté dans certains crimes par des peines alternatives afin d'éviter tout contact entre les nouveaux et les anciens criminels.

La peine portant sur le travail d'intérêt général est considérée comme la plus importante alternative aux sanctions de privation de liberté de courte durée, eu égard au rôle qu'elle joue dans le renforcement des principes de base de la politique pénale moderne qui s'appuient fondamentalement sur le respect des droits de l'homme et la concrétisation de la réinsertion des nouveaux délinquants et leur réhabilitation sans privation de liberté.

Sur cette base, nous tenterons, par le biais de cette analyse, d'apporter un éclairage sur le cadre juridique qui définit la sanction relative au travail d'intérêt général comme alternative à la sanction de privation de liberté de courte durée, ceci dans le but d'évaluer le degré d'efficacité de cette sanction dans la concrétisation de son objectif et ce, conformément à la politique pénale moderne.

Chapitre I :La conception du régime du travail d'intérêt général.

Le travail d'intérêt général est perçu comme la plus importante alternative à laquelle ont eu recours les différents états après la constatation de la prédominance des inconvénients de l'emprisonnement de courte durée par rapport à ces bienfaits. Ce régime a été appliqué en Algérie en vertu de la loi 01-09 qui modifie et complète le code pénal,¹ en plus de la circulaire ministérielle N°02 du 21-04-2009 portant sur les modes d'application de la sanction relative au travail d'intérêt général².

Section I :La notion du travail d'intérêt général.

Le remplacement de la peine de privation de liberté de courte durée par la sanction du travail d'intérêt général figure parmi les plus récentes modifications qui ont touché le code pénal algérien. Cependant, ce régime qui est nouveau par rapport aux législations arabes a été

¹ - Articles 5 bis 1 au 5 bis 6 modifiés par l'article 2 de la loi 09-01 du 25-02-2009, JO n°15 modifie et complète l'ordonnance 66-156 du 08 juin 1966 relative au code pénal.

² - circulaire ministérielle N°02 du 21-04-2009 portant sur le mode d'application de la sanction relative au travail d'intérêt général.

adopté depuis plusieurs années par les politiques pénales occidentales à l'instar de la législation française¹.

Sous-Section (I) : Définition de la sanction de travail d'intérêt général.

La sanction de travail d'intérêt général est perçue comme la concrétisation des principes du mouvement de défense sociale moderne, qui considère que la réforme, la qualification et l'insertion ont un plus grand avantage que la répression. Cependant, la sanction du travail d'intérêt général permet aux prévenus de s'insérer graduellement dans la société en restant loin de tout contact avec les dangereux criminels à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire².

Le législateur algérien n'a pas abordé la définition de la sanction de travail d'intérêt général, mais en se référant à l'article 05 bis 1 du code pénal, il est possible de la définir comme étant un travail que doit accomplir l'accusé dans l'intérêt général et sans contrepartie au profit d'une personne morale de droit public et ce, durant la période qui sera déterminée par l'instance judiciaire, conformément aux conditions définies par la loi.

Le travail d'intérêt général comme alternative à la sanction de privation de liberté de courte durée, vise à obliger l'accusé qui a commis un acte délictueux mineur et qui ne présente aucune menace criminelle, d'effectuer au niveau des établissements publics, des travaux qui sont bénéfiques pour la société³.

Cette sanction est définie comme une obligation pour l'accusé d'effectuer le travail d'intérêt général dans un établissement public, ou d'exécution des projets agricoles, industriels, et ce, durant une période déterminée précisée dans le jugement. Dans certains états, le travail d'intérêt général est accompli en contrepartie d'un pécule dont une partie est réservée pour l'indemnisation de la victime⁴..

Sur la base de ce qui précède, on peut conclure que le travail d'intérêt général est une sanction prévue par le législateur qui sera appliquée par le juge conformément aux conditions

¹ - Faiza Mimouni, le travail d'intérêt général peine alternative à l'emprisonnement dans le droit algérien, revue El Moufekir, faculté de droit et des sciences politiques, université Mohamed Kheider, Biskra, N° 06, 2010, p 225.

² - ibid, p 230

³ - Athamnia Lakhmissi la politique pénale en algerie a la lumière des chartes internationales relative au droit de l'homme, dar El houma ,Alger, 2012, p355.

⁴ -Abdelmouhssine ben souleimene ben abdelmouhssine babhaane , les alternatives des peines de privation de liberté dans un piont de vue islamique, mémoire de magistère en droit , option politique pénale , université Naif , Erriadh , 2002, p 221 .

réglementaires requises. En cas d'application d'éventuelle sanction, le juge est tenu de la signifier au prévenu et de l'informer de son droit de l'accepter ou la refuser¹.

Sur ce, on peut définir les éléments de la sanction de travail d'intérêt général comme suit :

- 1) La sanction de travail d'intérêt général est une peine de libre choix qui ne peut être appliquée contre le gré du prévenu en ce sens qu'en le contraignant de l'accomplir, rend son application proche de l'accomplissement des travaux forcés qui sont effectués à l'intérieur de la prison.
- 2) L'exécution de la peine de travail d'intérêt général est effectuée au profit d'une personne morale de droit public pour éviter toutes difficultés engendrées par l'accomplissement d'un tel travail au profit d'un établissement privé particulièrement celles qui ont un impact psychologique négatif sur le prévenu.
- 3) L'exécution de travail d'intérêt général est effectuée sans contrepartie, pour que soit concrétisé l'objectif majeur de la peine.

