

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد الثالث عشر : نونبر 2013

➤ من مواضيع العدد الثالث عشر : نونبر 2013 :

- الرهن القانوني في التشريع الليبي.
- جريمة الإرهاب والجريمة السياسية .
- البعد الإسلامي للدستور الموريتاني.
- الربا وآثاره الاجتماعية والسياسية .
- المسؤولية القانونية للمنشط التربوي .
- الحماية الجنائية للشهود والمبلغين .
- الحماية الإجرائية للطفل الجانح .
- المحاكم المختلطة والعدالة الدولية .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | اتصل بنا

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إجازة فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محيوني أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد		الصفحة الرئيسية
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد		الجنة الاستشارية
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتكثيف المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد		أهداف المجلة
قراءة في النظام القانوني للمواثيق (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد		أخبار المجلة

مقالات مقرونة

مقالات بلقرنية

جوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

اتصلنا بالمجلة

العدد الثالث عشر نونبر 2013

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث عشر : لشهر نونبر 2013

محتويات العدد :

➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

- (1) 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.....05
- (2) جريمة الإرهاب والجريمة السياسية (دراسة مقارنة) : فضيلة الأستاذ - عمراني كمال الدين - محام و أستاذ القانون العام (ق الجنائي - ق الإداري) المركز الجامعي بالنعامة - الجزائر الشقيقة.....13
- (3) البعد الإسلامي للدستور الموريتاني مقارنة بمبدأي الشورى الديمقراطية : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محمود ولد محمد سالم أستاذ القانون العام بجامعة نواكشوط محام لدى المحاكم.....29
- (4) الربا وآثاره الاجتماعية والسياسية والاقتصادية : دراسة من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور حسن عالي أستاذ باحث في علم الاجتماع الديني / جامعة وهران.....40
- (5) المسؤولية القانونية للمنشط التربوي بالمغرب - مدبرو ومديرو المخيمات الصيفية نموذجاً الدكتور سعيد الطواف دكتوراه في القانون الدستوري و العلوم السياسية - المغرب.....56
- (6) الحماية الجنائية للشهود والمبلغين في قضايا الفساد : إكرام مختاري باحثة في سلك الدكتوراه تخصص القانون الجنائي و العلوم الجنائية كلية الحقوق / جامعة محمد الأول - وجدة.....67
- (7) الطرق القانونية لإنشاء وتكوين الأوقاف العامة في التشريع الجزائري : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية تبسة وفضيلة الأستاذ محمد كنانة أستاذ مساعد كلية الحقوق و العلوم السياسية تبسة85
- (8) الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وشروط تذييله بالصيغة التنفيذية : محمد المصطفى ولد أحمد محمود باحث موريتاني مسجل في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق في جامعة محمد الأول - وجدة.....97
- (9) محدودية قوانين التعمير بالمغرب فاطمة العثماني : باحثة في سلك الدكتوراه جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق طنجة.....110
- (10) مناهج التربية والتعليم في الإسلام : محمد الأمين كمال باحث في مجال الدكتوراه تخصص قانون عام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر.....119
- (11) الحماية الإجرائية للطفل الجانح في التشريع الجزائري : دراسة من إعداد نصر الدين العايب باحث في قانون العقوبات والعلوم الجنائية جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة-الجزائر.....137
- (12) الحق الأدبي للمؤلف وفقاً للتشريعات العربية (دراسة مقارنة) : من إعداد الباحثة حاج صدوق ليندة باحثة في صف دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر العاصمة.....152
- (13) الارتقاء بزراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية في نطاق المنظومة القانونية لمنظمة الصحة العالمية : الدكتور الحسين عمروش كلية الحقوق جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة.....159

- (14) قاعدة : "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"- دراسة مقاصدية - من إعداد الأستاذ سعيد الشويّ باحث بماستر في القواعد الفقهية والأصولية بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرز بفاس.....173
- (15) تنمية الموارد البشرية العاملة في ضوء تطبيق نظام إدارة الجودة الشاملة في الجامعات : عبد العزيز خنفوسي أستاذ مساعد قسم (أ) كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة الجزائر.....182
- (16) المحاكم المختلطة نموذج جديد للعدالة الدولية عادل جدادوة : طالب باحث بالسنة الثانية دكتوراه في القانون العام تخصص قانون دولي إنساني ، جامعة بلجي مختار- الجزائر الشقيقة -.....195
- (17) التقادم الضريبي وفق القانون الجزائري : إعداد مسعودي عبد الرؤوف طالب باحث بصف الدكتوراه جامعة الجزائر - كلية الحقوق.....202

➤ تقارير جامعية :

- (18) تقرير عن مناقشة أطروحة في القانون الخاص : بعنوان عدالة القرب بالمغرب محاولة في وضع المقومات وتقييم الحصيلة ، الطالب الباحث : عبد الرحيم الأمين مدير الدراسة بجمع القرويين العامر بإشراف الدكتور عبد الحميد أخريف أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس.....213

➤ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- (19) L'image des personnes physiques et le droit EL Haji Hamid / chercheur en droit public et relations internationales.....224
- (20) Conséquences de non délivrance du certificat de travail en droit du travail marocainPar : docteur Khalid BOUKAICH.....237

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

دراسات وأبحاث بالعربية

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 –

مقدمة :

جعل القانون المدني الليبي لبعض الدائنين تأمينات خاصة يستقلون بها عن باقي الدائنين فتجعلهم في مركز خاص يتقون به إعسار مدينهم. 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 يحجز 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 البدر اوي - 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 تبقي 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 يميز 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 تبقي: 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 ينشآن 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 الرهون 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 يحددها 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 بضمن بيع العقار وملحقاته ونفقات العقد⁽¹⁾ أو معدل المقايضة 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 مقايضة 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 - المنهل 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 ليبي (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 تباعي 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 (م2/1138) مدني ليبي.

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 قاريونس (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 تعلقت 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 ليبي 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 شركائه 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 كالربع 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 ليبي فـالمتقاسم 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 اتفاقية 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 ليبي.

كما يشمل الرهن القانوني الفوائد التي يستحقها المتقاسم عن أي دين من الديون السابقة، ولكن يحد 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 الميثب 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 استثنى 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 ونفاذ 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، وتحذر 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 المزوغي - الحقوق العينية التبعية - ص169.

وهذه المبالغ إما أن تحصل بالطرق المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية أي بالحجز على هذه الأموال وبيعها بالمزاد العلني، أو بالطرق المقررة لتحصيل الأموال العامة (م457) إجراءات جنائية ليبي.

ويجوز استعمال وسيلة الإكراه البدني ضد المتهم إذا لم يقيم 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).

فإذا 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 أياً 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.

الخلاصة :

نخلص من هذه الدراسة إلى أن القانون المدني الليبي قد استقى حق الرهن القانوني من القانون المدني الفرنسي مع اختلاف في الحالات التي تقرر في كل منهما، فبينما قرره القانون الليبي في ثلاث حالات نصت عليها المادة (1033) مدني وهي: المتصرف بالعقار على العقار نفسه لاستيفاء الالتزامات الناشئة عن عقد التصرف، والورثة والشركاء ومن لهم حق الاقتسام الآخرون تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ولاستيفاء ما تقرر 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 ضماناً 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.

⁽¹⁴⁾ تنص المادة (177) مدني ليبي على أنه (يكون المتبوع مسؤولاً 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 رقابته 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 أوردته 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 - ج 10 - 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 ليب شنب - دروس في التأمينات العينية والشخصية - دار النهضة العربية - القاهرة - 1974م

جريمة الإرهاب والجريمة السياسية (دراسة مقارنة)



فضيلة الأستاذ - عمراني كمال الدين - محام
وأستاذ القانون العام (ق الجنائي - ق الإداري)
المركز الجامعي بالنعامة - الجزائر الشقيقة -

مقدمة :

إنّ الإنسان ومنذ وجوده على سطح الأرض كثير الميول إلى الأنانية بطبعه وحريص على حب التملك، وتبعاً لذلك فإنّ الإرهاب وليد العصور القديمة، فعرف الإنسان السلوك الإرهابي ومارسه دفاعاً عن نفسه، وعن وجوده وممتلكاته. إنّ اللجوء إلى العنف والقوة أمر فطري، لجأ إليه الإنسان لتأكيد ذاته، إلّا أنّ فكرة الإرهاب والعنف تطورت عمّا كانت عليه بتطور الإنسان ومحيطه، حتى وصل الإرهاب إلى ما هو عليه اليوم، ونقصد بذلك وصوله إلى صفة وإلى حالة العالمية، إذ لا توجد دولة تقريبا لا تُعاني من مشكلة الإرهاب.

ومما شمله التطور الحياتي للإنسان أيضاً النشاط السياسي للفرد والجماعة، ولما احتل هذا النشاط مكانته في الحياة العامة برزت للوجود الجريمة السياسية والتي تعتبر في حقيقة الأمر قديمة قدم النشاط السياسي، امتدت جذورها إلى جذور سلطة الدولة، وكان سبب وجودها هو التنازع على السلطة والذي تشعب وتطور (أي الصراع) بمرور الوقت وأصبح يستهدف عدة أمور وحقوق وأنظمة أوجدتها حضارة الإنسان.

فالإجرام السياسي وعلى غرار ما ذكرناه بالنسبة للإرهاب قديم الوجود وأقدم من تسميته بهذا الاسم، عرفتة المجتمعات القديمة وحكوماتها التي قامت على أساس القهر وفرضت له العقوبات قبل أن تصفه بهذه الصفة. وعليه سنتعرض لكلّ من الإرهاب والجريمة السياسية من خلال تعريفهما، من حيث الفقه : من خلال ذكر آراء بعض الفقهاء والمختصين، ومن حيث التشريع : مقتصرين على بعض القوانين فقط، هذا إضافة إلى تعريفهما في إطار المجتمع الدولي، وهذا ليُتضح مفهومهما حتى تسهل عملية التمييز وتظهر الحدود الفاصلة بينهما. فما هي الجريمة الإرهابية؟، وما هي الجريمة السياسية؟، وما أوجه الاختلاف بينهما؟، وهل ثمة نقاط اتفاق بين الجريمتين؟، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه بدايةً بجريمة الإرهاب، ثم الجريمة السياسية من خلال تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب، يُخصّص الأول منها إلى جريمة الإرهاب، والثاني إلى الجريمة السياسية، والثالث إلى مسألة التمييز بينهما.

المطلب الأول: جريمة الإرهاب.

من الصعوبات التي قد تواجه أي باحث لظاهرة معينة هو تعريف تلك الظاهرة، سيما إذا لم يكن هناك اتفاق حول تعريفها، وهذا ما ينطبق على ظاهرة الإرهاب، ومن أصعب جوانب دراسة الإرهاب هو محاولة الوصول إلى تعريف محدد لجريمة الإرهاب، فهناك مشاكل كثيرة تحول دون التوصل إلى تعريفها، ومن أهمها أنه ليس لمصطلح الإرهاب محتوى قانوني محدد.

فقد تعرض مصطلح الإرهاب إلى تطور وتغير في معناه منذ بدء استخدامه في أواخر القرن الثامن عشر، فكان يُقصد به في البداية الأعمال والسياسات الحكومية التي تستهدف الرعب بين المواطنين وصولاً إلى تأمين خضوعهم وانصياعهم لرغباتهم، وبتطوره أصبح يُستخدم في الوقت الحاضر لوصف أعمال يقوم بها أفراد أو جماعات منظمة لتحقيق أهداف سياسية بالدرجة الأولى.

وكما سبق الإشارة إليه فإن الإرهاب سواء في صورته الداخلية أو الدولية أثار جدل كبير لدى الفقه خاصة في مجال تعريفه وتحديد ماهية الأعمال التي تُعتبر من قبيل الإرهاب، ذلك لأننا نجد بعض الفقه وبعض الحكومات يصفون أفعال بعيدة كل البعد عن الإرهاب بصفة الإرهاب وهذا من أجل تشويه صورة القائمين به أمام الرأي العام العالمي ومن تلك الأفعال نذكر حركات التحرر، هذا إضافة إلى وسائل الإعلام حيث لعبت دور كبير في هذا المجال، من ذلك ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية من اللعب على أوتار الإعلام بكافة صوره ببراعة من أجل تشويه صورة العرب والمسلمين. وفي المقابل للأعمال التي قد توصف بالإرهاب بالرغم من بُعدها وبعُد القائمين بها عن هذا الوصف، نجد دول تمارس إرهاب مؤسساتي كإسرائيل والوم أ بذريعة وتحت غطاء محاربة الإرهاب، وتصف نفسها بحامي الديمقراطية والعدالة الدولية معتقدة أن الإرهاب لا يُمارس إلا من قبيل تنظيمات، حتى أصبحت الإدارة الأمريكية تعتقد أن الإرهاب سلاح الضعفاء فقط، في حين أن ما يقوم به الأقوياء من إرهاب يعتبر شيء آخر غير الإرهاب، وأن هذا المصطلح ينطبق فقط على الأعمال التي تُرتكب ضد أمريكا وليس على ما تقوم به هذه الأخيرة ضد الآخرين. وفيما يلي نذكر صعوبة تعريف جريمة الإرهاب وأسبابها.

صعوبة التعريف وأسبابها:

فعلى الرغم من أن الإرهاب لا يعتبر من بين الظواهر حديثة النشأة حيث يعود ظهوره إلى وقت طويل مضى، إلا أنه لازال لا يحض بتعريف متفق عليه، بحيث ورد بشأنه العديد من التعريفات.

وتعود الصعوبة في عدم اتفاق الدول على تعريف موحد للإرهاب إلى جملة من الأسباب يمكن ردها إلى ثلاث وهي:

* فمن ناحية أولى: تعتبر حكومات بعض الدول و بصفة خاصة غير الديمقراطية منها، أن أي عمل من أعمال العنف يشكك في شرعيتها ترتكبه الجماعات المعارضة لها إنما هو عمل إرهابي، يجب أن يشمل أي تعريف محتمل للإرهاب، في حين أن المعارضين المدعومين من قبل حكومات دول أخرى يعتبرون أنفسهم خصوما سياسيين شرعيين و ليسوا إرهابيين.

* ومن ناحية ثانية: فإن تعدد دوافع وأسباب الأعمال الإرهابية ما بين دوافع سياسية، اقتصادية، واجتماعية، وعرقية... إلخ، ومحاولة تعريف الإرهاب استنادا إلى أي من هذه الدوافع سيؤدي حتما إلى تعدد التعريفات وعدم الاتفاق حول أي منها، بل ويجعل الأمر شاق ومثير للجدل آخذين في الاعتبار أنه لا يمكن بأي حال حصر دوافع وأسباب

الإرهاب مما يعني أن أي تعريف يتعرض للأسباب سيكون بالضرورة غير شامل، وبالتالي يُفضل عدم الإشارة إلى الدوافع في صلب التعريف والاستعاضة عن ذلك بصيغة عامة تشمل جميع الدوافع دون حصرها وقصرها على أسباب معينة.

*ومن ناحية ثالثة: يوجد اختلاف كبير في وجهات النظر بين غالبية الدول الغربية وبعض الدول الاستعمارية (كإسرائيل) من جهة ودول العالم الثالث بصفة خاصة من جهة أخرى حول التكييف القانوني لأعمال العنف التي تقوم بها الشعوب خلال حروبها المشروعة من أجل تقرير المصير مثل المقاومة الفلسطينية وما تقوم به من أعمال، فإذا كانت طائفة الدول الغربية ترى أن حركات التحرير منظمات إرهابية يجب ملاحقتها، فإن الطائفة الثانية من الدول لا ترى أعمالها أفعالا إرهابية بل تعتبرها أعمال مقاومة مشروعة وضرورية لتحقيق هدفها نحو الاستقلال والتحرير من الاستعمار.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للإرهاب.

سنتعرض إلى تعريف الإرهاب في كل من اللغة العربية، ثم اللغة الأجنبية مقتصرين على اللغتين الفرنسية والانكليزية.

1 — تعريف الإرهاب في اللغة العربية.

لم تتعرض المعاجم العربية القديمة إلى كلمة إرهاب لأنها كلمة حديثة الاستعمال ولم تكن معروفة في الأزمنة القديمة. ولكنها عرفت الفعل -رهب- وكان القاسم المشترك فيما يتعلق بمشتقات كلمة رهب، الخوف والتخويف والرعب، وهذا ما سنوضحه.

ورد في لسان العرب¹: أرهب: يأتي بمعنى خوف. ومن قولهم "رهب" بالكسر يرهب رهبة ورهب، بالضم، ورهبا، بالتحريك، أي خاف. ورهب الشيء رهبا ورهبة: خافه.

والاسم: الرهب، والرهبى، والرهبوت، والرهبوتي، ورجل رهبوت، يقال: رهبوت خير من رحموت، أي لأن ترهب خير من أن ترحم.

وفي القاموس المحيط للفيروز أبادي²: رهب، رهبة رهبا والاسم: الرهبى، والرهبوتي " ورهبوت خير من رحموت"، أي: لأن ترهب خير من أن ترحم. وأرهبه وإسترهبه: أخافه. و ترهبه: توعدله. والترهب: التعبد.

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب، 1408هـ، 2008، بيروت، ص333.

² الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط الأولى، الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ، 2004، ص117، ص19. بتصرف

2 — تعريف الإرهاب في اللغة الفرنسية والإنجليزية.

يعرّفه القاموس الفرنسي - لروس -¹ ، بأنه استعمال العنف لأغراض سياسية.

ويعرّف قاموس اللغة الإنجليزية - أكسفورد -² الإرهاب بأنه استخدام العنف والتخويف بصفة خاصة لتحقيق أغراض سياسية، أو لإجبار الحكومة على تصرف ما.

الفرع الثاني: تعريف الإرهاب في الاصطلاح.

إن مفهوم الإرهاب مفهوم متغير وتختلف صوره ودوافعه اختلافا زمانيا ومكانيا، كما يختلف النظر إليه بتباين الثقافات القائمة في المجتمعات.

وقد وردت عدة تعريفات في هذا المجال، سواء من جانب الفقه أو المنظمات الدولية، الإقليمية منها والعالمية، وهذا ما سنعرضه بعد قيامنا بعملية انتقاء لبعض التعاريف، لأنه يستحيل الإحاطة بكل التعاريف وغير ممكن ذكر جميع التعاريف التي تم الإطلاع عليها، وعليه سنقتصر على البعض منها.

1 — تعريف الإرهاب في الفقه :

سنعرض للفقه العربي، ثم موقف الفقه الغربي من تعريف ظاهرة الإرهاب.

1 — 1 الفقه العربي.

يعرّف الأستاذ نور الدين هندوري الإرهاب بأنه: مجموعة من الأفعال تتسم بالعنف تصدر من جماعة غير قانونية ضد الأفراد أو السلطات الدولية لحملهم على سلوك معين، أو تغيير الأنظمة الدستورية والقانونية داخل الدولة³.

ويعرّفه الأستاذ نبيل حلمي بأنه: الاستخدام غير المشروع للعنف أو التهديد به بواسطة فرد، أو مجموعة، أو دولة ضد فرد أو جماعة أو دولة ينتج عنه رعبا يعرض للخطر أرواحا بشرية أو يهدد حريات أساسية، ويكون الغرض منه الضغط على الجماعة أو الدولة لكي تغير سلوكها اتجاه موضوع ما⁴.

1 — 2 الفقه الغربي.

عرّفه الباحث في قضايا الارهاب الأستاذ بروس هوفمان بأنه: العنف أو التهديد بالعنف المستعمل والموجه لخدمة هدف سياسي⁵.

La rousse, dictionnaire de francais, 2001, p420

Oxford advanced, learner's, dictionary sixtch edition, p1342.

³ ينظر نور الدين هندوري، السياسة الجنائية للمشروع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، 1993، ص9.

⁴ ينظر نبيل احمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقا للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 27.

Bruce hoffman, la mecanique terroriste, op, cit, p17.

¹ ينظر

² ينظر

⁵ ينظر

أما الأستاذ لكور وهو أيضا باحث معروف في مجال الإرهاب، فأشار إلى الصعوبات التي تواجه تعريف الإرهاب وأكد أنه لا يوجد أي تعريف يشمل كل متغيرات الإرهاب على مضي العصور واكتفى بالقول أن الإرهاب إجابة على اللاعدالة¹.

وكتحليل للتعاريف التي قيلت بشأن تعريف الإرهاب، سواء التعاريف التي ذكرناها أو التي تم الاضطلاع عليها ولم نذكرها، نرى أن محاولات التعريف المادية والموضوعية قد شابها القصور، إما لأنها قصرت التعريف على الجانب المادي (الأفعال) أو الجانب القانوني (الجرائم)، أو الجانب السياسي، أو الأخلاقي، أو الجمع بين بعض هذه الجوانب دون البعض الآخر.

2 — تعريف الإرهاب في إطار الأمم المتحدة.

جاء في تعريف للجنة القانون الدولي للأمم المتحدة المقدم إلى الجمعية العامة لسنة 1954 من خلال مشروعها المتعلق بقانون الجرائم ضد السلام وأمن الإنسانية أن الإرهاب: ينصرف إلى قيام سلطات دولة باتخاذ أو تشجيع أنشطة إرهابية، وتناولت الجمعية العامة جريمة الإرهاب من خلال ما يعرف بإعلان اللجوء الإقليمي الصادر سنة 1967، وذكرت أن الإرهاب يشمل كل ما يقوم به الأفراد أو الهيئات التابعة لدول ما ضد الأفراد أو الهيئات أو المؤسسات أو الأموال العامة والخاصة المملوكة لدول أخرى².

وعرّفته لجنة الإرهاب الدولي التابعة للأمم المتحدة عند وضعها مشروع اتفاقية موحدة بشأن إجراءات مواجهة الإرهاب الدولي لسنة 1980 بأنه: يعد الإرهاب الدولي عملا من أعمال العنف الخطيرة أو التهديد به يصدر من فرد أو جماعة، سواء كان يعمل بمفرده أو بالاشتراك مع أفراد آخرين ويوجه ضد الأشخاص، أو المنظمات، أو المواقع السكنية، أو الحكومية، أو الدبلوماسية، أو وسائل النقل والمواصلات، أو ضد أفراد الجمهور العام دون تمييز للون أو الجنس أو جنسية بقصد تهديد هؤلاء الأشخاص أو التسبب في إصابتهم أو موتهم أو التسبب في إلحاق الخسارة، أو الضرر أو الأذى بهذه الأمكنة، أو الممتلكات، أو تدمير وسائل النقل والمواصلات بهدف إفساد علاقات الصداقة والود بين الدول أو بين مواطني الدول المختلفة، أو الابتزاز من أجل تنازلات معينة من الدول في أي صورة كانت، كما أن التآمر على ارتكاب أو محاولة ارتكاب، أو الاشتراك في ارتكاب، أو التحريض على ارتكاب الجرائم يشكل، أيضا جريمة الإرهاب الدولي³.

3 — تعريف المنظمات الإقليمية للإرهاب.

وسنكتفي بتعريفين، تعريفا للمنظمة العربية ممثلة في الجامعة العربية، وتعريفا للمنظمة الأوروبية.

3 — 1 جامعة الدول العربية.

توصلت جامعة الدول العربية لعقد اتفاقية لمكافحة الإرهاب بعد تصديق وزراء الداخلية العرب على هذه الاتفاقية في 22 أبريل لسنة 1998⁴، حيث جاء في الاتفاقية تعريفا للإرهاب تضمنته المادة الأولى في الفقرة الثانية،

¹ ينظر المرجع السابق، ص 15، 14.

² ينظر رجب عبد المنعم متولي، الإرهاب الدولي والشرعية الدولية في ضوء الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الدولي، دراسة نظرية تطبيقية على الأحداث الجارية، دار النهضة العربية، ط الثانية، 2005/ 2006-1426، ص 64.

³ ينظر حسنين بوادي، الإرهاب الدولي، الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 31، 30.

⁴ يُرجع إلى موقع جامعة الدول العربية <http://www.lasportal.org>

جاء فيها أن الإرهاب "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه وأغراضه يقع تنفيذا لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإذائهم أو تعريض حياتهم أو أنفسهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر.

3 — 2 منظمة الدول الأوروبية (الاتحاد الأوروبي حاليا).

لقد أسفرت الجهود التي بذلها مجلس دول أوروبا في مجال مكافحة الإرهاب، في نوفمبر لسنة 1976¹، إلا أن الاتفاقية الأوروبية لم تضع تعريفا معياريا للإرهاب وإنما اقتصرت على بيان لائحة بالجرائم التي تعتبرها جرائم إرهاب، والتي أوجبت على الدول الأطراف عدم إدخالها ضمن الجرائم السياسية، فأشارت إلى هذه الجرائم في المادة الأولى والمتمثلة في الآتي :

— الأفعال المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي لسنة 1970 بشأن قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، وفي اتفاقية مونتريال لسنة 1971 بشأن قمع الأعمال غير المشروعة ضد أمن الطيران المدني.

— الجرائم الخطيرة ضد الأشخاص المحميين دوليا بمن فيهم المبعوثين الدبلوماسيين.

— الجرائم المتضمنة استخدام المتفجرات والقذائف والأسلحة الآلية والطرود الخداعية.

— محاولة ارتكاب أي من الجرائم السابقة والمساهمة فيها.

ثم أضافت المادة الثانية من الاتفاقية، أن لكل دولة طرف أن تعد من نطاق الجرائم الإرهابية لتشمل:

— كل فعل عنف خطير ضد الحياة أو السلامة الجسدية أو حرية الأشخاص.

— كل فعل عنف موجه ضد الأموال إذا كان يستتبع وجود خطر عام.

الفرع الثالث : تعريف الإرهاب في التشريعات العقابية.

يعتبر التقنين العقابي الحارس لحماية الوطن والمواطنين من العابثين بالأمن، فهو أداة لمواجهة الإجرام بشكل عام بما في ذلك جريمة الإرهاب، إلا أن التشريعات الوطنية اختلفت في كيفية معالجة ظاهرة الإرهاب بما في ذلك مسألة التعريف، فلم تتفق هذه الأخيرة (التشريعات) على مفهوم موحد لجريمة الإرهاب على غرار ما سبق الإشارة إليه بالنسبة للفقه والمنظمات العالمية، وهذا أمر طبيعي في ظل التباين الواضح في نظرة كل منهم للظاهرة. ومنه سنتعرض إلى مفهوم جريمة الإرهاب في التشريعات الداخلية العربية منها والغربية مقتصرين على البعض منها فقط.

¹ ينظر إبراهيم العاني، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع نفسه، ص309.

1 — تعريف الإرهاب التشريع العربي.

سنتعرض إلى بعض التشريعات العربية من ذلك التشريع الجزائري، المغربي، المصري، اللبناني والسوري.

1 — 1 التشريع الجزائري.

تعرض المشرع الجزائري لجريمة الإرهاب في القسم الرابع مكرر من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث من الجزء الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، فعرف جريمة الإرهاب في المادة 87 مكرر بنصّه (يعتبر فعلا إرهابيا أو تخريبيا، في مفهوم هذا الأمر، كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي عن طريق أي عمل غرضه الآتي : — بث الرعب في أوساط السكان وخلق جو انعدام الأمن من خلال الاعتداء المعنوي أو الجسدي على الأشخاص أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر أو المس بممتلكاتهم. — عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطرق والتجمهر أو الاعتصام في الساحات العمومية. — الاعتداء على رموز الأمة والجمهورية ونبش أو تدنيس القبور. — الاعتداء على وسائل المواصلات والتنقل والملكيات العمومية والخاصة والاستحواذ عليها أو احتلالها دون مسوغ قانوني. — الاعتداء على المحيط أو إدخال مادة أو تسريبها في الجو أو في باطن الأرض أو إلقائها عليها أو في المياه بما فيها المياه الإقليمية من شأنها جعل صحة الإنسان أو الحيوان أو البيئة الطبيعية في خطر. — عرقلة عمل السلطات العمومية أو حرية ممارسة العبادة والحريات العامة وسير المؤسسات المساعدة للمرفق العام. — عرقلة سير المؤسسات العمومية أو الاعتداء على حياة أعوانها أو ممتلكاتهم أو عرقلة تطبيق القوانين والتنظيمات).

وتحليلا للتعريف الوارد في المادة 87 مكرر يتضح أن المشرع الجزائري قد سلك طريق التوسع في تحديد وسائل الإرهاب باستعمال عبارة "كل فعل يستهدف" ولم يحدد السلوك الإرهابي على سبيل الحصر.

1 — 2 التشريع المغربي.

تعرض المشرع المغربي لجريمة الإرهاب في الباب الأول مكرر من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي المغربي المصادق عليه بظهير شريف رقم 1.59.413. لسنة 1962، فنصّ في الفصل 1 — 218 (تعتبر الجرائم الآتية أفعالا إرهابية إذا كانت لها علاقة عمدا بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهيب أو العنف : 1 — الاعتداء عمدا على حياة الأشخاص أو على سلامتهم أو على حرياتهم أو اختطافهم أو احتجازهم 2 — تزيف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام أو تزيف أختام الدولة والدمغات والطوابع والعلامات، أو التزوير أو التزييف المنصوص عليه في الفصول 360 و361 و362 من هذا القانون، 3 — التخريب أو التعذيب أو الإتلاف 4 — تحويل الطائرات أو السفن أو أي وسيلة أخرى من وسائل النقل أو إتلافها أو إتلاف منشآت الملاحة الجوية أو البحرية أو البرية أو تعيب أو تخريب أو إتلاف وسائل الاتصال 6 — السرقة وانتزاع الأموال، 9 — تكوين عصابة أو اتفاق لأجل إعداد أو ارتكاب فعل من أفعال الإرهاب 10 — إخفاء الأشياء المتحصل عليها من جريمة إرهابية مع علمه بذلك).

1—3 التشريع السوري.

عرّفت المادة 304 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 بتاريخ 22 حزيران (جويلية) من سنة 1949 الأعمال الإرهابية بأنها: "كل الأفعال التي ترمي إلى إيجاد حالة ذعر، وترتكب بوسائل كالأدوات المتفجرة، والأسلحة الحربية، والمواد الملتهبة، والمنتجات السامة أو المحترقة، والعوامل الوبائية أو الجرثومية التي من شأنها أن تحدث خطراً عاماً"¹.

1—4 التشريع اللبناني.

تعرض المشرع اللبناني للأفعال الإرهابية في المادة 314 وعرّفها: بأنها جميع الأفعال التي ترمي إلى إيجاد حالة ذعر، وترتكب بوسائل كالأدوات المتفجرة والمواد الملتهبة والمنتجات السامة أو المحروقة أو العوامل الوبائية أو الميكروبية التي من شأنها أن تحدث خطراً عاماً². ويتضح جلياً أن تعريف التشريع اللبناني يتشابه تماماً مع تعريف المشرع السوري سابق الإشارة إليه.

1—5 التشريع المصري.

لم يتعرض المشرع المصري بصورة صريحة للإرهاب إلا في التعديل الذي أُجري بقانون العقوبات رقم 97 لسنة 1992، حيث تقضي المادة 86 منه في تعريفها للإرهاب أنه: كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالاتصالات أو المواصلات أو بالأموال أو المباني أو بالأماكن العامة أو الخاصة أو إخلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة علاقة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح³. ويتضح أيضاً أن المشرع المصري قد توسع في تحديد فعل الإرهاب باستعمال عبارة "كل استخدام للقوة أو العنف" ولم يحدد السلوك الإرهابي على سبيل الحصر مثلما جاء في قانون العقوبات الجزائري.

2 — التشريع الغربي.

سنقتصر في إطار التشريع الغربي على القانونين الفرنسي والبريطاني فقط.

2—1 التشريع البريطاني⁴.

ورد تعريف الإرهاب في التشريع الصادر سنة 2000 في المادة الأولى حيث عرّفت الإرهاب بأنه: الفعل أو التهديد بالفعل والذي يشمل:

¹ يرجع إلى أمل يازجي ومحمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي والنظام العالمي الراهن، ط الأولى، صفر 1423هـ، نيسان 2002، دار الفكر المعاصر، ص 97، 67. المادة 314 من قانون العقوبات اللبناني، وينظر في ذلك محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 17.

³ ينظر محمد السناري، قانون العقوبات المصري طبقاً لأخر تعديلات، ط 2000 [دن]، ص 50.

⁴ ينظر قانون العقوبات الانكليزي على الموقع: <http://www.hnso.gov.uk/acct2000/00011.b.htm.p.1>

— كل فعل يتضمن عنفا خطيرا ضد شخص أو خطر جدي أو يضر بحياة شخص أو ينشئ خطرا جديا على الصحة العامة أو على طائفة من الناس.