La sanction de travail d'intérêt général est une peine alternative à l'emprisonnement qui ne peut en aucun cas remplacer d'autres sanctions de longue durée.

Sous- Section : Les caractéristiques de la sanction de travail d'intérêt général.

La sanction de travail d'intérêt général se distingue par des caractéristiques générales liées au reste des sanctions, comme elle renferme d'autres propriétés qui la distinguent du reste des sanctions.

1. Les caractéristiques générales de la sanction de travail d'intérêt général:

a. La légalité de la sanction du travail d'intérêt général :

Il n'est pas possible de concevoir l'application de la sanction du travail d'intérêt général en dehors des textes réglementaires conformément au principe de la légalité des crimes et peines², et ce, dans une optique de protection des personnes contre l'abus du juge, en ce sens que cette sanction ne peut être prononcée si elle n'est pas prévue par un texte de loi. Le juge ne peut cependant dépasser les limites définies par la législation en vigueur³, dans la mesure où

¹ -. Art 05 bis1 du code pénale déjà précité..

² - Art 1 du code pénal stipule que : Il n'y a pas d'infraction, ni de peine ou de mesures de sûreté sans loi

³ - Athmania Lakhmissi, op.cit., p. 87.

les situations et les conditions d'application de cette peine relèvent de la seule compétence du législateur.

b. Le caractère Juridictionnel de la sanction de travail d'intérêt général :

La sanction du travail d'intérêt général ne peut être prononcée que par une juridiction pénale compétente conformément à la loi qui régleme ce régime, comme elle ne peut être prononcée par les autorités administratives de l'état ou par des institutions publiques bénéficiaires de ces travaux¹.

c. La personnalisation de la sanction d'intérêt général :

La sanction du travail d'intérêt général est soumise au principe de la personnalisation du crime et de la peine, en ce sens que celle-ci ne vise, conformément au texte en vigueur que la personne qui a commis intentionnellement et volontairement l'acte délictueux², sans que la peine soit appliquée à une tierce personne ou un membre de sa famille ou ses héritiers³.

d. L'égalité devant la sanction de travail d'intérêt général :

Dans ce contexte, les textes de loi qui régissent cette peine s'appliquent à l'ensemble des individus sans distinction⁴. En vertu de ce principe, la peine du travail d'intérêt général doit être appliquée à l'ensemble des prévenus remplissant les conditions requises sans distinction. Cependant, il faut que le pouvoir du juge pendant le verdict relatif à cette peine ou durant son exécution, ne soit pas à contre-courant de ce principe⁵.

Sous-Section II : Les caractéristiques spécifiques de la sanction du travail d'intérêt général.

1. Consultation générale du prévenu :

La sanction du travail d'intérêt général nécessite une consultation médicale du prévenu avant l'exécution du travail objet de la peine. Pour cela, la majorité des lois recommande une

¹ - Safa Outani, Le travail d'intérêt général dans la politique pénale moderne, études comparatives, revue Université Damas des sciences commerciales et juridiques, N°02, 2009, p 436.

² - Athmania Lakhmissi, op.cit., p. 89.

³ - Safa Outani, op.cit., p. 437.

⁴ - Saadaoui Mohamed Saghir, La peine et ses alternatives dans la politique pénale moderne, Dar El Khaldounia, Alger, 2012, p. 23.

⁵ - Mohamed Lakhdar Bensalem, La sanction du travail d'intérêt général dans le droit algérien, mémoire de magistère en droit pénal, Université Kasdi Merbah, Ourgla, 2010- 2011, p 23.

enquête sociale sur le prévenu pour une information précise sur sa personnalité et sa situation familiale¹.

Une telle mesure a pour but la concrétisation des objectifs suivants :

- Confirmation que le prévenu est qualifié pour le travail sur le plan corporel, comportemental et professionnel.
- Confirmation que sa présence dans la société ne constitue pas un danger ou une perturbation pour les citoyens.
- Possibilité pour le tribunal de prononcer la peine du travail la plus adaptée à la personnalité du prévenu et de ses conditions sociales, et la plus efficace pour sa réhabilitation.
- Mise en évidence des difficultés rencontrées par le prévenu dans le contact humain et mise à profit de ces données dans le processus d'insertion sociale².

En conséquence, l'application de la sanction du travail d'intérêt général oblige le juge de prendre en considération les nécessités de sécurité et de paix sociales d'une part, et la sauvegarde de l'équilibre entre les droits de la société et des personnes d'autre part, sans porter atteinte à une partie au profit de l'autre.

2. La nécessité de l'accord du prévenu pour se soumettre au travail d'intérêt général avant le verdict :

Cette sanction ne peut être exécutée par le prévenu sans son accord préalable, en ce sens qu'elle ne peut lui être imposée³. Le juge ne peut prononcer la peine en l'absence du prévenu et sans l'accord de ce dernier. Avant de prononcer la peine, le juge s'engage à informer le prévenu de son droit de refuser la peine, et à connaître sa réponse⁴.