استعمال العنف أو التهديد به للتأثير على الحكومة أو لتهيب الناس أو طائفة منهم.

— استعمال العنف أو التهديد به بغرض إبراز قضية سياسية، دينية، عقدية.

2_2 التشريع الفرنسي¹.

تعرض المشرع الفرنسي لجريمة الإرهاب في القانون رقم 1020/86 لسنة 1986 فعرف الإرهاب طبقا لنصوص هذا القانون بمبيلي " الإرهاب هو خرق للقانون يقدم عليه فرد من الأفراد أو تنظيم جماعي بهدف إثارة اضطراب خطير في النظام العام عن طريق التهديد بالترهيب".

ومثلما سبق الإشارة إليه، فبعدما قمنا بتقديم تعريف لجريمة الارهاب سواء من حيث اللغة، أو من جانب الفقه والتشريع واتضح الرؤية بشأن هذه الجريمة، نتعرض بعد ذلك للجريمة السياسية، هذه الأخيرة التي قد يخلطها البعض عمداً بجريمة الارهاب لأسباب معينة، أو قد تلتقي بها فعلا في بعض النقاط.

المطلب الثاني : الجريمة السياسية.

الجريمة السياسية عمل سياسي يجرمه القانون، فهي صورة للنشاط السياسي الذي حاد صاحبه عن الطريق الذي رسمه القانون فأقدم في سبيل تحقيق أهدافه على العنف في مواجهة الخصوم على أن يستبدل الأسلوب الذي يرخص به القانون أسلوباً يحظره (القانون). ويخلص من ذلك أن الأصل في الجريمة السياسية أن تتجه إلى العدوان على الحقوق السياسية للدولة وأن تحمل على ارتكابها دوافع تتصل بتوجيه النشاط السياسي للدولة على نحو معين. ومنه سنتعرض إلى تعريف الجريمة السياسية من جانب الفقه والتشريع، كما سبق وأن قمنا به بالنسبة لجريمة الإرهاب، لكي تتضح صورة هذه الجريمة، حتى يتمكن من بيان الفروق الجوهرية بين الجريمة السياسية والجريمة الإرهابية من خلال عقد مقارنة بينهما، ولكن وقبل ذلك نبين الصعوبات التي تعترى تعريفها، إضافة إلى أهمية هذا التعريف، أي الحكمة من بيان متى تكون الجريمة سياسية.

صعوبة وأهمية تعريف الجريمة السياسية.

ما تجدر الإشارة إليه قبل الخوض في تعريف الجريمة السياسية هو صعوبة ذلك، حيث اتفق الباحثون في الجريمة السياسية على صعوبة تعريفها وصعوبة تحديد طبيعة الإجرام السياسي ويصفونها بأنها مفهوم نسبي وامتوج ومتناقض ومضطرب، كما أنه يحمل بذرة فئائه في ذاته لسببين : أولهما يتمثل في النزوع إلى الشدة مع الجريمة السياسية نظراً لخطورة آثارها حتى أصبح التساهل إزاءها أمراً استثنائياً، وثانيهما أن كلمة السياسي أو السياسة لا تعطي مدلولاً ثابتاً ومستقراً ولا تصلح أن تكون معياراً وصفة أو نوعاً، كما أنها تتبدل بتبدل الأوضاع والظروف والأشخاص والمصالح، ومن ثم فلا تصلح أن تكون أساساً لنظرية توضع في صلب القانون الجنائي.

ويرى رأي آخر أن الجريمة السياسية يختلف مفهومها من أمة إلى أخرى بحسب أسسها الاجتماعية والاقتصادية وتفهمها للحريات، ومن ثم لا يمكن الاتفاق على عناصر مشتركة بين الدول لهذه الجريمة. ويعتبرونها فئة خاصة من

الإجرام لأنها لا تتعرض لمصالح مستقرة واضحة ومقبولة لدى مختلف المجتمعات بصورة عامة، وهذا مما حدا ببعض إلى أن يفقد الأمل في وضع تعريف ثابت ومستقر للجريمة السياسية. وفيما يتعلق بأهمية تعريف الجريمة السياسية فتتضح الأهمية في وضع الحدود الفاصلة بين المجرم السياسي والمجرم العادي لما يترتب على ذلك من نتائج سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي.

أ - فعلى الصعيد الداخلي¹ : تتضح أهمية التفرقة بين المجرم السياسي والمجرم العادي من حيث ما يأتي :

- من حيث العقوبة المقررة : فقد تأرجحت عقوبة المجرم السياسي بين الشدة واللين من العصور القديمة إلى الحديثة التي نودي فيها بإلغاء عقوبة الإعدام على الجريمة السياسية لأنها جريمة لا تصدق عليها صفة الإجرام الذي تُجدي فيه وظائف العقاب، فهي ليست مجرمة أخلاقيا لأنها جريمة مثقفين لا جريمة غوغائيين، يتجلى فيها الجاني بنبل المقصد وشرف الغاية مما يستدعي تخفيف عقوبته. وهذا ما سلكته العديد من الدول من خلال قوانينها مثل العراق وفرنسا وسوريا ولبنان وإيطاليا، فعقوبة الإعدام لن تكون نافعة لأنها لن تثني المجرم السياسي عن مبادئه، لأن الصراع في الإجرام السياسي يكون بين نظم وأحزاب ولجوء الحكومات إلى الإعدام بالنسبة للإجرام السياسي هو دليل ضعف.

- من حيث المعاملة العقابية : فاستنادا إلى نبل الاعتبارات والبواعث فقد اتسمت معاملة المجرم السياسي داخل المؤسسة العقابية بالرفق واللين ومن مظاهر ذلك تخصيص حجرات فردية لكل منهم وارتداء ملابسهم الخاصة بهم دون الالتزام بارتداء البدل العقابية، كما أنهم يتمتعون أكثر من غيرهم بنظام العفو الشامل والذي يحدث غالباً في أعقاب الأحداث المهمة، وتصدر الدول التشريعات والمراسيم اللازمة لتقرير هذه الميزات في المعاملة العقابية.

- من حيث بعض المزايا الأخرى : تُقرر بعض التشريعات مزايا أخرى في نواح متعددة للمجرم السياسي، من أمثلتها عدم حرمانه من حقوقه المدنية كعقوبة تكميلية، والسماح بوقف تنفيذ العقوبة مهما طالّت المدة المحكوم بها، وعدم احتساب جريمته السياسية السابقة في العود، فلا يُشدد العقاب عليه لأجلها إذا عاد لارتكابها أو ارتكاب جريمة أخرى.

ب - وعلى صعيد العلاقات الدولية² : يتمتع المجرم السياسي بوضع خاص عن غيره من المجرمين العاديين، حيث إن علاقات التعاون بين الدول من أجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين تفرض التعاون في مجال مكافحة الجريمة من خلال السماح بتسليم المتهمين، ولكن المجرم السياسي يتمتع بحصانة ضد هذا التسليم، وهو يستمد هذه الحصانة من دساتير الدول التي تحظر في معظمها تسليم اللاجئين السياسيين وهم الذين ارتكبوا جرائم توصف بأنها سياسية، أو قد يكون عن طريق اتفاقيات قضائية بين الدول، ذلك أن الرأي العام ينظر إلى الجريمة السياسية باعتبارها مجردة من كل المعاني المشينة استنادا إلى إيمان المجرم السياسي بفكرة يعتقد أن فيها خير للمجتمع وأنها تُعبر عن النظام الأمثل الذي يُحقق ما يصبو إليه المواطن. فمجرمو اليوم قد يكونون هم أبطال الغد، ولم يكن في الإمكان إهمال هذا التعاطف الجماهيري مع المجرمين السياسيين فتقررت قاعدة حظر تسليم المجرم السياسي. ومن ذلك نذكر الاتفاقية القضائية بين الجزائر والمملكة المغربية المبرمة في 15 مارس 1963 المعدلة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران في 15

¹ ينظر عبد الوهاب عمر البطراوي، الإجرام السياسي، بحث ضمن مجموعة بحوث جنائية حديثة مقارنة بين القوانين المعاصرة والفقه الإسلامي، ط الثالثة، ج الأول، دار الفكر العربي، 1996، ص 432 وما بعدها.

² ينظر المرجع السابق - ص 432 وما بعدها.

يناير 1969، حيث جاء في المادة 34 من الاتفاقية (يُحظر تسليم الجرمين : أ — عندما تعتبر الجنحة التي تقتضي التسليم، كجرمة سياسية أو مرتبطة بجرمة سياسية)¹.

وما سبق يتضح أن الامتيازات التي يتمتع بها الجرم تتوقف على نوعية الجريمة التي يرتكبها وكونها جريمة سياسية من عدمه، مما يضفي أهمية كبيرة على تحديد الجريمة السياسية، وهو ما سنتناوله من خلال بيان مفهوم الجريمة السياسية.

الفرع الأول: تعريف الجريمة السياسية في الفقه.

لم يستقر الفقه على تعريف موحد ومتفق عليه للجريمة السياسية، كما اختلفت التشريعات بشأنه وهذا ما سبق أن نوهنا عنه حول صعوبة تعريف هذه الجريمة نظراً لخصوصيتها ونقص ذلك الصفة اللصيقة بها والمرتبطة بـ السياسة — وسنبداً بتعريفها في الفقه الوضعي بشقيه الغربي والعربي، ثم نتقل إلى نظرة التشريع إليها مقتصرين على بعض القوانين فقط لنبين كيف عالجت التشريعات هذه الجريمة، وهل توافق النظر إلى ذلك؟، وفي الأخير نتعرض إلى الجريمة السياسية في القانون الدولي.

1 — الفقه الغربي .

نذكر² تعريفاً للفقيه الانجليزي - وارثون - حيث ذكر في معجمه : أن الجريمة ذات الطابع السياسي هي الجريمة التي تلازم الاضطراب السياسي وتشكل جزءاً منه. وعرف - فابريجيت - الجريمة السياسية بأنها : الأعمال التي يُقصد منها اضطرابات سياسية أو كراهية لنظام الحكم فهي إذا الجريمة التي تُهاجم بها الحكومة في ذاتها معتبرة في نظامها السياسي وحقوقها المعترف بها. أما - فيدال - فقد توسع في تعريفه وشمله بجرائم أمن الدولة الداخلي والخارجي ووضع مميّزاً للجريمة السياسية عن العادية والمتمثل في طبيعة الحق المعتدى عليه والبواعث التي تدفع الجرم السياسي لارتكاب جريمته. وعرفها غارسون : بأنها الجريمة التي لا تكون صفتها الفائقة فقط، بل نتيجتها الوحيدة والمطلقة أيضاً تدمير النظام السياسي أو تعديله أو إزعاجه في واحد أو عدة من أركانه وهذا النظام يتضمن في الخارج استقلال الدولة وسلامة بلادها وعلاقاتها مع سائر الدول وفي الداخل يتضمن شكل الحكومة وتنظيم السلطات العامة وعلاقاتها المتقابلة، وأخيراً حقوق المواطنين.

2 — الفقه العربي.

نذكر تعريف للأستاذ - محمد زكي محمود - أن الجريمة السياسية هي : الجريمة التي تُرتكب بهدف الاعتداء على نظام الدولة السياسي سواء في الداخل أو من جهة الخارج³. وعرفها الأستاذ - مصطفى حكمة العدوى - بأنها : الجرم الواقع بقصد قلب نظام الحكم وتغيير شكله السياسي داخلياً أو خارجياً⁴.

فإذا نظرنا نظرة شاملة إلى التعاريف التي أوردناها حول الجريمة السياسية نجد أنها تمثل مدارس واتجاهات فكرية متعددة، وهو ما يتضح من خلاله أن الفقه انقسم في سبيل تحديد مضمونها إلى فريقين هما أنصار المذهب الشخصي، وأنصار المذهب الموضوعي، وهذا ما سنوضحه بنوع من الإيجاز بداية بالمذهب الشخصي ثم المذهب الموضوعي :

- المذهب الشخصي (الذاتي) : لا تستقي النظريات من منهل واحد وإنما هي مختلفة الموارد والمصادر، ويوحد بينها أنها جميعاً تنظر إلى الجريمة السياسية من زاوية شخصية الجاني وتتحرى معيارها في ركن الجريمة المعنوي وفي دوافعها وأغراضها. فمن الفقهاء من ركز على الباعث (le motif) أو الدافع (le mobile) ويرون أن الجريمة

¹ اتفاقيات قضائية - مجلة لوزارة العدل (الجزائر) - 1992 - ص 16 .

² ينظر عبد الحميد الشورابي - الجرائم السياسية وأوامر الاعتقال وقانون الطوارئ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ط الثانية، 1999، ص 37 .

³ ينظر محمد زكي محمود - محاضرات في القانون الجنائي - 1984 - [د ن] - ص 43 .

⁴ ينظر مصطفى حكمة العدوى - دروس في القانون، دمشق، 1952، [د ن] ، ص 46 .

تكون سياسية إذا كان الدافع لها والباعث عليها سياسياً والعكس صحيح، ومن هؤلاء - روسل - - كلارك - - هولزendorف - وبهذا يعرفون الجريمة السياسية أنها الجريمة التي يحمل الفاعل على ارتكابها باعث أو دافع سياسي¹. إلا أنه تم توجيه النقد إلى معيار الباعث كأساس لتعريف الجريمة السياسية والتي يندرج تحت إطار المذهب الشخصي وهذا من عدة وجوه، من ذلك أن هذا المعيار يلفت النظر عن خطورة الجريمة السياسية والمصالح التي تحددها، وفي نفس الوقت يوسع من نطاق الجريمة السياسية، كما أن الباعث لا يعد ركناً في الجريمة ومن ثم فلا يصلح من باب أولى أن يكون منوطاً للفرقة بين نوعين من الجرائم وضابطاً لتحديد ماهية بعضها، هذا فضلاً عن صعوبة استظهار الباعث السياسي والتعرف عليه، كما أن الأمر ليس دائماً بهذه السهولة لأنه أحياناً ما توجد بواعث متعددة وراء جريمة واحدة، فأي وصف يمكن أن يلحق بهذه الجريمة؟ هل تعد جريمة سياسية أم عادية؟..

- المذهب الموضوعي²: يدعو إليه في الغالب الفقهاء الألمان، فلا ينظر أنصار المذهب الموضوعي إلى شخصية الجاني أو الباعث الذي حمله على فعله ولكنهم ينظرون إلى المصلحة محل الحماية الجنائية، ووفقاً لهذا المعيار تعتبر الجريمة سياسية متى كانت تمثل عدواناً على مصلحة سياسية للدولة أو على حقوق سياسية للفرد بصرف النظر عن الباعث وراء ارتكابها، وبالتالي تستمد الصفة السياسية من الموضوع الذي انصبت عليه الجريمة ومن النتيجة التي تمخضت عنها دوغما اعتداد بالغاية التي دفعت الجاني إلى الإقدام عليها. وفي ذلك يقول - الفقيه الألماني - فون ليست - أن الجرائم السياسية: هي الجرائم المقصودة المقترفة ضد كيان الدولة وأمنها أو الواقعة على رئيس الحكومة أو على حقوق المواطنين السياسية. وهو تقريباً ما جاء به الفقيه الفرنسي - غارو - والذي عرفها بأنها: الجريمة التي تُفرض على وجه الحصر إلى تقويض النظام السياسي أو تعديله أو الإخلال به.

الفرع الثاني: الجريمة السياسية في التشريع.

فكما هو معروف أن مهمة التشريعات الجنائية ليست إيراد التعريفات، ولكن بيان عناصر الجريمة وتحديدتها على وجه الدقة، ومن ثم أحجمت معظم التشريعات العقابية للدول عن إيراد تعريف للجريمة السياسية في صلب قوانينها، وفي المقابل فقد أقدمت بعض التشريعات على تعريفها، وهو ما سنتناوله بدءاً بالتشريع الغربي ثم التشريع العربي معتمدين على البعض منها على سبيل المثال.

1 — التشريع الغربي.

من القوانين التي عرفت الجريمة السياسية، القانون الألماني، ويذكر الباحث إلهام محمد العاقل³ أن أول تشريع عقابي عرف الجريمة السياسية هو التشريع الألماني والذي عرفها في المادة الثالثة بأنها (الجرائم الموجهة ضد كيان الدولة أو سلامتها وضد رئيس الدولة أو أحد أعضاء الحكومة بوصفه عضواً في الحكومة وضد الحقوق السياسية، والجرائم التي من شأنها المساس بالعلاقات الحسنة مع البلاد الأجنبية). وعرفها المشرع الايطالي⁴ بالقول (يعتبر إجراماً سياسياً كل جرم يضر بمصلحة سياسية من مصالح الدولة أو بحق سياسي من حقوق المواطنين، وكل جريمة من الجرائم إذا كانت الدوافع إليها كلاً أو بعضاً دوافع سياسية).

ومن التشريعات التي أحجمت عن تعريف الجريمة السياسية ولكن احتوت نصوصها على جرائم ذات مدلول سياسي وهي الجرائم المتعلقة بأمن الدولة، نجد التشريع الفرنسي، بحيث بالرجوع إلى قانون العقوبات الفرنسي⁵ لا نجد أي ذكر للجريمة السياسية وإنما قام المشرع الفرنسي بتعداد بعض الجرائم ذات المدلول السياسي، من ذلك ما

¹ ينظر عبد الحميد الشورابي - الجرائم السياسية وأوامر الاعتقال وقانون الطوارئ، المرجع نفسه، ص 55.

² ينظر سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 263.

³ ينظر إلهام محمد حسن العاقل، مبدأ عدم تسليم المجرمين السياسيين في الجرائم السياسية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 82.

⁴ ينظر عبد الوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف - لبنان، 1963، ص 9.

⁵ ينظر

ورد في الباب الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان : الجنايات والجنح الموجهة ضد الأمة، الدولة والسلم العام، فتعرض لجريمة الخيانة والتجسس في الفصل الأول من الباب نفسه وذلك في المواد : من 411 - 1 إلى 411 - 11 ، وتعرض لجرائم الاعتداء على مؤسسات الجمهورية وسلامة أرض الوطن في الفصل الثاني من الكتاب الرابع، وقام بتعداد بعض الجرائم دون الإشارة إلى مصطلح الجريمة السياسية وهو ما سبق ذكره، فذكر جرمي الاعتداء والمؤامرة في القسم الأول من الفصل الثاني من الكتاب الرابع وذلك في المادتين 412 - 1 و 412 - 2 ، كما تضمن قانون العقوبات الفرنسي لجريمة حركات التمرد في القسم الثاني من الفصل الثاني سابق الذكر في المواد : من 412 - 3 إلى 412 - 6، وتعرض في الفصل الثالث إلى جرائم التعدي على الدفاع الوطني في المواد من : 413 - 1 إلى 414 - 9، وكلها جرائم تتعلق بأمن الدولة.

2 ————— التشريع العربي.

من التشريعات العربية التي أوردت تعريفاً للجريمة السياسية التشريعان السوري واللبناني¹، بحيث وضعاً تعريفاً متشابهاً، فنصت المادة 195 من ق ع السوري على أن (الجرائم السياسية هي الجرائم الواقعة على الحقوق السياسية العامة والفردية ما لم يكن الفاعل قد انقاد لدافع أناني دنيء)، وأوردت المادة 196 من نفس القانون (تُعد جرائم سياسية الجرائم المرتكبة أو الملازمة لجرائم سياسية ما لم تكن من أشد الجنايات خطورة من حيث الأخلاق والحق العام كالقتل والجرح الجسيم والاعتداء على الأملاك إحراقاً أو نسفاً أو إغراقاً والسرققات الجسيمة ولا سيما ما ارتكبت منها بالسلاح والعنف وكذلك الشروع في تلك الجنايات). وعرفتها المادة 196 من ق ع اللبناني بأنها (الجرائم المقصودة التي أقبل عليها الفاعل بدافع سياسي، وهي كذلك الجرائم الواقعة على الحقوق السياسية العامة والفردية ما لم يكن الفاعل قد انقاد لدافع أناني دنيء).

وعرفها قانون العقوبات الليبي لسنة 1953² في الفقرة الخامسة من المادة التاسعة منه (وتعد الجريمة السياسية في حكم القانون الجنائي كل جريمة تمس بمصلحة سياسة الدولة أو بحق سياسي لأحد الأفراد، كما تعد جريمة سياسية الجريمة العادية التي يكون الدافع الأساسي لارتكابها سياسي).

أما التشريعات التي لم تورد تعريفاً للجريمة السياسية فنذكر منها التشريع الجزائري، المغربي، الموريتاني، والتشريع المصري.

فبالنسبة للتشريع الجزائري تعرض المشرع إلى بعض الجرائم التي تدخل في هذا الإطار، فاحتوى قانون العقوبات³ على الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث من الجزء الثاني تحت عنوان : الجنايات والجنح ضد أمن الدولة والذي قُسم إلى أربعة أقسام، احتوى القسم الأول على جرائم الخيانة والتجسس (من المادة 61 إلى 64)، وتضمن القسم الثاني جرائم التعدي على الدفاع الوطني أو الاقتصاد الوطني (من المادة 65 إلى 76)، وخُصص القسم الثالث إلى الاعتداءات والمؤامرات والجرائم الموجهة ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن (من المادة 77 إلى 83)، وتعرض المشرع في القسم الرابع إلى جنایات التقتيل والتخريب المخلة بالدولة (من المادة 84 إلى 87).

وبالنسبة للتشريع المغربي فقد عالج المشرع هذا الموضوع من خلال قانون العقوبات الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.59.413 لسنة 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي⁴، في الباب الأول من الكتاب الثاني تحت

¹ ينظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول، ط الثالثة، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 633.

² ينظر عبد الحميد الثواربي، الجرائم السياسية، المرجع نفسه، ص 40.

³ قانون العقوبات الجزائري.

⁴ مجموعة القانون الجنائي وفق تعديلات 2011 - سلسلة النصوص التشريعية - ط الرابعة.

عنوان : الجنايات والجنح ضد أمن الدولة، والذي قسّمه إلى جرائم موجهة ضد الملك والحكومة، وجرائم ضد أمن الدولة الداخلي والخارجي. ففيما يتعلق بالجرائم الموجهة ضد الملك أو الحكومة فجاءت في الفرع الأول تحت عنوان : الاعتداءات والمؤامرات ضد الملك أو الأسرة المالكة أو شكل الحكومة في المواد : من الفصل 163 إلى الفصل 180، وفيما يتعلق بالجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي تضمنها الفرع الثاني : من الفصل 181 إلى 200، أما الجنايات والجنح ضد أمن الدولة الداخلي فتضمنها الفرع الثالث : من الفصل 201 إلى 207 .

أما بالنسبة للتشريع الموريتاني وعلى غرار التشريعات التي لم تتعرض إلى تعريف الجريمة السياسية وإنما اقتصر على تعداد الجرائم ذات المدلول السياسي، فقد تعرض إلى هذه الجرائم في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث، من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر القانوني 162 - 83 لسنة 1983¹ تحت عنوان : الجنايات والجنح ضد أمن الدولة، فتعرض في الفرع الأول إلى الخيانة العظمى والتجسس : من م 67 إلى 70، وفي الفرع الثاني إلى الاعتداءات على الدفاع الوطني : من م 71 إلى 82، وخصّص الفرع الثالث إلى المؤامرات ضد سلطة الدولة ووحدة أمن الأرض : من م 83 إلى 89، أما الفرع الرابع فكان للجرائم المؤدية إلى زعزعة الدولة : من م 90 إلى 93، وآخر الجرائم في هذا المجال كانت في الفرع الرابع والذي تناول حركات التمرد : من م 94 إلى 96 .

وفيما يتعلق بالتشريع المصري فقد حدا المشرع نفس ما ذهبت إليه القوانين التي لم تورد تعريفاً للجريمة السياسية، فتعرض المشرع المصري² إلى الجرائم المضرة بأمن الدولة في البابين الأول والثاني من قانون العقوبات، وقد جاءت نصوص القانون تحت عنوان الجرائم المضرة بأمن الحكومة وقسمت إلى جرائم مضرة بأمن الحكومة من الخارج وجرائم مضرة بأمن الحكومة من الداخل. إذاً فالمشرع المصري لم يتجه اتجاهًا خاصاً نحو الجريمة السياسية، إلا أنه ما تجدر الإشارة إليه أن الشارع المصري تعرض لحماية المجرم السياسي ومنحه حق اللجوء وهذا ما ورد في المادة 40 من الدستور المصري لسنة 1971 التي تنص على أن (تسليم اللاجئين السياسيين محظوراً) .

وأخيراً وبالنسبة للتشريع الأردني، فالوضع نفسه لما سبق ذكره فقد أورد الجرائم التي استقرّ الفقه على اعتبارها سياسية كالجرائم الواقعة على أمن الدولة، من ذلك ما ورد في قانون العقوبات الأردني رقم 85 لسنة 1951 (المواد من 106 إلى 140)³، ولو أن المشرع الأردني استثنى تسليم المجرمين السياسيين في المادة السادسة من قانون تسليم المجرمين الفارين الصادر سنة 1927⁴ .

الفرع الثالث : الجريمة السياسية من الناحية الدولية والإقليمية.

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريفين، تعريف من الناحية الدولية، ونكتفي بتعريف من الناحية الإقليمية.

1 — من الناحية الدولية.

فمن الجانب الدولي عرفها المؤتمر الدولي السادس لتوحيد القوانين الجنائية المنعقد في كوبنهاجن لسنة 1935 بأنها (الجرائم الموجهة ضد تنظيم الدولة وسيرها وكذلك ضد حقوق المواطنين، وتعد جرائم سياسية جرائم القانون العام التي تضع الجرائم السابقة في حيز التنفيذ وكذلك الأفعال التي تسهل تنفيذ الجرائم أو التي تساعد الفاعل من الهرب من العقاب، ومع ذلك لا تعتبر جرائم سياسية الجرائم التي يقترفها الفاعل بدافع أناني دنيء أو التي توجد خطراً مشتركاً أو حالة إرهاب)⁵.

¹ ق ع المريتاني.

² قانون العقوبات المصري.

³ قانون العقوبات الأردني من الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية : http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=16&year=1960

⁴ ينظر عبد الحميد الشواربي - الجرائم السياسية - المرجع نفسه - ص 41 .

⁵ ينظر أحمد حلال عز الدين، الإرهاب والعنف السياسي، دار الحرية، القاهرة، 1986، ص 66 .

2 — من الناحية الإقليمية.

ومن الناحية الإقليمية، أقرت اتفاقية تسليم المجرمين التي أعدتها جامعة الدول العربية سنة 1953 في مادتها الرابعة¹ عدم جواز تسليم المجرمين السياسيين وقررت كذلك أن تقدير كون الجريمة سياسية متروك للدولة المطلوب إليها التسليم على أن التسليم يكون واجباً في الجرائم الآتية :

- جرائم الاعتداء على الملوك ورؤساء الدول أو زوجاتهم أو أصولهم أو فروعهم.
- جرائم الاعتداء على أولياء العهد.
- جرائم القتل العمد.
- الجرائم الإرهابية.

إذاً فالاتفاقية العربية قد أقرت مبدأ عدم التسليم عن الجرائم السياسية، وتركت مسألة التعريف دون تحديد مفهوم الجريمة السياسية ربما حذراً للتدخل في التشريع الداخلي للدول العربية، إلا أنها قد اعتبرت الجرائم المنصوص عليها في الفقرات الأربع سابقة الذكر من الجرائم العادية غير المشمولة بالحماية القانونية للجرائم السياسية ولا الحماية المقررة للمجرم السياسي.

المطلب الثالث : تمييز الإرهاب عن الجريمة السياسية.

من خلال ما سبق ذكره بالنسبة للجريمة السياسية وما تقدم عرضه فيما يتعلق بجريمة الإرهاب من خلال تعريفها وذكر خصائصها وأهدافها، يمكن التوصل لإيجاد أهم نقاط الاختلاف، ولو أننا سنتعرض في البداية إلى أوجه الاتفاق بين الجريمة السياسية والجريمة الإرهابية، ثم نتقل إلى أوجه الاختلاف، وهذا من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول : أوجه الاتفاق بين الجريمتين .

تلتقي الجريمة السياسية مع جريمة الإرهاب من خلال ما ذكرناه من تعاريف في الأوجه التالية :

- أن كلا الجريمتين قد تقعان من شخص واحد كما قد تقعان من عدة أشخاص.
- تلتقي الجريمة السياسية مع أغلب جرائم الإرهاب في الهدف السياسي.
- أن الجريمة السياسية في حال تطورها ووصولها إلى مرحلة الحرب الأهلية يمكن أن تصل إلى حالة تقويض أمن المجتمع فتتفق مع الجرائم الإرهابية في إعاقتها للتنمية في مختلف المجالات.
- كما يتفقان في أن كلاهما عمل غير مشروع ويعتبر مخالفاً للقانون.

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين الجريمتين .

تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة الإرهابية في عدة أوجه نوردتها كما يلي :

- فمن حيث الدافع : أن المجرم في الجريمة الإرهابية تحركه دوافع حقيرة قد تكون مجرد الحصول على أموال أو أشياء أخرى، أما في الجريمة السياسية فنجد أن المجرم السياسي ذو دوافع نبيلة، إذ أنه يقصد وراء فعله النفع العام أو المصلحة العامة كتخليص الشعب من حاكم طاغية إلى غير ذلك من الأمثلة.
- ومن حيث آثار الجريمة : فتتسم الجريمة الإرهابية بالعشوائية من ناحية الأهداف التي تصيبها حيث أن الغالب أن تتخطى آثارها ما هو مخطط لأهدافها، فالاعتداء على أحد المناطق السياحية مثلاً غالباً ما تمتد آثاره ليشمل السائحين ومواطني الدولة وليس السائحين فقط وهم الطائفة المقصودة أصلاً من هذه الجريمة. أما الجرائم السياسية فالغالب ما تقتصر آثارها على محل وقوع هذه الجريمة، من ذلك وعلى سبيل المثال الانقلابات العسكرية ضد الرؤساء، ففي حالة

¹ ينظر محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، 1981، [د ن]، ص 133 .

نجاحها لا يتعدى آثارها غالبا شخص الرئيس المطاح به وغالبا ما تتمثل هذه الآثار في إزاحته عن الحكم فقط دون المساس بجسده، والأمثلة كثيرة في هذا المجال.

- ومن حيث طريقة وآلية تنفيذ الجريمة : فلا توجد وسيلة معينة تستخدم لتنفيذ الجرائم الإرهابية، فكل الأسلحة مباحة في هذه الجريمة، أما الجرائم السياسية فغالبا ما تتبع أسلوب محدد لتنفيذها.

- أن الجاني في الجريمة السياسية يُعامل معاملة عقابية خاصة كإفادته بظروف التخفيف أو العفو، بخلاف المجرم في جريمة الإرهاب والذي يعامل معاملة المجرم في الجريمة العادية.

- أن العنف في الجريمة السياسية يكون عابراً، أمّا الجريمة الإرهابية فغالبا ما يصحبها العنف الذي يجعل الناس في حالة رعب وهلع، أي أن كل عمل إرهابي ينطوي على عمل من أعمال العنف السياسي بخلاف الجريمة السياسية فإنها لا تنطوي على عمل إرهابي.

- أن مرتكب الجريمة السياسية مستثنى من مبدأ التسليم لعدم خطورته على الدولة التي يلجأ إليها إضافة إلى عدم وجود الميول الإجرامية لديه بخلاف مرتكب الجرائم الإرهابية. ويذكر الأستاذ منتصر حمودة في كتابه الإرهاب الدولي أن معظم الدساتير وكذلك معاهدات التسليم الدولية تنص على حضر تسليم اللاجئين السياسيين، بينما لا ينص أي دستور أو أي معاهدة دولية للتسليم على حضر تسليم الإرهابيين¹.

- كما أن الجرائم السياسية ما هي إلا جرائم داخلية يختص بالعقاب عليها قانون العقوبات الوطني، أمّا جرائم الإرهاب فأصبحت جريمة دولية مُجرّمة بواسطة قواعد القانون الدولي الجنائي، ولو أن الاختصاص القضائي في جريمة الإرهاب فهو ممنوح للدول وليس للقضاء الجنائي الدولي ممثلا في المحكمة الجنائية الدولية، كون أن الإرهاب لا يدخل ضمن اختصاص هذه المحكمة طبقا للمادة 5 من النظام الأساسي لروما².

- هذا إضافة إلى أن العديد من الدول ضمنت تشريعاتها سواء كانت دستور أو غيره من القوانين أو عن طريق اتفاقيات مسألة عدم تسليم مُرتكب الجريمة السياسية، وسبق أن ذكرنا الاتفاقية القضائية بين الجزائر والمملكة المغربية، هذا إضافة إلى اتفاقيات عديدة بين الجزائر والعديد من الدول من ذلك : فرنسا، تونس، بلجيكا....³، في حين أن مُرتكب جريمة الإرهاب لا يستفيد من هذا الامتياز، بل على العكس هناك إرادة دولية في متابعة وملاحقة الإرهابيين أين ما كانوا.

خاتمة.

وبهذا وتبعاً لما سبق عرضه من بيان للجريمة السياسية ومن قبلها جريمة الإرهاب من خلال تعريفهما سواء من جانب الفقه أو التشريع أو من جانب القانون الدولي، تكون الخطوط أو الحدود الفاصلة بين جريمة الإرهاب والجريمة السياسية قد وضحت من حيث القانون حتى لا يحصل الخلط بينهما وحتى لا يختلط الأمر فيما يتعلق بتطبيق الأحكام الخاصة بكل جريمة، إلا أن القول بوجود اختلاف بين الجريمتين لا يعني الاختلاف المطلق مثلما بدا من خلال ما قمنا بتبيينه في البحث، بحيث هناك نقاط التقاء بينهما تمّ بيانها ولو أنها قليلة مقارنة بنقاط الخلاف وهو ما سبق توضيحه من خلال هذا العرض الذي حاولنا فيه الاختصار قدر المستطاع نظراً لوساعة هذا الموضوع.

¹ ينظر منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية، وسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 96.

² يُرجع إلى موقع المحكمة الجنائية الدولية http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/Pages/default.aspx

³ اتفاقيات قضائية - مجلة لوزارة العدل (الجزائر) - 1992 (جميع اتفاقيات الجزائر في ما يخص عدم التسليم في الجرمي السياسية موجودة في المجلة).

البعد الإسلامي للدستور الموريتاني مقارنة بمبادئ الشورى والديمقراطية⁽¹⁾



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد محمود ولد محمد سالم

أستاذ القانون العام بجامعة نواكشوط محام لدى المحاكم

مقدمة :

تمر موريتانيا كغيرها من الدول المشابهة ببعض التحولات التي تضعها أمام أسئلة وإشكالات تفرض التأمل الهادئ والحوار المتزن والهادف، حول العلاقة بين الدين والدولة، بين الشورى والديمقراطية، أي العلاقة بين القوانين المعمول بها في موريتانيا لاسيما رأس هرم هذه القوانين "الدستور" والشرع الإسلامي، ودون أن ننساق وراء الخطابات التي تذهب إلى حد اعتبار الديمقراطية هي النموذج الذي يجب احتذاؤه لحل كل المشاكل التي نعاني منها، والانجرار كذلك وراء الطروحات الفكرية الجامدة المتمثلة في اعتبار كل ما هو نتاج غربي مخالفا للدين وبالتالي تجب محاربته والابتعاد عنه حتى ولو كان منه ما يجر المصلحة ويدبر المفسدة، مثلما يروج له بعض الغلاة والمتطرفين ، فإننا وأمام الموقفين سنحاول في إطار تناول هذا الموضوع توزيعه على محورين نتناول في الأول منهما: الديمقراطية والشورى المفاهيم والأسس، على أن نتناول في المحور الثاني البعد الإسلامي في القانون الدستوري الموريتاني لسنة 1991.

المحور الأول : مبادئ الديمقراطية والشورى :

يقوم المنهج الإسلامي في مجتمعه على التعاليم الشرعية وليس الوضعية أي أن مصدر التشريع ليس من وضع الإنسان بل هو ما جاء في القرآن والسنة النبوية، فنظرية الالتزام والحق واحدة، ونظرية الأجور واحدة والمواطنة واحدة وهكذا.

ومعلوم أن الفرق بين الوضعي والشرعي هو في استقرار الأصول في الإسلام وعدم التنازع عليها، بينما التنازع والتناطح في ذلك قائم في التشريعات الوضعية، الأمر الذي يؤدي إلى تنازع في النهج الديمقراطي ذاته، هذا المنهج الذي تعد معالجته مشحونة بالصعوبات لأنه يختلف باختلاف اختيارات المرء السياسية والعقائدية، وكذلك باختلاف انتماءاته الطبقية الاجتماعية.

(1) هذا الموضوع : هو في الأصل موضوع محاضرة قدمت في ندوة الحوار الوطني حول الإرهاب والتطرف المنعقدة بانواكشوط بتاريخ 24-28 أكتوبر 2010، وقد تم إجراء بعض التعديلات والإضافات عليه حتى يصبح قابلا للنشر.

فبالنسبة للبعض الديمقراطية هي قبل كل شيء نظام سياسي ويرفض هذا الصنف من الناس قبول فكرة وجود جوانب اجتماعية واقتصادية للديمقراطية، مقابل هذه المجموعة وكنقيض لها نجد من لا يمنح لمفهوم الديمقراطية إلا جانباً اجتماعياً واقتصادياً ويعتبر الجانب الاجتماعي لا أهمية له.

ومع وجود هاذين المفهومين اللذين لا يمكن اعتمادهما نظراً إلى كون الديمقراطية مفهوماً يلزم جميع مرافق النشاط الإنساني فهي تهم المجال السياسي الخاص بحقوق المواطن ونوعية وطريقة ممارسات هذه الحقوق وهي تكون ناقصة أو منعدمة تماماً إذا لم يكن في استطاعة المواطن التعبير عن وجهة نظره، وبالتالي فإن البحث في إشكالياتها لا يمكن مطلقاً أن يكون تجريدياً.

ومادام المفهومان الشورى والديمقراطية على هذا القدر من الأهمية والالتباس في نفس الوقت فإن ذلك يحتم البحث في الدلالات (المفاهيم - والمبادئ التي تحكم كلا النظامين).

1. المفهوم الديمقراطي :

كثيراً ما يثور التساؤل حول تعريف الديمقراطية بصورة وافية ليس لعدم وجود تعريف متفق عليه فقط خاصة من الناحية السياسية، بل لأن بعض التعريفات غامضة إلى حد يجعلها عديمة الجدوى، وبعضها الآخر غير كامل، إضافة إلى استعمال البعض للفظ الديمقراطية في غير مكانها المناسب.

وإذا كانت الديمقراطية لغوياً مشتقة من الكلمتين اليونانيتين الأصل: "Démós" وتعني شعب و"Gratos" وتعني سلطة أي حكومة الشعب، وعليه فإن المعنى اللغوي للكلمة هو سلطة الشعب^[1].

وهذا المعنى هو الذي ساد أيضاً في الحياة السياسية، فالنظام الديمقراطي هو النظام الذي تعبر فيه السلطة عن إرادة الشعب وتنبثق منه وتعمل لصالحه العام وبهذا المعنى عرف الرئيس الأمريكي أبراهام لنكولن الديمقراطية: "بأنها حكم الشعب بواسطة الشعب ومن أجل الشعب"^[2].

إن هذا التعريف يترك مشكلات كثيرة دون حل، ذلك أن أي نظام سياسي وفي أي زمان كان لم يوفر للشعب كله مجرد اختيار الحكومة، فكيف الحال بممارسة السلطات الحكومية، فلقد كانت المواطنة في بلاد مختلفة وعلى فترات مختلفة مقيدة بعدد من القيود: فالعمر والجنس ومعرفة الكتابة والقراءة والملكية والوضع الاجتماعي وأحياناً اللون والدين، أمور حالت كلها أو بعضها من وقت لآخر دون تمتع بعض الناس بالحقوق السياسية التي يتمتع بها الآخرون^[3].

ومع أننا لا نروم من هذه المقاربة حول الديمقراطية إجراء رصد تاريخي أو حصر مفاهيمي على اعتبار أن الديمقراطية من المفاهيم التي لا تعرف الجمود، فهي من المصطلحات والكلمات التي ليست جامدة الدلالة حيث تأخذ معانيها من تطور مدلولاتها ولو استمرت هي الكلمة نفسها التي تستعمل في الموضوع، فالبحث عن أصلها إذن لا يعني التشبث بمدلولها الأصلي، ولكنه يعني فقط تحديد الوجهة التي نبعت منها أحياناً^[4].

(1) د. مليكة الصروخ، القانون الدستوري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 1998، ص: 42.

(2) د. محمد عرب صاصيلا، الموجز في القانون الدستوري، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة 1981، ص: 73.

(3) عدي زيد الكيلاني، تأصيل وتنظيم السلطة في التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار البشير، ط 1، 1987، ص: 87.

(4) عبد الكريم غلاب، دفاع عن الديمقراطية، بحث تاريخي تحليلي، دار الفكر المغربي 1966، ص: 9.

إذا كان المفهوم الكلاسيكي للديمقراطية يعني حكم الشعب بالشعب لصالح الشعب (الديمقراطية المباشرة) قد تناسب في فترة معينة مع البيئة التي ولد فيها هذا المفهوم - أي المجتمع الأثيني - فإن التطورات التاريخية والتحولات المعرفية قد عملت على تهميش هذا المفهوم الكلاسيكي وجعلته يحس بالاغتراب داخل المجتمعات الحديثة^[1]، ومن هنا أصبحت الديمقراطية تأخذ صيغة مخالفة تماما للصيغة الكلاسيكية التي انطلق للبحث عنها الفكر الديمقراطي - أي حكم الشعب بالشعب لصالح الشعب - إذ أضحي عوض ذلك يأخذ صيغة "حكم الشعب بنخبة من الشعب لصالح الشعب" (الديمقراطية النيابية)، من هنا فالفرق الوحيد القائم بين الأوليغارشية والنظام الديمقراطي هو كون الأقلية الحاكمة في الحكم الأوليغارشي لا تستند إلى إرادة شعبية في حين أن النظام الديمقراطي يستوجب على "النخبة" أن تأخذ موقعها في السلطة على أساس الإرادة الشعبية^[2].

وهذا الاختلاف يوحي بأنه لا توجد هناك نظرية وحيدة للديمقراطية تتسم بالتناسق الداخلي، ويمكن بالتالي نقلها وتطبيقها كما هي في أي سياق اجتماعي وفي أي مرحلة تاريخية، ومن هنا تأتي أهمية التفكير الإبداعي لصياغة نموذج ديمقراطي يستجيب إلى أقصى حد ممكن إلى متطلبات المشاركة الجماعية الواسعة في اتخاذ القرار على كل المستويات.

والديمقراطية وإن اختلفت في معناها ومؤسساتها بين طبقة وأخرى أو بين نظام وآخر وحتى بين أمة وأخرى فإن لها معايير وأركاناً متكاملة ومترابطة إذا انعدم أو اختل أحدها فإن ذلك يؤدي إلى انهيار بنيانها ككل ولا يكون هناك مجال للحديث عن وجودها، ولا يمكن تجسيد مضمونها.

ويمكن الإشارة باختصار شديد إلى أهم هذه المعايير والأركان فيما يلي^[3] :

أولاً: أول هذه الأركان هو الإيمان والالتزام بأن الإنسان قيمة في ذاته وأن إنسانيته هي منتهى كل سياسة وحماية وترقية؛

ثانياً: المبدأ الثاني هو حرية التعبير، فلحرية قيمة أساسية وشرط لاكتمال إنسانية الإنسان؛

ثالثاً: المبدأ الثالث هو القبول بالتنوع والتعدد في إطار الوحدة، أو الوحدة التي تشتمل بالضرورة على التنوع؛

رابعاً: المبدأ الرابع هو القول بحكم الأغلبية دون إقصاء ولا تهميش للأقلية؛

خامساً: الإيمان بالتداول السلمي على السلطة؛

سادساً: إضفاء الشفافية على مختلف أوجه تدبير الشؤون العامة، وكيفية تسيير أجهزة التنفيذ؛

سابعاً: الفصل بين السلطات وإقرار التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حتى لا تطغى أو تهيمن أية واحدة على الأخرى، وضمان الاستقلال الكامل للقضاء لحماية المواطنين من أي تعسف أو شطط أو تجاوز وتحقيق العدل والإنصاف والمساواة في إطار دولة الحق والقانون؛

(¹) د. ابراهيم أبراش، الديمقراطية بين عالمية الفكرة وخصوصية التطبيق، مقارنة للتجربة المغربية، مجلة المستقبل العربي، عدد 249، نوفمبر 1999، ص: 56.

(²) د. ابراهيم أبراش، نفس المرجع السابق، ص: 56.

(³) عبد القادر العلمي، هاجس التغيير الديمقراطي، سلسلة شراع، دار النشر المغربية 1995، ص: 69.

ثامنا : وباعتبار أن الإعلام سلطة رابعة فيجب أن يعكس بأمانة وموضوعية التعدد الفكري والسياسي والنقابي ويكون أداة للتعريف بوجهات نظر كل مكونات المجتمع المدني، ووسيلة لتعميم فرص الحوار الديمقراطي المتكافئ؛

تاسعا : خلق مجتمع مدني له القدرة على الدفاع عن نفسه ضد كل شطط يطاله.

ونستخلص من ذلك أن الديمقراطية إما أن تتوفر كل أركانها ومعاييرها فتصبح قائمة الوجود، وإما أن يختل أحد الأركان وتغيب بعض المعايير فلا يكون لها وجود حقيقي ولو توفرت بعض مظاهرها الشكلية من قوانين وانتخابات. كما نستخلص منه أيضا أن الكثير من المبادئ والقيم التي اعتبرت أسسا للديمقراطية هي مبادئ تضمنها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وكرسها مبدأ الشورى كما سنرى في النقطة الموالية.

2. مبدأ الشورى :

وهو مبدأ يقره القرآن الكريم والحديث وتشهد له سيرة النبي صلى الله عليه وسلم، وأعمال الصحابة، ففي القرآن نص صريح يجعل من الشورى إحدى الصفات الجوهرية في المؤمن ويضعها في مستوى واحد من اجتناب الكبائر والقيام بالواجبات الدينية، يقول المولى جل شأنه: {فَمَا أُوتِيتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَمَتَّاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ وَأَبْقَى لِلَّذِينَ آمَنُوا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ. وَالَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ وَإِذَا مَا غَضِبُوا هُمْ يَغْفِرُونَ. وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ} [1]، ويقول المفسرون إنها آية نزلت في الأنصار الذين كانوا قبل الإسلام وقبل مقدم النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان بهم أمر اجتمعوا وتشاوروا فأثنى عليهم أي لا ينفردون برأي حتى يجتمعوا عليه "الزخشي".

ومع أن عبارة {أمرهم شورى بينهم} جاءت على صيغة الخبر فهي أمر ضمني وقد ورد مثله كثيرا في القرآن، على أن الأمر بالشورى جاء صريحا في موضع آخر يتجه فيه الخطاب إلى النبي صلى الله عليه وسلم بالقول : {فِيمَا رَحِمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لَنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ} [2].

وإذا كان الزخشي وغيره من المفسرين يتحرون في شرح هذه الآية ما يفيد أن الشورى واجبة على النبي صلى الله عليه وسلم فإن كلامهم صريح في أنها حق للمؤمنين.

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "لم يكن أحد أكثر مشورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم" [3].

وأخرج عبد بن حميد والبخاري في الأدب وابن المنذر عن الحسن قال: "ما تشاور قوم قط إلا هدوا لأرشد أمورهم"، ثم تلا: {وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ} [4].

(1) [سورة الشورى الآيات: 36-37].

(2) [سورة آل عمران، الآية 159].

(3) [السياسة الشرعية لابن تيمية، ص: 169].

(4) [راجع كتب التفسير في قوله تعالى: {وشاورهم في الأمر}].

وواضح مما تقدم أن الشورى في الإسلام واجبة على الحاكم وحق للمحكومين، بل إنها حق للمحكومين أولاً لأن الخليفة في عهد الخلفاء الراشدين لم يكن ينصب إلا بعد إجراء الشورى، وتاريخ الخلفاء الراشدين في هذا المجال معروف خصوصاً ما يتعلق منه ببيعة أبي بكر الصديق في سقيفة بني ساعدة.

أما في العصور التي تلت عهد الخلفاء الراشدين فإن المؤلفين في الآداب السلطانية والسياسة الملوكية يشيدون بدورهم بالشورى ولعل أطول نص ورد في شأنها في هذه الكتب هو ما نقرأه في كتاب "بدائع السلك في طبائع الملك" لابن الأزرق فقد نقل عدة أقوال في الشورى حاول ترتيبها وإعادة بنائها، نقل قول ابن العربي الفقيه الأشعري: "المشاورة أصل الدين وسنة الله في العالمين وحق على الخليفة من الرسول إلى أقل الخلق بعدا في درجاتهم وهي اجتماع على أمر يشير كل واحد برأيه مأخوذة من الإشارة"، ثم تحدث عن مشروعاتها فأرجعها إلى نص القرآن "الآيتان السابقتان" ثم تحدث ابن الأزرق عن فائدتها فذكر عدة أمور منها الأمن من ندم الاستبداد بالرأي، وإحراز الصواب غالباً، والتجرد بها عن الهوى وبناء التدبير على أفضل أساس.

ولم يتجاوز حديث ابن العربي فيما تقدم النظرة التقليدية السائدة في كتب الآداب السلطانية: أعني اعتبار الشورى في دائرة النصيحة والموعظة الحسنة، ولم يتعامل معها على أنها حق ولا على أنها واجب^[1].

والواقع أن نقاشاً طويلاً جرى بين الفقهاء والمفسرين حول ما إذا كانت الشورى ملزمة أم لا، فرأى البعض وجوبها مستدلاً بقوله تعالى: {وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ}^[2]، حيث وضعت الشورى بين فريضة عبادة وفريضة جماعية، كما أن قوله تعالى: {وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ} يولد الوجوب لأن الصيغة صيغة أمر وذلك للوجوب، أما البعض الآخر فيرى أن الشورى ليست ملزمة واستدلوا بقوله تعالى: {فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ}، فهؤلاء يرون أن مبدأ الشورى لم يأت في الفقه الإسلامي على سبيل الوجوب وإنما على سبيل الندب.

أما أهل الشورى بالمعنى الاصطلاحي الفقهي فهم أهل الحل والعقد، لكن قد ينصرف المعنى إلى جمهور الأمة وهو ما يفيد قوله صلى الله عليه وسلم عندما كان يقف على المنبر: "أشيروا علي أيها الناس" واستشار صلوات الله عليه أهل بيته وخاصة في حديث الإفك^[3].

وتجمع كل الفرق والمذاهب الإسلامية على أن الإسلام كنظام سياسي ديني يوجب إقامة حكومة يرأسها الإمام أو الخليفة، ويقرر ابن خلدون: "إن نصب الإمام واجب قد عرف وجوبه بالشرع بإجماع الصحابة والتابعين، لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند وفاته بادروا إلىبيعة أبي بكر رضي الله عنه وتسليم النظر إليه في أمورهم وكذا في كل عصر من بعد ذلك، ولم تترك الناس فوضى في عصر من الأعصر، واستقر ذلك إجماعاً دالاً على وجوب نصب الإمام"^[4].

(1) للاستزادة أكثر حول هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى:

- السياسية الشرعية لابن تيمية
- أدب الدين والدنيا للماوردي
- زاد المعاد لابن القيم الجوزية
- تاريخ الخلفاء للسيوطي.

(2) سورة الشورى، الآية 38.

(3) أبو زيد شلبي، تاريخ الحضارة الإسلامية، الفكر الإسلامي، مكتبة وهبه 1964، ص: 75.

(4) ابن خلدون، المقدمة، ج 2، ص: 519.

وهذا ما يذهب إليه أيضا المبدأ الديمقراطي الذي يشدد على تفادي حدوث أي فراغ في السلطة.

تدفعنا هذه الاختلافات اللفظية رغم وحدة مضمونها: بيعة مقابل انتخاب، ترك الناس فوضى مقابل تفادي شغور منصب رئاسة الجمهورية، إلى التساؤل عما مدى حضور المنهج الديمقراطي ومبدأ الشورى كمبدأ ديني لممارسة الحكم في الدستور الموريتاني؟ وهل أن الدستور منبت الصلة بكليهما؟ أم أن الإسلام حاضر في روحه ومضمونه؟ وهذا ما سنحاول تبيان من خلال المحاور الموالي.

المحور الثاني: البعد الإسلامي للقانون الدستوري الموريتاني :

أشرنا فيما سبق إلى أن عبارة الديمقراطية ليست مجردة عن السياق الذي تخرج منه ولا هي حقيقة مطلقة أو معطاة بصرف النظر عن المناخ الذي تحيا فيه، وإنما هي نتاج بيئة وأرضية ومحيط معين تنطبع بطابع تلك البيئة والأرضية أو ذلك المحيط الذي تنشأ فيه، وعليه فلا يمكن أن نبقي حين الحديث عن الديمقراطية أسرى تجارب ديمقراطية معينة في مجتمعات معينة، فخصوصية كل مجتمع تجعل نظام الحكم متباينا عن أي نظام حكم في مجتمع آخر.

ويمح غياب النموذج - المثال - في الحكم الديمقراطي للمجتمع إمكانية المحافظة على مقوماته الأساسية من مؤسسات وثقافات وعادات وتقاليد وأعراف وتاريخ، وفي الوقت نفسه إقامة وإرساء آليات ديمقراطية تسمح بالتنوع في ظل الوحدة، وتمنح لأكثر عدد ممكن من المواطنين حق تسيير الشؤون العامة وتحديد الاختيارات الكبرى، مع ضمان حقوق الأقليات وعدم تهميشها، إن تباين المجتمعات وحرصها على عدم فقدان هويتها وخصوصيتها وفي الوقت نفسه إقامة نظام ديمقراطي لا يتجاهل تلك الهوية وتلك الخصوصية يجعلنا أمام تعدد في الأنظمة الديمقراطية يساوي عددها عدد من أخذ بالمنهج الديمقراطي^[1].

والإقرار هنا بأن الديمقراطية تستلهم وتكيف ولا تنقل حرفيا هو اعتراف بصعوبة التحدي الذي واجهه النخبة الموريتانية منذ تأسيس الدولة الوطنية سنة 1960 لاسيما عند تأسيس الديمقراطية سنة 1991، لأن التقليد سهل ولكنه غير مضمون النتائج ولا يعبر عن أي إبداع وقد يلغي الخصوصية ويتصادم مع الثقافة الوطنية، أما بناء الديمقراطية انطلاقا من الواقع وخصوصياته فهو الشيء الصعب ولكنه مضمون النجاح لأنه يذيب العام بالخاص ويحول الثقافة الديمقراطية إلى جزء من الثقافة الوطنية ولا يخلق ثقافتين متعارضتين.

وهكذا نلاحظ أنه على الرغم من الانقسامات التي كانت تعيشها النخبة الموريتانية إبان فترة الإعلان عن الانفتاح الديمقراطي سنة 1991، فإن الطرفين يجمعان على أن تكون التجربة الديمقراطية الموريتانية نابعة من خصوصيات المجتمع الموريتاني، فهم لا يسعون إلى التقليد الحرفي للتجربة الديمقراطية الغربية، بل إلى استلهام مبادئها وأسسها العامة مع جعل القيم الإسلامية فوق كل اعتبار، وكانت أولى الخطوات في هذا المسار الإعلان عن وضع دستور 20 يوليو 1991.

ومن منطلق أن الدستور بشكل عام يعرف على أنه: "مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتبين سلطاتها العامة وعلاقاتها بعضها مع بعض، وعلاقة الأفراد بها كما تقرر حقوق الأفراد وحررياتهم

(1) د. ابراهيم أبراش، مرجع سبق ذكره، ص: 59.

المختلفة و ضمانات هذه الحقوق والحريات^[1]، فإنه لإلقاء نظرة ولو بسيطة على الدستور الموريتاني النافذ حاليا (دستور 1991^[2] المعدل 2006^[3] المعدل 2012)^[4].

يلاحظ المرء مدى حضور العامل الإسلامي في هذا الدستور سواء في إطار الديباجة أو في إطار المتن، وللتدليل على ذلك نبدأ بديباجة هذا الدستور التي افتتحت في فقرتها الأولى بالقول: "يعلن الشعب الموريتاني اتكالا منه على الله العلي القدير..."، وواضح العمق الإيماني في هذا التوكل، والذي يأتي استجابة لقول الخالق جل شأنه: {وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ}^[5]، وفي الفقرة الثانية نطالع أيضا: "يعلن الشعب الموريتاني تمسكه بالدين الحنيف"، لا تمسكه بالمسيحية ولا اليهودية ولا النصرانية... وفي الفقرة الثالثة من هذه الديباجة وردت أيضا كلمة: "يحترم أحكام الدين الإسلامي المصدر الوحيد للقانون"، واعتبار الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للقانون في هذا الدستور تكفي وحدها للتدليل على مدى حضور البعد الإسلامي في القانون الدستوري الموريتاني والذي لا يمكن للقوانين الأخرى إلا أن تجاريه في هذا الشأن نظرا لكونه رأس الهرم القانوني في الدولة.

وفي سياق ديباجة الدستور دائما نجد الدستور يؤكد على مجموعة من الحقوق والمبادئ سواء في ذلك ما كان على مستوى الحريات الجسمانية، أو كان على مستوى الحريات الفكرية، أو جاء على مستوى الحريات الاقتصادية، أم كان على مستوى الحريات الاجتماعية، ومعلوم أن هذه الحقوق ورد التأكيد عليها أيضا في غير ما موضع من القرآن الكريم والسنة النبوية، ودون الخوض في تفاصيل ذلك على مستوى كل حق من الحقوق، سنكتفي في هذا المقام بذكر بعض الأمثلة لا غير.

من ذلك حق المساواة المنصوص عليه في ديباجة الدستور، فهذا المبدأ يدخل في صميم التعاليم الإسلامية والمبادئ الديمقراطية الوارد التأكيد عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948^[6] (المواد 1-2-3-4) لأن تطبيق المساواة بين الناس يشيع الاطمئنان والرضى بينهم، أما خلاف ذلك فيشيع الظلم في المجتمع، ومن الأسانيد الشرعية المتعلقة بالمساواة في القرآن الكريم قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ}^[7]، ومن تطبيقات المساواة في الإسلام قصة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه مع ابن وأبيه عمرو ابن العاص على مصر والقبطي.

وتتفرع عن حق المساواة: حق المساواة أمام القانون وحق المساواة أمام القضاء.

(1) محمد آل ياسين، القانون الدستوري، المطبعة الحديثة، بيروت، ط 1، ص: 20.

(2) للاطلاع على نص هذا الدستور يمكن الرجوع إلى الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 763 بتاريخ: 30 يوليو 1991، ص: 540.

(3) يمكن الرجوع للقانون الدستوري رقم: 014-2006 يقضي بإعادة العمل بدستور 20 يوليو 1991 بصفته دستورا للدولة ويعدل بعض ترتيباته، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد: 1122 بتاريخ 15 يوليو 2006، ص: 384.

(4) القانون الدستوري رقم: 015-2012 يتعلق بمراجعة دستور 20 يوليو 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 1262 بتاريخ 30 ابريل 2012.

(5) سورة الطلاق، الآية 3.

(6) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، طبعة الأمم المتحدة، مكتب الإعلام 1967.

(7) [سورة الحجرات، الآية 13]

وتعني المساواة أمام القانون (الفقرة الثانية من المادة الأولى من دستور 1991) أن يطبق هذا المبدأ على الجميع دون محابة لأحد أو تمييز لفرد على آخر بسبب الجنس أو اللون أو العقيدة أو المنصب أو الغنى أو الصداقة أو القرابة مصداقا لقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} [1]

أما المساواة أمام القضاء فهي حق يعطيه التشريع الإسلامي لكل الأفراد باعتبارهم سواء أمام القضاء دون فرق بين فرد وفرد، بل حتى الأعداء يتمتعون بعدالة القضاء والمساواة أمامه بدليل قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ} [2].

المثال الثاني الذي نسوقه هنا والذي ورد التأكيد عليه في ديباجة الدستور الموريتاني لسنة 1991 هو حق الملكية، ومن خصوصية المبدأ الديمقراطي الموريتاني في هذا المجال أن المشرع الموريتاني أخذ بما ورد في التشريع الإسلامي بخصوص الملكية لا بما ورد في المادة 17^[3] من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والمبادئ الليبرالية المصاحبة التي تعطي لكل شخص الحق في التملك منفردا أو بالاشتراك مع غيره دون قيود، وقديما كان الفقيه جون لوك يقول: بأن إنشاء الدولة يعزى إلى الحرص على حماية ملكية الأفراد^[4].

وفي التشريع الإسلامي الذي جراه المشرع الموريتاني فيما يتعلق بحق التملك فهو معترف به وواجب احترامه إلا أنه مقيد في كيفية اتخاذه وتنميته وإنفاقه وما يتعلق به من حقوق للغير، وأن تكون أسباب نشوئه مباحة لا أن تكون بالطرق المحرمة كالسرقة والنهب واستغلال النفوذ والرشوة والربا والاحتكار.

ودائما على مستوى ديباجة دستور 1991 فإنه حتى فيما يتعلق بمجال السياسة الخارجية فإن ديباجة الدستور تعلن أن الإسلام ثابتا من ثوابت الأمة وذلك بالقول: "إن الشعب الموريتاني كشعب مسلم..." ومن شأن إحالة كهذه وغيرها مما سبق ذكره خصوصا النص على أن: "الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للقانون" أن يؤسس فكرة الحريات العامة على مبادئ إسلامية، ومن ثم فإن أي التزام دستوري في نطاق حماية حقوق الإنسان لا يتفق مع الشريعة الإسلامية من الجائز أن يوصف بعدم الدستورية.

وإذا ما تركنا ديباجة الدستور وانتقلنا إلى متنه، رغم أن الفقه القانوني الدستوري يجمع الآن على أن القيمة القانونية لديباجة الدستور مساوية تماما لمتنه (قرار مجلس الدولة الفرنسي 1977/07/12)، ستصادفنا الكثير من المواد التي لا تخرج عن النطاق الإسلامي للدستور، فقد ورد في المادة الأولى من دستور 1991: "موريتانيا جمهورية إسلامية لا تتجزأ..."، لتضيف المادة الخامسة من الدستور بشكل واضح وصريح لا لبس فيه: "الإسلام دين الشعب والدولة"، وهو ما يؤكد الطابع الإسلامي للجمهورية.

وهذا الاتجاه هو ما كان معمولا به في ظل دستور 20 مايو 1961 من خلال نصه على أن الإسلام هو دين الشعب (المادة 2) واشتراطه في رأس هرم السلطة التنفيذية أن يكون مسلما (المادة 10)، وهو الشرط الذي وضع فيما بعد

(1) [سورة النساء، الآية 27].

(2) [سورة النساء، الآية 135].

(3) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مرجع سبق ذكره.

(4) محمد أحمد باناجه، دراسة مقارنة حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ونصوص الميثاق الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وموقف التشريع الإسلامي منها، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1985، ص: 47.

لرئاسة السلطة القضائية المادة 26 من التعديل القانوني رقم 65/123 بتاريخ 20 يوليو 1965 الذي اشترط أن يكون رئيس المحكمة العليا مسلما.

وفي المادة الثامنة من الدستور ورد التنصيب على الرمز الوطني وتم اختيار الهلال من بين تلك الرموز، ومعلوم أن الهلال لمعاشر المسلمين والصليب لمعاشر النصارى.

أما النشيد الوطني فقد جاء وفق تعاليم إسلامية صرفة: "كن للإله ناصرا وأنكر المناكرا..."

وفيما يتعلق بشعار الجمهورية الذي ورد ذكره في المادة التاسعة من دستور 1991: "شرف - إخاء - عدل" من المعلوم بداهة أن هذه الشعارات هي قيم ورد ذكرها في القرآن الكريم عند قوله تعالى: {إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ...} [1]، وقوله تعالى: {وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} [2].

وتأكيدا للطابع الإسلامي للنظام السياسي الموريتاني اشترطت المادة 23 من دستور 1991 في رئيس الدولة أن يكون مسلما، وهذا ما أكدته المادة الثانية من الأمر القانوني التنظيمي رقم 91/027 بتاريخ 07 أكتوبر 1991 المتعلق بانتخاب رئيس الجمهورية التي عدت من بين شروط الترشح لرئاسة الجمهورية اعتناق الدين الإسلامي، وتأكيدا على مدى اعتبار العامل الإسلامي وإبراز مدى دوره في صلب الوثيقة الدستورية تم التأكيد في التعديل الدستوري لسنة 2006 على أن رئيس الدولة يجب أن يقوم بأداء القسم الدستورية قبل تسلمه لمهامه، لأن اليمين ركن هام من أركان الدين، ففي المجتمعات القديمة بالإضافة إلى ما تتضمنه من محاكاة العزة الإلهية فإنها تمثل دعامة الحق عند الإنسان، وهذا التقليد منبعث من الإيمان بوجود عدالة سامية متفوقة على الجميع ترقب تعهدات الإنسان ووجوب الوفاء بها وكانت اليمين تعتبر الضمانة الفعالة في الضمير القضائي بعد أن اعتمدتها كل الشعوب كوسيلة من وسائل الإثبات.