Ainsi, le législateur algérien a reconnu que le droit d'acceptation du travail d'intérêt général en remplacement de l'emprisonnement, s'adapte avec la réforme escomptée, qui nécessite un rapprochement des conditions de travail d'intérêt général avec les conditions du travail ordinaire⁵.

¹ - Ibid, p. 18.

² - Safaa Outani, op.cit., p 18.

³ - Mohamed Lakhdar Bensalem, op.cit., p. 105.

⁴ - Art.05 bis du code pénal déjà précité

⁵ - Bassim Chiheb, La sanction du travail d'intérêt général dans le droit algérien, Revue Chariaa et le droit , faculté de droit, Université d'Émirats Arabes Unies, N°56, octobre 2013, p. 104.

Sous-Section (III) : Les objectifs de la sanction du travail d'intérêt général.

Le travail d'intérêt général réalise divers objectifs tant sur l'aspect pénal, qu'économique et social.

1. Objectif pénal :

- La sanction du travail d'intérêt général vise à renforcer la contribution de la communauté dans le domaine de la justice pénale car l'exécution de la peine et la réalisation de ses objectifs dépendent principalement de l'apport participatif des individus¹.
- Le remplacement de la peine d'emprisonnement par la sanction du travail d'intérêt général va inévitablement conduire à la réduction de la surpopulation dans les prisons et permet à l'administration pénitentiaire de mettre en œuvre des programmes de réhabilitation et de changer les outils de base pour connaître les raisons qui ont poussé les auteurs à commettre les crimes².
- Le travail d'intérêt général est considéré comme un moyen punitif qui vise la réhabilitation et la qualification du contrevenant loin de tout contact avec les dangereux prisonniers, et permet à celui-ci de sentir la responsabilité sociale et son importance en tant que membre de la communauté à travers le travail qui lui est assigné³.
- L'adoption de la sanction du travail d'intérêt général joue un rôle majeur dans la réduction du taux de récidive dans la mesure où le travail objet de la sanction sera exécuté en dehors de l'établissement pénitentiaire, ce qui évite l'acquisition de nouveaux comportements criminels et ce, contrairement à la peine de privation de liberté réalisée dans un centre punitif fermé⁴.

2. Objectif économique :

- L'application de la sanction du travail d'intérêt général vise à éviter les coûts relatifs à l'emprisonnement du contrevenant, qui grèvent le budget de l'état⁵.
- L'état fournit au public des prestations exécutées par des employés en contrepartie d'un salaire. Dans ce cas, l'exécution du travail d'intérêt général au profit des

¹ - Safaa Outani, op.cit., p. 440.

² - Mohamed Lakhdar Bensalem, op.cit., p. 42.

³ - Abderrahman Ben Mohamed Tourimene, Le renforcement du travail d'intérêt général, thèse du doctorat option : justice pénale, Université Naif, Erriadh, 2013, p. 119.

⁴ - Safaa Outani, op.cit., p. 441.

⁵ - Mohamed Lakhdar Bensalem, op.cit., p. 45.

institutions publiques par le contrevenant et sans contrepartie permet d'exploiter la punition d'une manière rentable¹.

3. Les objectifs sociaux :

- La sanction du travail d'intérêt général permet aux personnes de garder la relation avec ses amis et connaissances au cours de la période de son incarcération².
- Le travail d'intérêt général contribue à la résolution des problèmes de chômage dans la mesure où l'obligation du contrevenant d'exécuter la sanction pendant une période de temps a un impact positif sur sa personnalité et son comportement, et lui permet d'acquérir de l'expérience et du savoir faire³.
- Le régime du travail d'intérêt général permet d'éviter tout genre de problèmes sociaux auxquels le prisonnier pourrait être exposé dans le cas de l'exécution de la peine de privation de liberté⁴.

Section II : L'adaptation juridique de la sanction de travail d'intérêt général.

Nous allons essayer dans cette section de déterminer la nature juridique du régime du travail d'intérêt général et le champ d'application de cette sanction.

Sous-Section I : La nature juridique de la sanction du travail d'intérêt général.

Les opinions de la jurisprudence divergeaient à propos de la détermination de la nature juridique du régime du travail d'intérêt général: Est-il une peine ou une mesure ?

Certains croient que le travail d'intérêt général détient une nature particulière combinant la punition et la mesure, car il inclut certaines qualités de la peine en tant qu'alternative à l'emprisonnement, et quelques caractéristiques à caractère préventif de la mesure visant à protéger l'individu et la société⁵.

Dans ce contexte, nous allons étudier la différence entre le travail d'intérêt général et la peine d'une part, et le travail général et la mesure d'autre part.

¹ - Abderahmane Ben Mohamed Tourimene, op.cit., p. 122.

² - Mohamed Lakhdar Bensalem, op.cit., p. 49.

³ - Abderrahmane Ben Mohamed Tourimene, op.cit., p. 134.

⁴ - Safaa Outani, op.cit., p. 441.

⁵ - Safaa Outani, op.cit., p. 432.

1. La différence entre le travail d'intérêt général et la peine :

La peine est une sanction décidée par le législateur et appliquée par le juge sur chaque personne qui commet réellement un acte interdit par la loi ou s'abstient délibérément de faire un acte prévu par la réglementation¹.

Certaines législations avaient tendance à considérer le travail d'intérêt général comme une sanction principale appliquée lorsque les conditions sont réunies, ce qui signifie qu'il ne remplace pas d'autres peines, on citera à cet effet l'exemple du législateur français qui prévoit trois types de travail d'intérêt général².