وقد جاء القرآن الكريم بنصوص صارمة مشددا على الوفاء باليمين متوعدا الحانث والكاذب بأشد العقاب، من ذلك قوله تعالى: {وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ} [3].

وقد ألزمت القوانين النافذة رؤساء وأعضاء بعض الهيئات القضائية والرقابية بأداء اليمين الدينية قبل تولي المهام: رئيس المحكمة العليا، رئيس وأعضاء المجلس الدستوري، رئيس محكمة الحسابات، الشفافية المالية.

ونعتقد هنا بأنه كان من اللازم أن يلزم كل من يتولى شأنا من الشؤون العامة بأداء هذه اليمين قبل قيامه بواجباته خصوصا الوزراء والموظفون السامون.

أخيرا فإننا نجد أنه في غمرة التمسك بالمووروث الإسلامي تأتي المادة 94 من دستور 1991 لتنص على إنشاء مجلس إسلامي أعلى لدى رئيس الجمهورية لما يمكن أن يلعبه رجال الدين من دور وطني في إطار النصح والتوجيه، ولذا

(1) سورة الحجرات، الآية 10

(2) [سورة النساء، الآية 58.

(3) [سورة النحل، الآية 91].

نصت المادة الخامسة من المرسوم رقم 07-92 الصادر بتاريخ 18 فبراير 1992 المتعلق بسير المجلس الإسلامي الأعلى على أن الآراء المطلوبة من المجلس الإسلامي الأعلى تتعلق خصوصا بما يلي :

- السياسة العامة للتوجيه الإسلامي للأمة
- أخذ المبادئ الإسلامية في الحسبان في السياسات القطاعية
- أخذ ضرورة نشر الإسلام في الاعتبار
- تطوير الثقافة الإسلامية
- كل أخرى تتعلق بالدور الأول للإسلام في المجتمع الموريتاني.

وفي إطار تعزيز دور رجال الدين وحضورهم على مستوى كل المجال السياسي بشكل عام تم إنشاء مجلس أعلى للفتوى والمظالم ينفرد دون غيره بإصدار الفتاوى الشرعية في القضايا ذات الصلة العامة، وبالعامل على تسوية التظلمات المرفوعة إليه إذا لم تكن قد رفعت أمام القضاء أو أمام وسيط الجمهورية، وله في هذا الخصوص دور كبير يقوم به في المجال الديني حددته المادة 3 من المرسوم رقم 134-2012 المنشئ لهذا المجلس.

خاتمة :

يتبين لنا مما سبق مدى تشديد الدستور الموريتاني النافذ حاليا على العلاقة ما بين الدين والدولة (الشورى والديمقراطية)، حيث تبين لنا من خلال الدراسة أن الدستور يولي هذا الجانب أهمية كبيرة نظرا لما يتمتع به الإسلام من مكانة متميزة في نفوس الموريتانيين ترجع إلى المركز الذي يشغله بسبب عوامل كثيرة منها التاريخية والفكرية والحضارية، وتظهر أهمية إيلاء الإسلام دورا متميزا من خلال ما حظي به سواء على مستوى ديباجة دستور 1991 المعدل 2006، 2012 أو على مستوى غالبية مواد متنه.

المراجع العامة المعتمدة :

- ⁽¹⁾ د. مليكة الصروخ، القانون الدستوري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 1998.
- ⁽²⁾ د. محمد عرب صاصيلا، الموجز في القانون الدستوري، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة 1981.
- ⁽³⁾ عدي زيد الكيلاني، تأصيل وتنظيم السلطة في التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار البشير، ط: 1، 1987.
- ⁽⁴⁾ عبد الكريم غلاب، دفاع عن الديمقراطية، بحث تاريخي تحليلي، دار الفكر المغربي 1966.
- ⁽⁵⁾ د. ابراهيم أبراش، الديمقراطية بين عالمية الفكرة وخصوصية التطبيق، مقارنة للتجربة المغربية، مجلة المستقبل العربي، عدد 249، نوفمبر 1999.
- ⁽⁶⁾ عبد القادر العلمي، هاجس التغيير الديمقراطي، سلسلة شراع، دار النشر المغربية 1995.
- ⁽⁷⁾ سورة الشورى الآيات: 36-37.
- ⁽⁸⁾ سورة آل عمران، الآية 159.
- ⁽⁹⁾ السياسة الشرعية لابن تيمية.
- ⁽¹⁰⁾ سورة الشورى، الآية 38.
- ⁽¹¹⁾ أبو زيد شلبي، تاريخ الحضارة الإسلامية، الفكر الإسلامي، مكتبة وهبه 1964.

- (12) ابن خلدون، المقدمة، ج 2.
- (13) محمد آل ياسين، القانون الدستوري، المطبعة الحديثة، بيروت، ط 1.
- (14) الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 763 بتاريخ: 30 يوليو 1991.
- (15) الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد: 1122 بتاريخ 15 يوليو 2006.
- (16) الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 1262 بتاريخ 30 ابريل 2012.
- (17) سورة الطلاق، الآية 3.
- (18) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، طبعة الأمم المتحدة، مكتب الإعلام 1967.
- (19) سورة الحجرات، الآية 13.
- (20) سورة النساء، الآية 27.
- (21) سورة النساء، الآية 135.
- (22) محمد أحمد باناجة، دراسة مقارنة حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ونصوص الميثاق الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وموقف التشريع الإسلامي منها، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1985.
- (23) سورة الحجرات، الآية 10.
- (24) سورة النساء، الآية 58.
- (25) سورة النحل، الآية 91.

الربا وأثاره الاجتماعية والسياسية والاقتصادية



دراسة من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور حسن عالي

أستاذ باحث في علم الاجتماع الديني / جامعة وهران

Email : ali_terga1982@live.fr

❖ الملخص :

إن تحريم الربا ليس لأجل التحريم ، وإنما لما يترتب على التعامل به من المضار المختلفة وقد اتفقت جميع الكنائس النصرانية على تحريم الربا، واشتد لوثر في هذا التحريم حتى وضع رسالة عن التجارة والربا . ولم تكن الديانات هي وحدها التي أجمعت على تحريم الربا بل المفكرين من غير المسلمين قد أيدوا الديانات في نظرتها إلى الربا وضرره ، فالفلاسفة اليونان استنكروا الإقراض بالربا ، وتصبح هناك فجوة بين الأغنياء والفقراء . وقد حرمت الكنيسة دفع الفائدة ، وتكاد تكون هذه النظرة عامة طوال ألف عام تقريباً .

وظل هذا التحريم سائداً في القرون الوسطى حتى جاءت الثورة الفرنسية واحتضنت المذهب المعارض للتحريم وهذه النظرة كانت للشرعية الإسلامية وأنه محرم في جميع مصادر الشريعة الإسلامية ، أولها القرآن الكريم والسنة النبوية التي هي مفسرة للقرآن ، ولعن الله ورسوله المتعامل بالربا وهدد وتوعد المتعاملين به بالخسران في الآخرة وهو {فأذنوا بحرب من الله ورسوله} سورة البقرة الآية (178) وقد أجمع المسلمون كغيرهم على تحريم الربا بأنواعه قليلة وكثيره إلا لضرورة وهذه الضرورة لكل إنسان حسب شعوره بالمسؤولية أمام خالقه .

وأن للربا آثاره السياسية بتسلط الأغنياء على الفقراء ، ولذلك تأتي القاعدة : إن الانتظار هي صنعة المرابي وهي كفيلة بإفساد النظام الاقتصادي كله ، وأما اجتماعياً فإنه لا يختلف اثنان أن المجتمع الذي يتعامل بالربا يفشى بينهم الأثرة والأنانية فلا يساعد بعضهم إلا أن يرجو من هذه المساعدة فائدة ، ويكون المجتمع فريقان ، غني وفقير فالغني يغتنم هذا للاستثمار والتموّل و، هو على حساب الفقير، فيكون المجتمع غير متعاون ، ومتفكك ، ويكون بالتالي التحارب والتشابك ، ولا بد أن يكون هناك تأثير هذا التعامل على الناحية الاقتصادية ، فيكون بالزيادة التي يأخذها المرابي فائدة على أمواله ، وهذا ما يسمى بمهنة المرابي ، وهي آفة عامة لم يسلم منها ومن شرها أي قطر من الأقطار العربية والعالية .

❖ أهمية البحث :

إن الإسلام لم يحرم الربا إلا لأنه يعد وسيلة لتحصيل المال عن الطريق الذي لا خير فيه للمجتمع ولا للأفراد ، ويجعل صاحب المال في تربص دائم بحاجة المحتاجين يستغلها في زيادة ماله دون عمل يحقق انتمائه إلى مجتمعه ، وهو في

أثناء ذلك يحمل قلباً خالياً من الشعور بالرحمة ومعاني البر والعطف التي هي من خصائص الإنسان ، وحين جاء الإسلام وجد قلوب الناس فارغة من مشاعر الرحمة والتعاون يأكل فيهم قوبهم ضعيفهم ، ويستغل غنيهم فقيرهم ، ولا فضل للغني إلا أنه ذو مال ، ولا ذنب للفقير سوى أن ظروف حياته لم تهيء له سبل الكسب والثراء ، واتخذ أصحاب الأموال من الربا وسيلة لزيادة أموالهم وتكديسها من دماء المحتاجين ، وبذلك انتشرت المادية الطاغية التي مزقت الإنسانية وجعلت أفرادها أشبه بحيوان الغاب ، الغني يطمع فيفترس الفقير ، والفقير يحقد فيعتدي على الغني . ومن هنا كان في مقدمة الأعمال التي قام بها الإسلام القضاء على منابع الشر ، وإزالة الحواجز التي باعدت بين الإنسان وأخيه الإنسان ، وقطعت وشائج القرى وصلات الأخوة بين الناس ، وتنمية المشاعر الإنسانية في المجتمع الإنساني الذي تظله معاني البر والتعاون والتراحم والتكافل ، ومن هنا حرم الإسلام الربا ، وهذا ما دعاني لأختار هذا الموضوع من بين المواضيع لأن له أثره وخطره على المجتمع بشكل عام .

❖ التمهيد :

نحمد الله تبارك وتعالى أجزل الحمد ، ونثني عليه أطيب الثناء ، وأستهديه فمته الهداية ، ونستعينه فمته العون ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام صفوة الخلق ، وخير الدعاة إلى الحق ، ورحمة الله المهداة إلى العالمين ، وعلى آله وأصحابه وأتباعه وأحبابه إلى يوم الدين . وبعد ...

فالمعروف أن الفكر الغربي يرى أن الأديان السماوية بمعزل عن أمور الدولة وشؤون الاقتصاد والحكم ، فهذه من وجهة نظره من شؤون الدنيا التي ينفرد بها البشر بتنظيمها على أساس أن ما لقيصر لقيصر ، وما لله لله . ولقد تأثر كثير من الناس بهذا الفكر حيث تصوروا خطأ أن الإسلام دين لا يهتم إلا بالجانب الروحي فقط ، الذي يحقق الصلة بين العبد وربّه عن طريق العبادة ، وأنه بمعزل عن الحياة وتوجيه المجتمع .

وقد عمق هذا الفهم الخاطئ في نفوس هؤلاء غيبة الإسلام عن واقع الحياة مما مهد السبيل أمام الغزو الفكري الذي يحاول جاهداً بكافة الوسائل أن يخفي الكثير من الجوانب المشرقة للإسلام وتعاليمه ، وأن يتيح الفرصة للمذاهب المادية المعاصرة أن تتخذ سبيلها إلى العقول والأفهام بعد أن عرفت طريقها إلى ساحة العمل والتطبيق .

ومن هنا كان من الضروري أن تبذل الجهود لتصحيح هذه الأفكار الخاطئة وتعديل تلك المفاهيم المعكوسة ، بحيث تتضح الرؤية الحقيقية للإسلام باعتباره خاتم الديانات السماوية والخير بما سوف يُفضي إليه تطور الإنسانية عبر الأجيال والقرون .

ولذا فإنه يستكمل هداية الإنسان في كل مجالاتها المادية والروحية ، وفي سبيل ذلك يقرر القواعد والأصول التي تدفع كل مجتمع إنساني أن يسير في نطاقها على حين يطلق لكل مجتمع حرية البناء على هذه الأصول ، كما يترك التفاصيل والتفريعات فيما يبينه على ضوء تطورات كل زمان .

ومن جهة أخرى فإن الإسلام الحنيف هو الدين الوحيد الذي قرر المبادئ الأساسية التي تشمل كل جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتشريعية والسياسية .

وهو في جوهره المنبع الأصيل لكثير من الفضائل والمثل العليا بكل ما فيها من إشراق وخير ونبل .

وهو كذلك المصدر المشع لكل حضارة ومدنية ، ومن هنا فليس كما يتصوره الجاهلون به بمعزل عن الحياة بل له في كل ناحية من نواحيها رأيٌ ثابت لا يخطئ ونور ساطع لا يغيب وليس هذا القول بدافع من تعصب ديني ، أو عاطفة دينية ، ولكنها الحقيقة الواضحة التي أثبتها التاريخ ، وأكدها واقع الأمة الإسلامية التي قادت ركب الحياة الناهضة في عصورها الزاهرة .

إنه لا يجوز في هذا العصر الذي قطع فيه العلم شوطاً كبيراً إلى الأمام أن يظل الجهل سائداً بحقيقة الإسلام الذي يشهد اليوم صحوة متزايدة تتمثل في يقظة العالم الإسلامي، والتعبير عن رغبته في التثبيت في عقيدته وتراثه، وعن طموحه لاستقلاله، وامتلاك إرادته الحرة المستقلة التي تتيح له أن يتبوأ مكانه الصحيح في العالم الإنساني حسب قدراته الهائلة، ومؤهلاته العظيمة، وأن يضع حداً للاستغلال الذي طالما عانى منه من تنافس الدول الكبرى على بسط نفوذها عليه، واستغلال موارده والاستئثار بخيراته والحيلولة دون لحاقه بركب العالم المتقدم.

وتتمثل يقظة العالم الإسلامي اليوم في بذل العديد من المحاولات لإقامة نظامه السياسي والاجتماعي والاقتصادي مجرداً في إطار الإسلام وعلى هدي من توجيهاته وتعاليمه بعد أن خضع ردهاً من الزمن للأنظمة الغربية الوافدة، بل إن العالم الإنساني اليوم يلتبس نهجاً جديداً للحياة، ويتطلع إلى نظام اقتصادي جديد قادر على حل الأزمات التي يعاني منها اليوم بعد أن عجزت المذاهب الاقتصادية في توفير الرفاهية المادية وتدبير الحاجات الاستهلاكية وتقديس المادة والتكالب عليها بغير غطاء روحي، أو التزام ديني أو أخلاقي، ومن هنا ضحى بعضها بالعدالة الاجتماعية في سبيل تحقيق الحرية الشخصية، وأهدر بعضها الآخر الحرية الشخصية من أجل تحقيق العدالة.

وننتج عن ذلك كله الفراغ والضياع والانحراف، بل وعمت العالم أزمات الغذاء والتضخم والبطالة، إلى جانب الإفلاس النفسي والفراغ الروحي، فنأى كثير من الاقتصاديين اليوم بالتمسك بنظام جديد يلبي الحاجات المادية والروحية، ويوفر للفرد والمجتمع مطالبه في العيش الهنيء والحياة الكريمة.

وإذا كان هؤلاء قد أعلنوا عن حاجة البشرية إلى نظام اقتصادي جديد، فلماذا لا نقول لهم هلم إلينا ... إن ما تنشده متوفر لدينا، وموجود عندنا، وليس أمامكم إلا نهج واحد هو نهج الإسلام الذي يحقق التوازن بين متطلبات الدنيا والتزامات الآخرة ويجمع بين مطالب الجسم ومطالب الروح، ويفصل بين الحلال والحرام، ولا يلغي العدالة الاجتماعية في سبيل الحرية الشخصية، كما لا يهدر الحرية في سبيل العدالة، ولكنه يجمع بين الحرية والكرامة والعدالة وسائر القيم الإنسانية، وقد جربته البشرية من قبل طوال ألف عام أو يزيد، وما زال عطاؤه قادراً على النهوض بالعالم الإنساني في جميع مجالات الحياة لأنه دستور الخالق لإصلاح الخلق، وشرعية الله إلى العالمين في كل زمان ومكان، تنزيل من حكيم حميد⁽¹⁾.

الفصل الأول: تعريف الربا لغةً واصطلاحاً:

1- أما تعريف الربا لغةً:

هو الزيادة مطلقاً⁽²⁾، تقول: ربا المال أي زاد ونما، وتقول: أربا الرجل ماله، إذا زاده ونمّه بالربا، وقال تعالى: { فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من كل زوج بهيج } سورة الحج الآية (5) أي علت وارتفعت، وذلك معنى الزيادة فإن العلو والارتفاع زيادة على الأرض وقال تعالى { أن تكون أمة هي أربى من أمة } سورة النحل الآية (92) أي أكثر عدداً.

2- وأما تعريف الربا في الاصطلاح:

الربا في الشرع هو فضل خال عن عوض شرط لأحد العاقلين "هو بأنه الزيادة في أشياء مخصوصة".

(1) - الدكتور حامد محمود إسماعيل النظام الاقتصادي في الإسلام: (8) الطبعة الثانية (1411هـ-1991م).

(2) - أحمد بن يحيى المرتضى البحر الزخار في فقه الأئمة الأطهار: 4/ 330 مؤسسة الرسالة / بيروت / الطبعة الأولى (1366 هـ - 1947 م). الشريف

علي بن محمد الجرجاني كتاب التعريفات: (109)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1405 هـ). لسان العرب ليوسف خياط، قدم له عبد الله العلايلي، مطبعة لسان العرب، بيروت.

وقد عرّفه بعضهم " بأنه فضل مال في معاوضة مال بـمال " وعرفه بعضهم " بأنه زيادة أحد البدلين المتجانسين من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض " (1).

و أما المالكية فلم نجد لهم تعريفاً عاماً للربا ، وإنما قسموه إلى ثلاثة أقسام ، وعرفوا كل قسم من هذه الأقسام ، ولكن وجدت تعريفاً للمالكية بأنه " عقد معاوضة على نقد أو طعام مخصوص بجنسه ، مع لتفاضل ، أو مع التأخير مطلقاً " (2).

الفصل الثاني :

المبحث الأول : موقف الشرائع والديانات من الربا .

لم ينفرد الإسلام بهذا الموقف الواضح من الربا ، بل إن الشرائع والديانات كلها قد أجمعت على تحريم الربا ، ففي الديانة اليهودية ورد هذا النص في العهد القديم وهو خاص بالربا " إذا أقرضت مالا لأحد أبناء شعبي فلا تقف منه موقف الدائن ، ولا تطلب منه ربحاً لمالك " .

وفيه أيضاً نص آخر حول الربا يقول : " إذا أقرضت فضة لشعبي الفقير الذي عند فلا تكن له كالمرابي " (3) . وفيه أيضاً نص ثالث يقول : " لا تقرض أخاك بربا ربا فضة أو ربا طعام أو ربا شيء مما يقرض بربا " (4) . هذا في التوراة ، أما في الإنجيل فقد ورد فيه : " إذا أقرضتم لمن تنظرون منهم المكافأة فأني فضل يُعرف لكم ، ولكن افعلوا الخيرات وأقرضوا غير منتظرين عائدها حتى يكون ثوابكم جزيلاً " (5) .

هذا وقد اتفقت الكنائس جميعها على تحريم الربا واشتد لوثر في هذا التحريم حتى وضع رسالة عن التجارة والربا ، حرم فيها كثيراً من البيوع الربوية .

وقد ورد قول المستر دنيس وهو " إن أحبار الكنيسة الكاثوليكية لم يحرموا الأرباح الناتجة على المغامرات التجارية أو الإيجار عن استخدام الأراضي أو الأرباح الناتجة عن بيع ثمار الأرض أو أرباح أي رأس مال آخر ، وإنما حرموا الفوائد المالية على المال المقرض " (6) .

المبحث الثاني : نظرة الفلاسفة إلى الربا .

ولم تكن الديانات وحدها هي التي أجمعت على تحريم الربا ، فهناك الكثير من المفكرين من غير المسلمين قد أيدوا الديانات في نظرتها إلى الربا ، فأرسطو وهو من فلاسفة اليونان فيما بين القرنين الرابع والخامس قبل الميلاد يستنكر إقراض النقود بالربا قائلاً : " إن النقود نافعة للتبادل ، ولكنها حين تعري الناس بتكديس أرباح لا يستخدمونها ، أو تجميع ثروة عن طريق الإقراض فإن النقود تصبح قيمة غير منتجة وتساعد على إيجاد التفاوت في الثراء وغير ذلك من مظاهر الشذوذ المالي " (7) .

(1)- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي : 1 / 136 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ن طبعة (1402 هـ - 1982 م) ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي القرطبي : 4 / 490 ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة السادسة (1402 هـ)

(2)- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : 4 / 490 ، مرجع سابق .

(3)- الآية (25) من الفصل (22) سفر الخروج .

(4)- الإصحاح الثالث والعشرين من سفر التثنية (216) الربا وأثره في المجتمع الإنساني : (32) .

(5)- إنجيل لوقا .

(6)- وهبي سليمان غاوجي مقالات في الربا والفائدة المصرفية ، (55) ، مؤسسة الريان ، دار ابن حزم ، بيروت الطبعة الأولى (1992 1412 هـ) .

(7)- الدكتور م . أ - مناف ترجمة د . منصور إبراهيم التركي الاقتصاد الإسلامي بين النظرية والتطبيق (136) . النظام الاقتصادي في الإسلام (151) ، مرجع سابق .

ويقارن أرسطو في كتابه (السياسة) النقود بالدجاجة العقيم التي لا تضع بيضاً ومن ثم فإن قطعة النقود لا يمكن أن تخلق قطعة أخرى .

كما أن مذهبه في الربا أنه ربحٌ مصطنع لا يدخل في باب التجارة المشروعة ، وعنده أن المعاملات على ثلاثة أنواع :

- 1- معاملة طبيعية وهي استبدال حاجة من حاجات المعيشة بحاجة أخرى كاستبدال الثوب بالطعام .
 - 2- معاملة صناعية وهي استبدال النقد بحاجة من حاجات المعيشة وهي التجارة التي لا حرج فيها .
 - 3- معاملة مصطنعة ملفقة وهي اتخاذ النقد سلعة تباع ، فإنما حق النقد أن يكون وسيلة للمبايعات ، ومعياراً تعرف به أسعار السلع المختلفة ، أما اتخاذه سلعة تباع وتشتري فهو خروج به عن غرضه ⁽¹⁾ .
- أما أفلاطون فهو يستنكر في كتابه (القوانين) وقد كانت الإمبراطورية الرومانية ضد تقاضي الفائدة في مراحلها الأولى . ورغم أن الفائدة بدأت في الظهور مع ظهور الطبقة الرأسمالية فإن الرومان فرضوا قيوداً قاسية بإصدار قوانين تحدد معاملات الفائدة ⁽²⁾ .

المبحث الثالث : نظرة القوانين المدنية للربا في أوروبا في القرون الوسطى .

وفي بعض العصور الوسطى كان القانون الأوروبي عام (789) م يؤيد النظرة الدينية لتحريم الربا حيث حرمت الكنيسة المسيحية دفع الفائدة ، وكان تقاضي الفائدة الربوية مخالفاً للقوانين والمبادئ العامة ، ومن هنا كان تحريم الربا يكاد يكون المذهب الوحيد في أوروبا طوال ألف عام تقريباً .

وظل هذا التحريم سائداً في القرون الوسطى حتى جاءت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي واحتضنت المذهب المعارض للتحريم وجعلته مبدأً رسمياً منذ قررت الجمعية العمومية أنه يجوز لكل أحد أن يتعامل بالربا في حدود خاصة يعينها القانون ⁽³⁾ .

الفصل الثالث : أقسام الربا في الشريعة الإسلامية .

قسم الفقهاء الربا إلى قسمين رئيسيين هما : القسم الأول : ربا النسيئة :

لقوله عز وجل { إنما النسيء زيادة في الكفر } سورة التوبة الآية (27) قال الفراء النسيء المصدر ويكون المنسوء مثل قتل ومقتول والنسيء فعيل بمعنى مفعول من قولك نسأت الشيء فهو منسوء إذا أخرته ثم يحول منسوء إلى نسيء كما يحول مقتول إلى قتل ورجل ناسىء وقوم نساة مثل فاسق وفسقة وذلك أن العرب كانوا إذا صدروا عن منى يقوم رجل منهم من كنانة فيقول أنا الذي لا أعاب ولا أجاب ولا يرد لي قضاء فيقولون صدقت أنسئنا شهراً أي أخر عنا حرمة الحرم واجعلها في صفر وأحل الحرم لأنهم كانوا يكرهون أن يتوالى عليهم ثلاثة أشهر حرم ولا يغيرون فيها لأن معاشهم كان من الغارة فيحل لهم الحرم فذلك و أنسأه الدين والبيع أخره به أي جعله مؤخراً كأنه جعله له بآخرة واسم ذلك الدين النسيئة وفي الحديث (إنما الربا في النسيئة) ⁽⁴⁾ وهي وهذا النوع هو الذي كانت العرب تتعامل به ويعرف بربا الجاهلية ، وهو الذي حرمه القرآن الكريم ، ويسمى ربا الديون ، لأنه ينتج عن الدين النقدي ، وقد سماه ابن قيم الجوزية الربا (الجلي) وهذا النوع له صورتان عرف بهما عند العرب .

1- الصورة الأولى : (الزيادة على مبلغ القرض عند حلول أجل السداد ، وعجز المدين عن الوفاء) .

(1)- السياسة لأرسطو (17) الربا وأثره في المجتمع الإنساني : (29) ، مرجع سابق .

(2)- القوانين لأفلاطون ، الجزء الخامس ، النظام الاقتصادي في الإسلام (152) ، مرجع سابق .

(3)- الربا والفائدة المصرفية (45) مرجع سابق ، النظام الاقتصادي في الإسلام (152) ، مرجع سابق .

(4)- أخرجه مسلم : 1218/3 ، مرجع سابق ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الجامع الصحيح سنن الترمذي : 3 / 542 ، دار الكتب العلمية ، بيروت (1408 هـ - 1987م) تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

2- الصورة الثانية: (الزيادة المشروطة عند التعاقد على القرض) (1).

القسم الثاني: ربا الفضل.

وهو أن يبيع أحد الجنسين بمثله بدون تأخير في القبض فهو حرام في المذاهب الأربعة ولكن بعض الصحابة أجازوه ومنهم سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنه ، على أن بعضهم نقل أنه تراجع عن رأيه أخيراً وقال بجرمته أيضاً ، على أن ربا الفضل ليس له كبير أهمية في المعاملة لقلّة وقوعه ، لأنه ليس من مقاصد الناس أن يشتري الواحد شيئاً بجنسه أو يبيعه إلا إذا كان في أحد الجنسين معنىً زائداً يريد كل من المتعاقدين أن ينتفع به وغنما حرم ذلك لم عساه أن يوجد في التحايل والتليس على بعض ضعاف العقول فيزين لهم بعض الدهاة أن هذا الشوال من القمح يساوي مثلاً ثلاثة لجودته ، أو هذه القطعة المنقوشة نقشاً بديعاً من الذهب تساوي زنتها مرتين ، وفي ذلك من الغبن بالناس والإضرار بهم ما لا يخفى .

وأما الشافعية فقالوا : ينقسم الربا إلى ثلاثة أقسام :

1- القسم الأول: ربا الفضل ، ومنه ربا القرض كأن يقرضه عشرين جنيهاً بشرط أن يكون له منفعة، كأن يشتري سلعة أو يزوجه ابنته، أو يأخذ منه فائدة مالية مثلاً .

2- القسم الثاني: ربا النسيئة : وهو المذكور سابقاً .

3- القسم الثالث: ربا اليد : ومعناه أنه يبيع المتجانسين كالقمح من غير تقابض (2).

الفصل الرابع: تحريم الربا في الشريعة .

المبحث الأول: مراحل تحريم الربا في القرآن الكريم .

كما أن الخمر لم يحرم دفعة واحدة ، أو مرحلة واحدة ، وذلك لتمكنه من قلوب الناس وأعرافهم ، وكذلك لم يحرم الربا دفعة واحدة لتمكنه أيضاً من قلوب الناس وأعرافهم في معاملاتهم طوال مئات السنين قبل الإسلام في الجاهلية ، وهذا من حكمة الله تعالى في تحريمه لهذا الصنف من المعاملات بين الناس ، وأنه قد تمكن منهم كما قلنا ، ولهذا كان التدرج في التحريم ، ولقد انتهج القرآن لكريم في تحريم الربا منهج التدرج فقد جاء تحريم الربا في أربعة مراحل وهي كالآتي :

1- المرحلة الأولى :

لم يأت منها تحريم قاطع ولا جزئي ، وإنما كان فيها مقارنة ومقابلة بين زيادة المال ومضاعفته بالربا ، وبين زيادته ومضاعفته بالزكاة والصدقات ، وهذه المرحلة يمثلها قوله تعالى: ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لَّيْرَبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ يُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْغِفُونَ ﴾ سورة الروم الآية (39) .

2- المرحلة الثانية :

لم يأت فيها تحريم أيضاً ، وإنما موعظة للمسلمين ، إذ بين الله تعالى أنه حرم الربا على اليهود ولكنهم خالفوا أمر الله وأخذوا الربا ، وأكلوا أموال الناس بالباطل ، ولذلك أعد للمخالفين منهم العذاب الأليم ، فكأنه يحذر المسلمين من إتباع سبيل اليهود إذ حرم عليهم الربا وهذه المرحلة تمثلها الآيتان الآتيتان من سورة النساء في قوله تعالى: ﴿ فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا * وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ سورة النساء الآيات (160 - 161) .

(1)- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : 4/ 490 ، مرجع سابق ، الربا وأثره في المجتمع الإنساني (74)

(2)- عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري : 2 / 245 ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الرابعة (1306 هـ - 1986 م) الفقه المنهجي

على المذهب الشافعي : (6) .

3- المرحلة الثالثة :

جاء التحريم في هذه المرحلة إلا أنه تحريم جزئي ، حيث حرم الله تعالى الربا الكثير المضاعف بقوله تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ} آل عمران الآية (130) .

4- المرحلة الرابعة :

وهي التي جاء فيها التحريم القاطع في سورة البقرة ، والذي تمثله الآيات الآتية من سورة البقرة في قوله تعالى : {الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ} * يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ* إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ* يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ* فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ* وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ* وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ} سورة البقرة الآيات (275- 279) .

والذي نريد أن تفتن له هنا هو أن هداية القرآن كما رأيت هداية تامة عامة صححت معارف الفلاسفة المكيين على البحث والنظر كما صححت معارف الأميين ومن لا ينتمي إلى العلم بسبب وصححت أغلاط أهل الكتاب من يهود ونصارى كما صححت أغلاط مؤلهة الحجر وعبدية الوثن⁽¹⁾ .

وإذن فليس يصح في الأذهان شيء إذا قيل : إن هذه الهدايات القرآنية ليست وحياً من الله وإنما هي نابغة من نفس محمد الأمي الناشئ في الأميين ، وليس يصح في الأذهان شيء إذا قيل : إنه قد استقى هذه الهدايات من بعض أهل الكتاب ، الذين لقيهم في الجزيرة العربية ولو صح هذا لكانوا هم أولى منه بدعوى الرسالة والنبوة ، وكيف يصح هذا والقرآن هو الذي علمهم ما جهلوا من حقائق دينهم ، وهل فاقده شيء يعطيه ؟ وحسبك ما قدمناه لك من تلك الأمثلة التي تتصل بأساس الأديان وصميم العقائد ، والتي تريك بالمنظار المكبر أن القرآن جالس على كرسي الأستاذية العليا للعالم كله ، يعلم اليهود والنصارى وغير اليهود والنصارى لا على مقعد التلمذة الدنيا ، يتلقف من هؤلاء وهؤلاء ، فإن لم يكفك ما سمعت ، فدونك القرآن تصفحه وتجول في آفاقه ، وناهيك عن مثل قوله : {يا أهل الكتاب قد جاءكم رسولنا يبين لكم كثيرا مما كنتم تخفون من الكتاب ويعفوا عن كثير قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين يهدي به الله من اتبع رضوانه سبل السلام ويخرجهم من الظلمات إلى النور بإذنه ويهديهم إلى صراط مستقيم} سورة المائدة الآية (15) .

المبحث الثاني : تحريم الربا في السنة النبوية .

ورد الكثير من الأحاديث التي تحرم الربا منها قوله صلى الله عليه وسلم ((لعن الله آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه))⁽²⁾ .

(1)- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، جواهر القرآن : 2 / 252 دار إحياء العلوم ، بيروت ، الطبعة الأولى (1985م) .

(2)- أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني ، مسند أحمد : 1 / 393 مؤسسة قرطبة للنشر ، مصر ، وفي طبعة أخرى : 1 / 271 ، طبعة أولى دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان (1409 هـ - 1989 م) .

وورد في صحيح مسلم عن جابر رضي الله عنه قال: ((لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام آكل الربا وموكله ، وكاتبه ، وشاهديه ، وقال : هم سواء))⁽¹⁾ .

وقال أيضا ((الربا بضع وسبعون حوباً أيسرها أن ينكح الرجل أمه))⁽²⁾ .

وقال أيضا ((الربا أشد من ست وثلاثين زنية أدناها أن يزني الرجل بأمه))⁽³⁾ .

وقوله عليه الصلاة والسلام ((رأيت الليلة رجلين أتياني ، فأخرجاني إلى أرض مقدسة ، فانطلقا حتى أتينا على نهر من دم ، فيه رجل قائم ، وعلى وسط النهر رجل بين يديه حجارة ، فأقبل الرجل الذي في النهر ، فإذا أراد الرجل أن يخرج رمى الرجل بحجر في فيه ، فرده حيث كان ، فجعل كلما جله ليخرج رمى في فيه بحجر ، فيرجع كما كان ، فقلت : ما هذا ؟ فقال : " الذي رأيته في النهر آكل الربا))⁽⁴⁾ .

وذكر ابن بكير قال : (جاء رجل إلى مالك بن أنس فقال يا أبا عبد الله : إني رأيت رجلاً سكراناً يتعاقر يريد أن يأخذ القمر ، فقلت : امرأتي طالق إن كان يدخل جوف ابن آدم أشر من الخمر ، فقال : ارجع حتى أنظر في مسألتك ، فأتاه من الغد فقال له : ارجع حتى أنظر في أمرك ، فأتاه في الغد فقال له : امرأتك طالق ، إني تصفحت كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام فلم أجد شيئاً أشر من الربا ، لأن الله أذن فيه بالحرب)⁽⁵⁾ .

وقال أيضا ((إذا ظهر الزنا والربا في قرية فقد أحلوا بأنفسهم عذاب الله))⁽⁶⁾ .

المبحث الرابع : تحريم الربا بالإجماع .

أجمع المسلمون في كل عصر من العصور على تحريم الربا بأنواعه ، قليلة أو كثيرة إلا لضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وكل إنسان متروك لدينه في تقدير ضرورته .

وقد يقال : إن الإجماع هذا مخالف لما روي عن ابن عباس أنه قال بتحريم ربا النسئة وأنكر تحريم ربا الفضل . ويرد على هذا القول أن النبي عليه الصلاة والسلام عندما حرم ربا الفضل كان عبد الله بن عباس بالطائف ولم يسمع حديث الرسول ولذلك كان يقول : لا ربا إلا في النسئة ، وهذا الحديث الذي رواه أسامة بن زيد بن الحارث ، وقيل عندما علم الصحابة بذلك ذهبوا إلى ابن عباس في الطائف وبينوا له تحريم النبي لربا الفضل ، فرجع عن قوله بتحريم نوعي الربا⁽⁷⁾ وقد هذا الأمر في لمغني لابن قدامة ، والمستدرک والمعجم الأوسط للطبراني .

وقال في تيسير العلام شرح عمدة الأحكام : وقد أجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة لما استندت عليه من نصوص ، وقال : إذا قيل بالجملة فالمراد كل الصور وإذا قيل في الجملة فيراد بعض الصور ، ونحن عبرنا في الجملة إشارة إلى ما ورد من خلاف ضعيف في بعض صورته⁽⁸⁾ .

(1)- الترمذي : 3 / 512 ، بدون لفظ سواء ، مرجع سابق ، مسلم بشرح النووي : 11 / 28 ، مرجع سابق .

(2)- الإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري المستدرک على الصحيحين : 2 / 37 ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

(3)- معمر بن رشد في الجامع : 10 / 461 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط 2 (1403 هـ) تحقيق : حبيب الأعظمي ، عبد العظيم بن عبد القوي المنذري الترغيب والترهيب : 3 / 5 ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط 1 تحقيق : إبراهيم شمس الدين (1417 هـ) .

(4)- محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبد الله البخاري الجعفي صحيح البخاري : 2 / 734 ، دار ابن كثير ، اليمامة ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، (1407 هـ - 1987 م) تحقيق : د . مصطفى ديب البغا .

(5)- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : 2 / 234 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة (1387 هـ)

(6)- المستدرک على الصحيحين للحاكم : 2 / 37 ، مرجع سابق .

(7)- محمد بن رشد المالكي القرطبي بداية المجتهد ونهاية المقتصد : 4 / 490 ، دار المعرفة ، بيروت الطبعة السادسة (1402 هـ) ، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي شرح معاني الآثار : 4 / 64 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، تحقيق : محمد زهري النجار .

(8)- عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام تيسير العلام شرح عمدة الأحكام : 2 / 74 ، الطبعة الخامسة منقحة ومصححة ، مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة (1398 هـ - 1978 م) صحيح مسلم : بشرح النووي : 11 / 11 ، مرجع سابق .

الفصل الخامس: آثار الربا:

المبحث الأول: الآثار النفسية والخلقية للربا⁽¹⁾.

أنزل الله دينه ليقيم العباد على منهج العبودية الحقبة التي تعرج إلى مدارج الكمال وتسمو بهم إلى المراتب العليا، وبذلك يتخلصون من العبودية، ليقصروا أنفسهم على عبادة رب الخلائق، ويتخلصون بذلك من الدخل الذي يخالط النفوس في تطلعاتها ومنطلقاتها، إن الإسلام يريد أن يظهر العباد في نفوسهم الخافية المستورة، وفي أعمالهم المنظورة وتشريعات الإسلام تعمل في هذين المجالين، وهذا الذي نشير إلى أن الإسلام يريد بناءه الذي سماه القرآن الكريم التزكية والتطهير {خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها} سورة التوبة الآية (103) وقد أقسم الله في سورة الشمس أقساماً سبعة على أن المفلح من زكاها، أي نفسه، والخائب من دساها {قد أفلح من زكاها وقد خاب من دساها} سورة الشمس الآيتان (9-10) والربا واحد من الأعمال التي تعمق في نفس الإنسان الانحراف عن المنهج السوي ذلك أن المرابي يستعبده المال، ويعشي نظريه بريقه فهو يسعى للحصول عليه بكل سبيل، وفي سبيل هذا الهدف يدوس القيم، ويتجاوز الحدود ويتعدى على الحرمات، إن الربا ينبت الجشع في النفس الإنسانية، كما ينبت الحرص البخل وهما مرضان ما اعتورا نفساً إلا أفسدا صاحبها، ومع الجشع والبخل تجد الجبن والكسل فالمرابي جبان يكره الإقدام، ولذلك يقول المرابون والذين ينظرون لهم: إن الانتظار هو صنعة المرابي، فهو يعطي ماله لمن يستثمره، ثم يجلس ينتظر إنتاجه لينال حظاً معلوماً بدل انتظاره، وهو كسول متبلد لا يقوم بعمل منتج نافع، بل تراه يريد من الآخرين أن يعملوا ثم هو يحصل على ثمة جهودهم، ولعل الآية القرآنية تشير إلى هذا المعنى {وما آتيتم من رباً ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله} سورة الروم الآية (39) فالآية تشير إلى أن المرابي يعطي له للآخرين كي ينمو من خلالها، والربا يحدث آثاراً خبيثة في نفس متعاطيه وتصرفاته وأعماله وهيئته، ولقد قرر عميد كلية الطب في مصر الدكتور عبد العزيز إسماعيل في كتابه (الإسلام والطب الحديث) أن الربا هو السبب في كثير من أمراض القلب وقد وصف القرآن الحال الذي يكون عليه المرابي بحال {الذي يتخبطه الشيطان من المس} سورة البقرة الآية (275) وهو كما قال الإمام النووي - رحمه الله تعالى: الضرب على غير استواء، وهو يخبط خبط عشواء، وهو وصف للناقة الضعيفة البصر، وهو كما قال الشاعر:

رأيت المنايا خبط عشواء من * تصب تمته ومن تخطئ يعمر فيهم

المبحث الثاني: الربا من الناحية السياسية.

إن المرابين والذين يجمعون المال هم الذين يتحكمون في سياسة الدول، وخاصة الدول النامية من عربية وغيرها، والكارثة التي تمت في العصر الحديث - ولم تكن بهذه الصورة البشعة في الجاهلية هي أن هؤلاء المرابين - كانوا يمثلون في الزمن الماضي في صورة أفراد أو بيوت مالية كما يمثلون اليوم في صورة مؤسسي المصارف العصرية قد استطاعوا بما لديهم من سلطة هائلة مخيفة داخل أجهزة الحكم العالمية وخارجها، وبما يملكون من وسائل التوجيه والإعلام في الأرض كلها سواء في ذلك الصحف والكتب والجامعات والأساتذة ومحطات الإرسال ودور السينما وغيرها أن ينشئوا عقلية عامة بين جماهير البشر المساكين الذين يأكل أولئك المرابون عظامهم ولحومهم ويشربون عرقهم ودماءهم في ظل النظام الربوي⁽²⁾.

هذه العقلية العامة خاضعة للإيحاء الخبيث المسموم بأن الربا هو النظام الطبيعي المعقول والأساس الصحيح الذي لا أساس غيره للنمو الاقتصادي، وأنه من بركات هذا النظام وحسناته كان هذا التقدم الحضاري في الغرب وأن الذين

(1)- الربا للمودودي (40)، الربا وأثره في المجتمع (101)، بحوث في الربا لأبي هرة (24).

(2)- في ظلال القرآن لسيد قطب: 1 / 32 مرجع سابق.

يريدون إبطاله جماعة من الخياليين - غير العاملين - وأنهم يعتمدون في نظرتهم هذه على مجرد نظريات أخلاقية ، ومثل خيالية لا رصيد لها من الواقع وهي كفيلة بإفساد النظام الاقتصادي كله لو سمح لها أن تتدخل فيه ، حتى ليتعرض الذين ينتقدون النظام الربوي من هذا الجانب للسخرية من البشر الذين هم في حقيقة الأمر ضحايا بائسة لهذا النظام ذاته ! ضحايا شأنهم شأن الاقتصاد العالمي نفسه الذي تضطره عصابات المراهبين العالمية لأن يجري جريانا غير طبيعي ولا سوي ويتعرض للهزات الدورية المنظمة ! وينحرف عن أن يكون نافعاً للبشرية كلها ، إلى أن يكون وفقاً على حفنة من الذئب قليلة ⁽¹⁾ .

المبحث الثالث : آثار الربا من الناحية الاجتماعية .

إن مزار الربا كثيرة ، ولننظر إليه من الناحية الاجتماعية فنرى هذه لمضار ، ومن الآثار السلبية على المجتمع بشكل عام ، ولا يكاد يختلف اثنان في أن المجتمع الذي يتعامل أفراده فيما بينهم بالآثرة ولا يساعد فيه أحد غيره إلا أن يرجوا منه فائدة ، ويكون فيه عوز أحد ما وضيقه وفقره فرصة يغتنمها غيره للتمول والاستثمار ، وتكون مصلحة الطبقات الغنية الموسرة فيه مناقضة لمصلحة الطبقات المعدمة ، لا يمكن أن يقوم ويظل قائماً مثل هذا المجتمع على قواعد محكمة أبداً ، ولا بد أن تبقى أجزاءه مائلة إلى التفكك والتشتت في كل حين من الأحيان . ثم إذا عاوت على هذه الوضعية الأسباب الأخرى أيضاً ، لا تلبث هذه الأجزاء تتحارب وتتشابك فيما بينها ، ولكن بالعكس من ذلك إن المجتمع الذي يقوم بناؤه على التعاون والتناصح والتكافل ، ويتعامل أعضاؤه فيما بينهم بالكرم والسخاء لا يكاد يحس أحد فيه أن أحداً من إخوانه بحاجة إلى مساعدته إلا سارع إلى الأخذ بيده ⁽²⁾ .

وعامل فيه الأغنياء إخوانهم الفقراء بالإعانة متطوعين ، أو بالتعاون العادل على الأقل فلا بد أن تنشأ وتنمو صعداً عواطف التحاب والتناصح والتناصر في قلوب أفراد مثل هذا المجتمع وتبقى أجزاءه متكافلة متساندة فيما بينها ولا تتطرق إليه عوامل التنازع والتصادم الداخلي أبداً وأن تكون أسرع كذلك إلى الرقي والكمال والازدهار من المجتمع الأول .

وقس على ذلك ما تتصل به مختلف أمم الأرض وشعوبها من العلاقات الدولية فيما بينها فإنه من المستحيل إذا عاملت أمة ، أمة مجاورة لها بالعطف والكرم وسعة القلب والمواساة ، وكلما نزلت فيها نازلة من الدهر أن تلقى منها الجواب على برها بها ، بشئ غير الشكر والحب والإخلاص ولكن إذا عاملت هذه الأمة جاراتها بالآثرة والقسوة وضيق القلب واستغلت مصائبها وشدائدها ، فقد تنال بذلك منفعة مادية كبيرة بصورة المال ، ولكن لا يمكن بحال من الأحوال أن يبقى لها في قلب جاراتها شيء من عواطف الحب والصدقة والإخلاص ، وهل أتاك حديث إنكلترا إذ طلبت من أمريكا بعد الحرب العالمية الثانية أن تعقد معها اتفاقية دين كبير يعرف باتفاقية (برتين دود) وبيان ذلك أن إنكلترا كانت تريد من أمريكا - وقد كانت حليفها في الحرب - أن تمن عليها بالقرض بدون شيء من الربا ، ولكن أمريكا ما رضيت بذلك وأبت أن تقرضها إلا بالربا ، واضطرت إنكلترا لمشاكلها العديدة أن ترضى كرهاً بداء الربا ، وأما الأثر الذي تركه ذلك في الشعب الإنكليزي في ذلك الزمان ، فإنه مما قاله اللورد كينز الراحل وهو يلقي خطبته في دار الشيوخ بعد رجوعه من أمريكا بعد عقد هذه الاتفاقية - باعتباره ممثلاً للشعب الإنكليزي - " لا أستطيع أن أنسى أبد الدهر ذلك الحزن الشديد والألم المرير الذي لحق بي من معاملة أمريكا إيانا في هذه الاتفاقية ، فإنها أبت أن تقرضنا شيئاً إلا بالربا " وكان مما قاله المستر تشرشل وهو ممن لا يخفي حبهم لأمريكا

(1) - النظام الاقتصادي في الإسلام (220) مرجع سابق .

(2) - الربا للمودودي : (41) الربا وأثره على المجتمع (108) ، مراجع سابقة .

وميلهم إليها " إني لأتوجس خلال هذا السلوك العجيب المبني على الأثرة وحب المال الذي عاملتنا به أمريكا ضروباً من الأخطار ، والحق أن هذه الاتفاقية تركت أثراً سيئاً جداً فيما بيننا وبين أمريكا من العلاقة " (1) .

وقال الدكتور (دالتن) وزير المالية في ذلك الزمان ، وهو يعرض هذه الاتفاقية على البرلمان لنيل مصادقته عليها (إن هذا العبء الثقيل الذي نخرج من الحرب وهو على ظهورنا جائزة عجيبة لنلناها على ما عانينا في الحرب من الشدائد والمشاق والتضحيات لأجل الغاية المشتركة ، وندع للمؤرخين في المستقبل أن يروا رأيهم في هذه الجائزة الفذة من نوعها، التمسنا من أمريكا أن تقرضنا قرضاً حسناً. ولكنها قالت لنا جواباً على هذه ما هذه بسياسة عملية ؟)

فهذا الأثر الفطري للربا وما يعقبه من رد الفعل النفسي الذي لا بد أن يظهر على كل حال سواء أتعاملت به الأمم أو الأفراد فيما بينهم ؟ ما كان أهل إنكلترا ليعترفوا - ولا هم يعترفون اليوم - بأن المراباة شيء مستقبح في المعاملات الشخصية، وإذا أردت أن تقترض من رجل منهم بدون الربا ضحك منك ورماك بالسفه قائلاً : " ليس هذا من طرق التجارة العملية " ولكن لما لقيت بلاده من أمست صديقة لها معاملة " طريق التجارة العملي " صاح ورفع صوته بالعويل وشهد أمام الدنيا أن الربا شيء يشق القلوب ويسيء إلى ما بين الناس من الروابط والعلاقات .

المبحث الرابع : آثار الربا من الناحية الاقتصادية . وهل هو ضرورة اقتصادي ؟ .

وعلى أن ننظر الآن في هذه المسألة من الناحية الاقتصادية ، إن الربا إنما يتعلق - من الناحية الاجتماعية - بما يجري فيه التداين بين الناس على مختلف صوره وأشكاله والقروض على أنواعها واختلافها ، فهناك قروض على جميع المستويات .

والذي تحصل فيه المراباة على أوسع نطاق من الشئون الاقتصادية وهو المسمى بمهنة المرابي ، وهذه آفة عامية ما سلم منها ومن شرها أي قطر ن أقطار العالم ، لأن هذه الأقطار ما بذلت اهتماماً لتهيئة الظروف التي ينال فيها الفقراء والمتوسطون القرض بسهولة عند الشدائد والطوارئ ، أو ينالونه بالسعر التجاري على الأقل إن كانوا لا ينالونه إلا بالربا ، وذلك أمر تعتبره كل الحكومات خارجاً عن دائرة واجباتها ، ولا يكاد المجتمع الإنساني يشعر بهذه الحاجة الملحة ، ولا تقوم المصارف إلا بمعاملات كبيرة للقرض تعود عليها بأرباح وافرة ومنافع واسعة ، على أنه لو كانت أبواب المصارف مفتوحة للفقراء والمنكوبين لما كان من الممكن لرجل قليل المعاش أن يتوجه إلى المصرف لحاجة مؤقتة مفاجئة ويقضي منه حاجته ، فمن أجل ذلك تجد الفلاحين والعمال والتجار الصغار والموظفين ذوي الرواتب القليلة وعامة الفقراء في كل قطر من أقطار العالم مضرين إلى أن يقترضوا عند الشدائد من المرابين الذين يجدونهم يلحقون بالنسور في جو كل مدينة أو قرية يبحثون عمن يقع في مخالبهم ولا تسلم عن فداحة السعر الربوي الذابح في هذا النوع من القروض ، فكل من وقع في شرك المرابي مرة ، لا يكاد يتخلص منه طول حياته بل لا يزال الأبناء والأحفاد يتوارثون على ظهورهم ربا هذا الدين عن آبائهم وأجدادهم ، ولا تزال صخرة جاثمة على صدورهم ، وقد لا يتخلصون منه بعد ما يؤدون عليه من الربا ما يكون أكبر من رأس المال بمرات عديدة ، وقد شوهد مراراً أن لمدين إذا كان لا يستطيع أداء الدين مرة من الزمان جمع الدائن بين ماله على مدينه من رأس المال والربا وأقرضه هذا المدين نفسه بسعر أكبر ليسترد منه ماله مع ربه وذلك ما يجعل المسكين أسوأ حالاً منه من ذي قبل ، وسعر الربا المشروع الراجح في إنكلترا لمهنة المرابي هو (48 %) سنوياً على الأقل حيث يجوز للدائن أن يتقاضاه من المدين بالحكمة ، وأما السعر العام الذي تجري عليه المعاملات الاقتصادية فيها فعلاً فهو يتراوح بين (250 - 400 %) سنوياً ، وقد تمت فيها بعض المعاملات الربوية بسعر (1200 أو 1300 %) سنوياً ، وأن سعر الربا المسموح به للمرابي في أمريكا هو بين (30 - 60 %) سنوياً بل قد يرتفع هذا السعر أحياناً إلى (480 %) وما أحكم وأكرم المرابي الذي يقرض

(1) - الربا للمودودي (42) . الربا وأثر على المجتمع (108) وما بعدها ، مراجع سابقة .

مدينه بسعر (48 %) في بلاد الهند ، وإلا فإن السعر الذي تجري به المعاملات هو (75 %) وقد يرتفع إلى (150 %) سنوياً بل قد تمت فيها بعض المعاملات الربوية بسعر (300 و 350 %) سنوياً بعض الأحيان .
فهذه هي الآفة الشاملة التي تزرع تحتها اليوم الأغلبية العظمى من الطبقات الفقيرة والمتوسطة في كل قطر من أقطار العالم ، وهي تمكن الرأسمالي من الجزء العظيم من دخل العمال القليل المعاش وتجعله مستتبداً به دونهم ، حتى أنهم لا يكادون يجدون من رواتبهم ومشاهراتهم التي ينالونها بعرق جبينهم .

ووصل ليلهم بنهارهم ما يقيمون به أود حياتهم ، لأن المرابي يضع يده على معظمها قبل ، وذلك مما يفسد أخلاقهم وينحرف بهم إلى ركوب الدنيا واقتراف الجرائم فحسب ، ولا يحط من مستوى معيشتهم ومستوى التعليم والتربية لأولادهم فحسب ، بل من نتائجه أيضاً أن الهموم والأحزان لا تزال تهجم على العمال وتؤثر في كفاءتهم ونشاطهم الذهني والبدني ، فلا يكادون ينشرون صدراً بأعمالهم ويقومون بها في نشاط كامل ، فمن هذه الوجهة ليس هذا النوع من التعامل الربوي بظلم فحسب ، بل فيه أعظم ما يكون من الضرر على الاقتصاد الاجتماعي .
إن المجاعة تسلط القلق على الذين هم العاملون الحقيقيون لإنتاجها ، ولا تنتج الثروة التي عليها مدار رفاهيتها الاجتماعية إلا بجهودهم ، تقولون إن الملايين تخسر كم كذا وكذا من آلاف الساعات العملية ، وتنقصكم كذا وكذا من إنتاجكم الاقتصادي ، ومن ثم تنقصون على البعوض المسكين وتستنفدون جهودكم لإبادته وقطع شأفته ، ولكن مالكم لا تقدرون إلى حد يقلق مرابوكم العمال في مصانعكم ومعاملكم وينغصون عليهم صفو حياتهم ، ويكسرون قلوبهم ويوهنون عزائمهم ، ويقتلون فيهم عاطفة الجد والنشاط في عملهم ، وأي أثر سيء يتركه ذلك كله في إنتاجكم الاقتصادي ؟ بل لقد بلغت حماقتكم وانعكست عقيلتكم في هذا الباب أنكم بدل أن تستعملوا شيئاً من استئصال شفة هؤلاء المرابين، لا تأخذون إلا المدينين ، وتعصر محاكمكم من أجسادهم ما لا يقدر المرابي أن يعصره بنفسه من دماء أجسادهم ؟

والمضرة الثانية لهذا النوع الربوي أن المرابي يسلب به آخر ما يبقى عند الطبقة الفقيرة من قوة الشراء .
ومما يناسب ذكره في هذا المقام أن قدر الهند قبل التقسيم في سنة (1945 م) أن قروض المرابين فيها بالغة ألف روية على الأقل ، فإذا كان هذا في قطر واحد فقط فلك أن تقدر به ما يكون قد بلغته قروض المرابين في الدنيا كلها وما يناله هؤلاء المرابون في كل شهر من الربا باعتبار سعرها الذي يجري عليه التعامل لبلغ مبلغاً لا يحصى ولا يكتب .

وانظر الآن ما هي المضار التي تهبط الاقتصاد الإنساني لإباحة الربا على القروض التي يأخذها التجار والصناع وأصحاب الحرف الأخرى لاستغلالها في شؤونهم المثمرة ، فمما تقتضيه مصلحة التجارة والصناعة والزراعة ، وما إليها من الأعمال الاقتصادية الأخرى ، إن الذين يشتركون فيها من أي وجه من الوجوه ينبغي أن تكون مصالحهم وأغراضهم وميولهم متحدة متجهة إلى ترقيتها والارتفاع بها ، وأن تكون خسارتها خسارتهم جميعاً حتى يسعوا مجتمعين للسلامة من خطرهما وإنقاذ أنفسهم من الوقوع فيه ، وأن يكون ربحها ربحهم جميعاً ليستفيدوا من جهودهم في ترقيتها ، فكان مما توجه المصلحة الاقتصادية من هذه الناحية أن الذين يشتركون في التجارة أو الصناعة أو الزراعة لا بقواهم الذهنية أو البدنية ولكن برؤوس أموالهم فقط ، ينبغي أن يكون مشاركتهم أيضاً من هذا النوع نفسه حتى يكونوا على اتصال بها كغيرهم ويسعوا معهم في ترقيتها وإنقاذها من الوقوع في الخسارة .

ولكن لما باح القانون الربا ، انفتح على وجوه أصحاب الأموال أن يستغلوا أموالهم في التجارة والصناعة لا من حيث هم شركاء فيها بل على أن يكون منهم ديناً فيها ، وألا يزالوا يحصلون كذلك على ربحهم من التجارة والصناعة

حسب سعر معين سنة فسنة، وشهراً فشهرًا ، فأنت ترى أنه يشترك هكذا في عمل المجتمع الاقتصادي عامل غير فطري لا يهمله قليلاً ولا كثيراً ربح هذا العمل أو خسارته مثل ما يهتمهم سائر المشتركين فيه . وهكذا لا يزال هذا العامل الاقتصادي العجيب يعطي ماله لتجارة البلاد وصناعاتها بالكراء ، وينال منهما كراءه المعين ، دوغما خوف أو خطر أو خسارة مع اعتزاله عنها اعتزالاً كلياً .

وهذا الطريق الخاطئ قد أقام العلاقة ما بين رأس المال والتجارة على الأثرة والعداوة لا على التعاون والتساند فالذين بأيديهم الوسائل لجمع المال واستغلاله في أعمال الإنتاج الاقتصادي لا يستغلونه في التجارة أو الصناعة بأنفسهم ولا يشاركون به غيرهم بل الذين يتمنونهم ويسعون إليه دوماً أن ينصرف رأس مالهم في تجارة غيرهم أو صناعتهم أو زراعتهم بصورة الدين حتى يضمن لهم الربح المالي المعين على تقلبات الأحوال وحدوث الكوارث ويشير صندوق التنمية السنوي للبنك الدولي أن أحد الأسباب الرئيسية لتزايد ديون الدول النامية يعود إلى الارتفاع السريع في معدلات الفائدة السنوية ، فقد بلغت ديون الدول النامية حتى نهاية (1982م) حوالي (715) مليار دولار و(60 %) منها لمصارف دولية ، كما وصل مجموع الفوائد المستحقة على هذه الدول لنفس السنة إلى (66) ستة وستين مليار دولار ، وهذا يعادل أكثر من نصف العجز الكلي في موازينها التجارية ⁽¹⁾ ونعود للتساؤل الذي يقول : وهل الربا ضرورة اقتصادية ؟ يرى بعض الاقتصاديين أن الربا ضرورة اقتصادية وذلك لأن هناك ارتباطاً وثيقاً بين لفائدة الربوية وبين الادخار والاستثمار ، فالفائدة هي التي تحكم حجم المدخرات فكلما كان سعر الفائدة كبيراً كلما زادت الرغبة في الادخار ، وكلما زاد حجم الادخار زاد الاستثمار ، الأمر الذي يؤدي إلى النمو الاقتصادي .

ويكفي للإجابة على هذا السؤال أن نقرر هنا أن توجيهات الإسلام وتعليماته تمنع الاكتناز وتعطيل الأموال عن الحركة والتداول وتجميد الموارد المالية ، وذلك عن طريق تشريع الزكاة وفي ذلك يقول النبي عليه الصلاة والسلام ((من ولي يتيماً فليتجر بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة)) ⁽²⁾ كما تقدم حافزاً قوياً لاستثمار هذه الموارد المالية عن طريق ما شرعه الله من القراض والمشاركة في الربح التي يتم فيها تقاسم الربح والخسارة وبذلك يتجه الناس إلى النشاط الاستثماري رغبة في الربح الحلال وخوفاً من أن تأكل أموالهم الزكاة لو تركت عاطلة عن النشاط والتداول والحركة ، ومن هنا فلا مجال للقول بأن الربا ضرورة اقتصادية ⁽³⁾ .

ومن جهة أخرى فإننا لم نجد في القرآن الكريم والسنة النبوية ما يشير إلى أن الربا قد يكون ضرورة ، وكيف يكون الربا ضرورة يحرص عليها الإسلام على أ، يكون مجتمعاً متعاوناً متكافلاً يرتبط أفراده بأواصر الأخوة والتراحم ويتعاون الجميع على البر والتقوى ؟؟ كيف يكون ضرورة في مجتمع ضمن فيه الإسلام حد الكفاية لكل فرد من أفرادهم وبذا لا يقع فريسة للجوع ، أو ضحية للعوز والحرمان ومن ثم لا تمتد يده إلى المرابين المستغلين ثم إن الضرورة لا تكون إلا حيث استنفدت جميع الحلول الشرعية الممكنة وترتب على حال الضرورة هلاك النفس أو ضياع الحياة .

وليس الأمر هكذا بالنسبة للضرورة في التعامل الربوي فما هو إلا كسب للمال لا ضرورة فيه ولا حاجة . وأخيراً فإن ظهور المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر يكذب الادعاء القائل بأن الربا ضرورة اقتصادية حيث إنها تساهم في النشاط الاقتصادي وتؤدي دورها الاقتصادي متحررة من الفوائد الربوية ⁽⁴⁾ .

(1)- مقالات في الربا والفائدة المصرفية (47) مرجع سابق .

(2)- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني : 3 / 439 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، (1411هـ) .

(3)- الربا للمودودي (49) مرجع سابق .

(4)- النظام الاقتصادي في الإسلام (168) مرجع سابق .

الخاتمة :

إن وجه الربا اليوم يطل على العالم كالحأ بغيضاً مليئاً بالدمامل والبثور التي تزيده قبحاً وشناعة، والناس جميعاً يرون آثاره المدمرة في النفوس والمجتمعات والاقتصاد ولن يكون الحل الذي يخلص العباد إلا بإقامة نظام اقتصادي يخلص العالم من البلاء الذي يعيش فيه، ونحن لا نحتاج أن نضرب في بيداء الفكر الإنساني نتلمس الحلول فالحل في إسلامنا الذي جاءنا من عند الله، لقد حاولت الشيوعي أن تقيم نظاماً يخلص البشر من مآسي الرأسمالية، فترحم الناس في الديار التي حكمتها الشيوعية على الأيام التي خلت في ظل الرأسمالية، إن إدراك عيوب نظام قائم ليس صعباً، ولكن الأمر الصعب هو إيجاد الحل القويم، فواضعو الحلول كثيراً ما ينقلون الناس من بلاء إلى بلاء مماثل أو أشد من سابقه، والإسلام يقيم نظاماً اقتصادياً أحد أصوله الهامة هو تحريم الربا، فتحريم الربا ليس حكماً من الأحكام الجزئية، إن هذا التحريم قاعدة من القواعد وأصل من الأصول ومن هنا استحق آكلوه ذلك التهيب والوعيد الذي ورد في القرآن الكريم، ولن يقوم نظام اقتصادي إسلامياً لم يلفظ المسلمون الربا من قوانينهم وتعاملهم وتحريم الربا في الإسلام يقابله في الطرف الآخر إباحة استثمار المال بالطرق التي تتصف بالعدل، وقيم الاقتصاد على أسس تحفظ المجتمع كما تحفظ الاقتصاد، لقد أباح الإسلام البيع في مقابله تحريم الربا، وأقر الرسول عليه الصلاة والسلام، مبدأ المشاركة في الأعمال المنتجة، كما أقر مبدأ القراض، وذلك بدفع أصحاب الأموال أموالهم لمن يستثمرونها بجزءٍ مشاع يتذبذب فيه العائد إلى أصحاب المال ارتفاعاً وانخفاضاً بمقدار ما يحققونه من أرباح ويكون صاحب المال شريكاً في الغرم كما شريك في الغنم، إن الواجب على الدول في ديار الإسلام أن تمنع شر الربا وتقضي عليه، يقول ابن خويز منداد المالكي: (ولو أن أهل بلد اصطلحوا على الربا كانوا مرتدين، والحكم فيهم حكم الردة، وإن لم يكن استحلالاً جاز للإمام محاربتهم ألا ترى أن الله قد أذن بذلك) فقال⁽¹⁾: {فأذنوا بحرب من الله ورسوله} سورة البقرة الآية (279). ويقول ابن تيمية: (والواجب على ولاية الأمور تعزيز المتعاملين بالمعاملات الربوية) وقد اتفق العلماء خلافاً لي حنيفة على أن عقد الربا مفسوخ بكل حال وأن هذه العقود الربوية باطلة لا تجوز بحال.