Les similitudes entre le travail d'intérêt général et la peine sont comme suit :

- Le travail d'intérêt général consiste à restreindre la liberté de la personne condamnée, dans la mesure où il impose des obligations qui nécessitent des efforts pour les réaliser.
- Le travail d'intérêt général vise à atteindre la dissuasion générale.
- Le régime du travail d'intérêt général cherche à satisfaire le sens de la justice communautaire car le travail fourni par le contrevenant sans contrepartie est considéré comme une indemnisation pour les dommages causés à la communauté³.
- Le travail d'intérêt général diffère de la peine dans la mesure où il est considéré comme un traitement punitif d'un genre particulier qui vise à approfondir le sens de la responsabilité et l'intégration du délinquant dans la société⁴.
- Le régime du travail d'intérêt général diffère du reste des sanctions, en ce sens qu'il ne peut être prononcé par le juge sauf si le condamné assisté à l'audience et accepté la sanction⁵, et ce, contrairement à la peine qui est dans tous les cas imposée.

2. La différence entre le travail d'intérêt général et la mesure :

La mesure est définie comme une procédure légale appliquée par le juge pour sanctionner le délinquant. Elle est considérée comme une alternative à la peine pour faire face à la menace que représente le criminel.

¹ - Atamnia Lakhmissi, op.cit., p. 85.

² - Une peine alternative à l'emprisonnement dans le cas où le juge prononce la suspension de la peine d'emprisonnement, ou une peine alternative pour un délit, ou complémentaire à certaines infractions routières.

Pour plus de détail veuillez se référer à Saadaoui Mohamed E Saghir, op.cit., p. 82.

³ - Safaa Outani, op.cit., p. 432.

⁴ - Mohammed Lakhdar Bensalem, op.cit., p. 21.

⁵ - Saadaoui med El Sghir , op.cit,p.84

Le travail d'intérêt général diffère de la mesure dans le fait que celle-ci vise à faire face au risque pénal inhérent au délinquant et ce, pour éviter la survenue de toutes formes de criminalité dans l'avenir¹.

La mesure n'est pas liée à l'élément moral de l'infraction, et ne reflète pas la pénibilité. Ce qui distingue le travail d'intérêt général des autres régimes².

Dans le même contexte, le travail d'intérêt général est similaire à la mesure dans son caractère préventif qui minimise le taux de récidive favorisé le plus souvent par le contact avec les anciens criminels³.

Le législateur algérien considère le travail d'intérêt général comme une peine principale alternative à l'emprisonnement si la peine prononcée pour l'infraction commise ne dépasse pas trois (03) ans d'emprisonnement⁴.

On peut conclure que le travail d'intérêt général est une alternative à l'emprisonnement, similaire à la mesure du fait qu'il ne comprend pas les plus importantes conditions de la peine tel que le caractère obligatoire de celle-ci.

Ce régime est appliqué pour les criminels peu dangereux qui effectuent le travail objet de la sanction au profit de la société.

Sous- Section II : Le champ d'application de la sanction du travail d'intérêt général.

L'adoption par le législateur du droit du coupable d'accepter ou de refuser la sanction du travail d'intérêt général ne signifie pas la reconnaissance de son droit de choisir le travail objet de la sanction. Le juge d'application des peines a le pouvoir discrétionnaire de choisir le travail selon les qualifications et les capacités du condamné⁵.

Selon le chercheur Chiheb Bassim, pour atteindre les objectifs de la sanction du travail d'intérêt général, le législateur n'a pas voulu donner à la personne condamnée le droit de l'acceptation de la sanction, et le droit de choisir le travail objet de la sanction⁶.

¹ - Ishak Ibrahim Mensour, Brève en criminologie et la punition, Office des Publications Universitaires, Algérie, p. 159.

² - Safaa Ounani, op.cit., p. 433.

³ - Mohamed Lakhdar Bensalem, op.cit., p.22.

⁴ - Art. 05 bis 1 du code pénal déjà précité.

⁵ - Paragraphe 5/A de la circulaire ministérielle N°02 du 21 avril 2009 relative aux modalités d'application de la sanction du travail d'intérêt général.

⁶ - Bassim Chiheb, op.cit, p.106

Bien que le législateur n'a pas défini les travaux qui peuvent être assignés à la personne condamnée à la peine du travail d'intérêt général, il a toutefois, prévu que le travail doit être adapté aux capacités du condamné et doit contribuer à son intégration sociale sans affecter le parcours normal de sa carrière professionnelle.

Pour ce qui concerne la catégorie des femmes et des mineurs âgés entre 16 et 18 ans, le juge d'application des peines doit prendre en considération les dispositions législatives et réglementaires relatives à leur emploi¹.

Le champ d'application de la sanction du travail d'intérêt général peut être déterminé par l'énumération des actes exécutés au profit de la communauté y compris :

- Le travail manuel qui peut être mis en œuvre dans le cadre de travaux d'intérêt général pour la protection de la nature et l'amélioration et la préservation de l'environnement.
- Les travaux d'entretien et de rénovation des bâtiments, la menuiserie, et les travaux d'électricité.
- Les actes de déchargement et de transport des marchandises, ou le travail dans les restaurants.
- Les œuvres fonctionnelles comme la contribution à la formation professionnelles des jeunes².
- Actes de nature administrative comme la régulation des registres et la distribution des courriers³.
- Contribution à la régulation des travaux de la circulation pendant les vacances et la mise en place des jeux.
- Participation à la garde de nuit.
- Contribution à la garde de nuit.
- Contribution à la réglementation et au contrôle des centres commerciaux pendant le mois de Ramadhan et la période des vacances.
- Participation au pèlerinage et aide aux pèlerins.