وإذا قصرت الدول في ديار المسلمين في واجبها، فإن هذا التقصير لا يعفي المسلمين من القيام بواجبهم، ومن أول الواجبات إقامة المؤسسات الاقتصادية النظيفة الطاهرة، التي تأتمر في أمر المال في شأن التعامل به بأمر خالق الوجود، إن إقامة المصارف الإسلامية التي نجتمع اليوم في رحابها بدعوة منها أعظم دعوة إلى هذا الحق الذي يقرره الإسلام في شأن المال، إن كثيراً من الناس لا يرون الحق مجرداً من خلال التعاليم، ولكن أنواره تبهرهم، وتأسر نفوسهم إذا ما تمثل في لواقع المشهود، وإقامة هذه المؤسسات ونجاحها شهادة عملية، وبرهان منظور يخاطب المسلمين، كما يخاطب غيرهم، ويقول: إن في العالم نظاماً آخر غير النظامين الذين شقي بهما العالم، النظام الرأسمالي، والنظام الشيوعي، إنه نظام الإسلام نظام رب العالمين، ذلك النظام الذي تكفل الله لمن عاش في ظلاله بإغداق الخير والنعيم {ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض ولكن كذبوا فأخذناهم بما كانوا يكسبون} سورة الأعراف الآية (96) {فقلت استغفروا ربكم إنه كان غفراً* يرسل السماء عليكم مدراراً* ويمددكم بأموال وبنين ويجعل لكم جنات ويجعل لكم أنهاراً} سورة نوح الآيات (10-12).

وصلى الله على سيدنا محمد عبده ورسوله وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(1) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 2 / 364، مرجع سابق.

مصادر البحث ومراجعته :

- (1)-الدكتور حامد محمود إسماعيل النظام الاقتصادي في الإسلام: (8) الطبعة الثانية (2 1411 هـ - 1991 م)
- (2)- أحمد بن يحيى المرتضى البحر الزخار في فقه الأئمة الأطهار: 4/ 330 مؤسسة الرسالة / بيروت / ط 1 / 1366 هـ - 1947 م . (109) الشريف علي بن محمد الجرجاني كتاب التعريفات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى (1405 هـ) .
- (5) - لسان العرب ليوسف خياط ، قدم له عبد الله العلابي ، مطبعة لسان العب ، بيروت .
- (6)- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي: 1 / 136 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ن طبعة (1402 هـ - 1982 م) .
- (7)- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد المالكي القرطبي: 4 / 490 ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة السادسة (1402 هـ) .
- (8)- الآية (25) من الفصل (22) سفر الخروج .
- (9)- الإصحاح الثالث والعشرين من سفر التثنية (216) .
- (10)-إنجيل لوقا .
- (11)-وهي سليمان غاوجي مقالات في الربا والفائدة المصرفية (55) مؤسسة الريان ، دار ابن حزم ، بيروت الطبعة الأولى (1992 1412 هـ) .
- (12)-الدكتور م . أ - مناف ترجمة د . منصور إبراهيم التركي الاقتصاد الإسلامي بين النظرية والتطبيق (136) .
- (13)- السياسة لأرسطو (17) .
- (14)- القوانين لأفلاطون ، الجزء الخامس .
- (15)- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الجامع الصحيح سنن الترمذي: 3 / 542 ، دار الكتب العلمية ، بيروت (1408 هـ - 1987 م) تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي.
- (16)- عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري : 2 / 245 ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الرابعة (1306 هـ - 1986 م)
- (17)- الفقه المنهجي على المذهب الشافعي : (6) .
- (18)-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، جواهر القرآن : 2 / 252 دار إحياء العلوم ، بيروت ، الطبعة الأولى (1985 م) .
- (19)- أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني ، مسند أحمد : 1 / 393 مؤسسة قرطبة للنشر ، مصر ، وفي طبعة أخرى : 1 / 271 ، طبعة أولى دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان (1409 هـ - 1989 م)
- (20)- الإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري المستدرک على الصحيحين : 2 / 37 ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- (21)- معمر بن رشد في الجامع : 10 / 461 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط 2 (1403 هـ) تحقيق : حبيب الأعظمي .
- (22)- عبد العظيم بن عبد القوي المنذري الترغيب والترهيب: 3 / 5 ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط 1 تحقيق : إبراهيم شمس الدين (1417 هـ) .
- (23)- محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبد الله البخاري الجعفي صحيح البخاري : 2 / 734 ، دار ابن كثير ، اليمامة ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، (1407 هـ - 1987 م) تحقيق : د . مصطفى ديب البغا .
- (24) - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 2 / 234 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة (1387 هـ)
- (25)- الربا للمودودي : (41) .
- (26)- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: 3 / 439 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، (1411 هـ) .
- (27)- سبل السلام شرح بلوغ المرام / لابن الأمير الصنعاني / تحقيق إبراهيم عصر دار الحديث / القاهرة (بدون تاريخ) .
- (28)- عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام تيسير العلام شرح عمدة الأحكام : 2 / 74 ، الطبعة الخامسة منقحة ومصححة ، مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة (1398 هـ - 1978 م) .

- (29)- الربا وأثره في المجتمع (101) .
- (30)- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار / للشوكاني / دار الحديث / القاهرة. (بدون تاريخ) .
- (31)- بحوث في الربا لأبي هرة (24) .
- (32)- الفقه المنهجي على المذهب الشافعي .
- (33)- أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة ابو جعفر الطحاوي شرح معاني الآثار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، تحقيق : محمد زهري النجار .

المسؤولية القانونية للمنشط التربوي بالمغرب

- مدربو ومديرو المخيمات الصيفية نموذجاً -



الدكتور سعيد الطواف* دكتوراه في القانون

الدستوري والعلوم السياسية - المغرب -

مقدمة :

ينفتح مفهوم التنشيط السوسيو ثقافي على تعاريف متعددة، حيث يعني في أحدها "إضفاء الحيوية والنشاط على المجموعة لتوسيع مجال التواصل بين أعضائها، ويكون القصد من ذلك هو الرفع من فعاليتها ومردوديتها"، وفي تعريف آخر هو "طريقة للاندماج و المشاركة و تتحدد كعملية للتكيف مع الأشكال الجديدة للحياة الاجتماعية"¹، وإذا كانت صياغة تعريف محدد للتنشيط يكتنفه بعض الصعوبات، فالحال نفسه بالنسبة لتعريف المنشط، حيث يقول العالم الفرنسي أندري بوشان "يمثل المنشط بالمعنى الدقيق للمصطلح ذلك "التقني" الذي يساعد الجماعة على حسن الاشتغال أثناء اجتماعها، و قد يعني كذلك المنظم لطريقة أو مبادرة أكثر اتساعاً"²، وفي تعريف آخر يعتبر المنشط "عونا يمتحن العمل الثقافي سواء كان تربوياً أو اجتماعياً على شرط أن يتوفر على كفاءة و براعة في وسط العلاقات فيما بين الأفراد بعضهم البعض، وأن يقوم بتوعية هؤلاء بالجماليات الثقافية و الفنية للمجتمع الذي يعيشون فيه"³، وفي سنة 1970 وفي تعريف لوزارة الشباب و الرياضة الفرنسية للمنشط الثقافي جاء فيه "إن المنشط المحترف للتنشيط الثقافي هو عامل اجتماعي، تناط به وظيفة التشجيع على خلق دينامية الأنشطة التربوية و الثقافية، لغاية تربوية ثقافية رياضية، وهذه الأنشطة موجهة للجميع، و تسعى إلى تربية كلية مستديمة".

من خلال ما سبق يتضح مدى أهمية "المنشط" باعتباره العنصر الأساسي الذي يتحمل مسؤولية ضمان السير العادي لعملية التنشيط، ويعد محركاً أساسياً لها ويجب أن تتوفر فيه مواصفات محددة لإنجاح مهمته، التي تتنوع بتنوع الأنشطة الموجهة للأطفال أو الشباب، وإذا كانت المخيم الصيفي مؤسسة ضمن المؤسسات التربوية التي تساعد

¹ علي شعباني، التنشيط السوسيوثقافي و عوامل تطويره بالوطن العربي المجلة العربية للثقافة السنة 7 العدد 13 شتنبر 1987 .

² عبد الكريم غريب، التواصل و التنشيط الأساليب و التقنيات-منشورات عالم التربية- مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء/2008.

³ علي شعباني، مرجع سابق.

الطفل على تنمية مداركه بالاحتكاك والمعرفة، فإن المنشط يعتبر قطب الرحى في هذه العملية التربوية، ونقصد بالمنشط داخل المخيم الصيفي "المدرّب" الذي يرعى عددا محددا من أطفال فرقته، و"المدير" الذي يكون مسؤولا عن جماعة أو عدة جماعات مخيمة داخل فضاء تربوي، ويمكن إضافة "رئيس الجماعة" و"المنشط الفني" و"الرياضي" إلى هذا التصنيف.

الفصل الأول: المنشط والمخيمات :

التخييم هو كل ممارسة تربوية تنطلق من أسس بيداغوجية ذات أهداف وحاجيات تفرضها ظروف المخيمين، سواء كانوا أطفالا أو يافعين، وتعتبر وزارة الشباب والرياضة هي الوصية على هذا القطاع بالمغرب، من خلال توفرها على شبكة مهمة من المخيمات ومراكز الاصطياف القارة والحضرية تنتشر في عدد من العمالات والأقاليم، ويمكن تصنيفها حسب طبيعة النشاط والوظائف التربوية إلى مخيمات شاطئية وجبلية قارة تشغل الخيام للإقامة وممارسة أنشطة تربوية وثقافية وترويحية (شبكة مخيمات الأطلس المتوسط مثلا)، ثم هناك مراكز الاصطياف بالجبل أو الشاطئ توظف البنايات أو "الشاليات" في تنظيم أنشطة ماثلة (مثل مخيم طماريس أو الهرهورة أو أصيلة... إلخ)، ومخيمات حضرية تستضيف الأطفال طيلة اليوم فقط.

المبحث الأول: شروط إحداث المخيمات ومراكز الاصطياف :

لا يتم إحداث أي مؤسسة للتخييم والاصطياف إلا بقرار من وزير الشباب والرياضة، يصدر بعد توفر الجهة الراغبة في تنظيم هذا النشاط على شروط أهمها تقديم طلب بالإحداث إلى الوزير مصحوبا بعدة وثائق أهمها رسم هندسي يوضح المرافق المتوفرة ومقاييسها مصادق عليها من طرف قسم الهندسة البلدية أو العمالة أو الإقليم، وشهادة من المصالح الصحية تثبت صلاحية المرافق وحملتها وملائمة الجوانب الصحية للنشاط المزمع تنظيمه، وعقد تأمين الأطفال والأطر، والبرنامج العام للأنشطة المزمع إقامتها.

مع ضرورة تواجد المخيم في موقع لائق من الناحية المناخية، واتصاله بالشبكة الطرقية العمومية والإنارة والماء الصالح للشرب.

ويستفيد من نشاط التخييم الجمعيات ومنظمات الشباب والمؤسسات العمومية والشبه العمومية والخاصة التي تهتم بتنظيم مخيمات لصالح الأطفال المتراوحة أعمارهم ما بين 10 و 14 باستثناء الحركات الكشفية، وكذا أطفال الجالية المغربية بالخارج وأطفال الدول الشقيقة والصديقة في إطار اتفاقيات التبادل التربوي والثقافي، حيث تسلم لجميع الجماعات المقبولة بمراكز التخييم رخص القبول ولا يمكن ولوج أي جماعة لمركز تخييمي إلا بشرط حصولها على رخصة القبول.

وتقدم الجمعيات والهيئات الراغبة في الاستفادة من التخييم طلباتها إلى المصلحة المعنية بوزارة الشباب والرياضة، مدعمة باستعداداتها المادية والتربوية، حيث يجب أن تتعهد بتوفرها على التغذية الكافية لغير الممنوحين وتغطية نفقات التنشيط والنظافة واليد العاملة والخدمات خلال فترة التخييم، وأن تتوفر على مشروع بيداغوجي وتربوي هادف، وأن تكون الجمعية في وضعية قانونية ومر على تأسيسها 3 سنوات، وتضع نسخة من ملفها القانوني لدى الوزارة الوصية، وأن تلتزم باحترام مقتضيات النظام العام لسير مراكز التخييم، وأن تلتزم بمقاييس التأطير التربوي المتعارف عليه، وأن تصرح بجميع البرامج والأنشطة والإحصائيات والأغلفة المالية المعتمدة لتسيير المخيم، مع التزامها

بالمشاركة في الأنشطة المشتركة والمناسبات الوطنية والدينية التي تنظم بالمخيمات ومراكز الاصطياف، وأن تلتزم بمواقيت السفر ذهابا وإيابا بناء على تصميم النقل الذي يحدد الوسيلة المستعملة والأعداد المرخص لها، وأن تحترم العدد والسن المرخص به، وأن تتوفر على أوراق السفر الجماعية والفحوصات الطبية الخاصة بالجماعة بما في ذلك الأطر والعمالة (مؤشر عليها من الجهات المختصة) .

المبحث الثاني : تأطير المخيمات :

يشكل التأطير أهمية قصوى في التسيير والتدبير والتنشيط حيث يلعب دورا أساسيا في بلورة هذه الأهداف وصياغتها في مشاريع قابلة للتطبيق يرقى إلى تحقيق نتائج ملموسة على المدى القريب والمتوسط والبعيد. حيث يعين الإطار المركزي للمخيم بكافة أصنافه من بين الأطر المتخصصة التابعة لوزارة الشباب والرياضة، شريطة أن تتوفر على التكوينات الخاصة بتأطير التخييم التربوي، وتتحدد حسب حمولة كل مخيم وذلك على الشكل التالي : رئيس المخيم - نائبه - مقتصد عام - حيسوبي - مكلف بالأدوات - مكلف بالأشغال العامة - إطار صحي - منشطون حسب الحمولة (تربويون، رياضيون مكلفون بالخدمات...إلخ)

ويتكلف الإطار المركزي بالسهر على توفير سبل الراحة والسلامة والصحة والعمل التربوي لجميع المتواجدين داخل فضاء المخيم، وإيجاد وسائل التدبير والحماية والرعاية بالإضافة إلى القيام بالسهر على تنفيذ التعليمات المنظمة للحياة التربوية داخل مراكز التخييم بكل أوجهها المادية والأدبية والقيام بالتوجيه والتتبع التربوي للجماعات المخيمية.

أما التأطير الفرعي فيقصد به تأطير الجماعات المخيمية بالتوفر على أطر مكونة في مجال التخييم وتتكون من المدير التربوي للمخيم، الذي يجب أن يكون حاصلا على دبلوم مدير المخيمات ومراكز الاصطياف الذي تسلمه وزارة الشباب والرياضة، بالإضافة إلى مقتصد حاصل على دبلوم مدرب على الأقل ومجتاز لتدريب الاقتصاد، ومدربون - منشطون اجتازوا التداريب الوزارية التي تبتدئ من التدريب التحضيري ثم التكويني ثم دبلوم مدرب، ويتكلف الطاقم الفرعي بالرعاية المباشرة لجماعة الأطفال تحت إشراف وتتبع رئاسة المخيم وبمهام البرمجة والتنشيط والتواجد باستمرار مع فرقة الأطفال أو اليافعين.

المبحث الثالث : كيفية تكوين منشط المخيمات بالمغرب :

مباشرة بعد سنة على استقلال المغرب، صدر القرار الوزاري المؤرخ في 19 أكتوبر 1957، والذي قنن المسار التكويني للراغبين في الحصول على دبلوم مدرب ودبلوم مدير بالمخيمات الصيفية، فدبلوم مدرب يشمل خمس مراحل تبتدئ بالتدريب التحضيري الذي يشترط لاجتيازه بلوغ 18 سنة ومستوى دراسي يفوق الثالثة ثانوي (وفي حالات خاصة الثانية ثانوي)، حيث يدوم التدريب تسعة أيام، يتلقى فيه المرشح عروضاً نظرية وتطبيقات تنشيطية يستأنس من خلالها على كيفية تحمل مسؤولية مربٍ / منشط داخل المخيم، ثم تأتي المرحلة التجريبية خلال فصل الصيف والتي يكون المتدرب خلالها قد اجتاز بنجاح التدريب التحضيري على رأس فرقة من الأطفال طيلة مرحلة تخييمية تنتهي بزيارة للجنة التفتيش التابعة لوزارة الشباب والرياضة.

في السنة الموالية، يجتاز المتدرب التدريب التكويني، وهو عبارة عن تدريب من الدرجة الثانية ينضاف إلى ما تلقاه خلال التدريب التحضيري، ليجتاز بعدها مرحلة إثبات الصلاحية خلال فصل الصيف، وهي المرحلة التي يثبت فيها

المتدرب صلاحيته لاجتياز آخر مرحلة في مساره لنيل الدبلوم، أي الاختبار الكتابي الذي يجب من خلاله المتدرب عن أسئلة تكون في مجملها مستقاة من العروض النظرية الملقنة في تدريبي التحضيري و التكويني أو من ماهية تجربته العملية من خلال المرحلة التجريبية وإثبات الصلاحية.

أما دبلوم المديرين فيشمل ثلاث مراحل تبتدئ بتدريب جله نظري، ثم اجتياز مرحلة تطبيقية داخل خيم صيفي يرأس خلالها المتدرب جماعة تهييمية تحت مراقبة مكلف بالتفتيش معين بقرار وزاري، والذي يخول له تأشيرة المرور إلى آخر مرحلة في مسار المدير، وهي اجتياز اختبار كتابي، ويشترط في المدير المرشح أن يبلغ 25 سنة على الأقل وأن يكون حاصلا على دبلوم مدرب منذ أكثر من سنتين من تاريخ اجتيازه للاختبار الكتابي.

الفصل الثاني : طبيعة مسؤولية المنشط وأنواعها :

إن دراسة مفهوم المسؤولية أمر غاية في الأهمية، لما له من أثر في بيان المركز الذي يتكشف فيه مضمون المسؤولية، وبيان الركن أو العنصر الذي يصح اعتباره أساسا للمسؤولية.

فالمسؤولية مفهوم يستدل منه على معنى المساءلة، أي قياس نتائج عمل ما، كما أنها تذكر أحيانا بمعنى الالتزام أو الضمان، والمسؤولية مرتبطة بشكل وثيق بالإنسان، فأي عمل يقوم به الإنسان سواء على المستوى الفردي أو الجماعي تلازمه مسؤولية.

والمنشط، وخاصة المدرب ومدير المخيم، يعيش ضمن جماعة، وهذا العيش الجماعي يقتضي بالضرورة وجود علاقات تربط المنشط بمحيطه الإنساني، ولضمان سير هذه العلاقات في اتجاهها الصحيح، لا بد من ضبط وتنظيم هذه العلاقات بقواعد معينة، كما لا بد من تفعيلها من خلال التزام الأفراد بها مهما كان مصدر وجودها، فمخالفة هذه الضوابط وعدم الالتزام بها، ينشئ المسؤولية .

إذن مصدر المسؤولية هو الفعل الذي يخالف به مرتكبه التزامه باحترام القواعد، فالمسؤول يسأل عن فعله بذاته وبأوصافه سواء تعلقت هذه الأوصاف بطبيعته، أو ارتبطت بنتيجته.

المبحث الأول : تحديد معنى المسؤولية القانونية :

لم تعرف المسؤولية ضمن النصوص القانونية، ولكن الفقه اجتهد في بيان المقصود بالمسؤولية ووضع مجموعة تعريفات موضحة لمضمونها، ومن هذه التعاريف كونها "الحكم الذي يترتب على الشخص الذي ارتكب أمرا يوجب المؤاخذه"¹ ، وكذلك تعريفها بأنها "اقتراف أمر يوجب المؤاخذه"² ، أو بأنها "الجزاء المترتب على مخالفة إحدى الواجبات المناطة بالشخص مهما كان مصدر هذا الواجب"³.

حيث نجد أن التعاريف وإن اختلفت في مبنائها أو حتى في جزء من مضمونها، إلا أنها جميعها تركز على أن علة المساءلة دائما هي الفعل الذي يخالف فيه مرتكبه الواجب المكلف به، فالشخص عليه احترام وتأدية ما وجب عليه تأديته، وإلا فهو مسئول بالضرورة، ومؤاخذ على مخالفته للقاعدة المخاطب بها، والمكلف بمراعاتها، إذن المسؤولية مهما كان نوعها

¹ مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني. م 1 الفعل الضار. ط. 5. تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي. الإسكندرية، منشأة المعارف. 1992. ص300.

² المحاقري، إسماعيل محمد علي: الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارنًا بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية. دون ط. القاهرة: سعد سمك للنسخ والطباعة. 1996. ص15

³ منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام. ط. 1. عمان: الدار العلمية ودار الثقافة 2001. ص244

أو مصدرها، تؤسس على الفعل الذي أته المكلف، (في حالتنا هذه المنشط داخل المخيمات ومراكز التخييم)، مخالفا ما كلف به، والمسؤول دائما هو شخص مكلف، والمنطق يقتضي أهلية المكلف لما كلف به، حتى يكون أهلا للمساءلة وتحمل الحكم، أو الجزاء المترتب على قيام المسؤولية، وبالمعنى القانوني، فالمسؤولية لا تناط إلا بشخص ذو أهلية لتحمل المسؤولية لأنه كان بالأصل أهلا للتكليف، وهو ما جعل الوزارة الوصية على قطاع التخييم بالمغرب تؤكد عبر تشريعاتها على ضرورة استيفاء المدرب - المنشط ل 18 سنة كاملة.

ويظهر من التعاريف السابقة للمسؤولية، أن البعض قد عرفها بأثرها، أي الالتزام الناتج من وجودها وهو الجزاء أو الحكم المترتب على وجودها، والبعض عرفها بأنها مباشرة الأمر المستتبع وجودها (تعريف المحاقري)، ونجد أن التعريف الأكثر دقة هو التعريف الذي يتتبع أركان التعريف اللغوي، وهذه الأركان هي، الحالة التي يكون الشخص ملتزما بها، والسبب المؤسس والمنشئ لهذه الحالة، ويمكن تعريفها بأنها: حالة الالتزام التي يوجد بها المسؤول، والنتيجة عن مخالفته لالتزام سابق، فالشخص يكلف بالتزام سواء كان التزاما سلبيا أو التزاما إيجابيا، ضاقت دائرة التزاماته بضوابط محددة، أو اتسعت ضمن قواعد عامة، فإن مخالفته أو إخلاله للالتزام محل التكليف، يترتب عليه وجود المخل في محل المسؤولية، ووجوده في محل المسؤولية يعني التزامه بكافة الأحكام المترتبة على وجوده في هذا المركز القانوني.

فإذا كان الأمر الذي ارتكب مخالفا لقواعد الأخلاق والآداب، وصفت مسؤولية الفاعل بأنها مسؤولية أدبية، أما إذا كان القانون يوجب المؤاخنة والمساءلة على الفعل، فإن مسؤولية الفاعل لا تقف عند حدود المسؤولية الأدبية، بل تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية، تستتبع جزاء قانونيا، وهذا الجزاء القانوني الذي يستتبع قيام المسؤولية القانونية قد يتمثل في العقوبة والجزاء، وهو ما يقصد به المسؤولية الجنائية، أو قد يقتصر على التعويض، وهو ما يقصد به المسؤولية المدنية.

من هذا يتبين لنا أن المسؤولية بصورة عامة تنقسم إلى مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية، ولا تدخل الأولى في دائرة القانون حيث لا يترتب عليها جزاء قانوني، أما المسؤولية القانونية، فتدخل ضمن دائرة القانون، ويترتب عليها جزاء قانوني، وذلك في حالة إثبات الشخص (كالمنشط مثلا)، فعلا يشكل خروجاً أو مخالفة لأحكامها¹.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لمسؤولية المنشط :

إن العلاقة بين المنشط التربوي والطفل داخل المخيم، هي علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية، ولذلك يقال إن المسؤولية الأخلاقية للمنشط التربوي تبدأ قبل أن تبدأ المسؤولية القانونية، فالأب أو الأم أو ولي الأمر الذي يسلم أمور طفله وفلذة كبده، لرعاية المنشط وعنايته ويضع ذلك كله تحت تصرف المنشط والطاغم التربوي للمخيم، هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة، مما يوجب على المنشط التزامات خاصة خارج نطاق التقنيات التي تعلمها في التدريبات التكوينية.

فالمسؤولية القانونية تتحقق عندما يكون القانون مصدرا للقاعدة التي تم الإخلال بها، والقصد هنا يتسع ليشمل القانون بمفهومه الواسع بجميع مصادره، ولا يقتصر على النصوص التشريعية الصريحة، وهي بذلك تقسم إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية، والمسؤولية المدنية تقسم بدورها إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية حيث تنشأ المسؤولية العقدية من مخالفة الأحكام المنصوص عليها في العقد، بينما تنشأ المسؤولية التقصيرية من الإخلال بأحكام القانون.

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-ط3-ج1 ج2، القاهرة، دار النهضة العربية 1971-ص.83

ويقصد بالمسؤولية التقصيرية" الجزء على الإخلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بغيره"¹، كما يعرفها الأستاذ السنهوري بأنها" تعويض الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع"².

إذن التعريف يشمل الفعل الذي أنشأ الالتزام بإزالة الضرر الناتج من الفعل، مع اشتراط عدم المشروعية في الفعل المنشئ للالتزام، وهناك بعض التعريفات التي لم تشتمل سوى على أثر قيام المسؤولية دون الاهتمام بأساس وجودها، كما يذكر لها من تعريفات بأنها "الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسئولا عن نتائج النشاط الذي يقوم به"³، واختلاف التعاريف أمر لا بد منه، وذلك لاختلاف المنطلق لهذه المسؤولية وأساسها القانوني من نظرية لأخرى، حيث أقيمت مرة على أساس الخطأ ومرة على أساس الضرر (خاصة وأن القانون لم يقم بتعريفها)، فمن يؤسسها على الخطأ يركز على إيراد أساس وجودها في تعريفه لها، بينما من يؤسسها على الضرر يركز على إيراد أثرها فقط.

أما في المسؤولية الجنائية فلا بد من حدوث واقعة توجب المسؤولية الجنائية و شرط الواقعة الموجبة للمسؤولية الجنائية أن تكون جريمة، وحتى تتحقق المسؤولية الجنائية لا بد من وجود شخص معين يحملها و يلزم في هذا المسئول شرطان، أولهما أن يكون أهلا لتحمل المسؤولية و ثانيا أن يكون هو مرتكب الجريمة.

والمنشط عندما ينحرف عن الحدود الطبيعية لرسالته التي أمنتها عليها القوانين والتشريعات الجاري بها العمل داخل المخيمات ومراكز الاصطياف، فإنه يفقد الحصانة التي تمنحها إياه وظيفته التي تقلدها خلال المرحلة التخييمية، فإذا ما أحل المدرب أو المدير التربوي في تنفيذ هذا الالتزام تجاه الطفل أو اليافع، أصبح محلا للمساءلة عن ذلك الإخلال، ومسؤولية المنشط ما هي إلا صورة من صور المسؤولية بوجه عام، فمسؤولية المنشط تنقسم إلى مسؤولية أدبية ومدنية وجنائية.

وإذا كانت المسؤولية الأدبية هي في الأساس مسؤولية سلوكية قبل أن تكون مسؤولية مهنية، تتعلق بجوانب الأخلاق والآداب والنصح والوفاء والاخلاص، فإن المسؤولية القانونية هي ما يهمنا بشكل أساسي في هذه الدراسة.

الفصل الثالث : المسؤولية المدنية والجنائية للمنشط :

لقد استقر على تقسيم المسؤولية القانونية إلى قسمين رئيسيين هما المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) والمسؤولية الجنائية، والمسؤولية العقدية تضيق وتنحصر حتى لا تقوم إلا بمخالفة الضوابط التي ارتضاها أطراف العلاقة التعاقدية، وكذلك المسؤولية الجنائية فهي تنحصر بالنص القانوني الصريح المقرر قيامها استنادا لمبدأ الشرعية، ولكن وفي المقابل تميزت المسؤولية التقصيرية بالاتساع، نتيجة لعدم الانضباط في أساسها، وتعدد الآراء والنظريات الفقهية التي حاولت تحديد هذا الأساس، والذي نتج من محاولة خلق نوع من التناغم بين مفهوم المسؤولية، الذي يحتاج إلى فعل يحاسب عليه فاعله، وبين الغاية المفترضة للمسؤولية التقصيرية من التعويض وجبر الضرر، و لقد كانت النظرية الشخصية التي أقامتها على أساس الخطأ أكثر هذه النظريات استقرارا وشيوعا.

¹ تناعو، سمير عبد السيد: المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دون ط. منشأة المعارف: الإسكندرية. دون سنة نشر. ص 213

² السنهوري: عبد الرزاق أحمد. ج. 2. مصادر الالتزام، المجلد الثاني، تنقيح مصطفى محمد الفقي و عبد الباسط جميعي. ط. 3. القاهرة: دار النهضة العربية.

1987 ص 1027

³ هارون، جمال حسني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة الجامعة الأردنية. عمان. الأردن 1993.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للمنشط:

المسؤولية المدنية هي إخلال الشخص بموجب يقع عليه ومفروض عليه تنفيذه إما قانونا أو التزاما، وهنا تقوم المسؤولية نتيجة إخلال الفرد بالتزام بين طرفين نتج عنه ضرر، وهذا الضرر يقابله التعويض، والمسؤولية هنا تعني التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير، إما نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية أو لبنود الاتفاق أو الالتزام الذي في ذمته¹.

ولقد استقر تقسيم المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية، تنشأ الأولى عن الإخلال بالتزام عقدي (فالعقد يعقد لينفذ ولكل من طرفيه الحق في استيفاء حقه عينا كما ورد فيه، هذه هي القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقد)، وتترتب المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالتزام قانوني أي تنشأ عن فعل ضار بالغير.

وبذلك سنتطرق في هذه الفقرة إلى المسؤولية المدنية للمعلم وموظف الشبيبة والرياضة باعتبار أن المشرع قنن مسؤولية هذه الفئة تحديدا في الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ثم نتطرق إلى المسؤولية المدنية للمدرب بصفة عامة.

المطلب الأول: أساس المسؤولية في الفصل 85 مكرر:

الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود المغربي جاء به ظهير 4 ماي 1942، واستوحاه المشرع المغربي من القانون الفرنسي المؤرخ في 5 أبريل 1937، ومما جاء فيه "يسأل المعلمون وموظفو الشبيبة والرياضة عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم.."، فهذا الفصل إذن لا يعني سوى المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة، وبالتالي ففي مجال المخيمات الصيفية يسري على رجال التعليم الذين يؤطرون مخيمات وزارة التربية الوطنية خلال فصل الصيف، وكذا موظفو قطاع الشبيبة والرياضة الذين يشرفون على المخيمات الصيفية بمقتضى القرار الوزاري الذي يصدر كل سنة تخييمية.

إن شروط تحقق مسؤولية هؤلاء إزاء سلامة الطفل بحسب الفصل 85 مكرر يمكن حصرها في:

أولا: "يسأل المعلمون وموظفو الشبيبة والرياضة عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت إمرتهم..". فالمسؤولية منوطة إذن بوجود الطفل تحت رقابة هؤلاء أي فترة التخييم، فبمجرد مغادرة الطفل تزول مسؤولية المنشط.

ثانيا: "والخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي يحتج به عليهم، باعتباره السبب في حصول الفعل الضار، يلزم المدعي إثباته وفقا للقواعد القانونية العامة.."، وهذا ما أوضحتها الفقرة الثانية من الفصل 85 مكرر، إذ علقت تحقيق مسؤولية المعلم وموظف الشبيبة على إثبات المدعي "الخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال" من جانبهم وفقا للقواعد العامة.

ثالثا: "تتحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية الموظفين السابقين، الذين لا تجوز مقاضاتهم أبدا أمام المحاكم المدنية من المتضرر أو من يمثله..". فمسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية الموظفين في كل حالة يعهد فيها إليهم بالأطفال والشبان

¹ داود جزييف، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء عن أخطائهم الطبية، دمشق، مطبعة الانشاء 1987- ص21.

بغرض التهذيب الخلقي أو الجسدي الذي لا يخالف الضوابط .. (وهنا يكمن الفرق بين هؤلاء والمنشطين الغير الموظفين الذين لا يدخلون ضمن هذا الفصل).

رابعا: " .. وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو حلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقا لما تقدم، أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة "قاضي الصلح" الموجودة في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر .

خامسا: " .. يجوز للدولة أن تبشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة وإما على الغير، وفقا للقواعد العامة..

سادسا: " .. ولا يسوغ في الدعوى الأصلية أن تسمع شهادة الموظفين الذين يمكن أن تبشر الدولة ضدهم دعوى الاسترداد..

سابعا: " .. ويتم التقادم بالنسبة إلى تعويض الأضرار المنصوص عليها في هذا الفصل بمضي ثلاثة سنوات، تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار..

إذن فمسؤولية المعلم وموظف الشبيبة لا يفترض فيها الخطأ، بل يجب لكي تقع المسؤولية عليه أن يقيم المتضرر الدليل على أنه أخطأ في رقابة الأطفال الذين في عهده والإشراف عليهم، وفي حالة ما إذا أثبت الخطأ في حق الموظفين فإنه لا يجوز أن يرفع عليه دعوى التعويض مباشرة بل يرفعها ضد الإدارة .

فالتعويض يكون مبنيا على فكرة المخاطر ولا يتعلق الأمر بوجود خطأ أو عدمه، وإنما يجب أن تكون الأضرار قد حصلت بالفعل خلال فترة التخيم، وفي هذه الحالات يكون التعويض إجماليا .

والملاحظ أيضا أن الفصل 85 مكرر من ق.ل.ع وقع فيه التزاوج بين المسؤولية المدنية والإدارية، حيث تضمن في جزء منه مقتضيات المسؤولية الشخصية المبنية على خطأ واجب الإثبات والمنصوص عليها في الفصل 77 من ق.ل.ع ، وفي جزأ آخر إلى أحكام قواعد القانون العام فيما يتعلق برجوع الدولة على الموظف لاسترداد ما دفعته من تعويضات للضحية .

هذه "الميزات " التي يتمتع بها موظفو الشبيبة والمعلمون من خلال الفصل 85 مكرر (باعتبارهم موظفين يسري عليهم قانون الوظيفة العمومية)، لا تتوفر عليها المدرب-المنشط بصفة عامة والذي لا ينطبق عليه الفصل المذكور.

وبالتالي يستفاد من تحليل الفصل 85 مكرر من ق.ل.ع الذي صدر في فترة الحماية ولازال ساري المفعول لحد الآن، باعتبار أنه خلال فترة الحماية كان المعلمون وموظفو إدارة الشبيبة والرياضة آنذاك هم المخول لهم قانونيا تأطير الأطفال والشبان سواء داخل المدارس بالنسبة للمعلمين أو المخيمات الصيفية بالنسبة لموظفي إدارة الشبيبة والرياضة، والتي كان يستفيد منها سوى أبناء المستعمر واليهود نسبيا وأبناء الأعيان المغاربة، أنه لا يمكنه تطبيقه إلا على المعلمين وموظفو الشبيبة والرياضة الذين يسري عليهم نظام الوظيفة العمومية. وبذلك فقد جاء ذكر من يسري عليهم الفصل 85 مكرر على سبيل الحصر (هنا المعلم وموظف الشبيبة) بينما نلاحظ اليوم أن الغالبية العظمى من الأطر التي تشرف على المخيمات الصيفية باختلاف أنواعها لا تدخل ضمن الفئة التي يسري عليها الفصل 85 مكرر، بينما الأصح ، في اعتقادنا، أن مدربي ومديري المخيمات الصيفية يسري عليهم الفصلان 77 و 78 من قانون الالتزامات والعقود بالنسبة للمسؤولية المدنية لهؤلاء.

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للمدرب بناء على الفصل 77 و78 من ق.ل.ع:

كما ذكرنا سابقا فالمسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية، هذه الأخيرة سوف لن نتطرق إليها لسبب بسيط هو أنه في المغرب ولحد الآن لازال المدربون والمديرون بعيدون أو مبعدون عن ثقافة التعاقد بعقد قانوني مع الهيئة التي يتحمل فيها المسؤولية خلال المرحلة التخييمية، فغالبيتهم المنشطون يتحملون مسؤولية الأطفال مع جمعية أو شركة أو أية مؤسسة أخرى بدون أي عقد مكتوب يحدد الواجبات والحقوق، بل إن بعض الهيئات تلجأ إلى فرض التزام يوقعه المدرب مرغما كونه لا يدرج سوى واجبات المدرب دون النص على حقوقه.

إن المسؤولية التقصيرية تقوم بالاستناد لفعل شخصي يحدث ضررا للغير، ويتصف هذا الفعل بصفة الخطأ بينما يكون الضرر ماديا أو معنويا يلحق بالطفل أو بأمواله، ولا بد من قيام العلاقة السببية بين الضرر والخطأ حتى تقوم مسؤولية المتسبب به فيترتب عليه موجب التعويض.

إن الغاية من إقامة المسؤولية المدنية التقصيرية هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالطفل أثناء فترة التخييم، شرط حصول هذه الأضرار بسبب تصرف خاطئ صادر عن المدرب ومرتبطة سببيا به، ولم يكن من مانع قانوني لقيام هذه المسؤولية.

فما هي إذن شروط تحقق مسؤولية المدرب بصفة عامة؟ للإجابة على هذا التساؤل نشير إلى الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أن " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر"، وكذا الفصل 78 الذي ينص على أن " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر، والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

وبناء عليه، فإن مسؤولية المنشط (الذي لا يدخل ضمن الفصل 85 مكرر) عن العمل الشخصي تتطلب صدور خطأ ثابت منه وحصول ضرر للطفل ووجود علاقة سببية بين خطأ المنشط وضرر الطفل.

والخطأ يمكن تحديده في تقاعس أو تهاون في مراقبة الطفل مما جعله يلحق ضررا بنفسه أو بغيره، أما الضرر الذي يسأل عنه المدرب فهو كل ضرر يصيب الطفل أو يتسبب فيه هذا الأخير، ثم العلاقة السببية، حيث لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطأ من جهة وضرر من جهة أخرى، بل لا بد أن يكون الخطأ الذي أحدثه المدرب هو الذي أدى إلى وقوع الضرر.

إذن لكي تثبت مسؤولية المدرب التقصيرية يجب أن يكون هناك خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وإذا انتفى أي ركن من هذه الأركان الثلاثة تسقط دعوى التعويض عن المدرب.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للمنشط:

تعتبر المسؤولية الجنائية أكثر المسؤوليات صرامة بالنسبة للأفراد، إلا أنها مع الأسف لا تناقش داخل التداريب التكوينية الخاصة بالمدرسين والمديرين المنظمة من طرف وزارة الشباب والرياضة، فالمسؤولية الجنائية لا تقف عند حد

اللوم أو الشجب الاجتماعي الموجه لتصرف منحرف صادر من المدرب- المنشط، بل تستتبعها في غالب الأحيان نتائج تنال الشخص في حياته أو حريته أو شرفه أو أمواله، وعلة ذلك أن المسؤولية الجنائية هي نتاج الجريمة ذاتها، وأن الجريمة والعقاب صنوان لا يفترقان، وهما في نفس الوقت دعامتين أساسيتين للقانون الجنائي، ولهذا فإن المسؤولية الجنائية باعتبارها رد الفعل الاجتماعي ضد الجريمة، فهي ضرورة موضوعية لضمان الاستقرار والطمأنينة في المجتمع.

والمسؤولية الجنائية هي التزام شخص بتحمل نتائج أفعاله المجرمة، ولكي يعتبر الشخص مسؤولاً جنائياً عن أفعاله الجرمية يقتضي أن يكون أهلاً لتحمل نتائج هذه الأفعال أي متمتعاً بقوة الوعي والإدراك وبسلامة الإرادة، فإقامة المسؤولية الجنائية على فاعل الجرم تؤدي إلى العقاب والاحتراز. وبذلك فهي لا تقوم إلا إذا أقدم المدرب على ارتكاب خطأ جنائي أي على خرق قاعدة جنائية تتضمن تجرماً لفعل وجزاء على خرقها، من هنا كان ركناً المسؤولية الجنائية: الخطأ الجنائي والأهلية.

فالقانون الجنائي المغربي حدد لنا عدة فصول لحماية الطفل المغربي بصفة عامة، بحيث كان صارماً في أغلبها، فقد تصل العقوبة إلى السجن المؤبد، لكن الملاحظ هو أن المشرع المغربي لم يقيم على سبيل الحصر بتحديد صفة الجاني، بل ترك القاعدة القانونية تسري على كل مرتكب لجرم في حق طفل أينما وجد، سواء داخل المخيم أو خارجه..

وبذلك سنقوم بانتقاء لفصول من القانون الجنائي المغربي والتي تخص مدربي ومديري المخيمات الصيفية حيث تحدد وبشكل واضح المسؤولية الجنائية لهؤلاء.

الفصل 408 من القانون الجنائي: من جرح أو ضرب عمداً طفلاً دون الثانية عشرة من عمره، أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية، حرماناً يضر بصحته، أو ارتكب عمداً ضد هذا الطفل أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى 3 سنوات.

الفصل 409 ق.ج: إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو الإيذاء أو الحرمان المشار إليه في الفصل السابق مرض أو ملازمة للفراش أو عجز عن العمل تتجاوز مدته 20 يوماً أو إذا توفر سبق الإصرار أو التردد أو استعمال السلاح فعقوبته الحبس من 2 إلى 5 سنوات.

الفصل 410 ق.ج: إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو الحرمان المشار إليه في الفصل 408 فقد عضو أو بثره أو الحرمان من منفعة أو عمى أو عور أو أية عاهة دائمة أخرى فإن عقوبته السجن من 10 إلى 20 سنة، أما إذا نتج عنه الموت دون أن يقصد الجاني إحداثه فإن عقوبته السجن من 20 إلى 30 سنة.

الفصل 411 ق.ج: إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل المجني عليه أو شخصاً له سلطة عليه أو مكلفاً برعايته (وهنا تدخل فئة مدربي ومديري المخيمات) فعقوبته على التفصيل الآتي:

- في الحالات المشار إليها في الفصل 408 الحبس من 2 إلى 5 سنوات.

- " " " 409 ضعف العقوبة المقررة في ذلك الفصل.

- " " " 410 فقرة 1: السجن من 20 إلى 30 سنة.

- " " " 410 فقرة 2: السجن المؤبد.

الفصل 413 ق.ج: يعاقب بالحبس من شهر إلى 3 سنوات وغرامة من 120 إلى 500 درهم من سبب لغيره مرضاً أو عجزاً عن الأشغال الشخصية بإعطائه عمداً، وبأية وسيلة كانت بدون قصد القتل، مواداً تضر بالصحة، فإذا نتج عن ذلك مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية تتجاوز مدته 20 يوماً، فعقوبته الحبس من سنتين إلى 5 سنوات (مع إمكانية الحكم بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق الوطنية)، وفي حالة ما إذا نتج عن المواد التي أعطيت مرض لا يرجى برؤه، أو فقد منفعة عضو أو عاهة دائمة فعقوبته السجن من 5 إلى 10 سنوات.

الفصل 414 : ينص هذا الفصل على تشديد ومضاعفة العقوبات إذا كان الجاني - في الفصل السابق - له سلطة على الضحية ، أو كان مكلفاً برعايته (مدربو ومديرو المخيمات).

الفصل 460/459 من ق.ج: من عرض أو ترك طفلاً أو عاجزاً لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية والعقلية، في مكان خال من الناس ، وكان له سلطة عليه أو مكلفاً برعايته يعاقب بالحبس من 2 إلى 5 سنوات، وإذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن 20 يوماً فالعقوبة هي من 4 إلى 10 سنوات. وإذا نشأ عن ذلك عطب أو عاهة دائمة فالعقوبة هي السجن من 10 إلى 20 سنة، وإذا نتج عن التعريض للخطر موت الضحية، تكون العقوبة السجن من 20 إلى 30 سنة.

الفصل 476 ق.ج: من كان مكلفاً برعاية طفل، وامتنع عن تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة.

الفصل 483 ق.ج : من ارتكب إخلالاً علنياً بالحياء، وذلك بالعري المتعمد أو البذاءة في الإشارات أو الأفعال أمام قاصر دون 18 من عمره، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من 120 إلى 500 درهم .

الفصل 487 ق.ج: ينص على مضاعفة عقوبة جريمة هتك العرض، والاغتصاب إذا وقعت على قاصر من لدن من له سلطة عليه بحيث تتراوح العقوبة بين 5 إلى 30 سنة .

خاتمة :

من خلال هذه الفصول من القانون الجنائي المغربي وكذا المسؤولية التقصيرية من خلال قانون الالتزامات والعقود، يتضح لنا جلّياً خطورة المسؤولية الملقاة على عاتق المربين والمنشطين بصفة عامة، بل إن المشرع قد ضاعف العقوبة على من لهم سلطة على الطفل أو اليافع أو من كان مكلفاً برعايتهم، فرغم أن المسؤولية القانونية (وخاصة منها الجنائية) لمدرّبي ومديري المخيمات الصيفية تعتبر أكثر المسؤوليات صرامة، إلا أنها للأسف لا يثار حولها نقاش داخل التدريبات الخاصة بأطر المخيمات الصيفية، وبالتالي ففصول القانون الجنائي السالفة الذكر لا تحتاج إلى تفسير بقدر ما تحتاج إلى تنبيه كل المتدخلين في عالم الطفولة والشباب لتوخي الحيطة والحذر في تعاملهم مع الأطفال واليافعين، لأنه لا أحد يعذر بجهله للقانون.

الحماية الجنائية للشهود والمبلغين في قضايا الفساد



إكرام مختاري : باحثة في سلك الدكتوراه

تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية

كلية الحقوق / جامعة محمد الأول - وجدة

مقدمة :

يعتبر التبليغ عن الجرائم بصفة عامة وعن جرائم الفساد بصفة خاصة من الحقوق الأساسية التي كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات العربية، بل إن هذا الحق يرقى إلى مصاف الواجب في كثير من الأحيان وخاصة عند ممارسته من قبل الموظفين العموميين، إذ قد يحول التبليغ عن الجريمة دون وقوعها وبالتالي تجنب أثارها الضارة التي قد تنجم عنها، الأمر الذي يساهم في بناء وتعزيز روح الطمأنينة والثقة داخل المجتمع، ويساهم في مشاركة الأفراد بشكل خاص وإقدامهم على التبليغ ومكافحة الجريمة بشتى صورها.

إلا النص على حق كل فرد على التبليغ والإبلاغ عن جرائم الفساد بما فيها الرشوة على الخصوص يبقى ناقصا ودون جدوى، إذا لم يصاحبه مجموعة من الضمانات القانونية التي يتعين توفيرها من قبل السلطات والجهات المعنية لحماية المبلغين والشهود من أية متابعات وإجراءات معقدة والتشكيك في نزاهة أقوالهم نتيجة قيامهم بواجب الإبلاغ وهذا من شأنه امتناع فئة كبيرة من الأفراد عن الإبلاغ عن الجريمة تفاديا لأية متابعات كيدية وأعمال انتقامية تصل أحيانا إلى تصفيات جسدية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإبلاغ عن الجرائم بشكل عام وعن جرائم الفساد بشكل خاص لا يدخل في إطار الوشاية ويخرج عن نطاق كتمان السر المهني الذي يحرص القانون على حمايته وعدم إفشائه ما عدا في الحالات التي يجيز القانون ذلك.

وعليه فإن مشاركة المجتمع المدني والأفراد على حد سواء في عملية الإبلاغ، قد حظي باهتمام وطني ودولي كبير، أعقبه عقد مؤتمرات وورشات عمل بخصوص الموضوع وذلك للأهمية التي يؤديها التبليغ وحماية ضحايا التبليغ ودورهما في تفادي والتقليل من حجم الجريمة والحد منها يعد من أخطر الأدوار وأكثرها أهمية¹.

من هنا فإن مطالبة الفرد بالقيام بهذا الواجب سواء كان قانونيا أو أخلاقيا تعتريه بعض المخاطر والصعوبات التي نوهنا لها سابقا، بالإضافة إلى ضياع الوقت والجهد ومصاريف التنقل لحضور جلسات الاستماع أمام جهاز الشرطة أو القضاء.

وهذا ما أشارت إليه وأكدته توصية المؤتمر الدولي الرابع للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المدنيين في اليابان عام 1970، حيث جاء فيها (إذا كان الفرد لا يثق ثقة كبيرة في نظام العدالة القائم في بلاده أو كان يخشى على وقته من الضياع وأمنه من التهديد، فهو سيكون أقل استعدادا للإبلاغ بما يعرفه من معلومات).

لأجل هذا وذلك فقد استجاب المشرع المغربي أخيرا وأصدر قانونا لحماية الشهود والمبلغين من كل صور المتابعات والاعتداءات، فلأي حد كان هذا القانون كافيا لردع الجناة وحماية الشهود والمبلغين، وما هي الضمانات الكفيلة لذلك؟.....

من هنا فإن هذا البحث المتواضع ما هو إلا محاولة لتسليط الضوء والتعرف على هاته الضمانات الممنوحة من قبل المشرع ضمن قانون المسطرة الجنائية، وكذلك معرفة موقف المواثيق الدولية والدول المقارنة ذات الصلة بهذا المجال. هذا ما سنتم الإجابة عنه من خلال التصميم الآتي:

المطلب الأول: الحماية الجنائية للمبلغين والشهود.

المطلب الثاني: الحماية في ظل المعاهدات الدولية.

المطلب الأول: الحماية الجنائية للمبلغين والشهود.

أثار موضوع حماية الشهود والمبلغين جدلا فقهيًا واسعًا حول الضمانات التي يحظى بها، وانعكس ذلك على موقف التشريعات الجنائية بوجه عام، والتشريع الجنائي المغربي على وجه الخصوص، وقبل التطرق لمعرفة مدى الحماية التي أولاها المشرع المغربي للشاهد والمبلغ لا بد من معرفة ماهية الشهادة والتبليغ (الفقرة الأولى) ثم بيان موقف قانون المسطرة الجنائية من ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية التبليغ والشهادة.

إن الحديث عن حماية الشهود والمبلغين في ظل القانون المغربي، أو المواثيق الدولية يقتضي تعريف التبليغ وبيان النصوص القانونية التي تنظمها، والوقوف على وجه التمييز بين التبليغ الذي يفرضه الحق والذي يقتضيه الواجب من جهة (أولا) ثم التطرق لنظام الشهادة (ثانيا).

¹ نذكر على سبيل المثال ورشة عمل اقليمية حول حماية الشهود والمبلغين برعاية وزارة العدل والهيئة المركزية للوقاية من الرشوة في المملكة المغربية، في 3، 2 أبريل 2009، الرباط

أولاً: تعريف التبليغ.

تجدر الإشارة إلى أن قانون المسطرة الجنائية لم يقيم بتعريف التبليغ عن الجرائم وإنما اكتفى بذكر الإجراءات الواجب سلوكها وذلك في الفصول 445 من ق.م.ج

ومع ذلك فإنه من المناسب إعطاء تعريف للتبليغ لبيان الهدف منه والتفرقة بين التبليغ الذي يمليه الضمير 'الحق' والتبليغ الواجب :

التبليغ هو " إيصال أمر أو واقعة ثابتة إلى علم شخص معين إلى علم السلطات سواء لجهاز الشرطة أو النيابة العامة، سواء بواسطة الهاتف أو رسالة، أو الحضور الشخصي للفرد، وذلك من أجل القيام بعملية الإخبار عن الجريمة و إيصالها إلى علم العدالة.

والتبليغ حسب هذا المعنى هو إعلام السلطات العامة بوقائع تشكل مخالفة لنصوص القانون وإن التكتّم عن هذه المعلومات يعتبر جريمة بالامتناع عن القيام بفعل أمر به القانون¹.

والتبليغ من فعل "بلغ" ويعني وصل وانتهى وقول أبي قيس بن الاسلت السلمي :

قال ولم تقصد لقليل الخنى—مهلاً فقد أبلغت اسماعي.

ويقال بلغ الغلام إذا احتلم، كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف، قوله تعالى عزوجل (إذا بلغن أجلهن.....) أي قاربته.

التمييز بين التبليغ الحق والواجب.

يمكن التمييز بينهما من خلال الأتي :

¹ تنص المادة 138 من القانون الألماني على عقاب الأشخاص الذين يتقاعسون عن إبلاغ السلطات العامة في الوقت المناسب. كما نجد القانون الفرنسي يعالج موضوع الامتناع عن التبليغ في المواد 103 الى 108 من قانون العقوبات الفرنسي والذي خصصها للمسرع لعقاب كل شخص يمتنع عن إعلام السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية بوجود أعمال الخيانة أو التجسس وأعفي كل من قام بالإبلاغ دون سواه. أما بخصوص التشريعات العربية نجد:

قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الذي أوجب التبليغ والإخبار ، حيث جاء في المادة (26 / 1) منه على أن كل من شاهد اعتداءً على الأمن العام أو على حياة الناس أو على أموالهم أن يعلم بذلك المدعي العام المختص وقد سلك المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات الجزائية ذات المسلك .

وقد عاقبت المادة (206) من قانون العقوبات الأردني . كل من علم باتفاق جنائي لارتكاب أية جريمة من الجرائم الواقعة على امن الدولة ان يخبر السلطة العامة بذلك وعلى وجه السرعة المعقولة ، وإلا عوقب بالحبس من شهر إلى سنة .

وعد المشرع الكويتي في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية التبليغ عن الجريمة واجباً قانونياً على الشخص بموجب المادة (41) منه التي نصت على ((أن كل شخص شهد ارتكاب جريمة أو علم بوقوعها عليه ان يبلغ فوراً اقرب جهة من جهات الشرطة او التحقيق ويعاقب من امتنع عن التبليغ ملاءمة منه للمتهمين بعقوبة الامتناع عن الشهادة)) .

• التبليغ الحق :

يعرف الحق على أنه ميزة يقرها القانون و يحميها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية ، والتبليغ مضمون بنص الدستور حيث نجد الفصل 27 منه ينص على انه " للمواطنين والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام.

لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني وحماية امن الدولة الداخلي والخارجي، والحياة الخاصة للأفراد وكذا الوقاية من المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحدد ها القانون بدقة".

وعلى ضوء هذه الفلسفة السائدة اتجهت العديد من التشريعات الموضوعية والإجرائية إلى اعتبار أن الأخبار داخل ضمن مفهوم الحق ، وتركت للمواطن الحرية المطلقة في أن يخبر أو يدع أي معلومة عن جريمة أدركها ، ومنها القانون الايطالي و القانون الانكليزي ، فلم ترتب هذه القوانين أي مسؤولية جزائية نتيجة الإحجام عن الأخبار¹

ومن القوانين العربية التي تأثرت بهذا المنهج ، قانون الإجراءات الجنائية السوداني ، الذي تبنى القاعدة العامة في أن الأخبار عن الجرائم حق ، ما لم يتعلق الأمر بجرائم الفتنة أو الجرائم العسكرية والقتل و الخطف والسرقة والحريق ، حيث يتعين تقديم البلاغ على الفور إلى أقرب قاضي ما لم يكن لديه عذر مانع من التبليغ².

وحذا القانون الجنائي المصري على نفس المنوال، بحيث اعتبر التبليغ بمثابة التزام أدبي ليس إلا . وبالتالي فمن غير المقبول أن يساءل الممتنع عن الأخبار ، لأنه لا يفترض أن يكون المواطن ذو دور ايجابي على الدوام في الإبلاغ عن الجرائم³.

• التبليغ الواجب :

يعرف الواجب بأنه سلوك يفرضه القانون على شخص يتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل و الواجب المقصود به هنا ، التبليغ عن الجرائم ، حيث تبنت بعض التشريعات إلزام الأفراد بالإخبار عن الجرائم و رتبت جزاءاً على مخالفة ذلك الواجب .ومنها التشريع الجنائي المغربي نذكر الفصل 446 من القانون الجنائي بالنسبة لبعض الأشخاص الأطباء الجراحون، المولدات...) الذين يفرض عليهم الواجب التبليغ بالعمل المخالف للقانون مثل الحالات التي تنص عليها الفقرة الثانية من نفس الفصل والتي تتعلق بالتبليغ عن أفعال الإجهاض التي

¹ Brain Rose : Smith Policing The Police London .1977.p.142.

² محمد عودة الجبور - الاختصاص القضائي لمأموري الضبط - دراسة مقارنة / الدار العربية للموسوعات/ بيروت 1986 ، الطبعة الأولى، ص 162 .

³ حسن علام-موسوعة التشريعات و المبادئ القضائية في قانون الاجراءات الجنائية ج 1 - المجلد الأول ، مطابع روز اليوسف 1983 ص 95 . فقد أخذ قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني بوجوبية الاخبار ، حيث جاء في المادة (26 / 1) منه على ان كل من شاهد اعتداءً على الامن العام او على حياة الناس او على اموالهم ان يعلم بذلك المدعي العام المختص وقد سلك المشرع السوري في قانون اصول المحاكمات الجزائية ذات المسلك ..

قد تصل إلى علمهم بحكم وظيفتهم، وكذلك الأفعال الإجرامية أو سوء المعاملة أو الحرمان في حق الأطفال دون سن الثامنة عشرة.

وقد عاقبت المادة (206) من قانون العقوبات الأردني . كل من علم باتفاق جنائي لارتكاب أية جريمة من الجرائم الواقعة على امن الدولة أن يخبر السلطة العامة بذلك وعلى وجه السرعة المعقولة ، وإلا عوقب بالحبس من شهر إلى سنة .

وعد المشرع الكويتي في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية التبليغ عن الجريمة واجباً قانونياً على الشخص بموجب المادة (41) منه التي نصت على ((إن كل شخص شهد ارتكاب جريمة أو علم بوقوعها عليه أن يبلغ فوراً

اقرب جهة من جهات الشرطة أو التحقيق ويعاقب من امتنع عن التبليغ ملائمة منه للمتهمين بعقوبة الامتناع عن الشهادة)) .

وأحيانا يصبح التبليغ حقاً وواجباً في نفس الوقت حيث نجد بعض التشريعات تأخذ بهذا الاتجاه ومنها على الخصوص القانون السويسري، حيث ألزم قانون مقاطعة جنيف الأفراد بالإخبار عن الجرائم التي تتعلق بأمن الدولة والدفاع الوطني وجرائم الأشخاص والأموال وماعدا ذلك فإن للأفراد الحرية المطلقة في أن يخبروا أو أن لا يخبروا.¹

وقد سارت قوانين في فرنسا والجزائر على ذات الاتجاه من حيث الطبيعة المزدوجة للإخبار . وتبعتها بعض التشريعات الحديثة ومنها ، قانون إجراءات المحاكم الجنائية الإماراتي حيث نص في المادة (7) منه على أن ((كل شخصاً ليس لديه عذر مقبول عليه برهانه يعلم عن أي فعل أو التحضير لأية فعل يعد جنائية أو جنحة منصوص عليها في قانون العقوبات ، عليه أن يبلغ ذلك لأي قاضي أو الشرطة))

وعند أمعان النظر في أحكام القانون المغربي نجد أن الأصل في الأخبار انه حق للمواطن بموجب المادة 76 من قانون المسطرة الجنائية التي تسمح لأي شخص بان يقوم بضبط شخص متلبس بجنائية أو جنحة معاقب عنها بالسجن وسوقه إلى اقرب ضابط من ضباط الشرطة.

في حين نجد المادة (42) من نفس القانون تعتبر الأخبار واجباً حيث تنص المادة 42 :

"يجب على كل سلطة منتصبة وعلى كل موظف بلغ إلى علمه إثناء ممارسته لمهامه ارتكاب جريمة أن يخبر بذلك فوراً وكيل الملك أو الوكيل العام للملك وان يوجه إليه جميع ما يتعلق بالجريمة من معلومات ومحاضر ووثائق".

كما تنص المادة (43) على :

¹ -حمودي الجاسم. دراسة مقارنة في اصول المحاكمات الجزائية ، ج 1 ، مطبعة العاني بغداد ، 1962 ، ص144.

"يجب أيضا على كل من شاهد ارتكاب جريمة تمس بالأمن العام أو بحياة شخص أو أمواله أن يبلغ وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو الشرطة القضائية."

و نجد الفصل 446 الذي ينص على أن الأطباء والجراحون وملاحظوا الصحة، وكذلك الصيادلة والمولدات وكل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار بحكم وظيفته الدائمة والمؤقتة إذا أفشى سرا أودع لديه، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له القانون أو يوجب عليه فيها التبليغ عنه، فيعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة مالية من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم.

(وكل من قدم مساعدة بحكم مهنته الطبية وكل شخص كان حاضرا ارتكاب جناية عليهم أن يخبروا فورا قاضي التحقيق أو المحقق أو الادعاء العام أو احد مراكز الشرطة .

وقد وضع المشرع في قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1999 جزاء لمن يخالف هذا الواجب بقوله في المادة (247) منه على أن ((يعاقب بالحبس أو الغرامة كل من ملزماً قانوناً بإخبار احد المكلفين بخدمة عامة عن أمر ما أو إخباره عن أمور معلومة له ، فأمتنع قصداً عن الأخبار بالكيفية المطلوبة وفي الوقت الواجب قانوناً .

ثانيا: تعريف الشهادة :

الشهادة هي تقرير إنسان لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه بحاسة من حواسه وهي من الأدلة القولية التي تعتمد عليها المحاكم في أحكامها.

وهي من أهم وسائل الإثبات في الميدان الجنائي وأكثرها شيوعا وتؤدي أمام جهات التحقيق أو هيئة الحكم سواء في المرحلة الابتدائية و الإستئنافية وقد عالجها المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية في عدة فصول منها الفصل (108 و 109 و 119 و 319).

هذه باختصار نبذة عن تعريف الشهادة بصفة عامة.

الفقرة الثانية: نطاق الحماية الجنائية :

تبدأ الدعوى الجنائية عادة بشكاية أو تبليغ عن واقعة معينة تشكل جريمة معاقب عليها في القانون الجنائي، وقد يكون المبلغ طرفا في الدعوى الجنائية، وقد يكون طرفا محاذيا، وحتى يتحمل المبلغ مثل هاته المسؤولية نتساءل عن موقف المشرع المغربي وعن الضمانات الممنوحة بما يكفل لهم الحماية والأمان في حال قيامهم بواجبهم بهذا الشأن (أولا) ؟ . ثم نتساءل عن أوجه القصور الذي ينتاب هذا الحماية (ثانيا).

أولا: الضمانات القانونية.

نص المشرع المغربي على مجموعة من الضمانات فيها يتعلق بـ:

حماية الضحايا المادة 82-4 يتعين إشعار الضحية المتضرر من جريمة بحقه في الانتصاب كمطالب بالحق المدني أمام قاضي التحقيق أو أمام هيئة المحكمة كما يتعين إشعاره بالحقوق التي يخولها له القانون.

يشار إلى هذا الإشعار بالمحضر المنجز من طرف الشرطة القضائية أو من طرف النيابة العامة في الحالة التي يمثل فيها الضحية أمامها.

المادة 5-82 يقوم وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق كل فيما يخصه، باتخاذ تدابير الحماية الكفيلة بتأمين سلامة الضحية أو أفراد أسرته أو أقاربه أو ممتلكاته من كل ضرر قد يتعرض له جراء تقديم شكايته، ويمكن لهذه الغاية أن يوضع رهن إشارة الضحية ما يلي:

- رقم هاتفي خاص بالشرطة القضائية أو بالمصالح الأمنية يمكنه الاتصال به في أي وقت لطلب الحماية؛
 - حماية جسدية له أو لأفراد أسرته أو لأقاربه من طرف القوة العمومية؛
 - تغيير أماكن الإقامة وعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بالهوية.
 - يمكن عرض الضحية على أنظار طبيب مختص وتخصيصه بالرعاية الاجتماعية اللازمة، عند الاقتضاء.
- إذا كانت تدابير الحماية المذكورة غير كافية، يمكن بقرار معلل اتخاذ أي تدبير آخر يعتبر ضمانا فعلية لفائدة مستحق الحماية.

يتمتع الضحية الشاهد أو الضحية المبلغ بتدابير الحماية المنصوص عليها في المادتين 82-6 و 82-7 أدناه حسب الأحوال.

حماية الشهود والخبراء :

المادة 6-82 يحق للشاهد أو الخبير في أي قضية، إذا ما كانت هناك أسباب جدية من شأنها أن تعرض حياته أو سلامته الجسدية أو مصالحه الأساسية أو حياة أفراد أسرته أو أقاربه أو سلامتهم الجسدية أو مصالحهم الأساسية للخطر أو لضرر مادي أو معنوي إذا ما أدلى بشهادته أو إفادته، أن يطلب من وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق -حسب الأحوال تطبيق أحد الإجراءات المنصوص عليها في البنود 6 و 7 و 8 من المادة 82-7 بعده، وذلك بعد بيان الأسباب المذكورة.