La réhabilitation du contrevenant dans le cadre de l'application de la sanction du travail d'intérêt général ne se limite pas seulement à la stipulation de cette peine dans le code pénal ou

¹ - circulaire ministérielle N°02 déjà précitée.

² - Safaa Outani, op.cit., p. 431.

³ - Saadouni Abdelaziz El Youssef, op.cit., p. 88.

la prononciation de ladite peine par le juge pénal, car il ya plusieurs facteurs qui garantissent l'application de cette sanction.

Ces facteurs sont comme suit :

- La capacité du condamné d'exécuter le travail objet de la sanction,
ou, le cas échéant une autre peine doit lui être appliquée.
- La sanction ne doit pas être appliquée aux toxicomanes pour ne pas favoriser la récidive¹.
- Le travail objet de la sanction doit être convenable par rapport au statut social du contrevenant, en ce sens qu'il n'implique aucun sentiment de mépris social ou humiliation.
- Le condamné doit présenter un garant qui assure la continuité de l'exécution de ce service social².
- Le contrôle de l'exécution de la peine par des organes administratifs compétents.
- L'obligation des administrations et des services publics de proposer une liste de travaux parmi lesquels le juge peut choisir le travail approprié à la situation et aux compétences du condamné.
- L'acceptation de cette peine par la société joue un rôle dans le succès de l'application.

Chapitre II : Les dispositions d'application du travail d'intérêt général.

L'application de la sanction du travail d'intérêt général doit être en conformité avec les conditions fixées par le législateur, à travers ce qui est indiqué dans l'article 05 bis 1 du code pénal, et par la circulaire ministérielle N°02 relative aux méthodes d'application de cette sanction. En outre, l'exécution de cette peine doit être appliquée conformément aux procédures qui exigent l'intervention des instances judiciaires et d'autres non judiciaires.

Section I : Les conditions d'application de la sanction du travail d'intérêt général.

La loi exige certaines conditions permettant au juge de remplacer l'emprisonnement par le travail d'intérêt général, en lui laissant le pouvoir discrétionnaire de ne pas prononcer cette peine même si les conditions sont réunies si qu'il estime que la personnalité du délinquant ne correspond pas au travail envisagé.

¹ - Abdelmohsine Bensalem Dhabaan, op.cit., p. 223.

² - Fahd El Ksasba, Le rôle des systèmes pénaux dans la réforme et la réhabilitation, étude comparative, journal des sciences de la Charia et des études de droit, N°02, 2012, p. 395.

Ces conditions peuvent être classées en conditions liées à la personne, celles liées à la peine principale et autres liées au jugement relatif à la sanction du travail d'intérêt général.

Sous- Section (I) : Les conditions relatives à la personne condamnée.

Ces conditions qui ont été prévues par l'article 5 bis 1 du code pénal, sont les suivantes :

- Le prévenu ne doit pas avoir d'antécédents judiciaires: afin d'encourager l'institution réceptrice de l'accepter.
- Le prévenu doit avoir 16 ans au moins au moment de la commission des faits incriminés : la peine du travail d'intérêt général doit être appliquée aux personnes de plus de 16 ans, et ce, conformément aux lois et normes internationales qui criminalisent le travail des enfants.
- La peine doit être prononcée après le consentement du condamné qui prouve son intention de remplir ses obligations.

Sous -Section II : Les conditions relatives à la peine principale.

Le législateur a prévu deux conditions relatives à l'emprisonnement qui doivent être réunies pour permettre au juge de prononcer la sanction du travail d'intérêt général à savoir :

- 1. La peine prévue pour l'infraction commise ne dépasse pas trois (03) ans d'emprisonnement :** en ce sens que le remplacement de la peine d'emprisonnement par la sanction de travail d'intérêt général doit concerner uniquement les infractions mineures. Conformément à l'article 05 du code pénal, la durée de l'emprisonnement comme peine principale en matière criminelle dépasse cinq (05) ans, en matière délictuelle entre deux (02) et cinq (05) ans, tandis qu'en matière contraventionnelle elle se situe entre un (01) jour au moins et deux (02) mois au plus¹.

Ainsi, le législateur a exclu du champ d'application de la sanction du travail d'intérêt général toutes les peines principales en matière criminelle.

Cependant , le champ d'application de cette sanction contient ce qui suit :

- Toutes les peines principales en matière contraventionnelle.
- Toutes les peines principales en matière délictuelles qui ne dépassent pas une durée de trois (03) ans.

¹ - Art. 05 du code pénal déjà précité.

- Toutes les peines principales en matière délictuelle connexe à des faits qualifiés comme crime qui ne dépassent pas une durée de trois (03) ans¹.
- 2. **La peine prononcée ne doit pas dépasser un (01) an d'emprisonnement:** la sanction du travail d'intérêt général ne peut être appliquée si la peine prononcée dépasse un an d'emprisonnement.

Additivement à ce qui précède, d'autres conditions relatives à la durée de la peine, ont été prévues dans l'article 05 bis 1 du code pénal qui a défini la durée minimale et maximale de l'exécution de la sanction par le condamné, et ce, pour une durée qui varie de quarante (40) heures à six cents (600) heures sur la base de deux (02) heures pour chaque jour d'emprisonnement.

Concernant les mineurs, la durée de travail d'intérêt général ne peut être inférieure à vingt (20) heures et ne peut excéder trois cents (300) heures et ce dans un délai qui ne peut excéder dix huit (18) mois².

Il est clair que le calcul de deux heures pour chaque jour d'emprisonnement est convenable, en ce sens que le condamné peut effectuer ses obligations professionnelles dans le cas où il garde toujours son poste de travail.

La juridiction ne peut prononcer la sanction du travail d'intérêt général qu'après la détermination de la peine principale, et l'information du condamné de son droit d'exécuter la peine d'emprisonnement ou la remplacer par la sanction du travail d'intérêt général, et de son droit de l'accepter ou de la refuser.

Le condamné qui accepte la sanction du travail d'intérêt général, et avant que le jugement ne soit définitif, peut refuser d'exécuter le travail objet de la sanction, en faisant appel même s'il avait choisi la sanction volontairement³.

Sous Section III : Les conditions liées au jugement relatif à la sanction du travail d'intérêt général.

Le jugement doit contenir les conditions suivantes :

- Nécessité de mentionner la sanction principale.

¹ - Art. 248 de l'ordonnance 66-155 du 08-06-1966 portant code de procédure pénale algériens modifiée et complétée .

² - Circulaire ministérielle N°02 déjà précitée.

³ - Maache Sara, Les sanctions de la privation de liberté dans le droit algérien, Magistère en droit option: criminologie et sanction , Université El Hadj Lakhdar, Batna, 2010-2011, p. 137.

- Nécessité de souligner que la peine d'emprisonnement a été remplacée par la sanction du travail d'intérêt général.
- Nécessité de souligner que la sanction du travail d'intérêt général a été prononcée en présence du condamné.
- Nécessité de noter que le condamné a bénéficié de son droit d'acceptation ou de refus de cette peine alternative.
- Le condamné est averti qu'en cas de violation des obligations résultant de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général, la peine à laquelle a été substitué le travail d'intérêt général sera exécutée à son encontre.
- Nécessité de mentionner le délai d'exécution de la peine de travail d'intérêt général¹.

Les conditions décrites par le législateur algérien liées à la peine de travail d'intérêt général ont pour but de limiter le champ d'application de cette sanction sur certains crimes, selon le degré de leur gravité, et sur certaines catégories de délinquants pour les préserver, autant que possible, des inconvénients de la prison.

Section II : Les modalités d'application de la peine de travail d'intérêt général.

L'exécution de la peine de travail d'intérêt général nécessite des procédures effectuées par des instances judiciaires représentées par le procureur général et le juge d'application des peines et des procédures effectuées par des instances non judiciaires telles que les institutions réceptrices et l'administration pénitentiaire.

Sous- Section I : Les procédures dévolues au procureur général dans l'application de la peine du travail d'intérêt général.

1. L'inscription dans le casier judiciaire :

- transmission du bulletin N°01 du casier judiciaire relatif au remplacement de la peine principale par la peine du travail d'intérêt général².
- L'enregistrement de la peine principale et la peine de travail d'intérêt général dans le bulletin N°02 du casier judiciaire.
- La délivrance du bulletin N°03 sans mentionner la peine principale et la peine de travail d'intérêt général.

¹ - Circulaire ministérielle N°02 déjà précitée.

² - Art. 618- 630- 632 du code de procédure pénale déjà précité.

Dans ce contexte, il faut signaler qu'en cas de violation des obligations résultant de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général, la peine à laquelle a été substitué le travail d'intérêt général sera exécutée à l'encontre du condamné¹.

2. Transmission du dossier relatif à la peine de travail d'intérêt général au juge d'application des peines :

- Après que le jugement ou la décision contenant la peine de travail d'intérêt général deviennent définitifs, une copie et un extrait de jugement ou de la décision sont transmis au procureur général adjoint près la cour du lieu d'exécution². Par la suite, le procureur général aura le choix soit de :
- Transmettre le dossier contenant la décision ou le jugement avec l'extrait au juge d'application des peines qui veille à l'application de la peine si le lieu de résidence du condamné se trouve dans la compétence territoriale de la cour de laquelle relève le juge d'application des peines.
- Transmettre les documents au procureur général près la cour territorialement compétente du lieu de résidence du condamné pour assurer l'exécution de la peine par le juge d'application des peines de la cour.

Le dossier relatif à la peine comprend les documents suivants³:

- Une copie du jugement ou de la décision relatifs à la peine de travail d'intérêt général.
- Une copie du jugement ou de la décision définitifs de ladite peine.
- Une copie du certificat de non recours à l'appel.
- Une copie de certificat de non recours à la cassation.

Sous Section II : Les procédures dévolues au juge d'application des peines dans l'exécution de la peine de travail d'intérêt général.

En se référant à l'article 5 bis 03 du code pénal, l'application de la peine de travail d'intérêt général est revient au juge d'application des peines et ce conformément aux procédures de la circulaire ministérielle N°02 ci-après :

¹ - Circulaire ministérielle N°02, déjà précitée.

² - *ibid.*

³ - Omar Mazit, Conférence sur la peine de travail d'intérêt général, journée d'étude, cour de Béjaïa, Hôtel Mazafran. Disponible sur le site : www.courdebéjaia-mjustice.dz

1. Convoquer le condamné à la peine de travail d'intérêt général :

Le juge d'application des peines doit convoquer le condamné à la peine de travail d'intérêt général par le biais d'un huissier de justice. Cette citation indique la date et l'heure de la présentation devant le juge, et l'objet relatif à l'exécution de jugement portant la peine de travail d'intérêt général. Le condamné est averti que faute de comparution à la date indiquée, la peine à laquelle a été substitué le travail d'intérêt général sera exécutée à son encontre.

- a. **Le cas de comparution du condamné :** Dans le cas de comparution du condamné, le juge d'application des peines procède à l'application de la sanction comme suit :
- Vérification de l'identité du condamné et l'identification de son statut social, professionnel et familial.
 - Vérification par le médecin de l'institution pénitentiaire, et ce, pour déterminer la nature du travail approprié à son état physique.

Dans le même contexte, la circulaire ministérielle relative à l'application de la peine de travail d'intérêt général n'a pas prévu la nécessité d'examiner le condamné par un psychologue ou un psychiatre afin de s'assurer de ses facultés mentales¹.

Le juge d'application des peines établit une fiche d'information au condamné pour identifier ses capacités et déterminer le travail adéquat qui contribue à son insertion sociale sans affecter sa carrière professionnelle.

Concernant la catégorie des femmes et des mineurs âgés de 16 ans à 18 ans, le juge d'application des peines doit prendre en considération les dispositions relatives à la législation du travail telles que la continuation des études pour les mineurs, et l'arrêt systématique du travail pendant la nuit pour les femmes.

Concernant le condamné qui a été maintenu en détention provisoire, le juge d'application des peines doit procéder à une réduction dans la durée d'emprisonnement exécutée à raison de deux heures de travail pour chaque jour d'emprisonnement, puis remplacer la période restante de la peine principale par la peine de travail d'intérêt général, et ce, conformément à l'article 13 du code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion sociale des détenus².

¹ - Sayeh Sengouga, Le juge d'application des peines entre la réalité et la loi dans le droit algérien, Dar El Houda, Alger, 2013, p. 162.

² - Circulaire ministérielle N°02, déjà précitée.

Le juge d'application des peines établit une décision de mise en observation qui détermine l'institution réceptrice et les modes d'exécution de la peine de travail d'intérêt général. Cette décision doit comporter particulièrement les mentions suivantes :

- Le numéro de la décision de mise en observation.
- La date du jugement et la durée de la peine.
- Nom et prénom et domicile du condamné.
- Date et lieu de naissance du condamné.
- L'institution réceptrice.
- Date du début et de la fin de la peine.
- La décision doit inclure certaines conditions portées à la connaissance du condamné en lui indiquant qu'en cas de violation des obligations résultant de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général, la peine principale sera exécutée à l'encontre du condamné¹.

Le juge d'application des peines doit notifier simultanément la décision de mise en observation au concerné, au ministère public, à l'institution réceptrice et à l'administration pénitentiaire chargée de la réinsertion sociale des détenus.

b. Le cas de non comparution du condamné :

A la date fixée par la citation, et en cas de non comparution du condamné sans raison justifiable, le juge d'application des peines établit un procès verbal de non comparution comportant les actions qui ont été prises relatives à la notification du concerné, le procès verbal de non comparution sera transmis au procureur général adjoint qui avise le service d'exécution des peines assurant le reste des procédures d'exécution de la peine d'emprisonnement principale. Le condamné est soumis à un ensemble de mesures de contrôle qui contribuent à sa réhabilitation. Ces mesures sont²:

- La soumission du condamné à une consultation médicale avant l'exécution de la peine de travail d'intérêt général pour s'assurer de ses capacités d'exécution du travail qui lui a été assigné.
- Répondre à la citation du juge d'application des peines.

¹ - Sayeh Sengouga, op.cit., p. 163.

² - Saadaoui Mohamed Saghir, op.cit., p. 90.

- Obtention de l'approbation préalable du juge d'application des peines sur chaque mouvement qui empêche l'exécution du travail d'intérêt général conformément aux modalités prévues par la loi.

Le juge d'application des peines veille à l'exécution des obligations résultant de la peine par le condamné et ce, à travers l'exercice du contrôle effectué par¹:

- La fiche de contrôle de performance délivrée par l'institution réceptrice au juge d'application des peines.
- Visites inopinées aux institutions réceptrices. Dans ce cas, le contrôle est effectué non seulement sur le condamné mais aussi sur l'institution réceptrice.

2. Suspension de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général:

Certaines circonstances peuvent conduire à la suspension temporaire de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général. Le juge d'application des peines peut pour des raisons de santé, familiales ou sociales surseoir à l'application de la peine de travail d'intérêt général², soit à la demande de l'intéressé ou de son représentant.

La suspension de la peine de travail d'intérêt général doit être notifiée par le procureur général, à l'intéressé, à l'institution réceptrice ainsi qu'à l'administration de l'établissement pénitentiaire. L'accomplissement de la peine doit être effectué dès la résolution des difficultés qui empêchent son exécution³.

3. La fin de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général :

La peine de travail d'intérêt général et expiré automatiquement après l'exécution des obligations résultant de la peine par le condamné ou le non respect des dites obligations.

a. Expiration de la peine après l'exécution des obligations résultant par le condamné :

Dès l'exécution par le condamné exécute de toutes les obligations qui lui sont confiées et qui sont précisées dans la décision de mise en observation sans aucune violation, le juge d'application des peines, après avoir reçu une signification de l'institution réceptrice, établit un avis d'expiration et d'exécution de la peine de travail d'intérêt général. Cet avis doit être

¹ - Maache Sarah, op.cit., p. 143.

² - Art. 5 bis 3 du code pénal déjà précité.

³ - Circulaire ministérielle N°02 déjà précitée.

transmis au ministère public, qui, à son tour, le transmet au service du casier judiciaire pour viser le bulletin N°01 et le jugement ou la décision¹.

b. Expiration de la peine en raison de non respect des obligations résultant de la peine :

L'article 05 bis 02 du code pénal stipule que : « le condamné doit être averti qu'en cas de violation des obligations résultant de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général, la peine à laquelle a été substitué le travail d'intérêt général sera exécuté à son encontre ».

Selon cet article, en cas de violation par le condamné des obligations précisées dans la décision de mise en observation le juge d'application des peines, avise le procureur général adjoint qui modifie le bulletin du casier judiciaire N°01 du condamné, et le transmet au service d'exécution des peines, pour l'exécution de la peine principale².

Sous- Section II : Les procédures dévolues à l'institution réceptrice dans l'exécution de la peine de travail d'intérêt général.

Les institutions réceptrices sont des établissements publics de droit public qui peuvent recevoir le condamné à la peine de travail d'intérêt général, et ce, après l'obtention d'une autorisation. Par conséquent, ces institutions accomplissent les tâches suivantes :

- Placer le condamné dans une équipe prête à le recevoir.
- Assure le respect des horaires de travail conformément aux heures indiquées.
- Assure l'adaptation du travail proposé à la législation du travail.
- Notification au juge d'application des peines ou au service relevant de l'administration pénitentiaire, du respect ou du non respect des obligations résultant de l'exécution de la peine de travail d'intérêt général.
- Fournir au juge d'application des peines toutes les informations lui permettant de contrôler l'exécution des obligations imposées au condamné³.

¹ - Circulaire ministérielle N°02 déjà précitée.

² -ibid.

³ - Mohamed Lemiini, La peine de travail d'intérêt général dans le droit pénal algérien, revue EL Mountada El Kanouni, N°7, Université Mohamed Kheider, Biskra, p. 186.

Sous-Section II : Les procédures dévolues aux services extérieurs relevant de l'administration pénitentiaire dans l'exécution de la peine de travail d'intérêt général :

Dans le ressort de chaque cour, les services extérieurs relevant de l'administration pénitentiaire, sont chargés de mettre en application les programmes adaptés aux procédures de réinsertion sociale des détenus, y compris le travail d'intérêt général qui figure parmi les différentes peines prévues dans l'article 03 du décret 07-67¹.

Le service extérieur chargé de la réinsertion sociale des détenus exerce ses activités en relation avec les autorités judiciaires, les différents services spécialisés de l'état, les collectivités locales, les établissements et les organismes publics².

Il est chargé de :

- Suivre la situation des personnes condamnées à la peine de travail d'intérêt général.
- Effectuer des enquêtes sociales concernant les personnes condamnées, et ce , sur réquisition de l'autorité judiciaire.
- Suivre le respect des obligations auxquelles sont soumises les personnes condamnées³.

Conclusion :

Le travail d'intérêt général constitue la plus importante alternative des peines de privation de liberté de courte durée qui a pour but de concrétiser la réhabilitation des délinquants débutants sans antécédents judiciaires. Ce régime qui permet aux délinquants d'éviter tout contact avec les anciens prisonniers, contribue à leur réinsertion sociale et procure à la société divers avantages a travers les services effectués sans contrepartie.

Concernant les résultats découlant de l'adoption de ce régime, le travail d'intérêt général permet au condamné de s'imprégner du sens de la responsabilité lors de l'exécution d'un travail au profit de la société, favorisant ainsi la diminution du taux de récidive, et l'allègement des dépenses financières exigées par le système pénal traditionnel fondé sur les peines de privation de liberté.

¹ - Art. 3 du décret exécutif 07-67 du 19-02-2007 fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, chargés de la réinsertion sociale des détenus, JORA N°13.

² - Art. 04 du même décret.

³ - Art. 09 du même décret.

Cependant, la réussite d'application de la peine de travail d'intérêt général dépend du degré de sensibilisation de la communauté civile et son acceptation de cette peine, et des efforts consentis par des organes judiciaires et non judiciaires. Dans ce contexte, le juge d'application des peines doit choisir le travail en adéquation avec les capacités et les qualifications du condamné dans un domaine précis et ce, pour assurer la bonne exécution de la peine, avec la nécessité de garantir au condamné tous les droits du travail dont jouit le travailleur ordinaire come le transport et la sécurité sociale.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615