المادة 82-7 يمكن لوكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق كل فيما يخصه، تلقائيا أو بناء على طلب، إذا تعلق الأمر بجريمة الرشوة أو استغلال النفوذ أو الاختلاس أو التبيد أو الغدر أو غسل الأموال أو

إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون أن يتخذ بقرار معلل واحدا أو أكثر من التدابير التالية لضمان حماية الشهود والخبراء :

- 1- الاستماع شخصيا للشاهد أو الخبير؛
 - 2- إخفاء هوية الشاهد أو الخبير في الحاضر والوثائق التي تتعلق بالقضية المطلوب فيها شهادة الشاهد أو إفادة الخبير، وذلك بشكل يحول دون التعرف على هويته الحقيقية؛
 - 3- تضمين هوية مستعارة أو غير صحيحة للشاهد أو الخبير في الحاضر والوثائق التي ستقدم أمام المحكمة بشكل يحول دون تعرف الغير على هويته الحقيقية؛
 - 4- عدم الإشارة إلى العنوان الحقيقي للشاهد أو الخبير ضمن الحاضر والوثائق التي تنجز في القضية المطلوب فيها شهادة الشاهد أو إفادة الخبير، وذلك بشكل يحول دون التعرف على عنوانه؛
 - 5- الإشارة في عنوان إقامة الشاهد أو الخبير إلى مقر الشرطة القضائية التي تم فيها الاستماع إليه أو المحكمة المختصة للنظر في القضية إذا ما كان قد استدعي أول مرة أمام قاضي التحقيق أو المحكمة؛
 - 6- وضع رهن إشارة الشاهد أو الخبير الذي يكون قد أدلى بشهادته أو إفادته، رقم هاتفي خاص بالشرطة القضائية حتى يتمكن من إشعارها بالسرعة اللازمة إزاء أي فعل قد يهدد سلامته أو سلامة أسرته أو أقاربه؛
 - 7- إخضاع الهواتف التي يستخدمها الشاهد أو الخبير لرقابة السلطات المختصة بعد موافقة المعني بالأمر كتابة ضمانا لحمايته؛
 - 8- توفير حماية جسدية للشاهد أو الخبير من طرف القوة العمومية بشكل يحول دون تعرض الشاهد أو الخبير أو أحد أفراد أسرته أو أقاربه للخطر.
- إذا كانت تدابير الحماية المذكورة غير كافية، يمكن بقرار معلل اتخاذ أي تدبير آخر يعتبر ضمانا فعلية لفائدة مستحق الحماية.
- المادة 8-82 إلى جانب اتخاذ أحد التدابير المنصوص عليها في البنود من 2 إلى 5 من المادة السابقة، يتعين الاحتفاظ بالهوية الحقيقية للشاهد أو الخبير في ملف خاص يوضع رهن إشارة هيئة المحكمة لتطلع عليه وحدها عند الاقتضاء.
- غير أنه، إذا كان الكشف عن هوية الشخص ضروريا لممارسة حق الدفاع، جاز للمحكمة، إذا اعتبرت أن شهادة الشاهد أو إفادة الخبير أو المبلغ هي وسيلة الإثبات الوحيدة في القضية، السماح بالكشف عن هويته الحقيقية بعد موافقته، شريطة توفير تدابير الحماية الكافية له.
- إذا قررت المحكمة عدم الكشف عن هوية الشخص لا تعتبر شهادة الشاهد أو إفادة الخبير أو المبلغ إلا مجرد معلومات لا تقوم بها حجة بمفردها.

حماية المبلغين المادة 9-82 يحق للمبلغ الذي يقوم بإبلاغ السلطات المختصة لأسباب وجيهة وبجسنة نية عن إحدى الجرائم المشار إليها في المادة 82-7 أعلاه، أن يطلب من وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق كل فيما يخصه، اتخاذ واحد أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة 82-7 أعلاه.

خلافا لأية مقتضيات قانونية لا يمكن متابعة المبلغين سواء تأديبيا أو جنائيا على أساس إفشاء السر المهني، إذا كانت الجرائم المبلغ عنها تم الاطلاع عليها بمناسبة مزاولتهم لمهامهم.

يتعرض المبلغ الذي يقوم بالإبلاغ بسوء نية عن وقائع غير صحيحة لإحدى العقوبات المنصوص عليها في الفصلين 369 و 370 من مجموعة القانون الجنائي.

ثانيا: أوجه القصور :

لا يختلف اثنان في أن القانون 10/37 قد اوجد مجموعة من المقتضيات المهمة لحماية الشهود والمبلغين والخبراء حتى يتمكنوا من أدائهم لشهادتهم في أمور بالغة الأهمية في قضايا بحجم الفساد وان هذا القانون ما هو إلا تطبيق لما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2005. (مضمون اتفاقية سيكون موضوعنا في المطلب الثاني)

وتجدر الإشارة في ظل قراءتنا للقانون 10/37 أن هذا الأخير ينتابه العديد من نقاط الضعف تتجلى بالخصوص فيما يلي :

توفير الحماية الشهود في قضايا الفساد دون بقية القضايا الأخرى، وهذا بخلاف القانون الفرنسي الذي لم يحددها نوعا وإنما حددها في كل من الجنائية أو الجنحة التي يعاقب عليها بأكثر من ثلاث سنوات حبسا.

قصور الحماية على الشاهد من زاوية حماية حقوق المتهم في معرفة اسم وتفاصيل الشاهد الذي يدلي بشهادته ضده، فمن المعقول أن يكون هذا الشاهد يحمل ضغينة ضده. فإذا كانت الشهادة دليلا ووسيلة إثبات أو نفي في المسائل الجنائية فإنها تعتبر كذلك نتيجة للنفس البشرية، وبهذا المعنى فهي تخضع للتأثير والهواجس ولسائر العوامل السيكولوجية وغيرها، وبالتالي يصبح الحديث عن ضمانات وحقوق المتهم في مواجهة الشاهد.

إن حماية الشهود والمبلغين والخبراء والضحايا يتطلب مصاريف ونفقات نجد المشرع سكت على تبيان مصدرها أو الملتزم بها، هل ستتحملها الدولة أم الشاهد أم المبلغ.....

بالإضافة إلى ذلك نجد أن التطلع إلى محاكمة عادلة وتوفير الضمانات القانونية للمتهم انطلاقا من أن الأصل هو براءته، فهل تعتبر الشهادة المقنعة أو المجهولة Anonyme مقبولة إذا كانت الوسيلة الوحيدة للإدانة؟ لقد ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أن إدانة الشخص لا ينبغي أن تركز أساسا على مجرد الإثبات المقدم من شهود مجهولين (قضية فنديش 28 شتنبر 1990 وقضية فان مشلين وقضية كوستوفسكي ضد هولاندا) وعللت قرارها بكون: «جميع الأدلة يجب أن تقدم في الأحوال العادية في جلسة علنية في حضور المتهم بهدف السماح له بمناقشة الشهود. وعلى الرغم من أن هناك استثناءات لهذا المبدأ، فلا يجب أن تمس هذه الاستثناءات حقوق الدفاع،

فبوجه عام، تقضي الفقرتان 1 و 3 (د) من المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية بضرورة منح المتهم فرصة كافية وحقيقية لتفنيد أقوال الشهود وسؤالهم سواء عندما يدلي بأقواله أو في مرحلة لاحقة".

كما عللت قرارها في قضية أخرى: « لما كان المحامي يجهل هوية الشاهدين فقد واجه عقبة كؤود، حيث لم تتح له المعلومات اللازمة لكي يستطيع اختبار مدى إمكانية الركون إلى هذين الشاهدين أو للتشكيك في مصداقيتهما ». .

ولم تمنع المحكمة الأوروبية تماما الاستعانة بالشهود الجاهولين في أية قضية، ولكنها أشارت إلى ضرورة التشدد في تقييد الاستعانة بهم .

وفي نظرنا أن مرد اتجاه المحكمة المذكورة يرجع إلى الشك في طريقة الإفضاء بالشهادة أولا وفي وجوب أعمال قرينة البراءة ثانيا *Présomption d'innocence* ولكون اللجوء إلى إخفاء الهوية أو تضمينها مستعارة يبقى استثناء لا يقاس على الأصل المتعلق بالعلنية وقابلية الشهادة للمناقشة، مواجهة أطراف الدعوى العمومية .

- إذا كان المشرع قد أخذ بعض مقتضيات القانون الجديد عن قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، سيما في المواد من 57-706 إلى 63-706، فإنه كان ينبغي وضع شروط تتعلق بالضحية أو الشاهد الطالب للحماية وذلك درءا لكل تعسف في استعمال هذا الحق من طرفهما أولا ثم لجعل تدابير الحماية استثنائية وليست أصلا في الدعوى العمومية، ومن بين هذه الشروط عدم وجود أي مؤشر بارتكاب الشاهد أو محاولة ارتكابه الجريمة وعدم سوابقه القضائية وكون الشهادة المراد الإفضاء بها تقدم جديدا أو أمورا حاسمة أو على الأقل مهمة تفيد المسطرة ثم التثبت من كون إظهار الشهادة من شأنها أن تلحق الأذى بصاحبها أو أسرته أو تشكل خطرا محققا بهم.

- ثم إنه للعمل بنظام الشاهد المخفي أو المقنع يجب حفظ حق المتهم في مناقشة الشهادة ودحضها لما في غياب ذلك من مس بحقوق دفاعه ومن مساس بقرينة البراءة إذ يجب على الأقل وما دام أن الأمر يشكل استثناء من القاعدة أن يمنح الحق لمحامي المتهم أو المشتبه فيه للحضور أثناء الاستماع إلى الشاهد أو الخبير أمام أي جهة قضائية أو غيرها وذلك لطرح الأسئلة من جهة وللاستجلاء للحقيقة من جهة ثانية علما أن المحامي ملزم بكتمان السر المهني ولا خشية تبعا لذلك من إظهاره لهوية المصريح .

هذه بصفة عامة بعض أوجه القصور بصفة عامة التي يجب على المشرع تفاديه لحسن التطبيق السليم القانون السالف الذكر.

المطلب الثاني: الحماية في ظل المعاهدات الدولية:

أنكس الاهتمام الدولي بهذا الموضوع من خلال النص على حماية الشهود والمبلغين ضمن اتفاقيات دولية عديدة (الفقرة الأولى ترجم على المستوى العربي من خلال صدور عدة قوانين وإحداث عدة آليات لذلك (الفقرة الثانية) كلها تصب في اتجاه واحد هو إقرار مزيد من الحماية. وذلك على النحو التالي :

الفقرة الأولى: المواثيق الدولية والعربية:

إن الإبلاغ عن الجرائم بشكل عام والإدلاء بالشهادة أمام جهات التحقيق المختلفة من الحقوق الأساسية للإنسان التي كفلتها المواثيق الدولية (أولاً)، والتشريعات الوطنية (ثانياً) فالشفافية، والمسائلة وحماية المبلغين، والشهود، والخبراء تشكل حجر الزاوية في جهود مكافحة الفساد والجريمة وتحقيق العدل، ما هي أهم هذه الاتفاقيات؟.

أولاً: الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 :- وتعد هذه الاتفاقية من أبرز المواثيق الدولية التي أقرتها الأمم المتحدة ودخلت حيز النفاذ في 14-12-2005 وقد انضم إليها المغرب وتشير في المادة الثامنة منها والمتعلقة بقواعد سلوك الموظفين العموميين إلى وجوب قيام كل دولة طرف في الاتفاقية ووفقاً للمبادئ الأساسية في قانونها الداخلي بإرساء تدابير ونظم تيسر قيام الموظفين العموميين بإبلاغ السلطات المعنية عن أفعال الفساد عندما يتنبهون إلى مثل هذه الأفعال أثناء أداء وظائفهم. وإن تتخذ كذلك تدابير تأديبية أو تدابير أخرى ضد الموظفين العموميين الذين يخالفون المدونات أو المعايير الموضوعة وفقاً لهذه المادة.

كذلك، تتطلب المادة (33) من ذات الاتفاقية وجوب قيام كل دولة طرفاً فيها بتضمين نظامها القانوني الداخلي تدابير مناسبة لتوفير الحماية من أي معاملة لا مسوغ لها لأي شخص يقوم بحسن نية ولأسباب وجيهة، بإبلاغ السلطات المختصة بأي وقائع تتعلق بأفعال مجرمة وفقاً لأحكام الاتفاقية. (5).

2- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000 :- والتي تشير إلى جرائم الفساد ومكافحتها بكافة الطرق والوسائل تتضمن مجموعة من النصوص المتعلقة بالإبلاغ عن جرائم الفساد وحماية المبلغين والضحايا والشهود مما قد يمارس بحققهم نتيجة هذا الإبلاغ. من ذلك المادة (9) منها والتي تلزم الدول الأطراف فيها باتخاذ تدابير تشريعية وإدارية لتعزيز نزاهة الموظفين العموميين ومنع فسادهم وكشفه ومعاقبته. كما تلزم المادة (24) من الاتفاقية الدول الأعضاء باتخاذ تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير حماية فعالة من أي انتقام أو تهريب محتمل للشهود في الإجراءات الجنائية الذين يدلون بشهادة بخصوص الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة بهم حسب الاقتضاء. ويجوز أن تشمل تلك التدابير:

- وضع قواعد إجرائية لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلاً، بالقدر اللازم والممكن عملياً، بتغيير أماكن إقامتهم، والسماح عند الاقتضاء بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهوية أولئك الأشخاص وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها.

- توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح الإدلاء بالشهادة على نحو يكفل سلامة الشاهد، كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، ومنها مثلاً وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الوافية.

وفيما يتعلق بحماية ضحايا جرائم الفساد، فإن المادة (25) من ذات الاتفاقية تلزم الدول الأعضاء باتخاذ تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير المساعدة والحماية لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، خصوصاً في حالات تعرضهم للتهديد بالانتقام أو للترهيب.

كذلك، يشير المبدأ التاسع من المبادئ الدولية حول تشريعات حق المعرفة والاطلاع، إلى وجوب حماية المخبرين الذين يفشون معلومات حول أية مخالفات، ويشير هذا المبدأ إلى انه يتعين حماية الأفراد من أية عقوبات قانونية أو إدارية أو عقوبات تتعلق بالعمل لكونهم أفشوا معلومات حول المخالفات. و تشمل عبارة «خرق القانون» في هذا السياق، اقتراف جرم أو عدم الالتزام بموجب قانوني أو عدم إحقاق الحق، أو تلقي رشوة أو في حال عدم الأمانة والإساءة البالغة في استعمال الإدارة في إطار هيئة عامة. تشمل العبارة كذلك حالات التهديد الخطير للصحة أو للسلامة أو للبيئة إذا ارتبط ذلك بخرق فردي للقانون.

كذلك يجب أن يستفيد المخبرون من الحماية ما داموا يعملون بحسن نية وبناءً على اعتقاد معلل بأن المعلومات كانت صحيحة إلى حد كبير وأنها كشفت دلائل حول خرق القانون. ويجب أن تطبق حماية كهذه حتى ولو كان الكشف عن تلك المعلومات انتهاكاً لمتطلبات قانونية أو مختصة بالعمل.

إن توفير الحماية للمخبرين في بعض الدول مشروط بمتطلبات إفشاء المعلومات عن بعض الأفراد أو الهيئات المقصرة. وفي حين تكون هذه الشروط ملائمة عموماً، يجب أن تتوافر الحماية حين تتطلب المصلحة العامة كشف المعلومات من قبل أفراد آخرين أو حتى من قبل وسائل الإعلام¹.

و تشمل عبارة «المصلحة العامة» في هذا السياق الحالات التي تغطي الفوائد فيها على الأضرار، أو حين تكون الوسيلة البديلة لإفشاء المعلومات ضرورية لحماية مصلحة أساسية. ويطبق هذا مثلاً في الحالات التي يكون المخبرون فيها بحاجة إلى حماية من ثار، أو حين تكون المشكلة غير قابلة للحل بوسائل قانونية، أو مع وجود سبب استثنائي جاد لكشف المعلومات، كتهديد مُحلي بالصحة العامة أو السلامة العامة أو حتى حين يكون هناك خطر في إخفاء أو إتلاف دليل حول عملية فيها خرق للقانون.

3- الاتفاقية الدولية لقمع وتمويل الإرهاب لعام 1999:- وتتضمن هذه الاتفاقية مجموعة من الأحكام المهمة ذات الصلة بمكافحة جرائم الفساد التي تعمل على تمويل الإرهاب وتكفل هذه الاتفاقية للدول الأطراف توفير أكبر قدر من المساعدة القانونية المتبادلة في مجال تبادل المعلومات وتقديم الاخبارات ذات الصلة بالعمليات المشبوهة والملاحقات والتحقيقات والإجراءات القضائية ومصادرة الموجودات واستردادها.

4- اتفاقية مكافحة الرشوة للموظفين الحكوميين الأجانب لعام 1997:- حيث تضمنت هذه الاتفاقية مكافحة أهم جريمة من جرائم الفساد وهي رشوة الموظفين الحكوميين في المعاملات التجارية العالمية، وحثت كل دولة طرف بضرورة اتخاذ ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم قيام الموظف العام الأجنبي أو موظفي المؤسسات الدولية من الاستفادة من المزايا أو المنح غير المستحقة لهم أو الحصول على منافع تجارية أو تصريف الأعمال التجارية الدولية فضلاً عن اتخاذ تدابير إجرائية فعالة فيما يتعلق بالإبلاغ عن الجريمة وتطوير أساليب الملاحقة القضائية وعدم الاكتفاء بما هو تقليدي، وقد تم تبني هذه الاتفاقية من قبل منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التابعة للأمم المتحدة.

¹ للمزيد من التعمق يراجع، حمدي الاسيوطي، "حماية الشهود والمبلغين في قضايا اهدار المال العام، مقال تم نشرها بمناسبة ندوة" حماية الشهود والمبلغين في قضايا اهدار المال العام المنعقد في 8 يونيو 2010، القاهرة، ص، 13 وما بعدها.

5- المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1996 حيث تشير في المادة (10) منها إلى وجوب محافظة الموظفين العموميين على ما في حوزتهم من معلومات ذات طبيعة سرية ما لم يقتضي التشريع الوطني أو أداء الواجب أو متطلبات العدالة خلاف ذلك.

6- مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين لعام 1979 :- حيث تلزم في المادة (8) منها الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، الذين يتوفر لديهم ما يحملهم على الاعتقاد بوقوع أو شك وقوع انتهاك لهذه المدونة، إبلاغ الأمر إلى سلطاتهم العليا وكذلك، عند اللزوم، إلى غيرها من السلطات والأجهزة المختصة التي تتمتع بصلاحيات المراجعة أو رفع المظلمة.

ثانيا : في ظل التشريعات المقارنة :

نجد من بين هذه التشريعات :

1: التشريعات الأجنبية :

*القانون الاسترالي: فقد قام المشرع الاسترالي بسن قانون حماية المبلغين عن جرائم الفساد لعام 2001، ويهدف هذا القانون إلى تشجيع وتسهيل عملية الكشف عن التصرفات المنحرفة أو الفاسدة والمنافية للقانون والتي يقوم بها مسئولون حكوميون أو هيئات حكومية، وكذلك تأمين الحماية للمبلغين والأشخاص الذين قد يعانون أو يواجهون صعوبات بسبب تبليغهم، وكذلك السماح بالتحقيق في المسائل المبلغ عنها ومعالجتها بشكل جيد. وبموجب هذا القانون يمكن لأي شخص أن يقوم بالتبليغ إذا كان يعتقد ولديه ما يبرر اعتقاده بأن أي موظف متورط أو يقترح التورط في سلوك منحرف أو فاسد. وتتمحور القضايا التي يشملها التبليغ حول أي سلوك غير لائق أو منحرف أو أي تصرف ينم عن الفساد بما في ذلك الغش والسرقة والتزوير وسوء استخدام المعلومات التي يتم الحصول عليها بحكم العمل أو سوء استخدام وإدارة الأموال العامة، أو التورط أو محاولة القيام بأي عمل مما سبق، وهذه الأمور إذا ثبت صحتها فإنها تعتبر عملا إجراميا ومبررا كافيا للطرد من العمل. وتتولى الدولة بموجب هذا القانون اتخاذ كافة الإجراءات والاحتياطات التي تراها مناسبة لحماية المبلغين عن جرائم الفساد بما في ذلك تعويضهم عن أي ضرر مادي أو معنوي قد يلحق بهم جراء ذلك.

*. القانون الألماني : - حيث قام البرلمان الألماني الاتحادي بالمصادقة على قانون حماية المبلغين من الخطر في 11 كانون الأول عام 2001 ، وقد بين هذا القانون المشمولين بأحكامه ونطاق التطبيق وتم بموجبه إنشاء وحدات لحماية المبلغين ومن في حكمهم وما تتطلبه من إجراءات السرية والإلزام الموجب وكيفية استخدام البيانات الشخصية وإخفاء الهوية المؤقت وتعديل القوانين ذات الصلة ومنها قانون الادعاء العام و قانون مكتب الشرطة الجنائية الفيدرالي وقانون الأجانب لضمان أقصى قدر من تنسيق الجهود للحيلولة دون تعرض المخبرين أو الشهود أو المقربين منهم لأي نوع من أنواع الابتزاز أو التهديد بلحاق الأذى أو المخاطر أو الحرمان من الوظيفة بسبب قيامهم بالإدلاء بمعلومات عن المشتبه بارتكابهم جرائم الفساد أو على أساس أنها مصنفة كذلك

*. القانون الايطالي : - فقد صدر مرسوم القانون رقم 8 لسنة 1991 الخاص بحماية الأشخاص المتعاونين مع العدالة، حيث تضمن هذا القانون جملة من الإجراءات القانونية الخاصة لمن يثبت أنهم في حالة خطر فعلي أو محتمل نتيجة تعاونهم في كشف جرائم التنظيمات الإرهابية لنوع المافيا أو التدمير أو الروابط الإجرامية الداخلية أو الخارجية ومخالفات الفساد وعوائد النشاطات غير الشرعية ، ولضمان الحماية للمتعاونين مع العدالة من مخبرين وشهود ، فقد أجاز القانون لوزير الداخلية وبالاتفاق مع وزير العدل ووزير الخزانة والتخطيط الاقتصادي تحديد إجراءات الدعم المخصصة وضمان إبقاء الوظائف أو التنقل والحفاظ على السرية ومنح وثائق التعريف ومنح الاستشارات القانونية والتسهيلات غير المشروطة للمستفيدين من أحكام هذا القانون والأشخاص وثيقي الصلة.

*. القانون السلوفاني : - أصدرت الجمهورية السلوفينية قانونها الخاص بحماية الشاهد وذلك من قبل الجمعية الوطنية بتاريخ 30/11/2005، وقد ضم هذا القانون فصولا وأقسام لتنظيم شؤون الحماية لجميع الأشخاص المعرضين للخطر وأقربائهم وما يجب اتخاذه من إجراءات وقائية عاجلة لمن يكشفون أو يخبرون عن معلومات تعتبر هامة للتحقيق ويقدمون الدليل على المخالفات الجنائية المرتكبة سابقا ، والأشخاص الذين يظهرون ندما، وتأسيس وتنظيم الإجراءات والمهام الممنوحة بموجب برنامج الحماية المقر ، مبينا أن هيئة حماية الأشخاص المعرضين للخطر بموجب هذا التشريع تتكون من قاضي المحكمة العليا رئيسا وعضوية كل من المدعي العام الحكومي وممثل عن وزارة العدل وممثل عن وزارة الداخلية وعدد من الخبراء اللامعين في القانون الجنائي الذين يتم ترشيحهم بصورة سرية من قبل مسؤوليهم الحكوميين وفقا للإجراءات المنصوص في هذا القانون، وقد منحت هذه الهيئة صلاحية إدخال الأشخاص المعرضين للخطر بصورة طوعية أو بناء على طلب خطي نتيجة المعلومات الواقعية بشأن المخالفات الماسة بالنزاهة والإدارة السليمة وأية جرائم أخرى في برنامج الحماية المتضمن توفير الحماية الجسدية لهم وإعادة توطينهم بصورة مؤقتة في أماكن غير تلك التي اعتادوا عليها وفقا لدرجة ونوع ومدة الخطر المتوقع، وعلى أن يتم تصنيف البيانات والمعلومات المرتبطة بتنفيذ القانون بدرجة من السرية وفقا للتعليمات.

ثالثا: التشريعات العربية :

أما بالنسبة للدول العربية، نجد بعض الدول قد بادرت إلى تعديل النصوص والإجراءات الموجودة لحماية الشهود والمبلغين منها :

*- القانون اليمني : - فقد قام المشرع اليمني بسن قانون مكافحة الفساد رقم (39) لسنة 2006، ومما جاء فيه ، تحت عنوان الفصل الثاني/ مشاركة المجتمع ، حيث نصت المادة (24) منه على إلزام كل شخص علم بوقوع جريمة من جرائم الفساد الإبلاغ عنها إلى الهيئة أو الجهة المختصة مع تقديم ما لديه من معلومات حولها لتتولى دراستها للتأكد من صحتها واتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها وتباشر الهيئة من تلقاء نفسها التحري والتحقيق في جرائم الفساد المنشورة في وسائل الإعلام المختلفة.

وتلتزم هيئة مكافحة الفساد بموجب المادة (27) من القانون بتوفير الحماية القانونية والوظيفية والشخصية للشهود والخبراء والمبلغين عن جرائم الفساد، وتحدد اللائحة إجراءات الحماية والتدابير الخاصة بذلك.وقد بينت المادة (38) منه بان المعلومات والبلاغات المتصلة بجرائم الفساد وما يجري بشأنها من فحص وتحقيق من الأسرار التي يجب

الحفاظة عليها ويتعين على كل لهم علاقة بتنفيذ هذا القانون عدم إفشاؤها، فيما شملت المادة (40) من القانون المذكور لكل من ساهم في أي جريمة من جرائم الفساد بالتخفيف من العقاب ، إذا بادر إلى إبلاغ السلطات المختصة عن الجريمة أو قدم بيانات أو معلومات سهلت كشفها أو كشف مرتكبيها أو القبض عليهم أو استرداد الأموال والعائدات غير المشروعة.

* القانون الأردني : - فقد أعطى قانون هيئة مكافحة الفساد رقم 62 لعام 2006 صلاحية الكشف عن مواطن الفساد بجميع أشكاله بما في ذلك الفساد الإداري والمالي والواسطة والمحسوبية إذا شكلت اعتداء على حقوق الغير حفاظا على المال العام، كما أشارت المادة (7) منه لهيئة مكافحة الفساد صلاحية إجراء التحريات اللازمة لتابعة أي من قضايا الفساد من تلقاء نفسها أو بناء على إخبار يرد من أي جهة ، وإذا تبين بنتيجة التحري أو التحقيق أن الإخبار الوارد إلى الهيئة كان كاذباً أو كيدياً يتم تحويل مقدمه إلى الجهات القضائية المختصة وفقاً للأصول القانونية المتبعة.

* القانون الكويتي : - حيث تضمن مقترح قانون مكافحة الفساد بدولة الفساد لعام 2007 أحكاماً تسري على كافة جرائم الفساد التي تقع كلها أو جزء منها في الكويت بغض النظر عن طبيعة وجنسية مرتكبها، كما و تضمن المقترح المعروض على مجلس الأمة إنشاء هيئة مستقلة تسمى (الهيئة الكويتية لمكافحة الفساد)، وبالإشارة إلى ما جاء في الفصل الخامس - المعنون ب(مشاركة المجتمع) - المادة (19) بأنه ((على كل شخص علم بوقوع جريمة من جرائم الفساد الإبلاغ عنها لدى الهيئة أو الجهة المختصة مع تقديم ما لديه من معلومات.....))، فيما أشارت المادة (20) من المقترح ذاته إلى تمكين وسائل الإعلام والجمهور من الحصول على المعلومات المتعلقة بالفساد مع مراعاة حرمة الحياة الخاصة وشرف وكرامة الأشخاص وكذا مقتضيات الأمن الوطني والنظام العام وحياد القضاء وتكفل الهيئة المشار إليها للشهود والخبراء والمبلغين عن جرائم الفساد توفير الحماية القانونية والوظيفية والشخصية وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات حمايتهم والتدابير الخاصة بذلك فيما منحت المادة (34) من المقترح إعفاء من العقاب لكل من بادر من الجناة بإبلاغ النيابة العامة أو ديوان المحاسبة بوجود اتفاق جنائي لارتكاب أي من جرائم الفساد المنصوص عليها في هذا القانون وبمن اشتركوا فيه قبل البدء في تنفيذ الجريمة، ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ به إتمام الجريمة وقبل البدء بالتحقيق، كما يجوز لها ذلك إذا مكن الجاني في التحقيق السلطات من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين أو ضبط الأموال موضوع الجريمة أو على مرتكبي جريمة أخرى ماثلة لها في النوع والخطورة.

* القانون الفلسطيني : - حيث تبنى المشرع الفلسطيني ، نصوصاً قانونية تلزم الجمهور أو الموظفين أو القائمين على تطبيق القانون بالإبلاغ عن جرائم الفساد التي تصل إلى علمهم، من ذلك على سبيل المثال ما ورد في قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية رقم (15) لسنة 2004، حيث أوجبت المادة (35) من القانون على المدققين الماليين في المراكز المالية كافة إبلاغ الديوان بجميع الحالات التي يتضمن الصرف فيها مخالفة مالية، وذلك خلال مدة أقصاها أسبوعان من تاريخ وقوعها. كذلك تلزم المادة (36) منه مفوضي الإنفاق في المراكز المالية كافة وجميع الجهات الأخرى الخاضعة لرقابة الديوان، إبلاغه بما يقع في هذه الجهات من وقائع الاختلاس، أو السرقة، أو التهديد، أو الإلتاف، أو الحريق، أو الإهمال، وما في حكمها، يوم اكتشافها، وعليهم أيضاً أن يوافقوا الديون بالقرارات الصادرة بشأنها فور صدورها.

وتشدد المادة (42) من القانون ذاته، على أن كل موظف يرتكب أيا من المخالفات المالية أو الإدارية، أو يساهم في ارتكابها، أو يسهل وقوعها، أو يتستر على مرتكبيها، أو يقصر في الإبلاغ عنها، يعاقب تأديبيا، مع عدم الإخلال بإقامة الدعوى الجزائية أو المدنية وفق لأحكام القانون .

فيما ألزمت المادة (44) من القانون نفسه، كافة الجهات الخاضعة لرقابة الديوان، إبلاغ الديوان فور اكتشافها لأية مخالفة مالية أو إدارية لديها، أو أي حادث من شأنه أن تترتب عليه خسارة مالية للسلطة الوطنية، أو ضياع حق من حقوقها، أو يعرض أصولها الثابتة أو المنقولة للضياع أو التلف على أي وجه، وذلك لاتخاذ الإجراءات الواجبة طبقا لهذا القانون، ودون إخلال بما يجب أن تتخذه تلك الجهات من إجراءات أخرى. أما فيما يتعلق بقانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005 ، فقد أجازت المادة (18) من القانون لكل من يملك معلومات جدية أو وثائق بشأن كسب غير مشروع أن يتقدم إلى الهيئة بتلك المعلومات أو تقديم شكوى بشأنها ضد أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون. وتلزم المادة (19) منه كل موظف عام علم بكسب غير مشروع أن يبلغ الهيئة بذلك، و لا يجوز أن يكون البلاغ الذي تقدم به الموظف سببا لاتخاذ أي من الإجراءات التأديبية بحقه أو اتخاذ أية إجراءات تخل بمكانته الوظيفية.

و لضمان حماية للمبلغين عن جرائم الفساد ، فإن المادة (22) من القانون ذاته تعتبر الإقرارات المنصوص عليها في هذا القانون والإجراءات المتخذة للتحقيق وفحص الشكاوى المقدمة بشأن الكسب غير المشروع من الأسرار التي لا يجوز إفشاؤها إلا بقرار من المحكمة المختصة.

وتشجيعا للإبلاغ عن جرائم الفساد قبل كشفها، فإن المادة (27) من القانون نفسه قد نصت على انه إذا بادر مرتكب جريمة الكسب غير المشروع أو الشريك فيها إلى إبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل كشفها وعن المال المتحصل منها أعفي من عقوبتي السجن والغرامة المقررتين لهذه الجريمة. كذلك إذا أعان مرتكب جريمة الكسب غير المشروع أو الشريك فيها أثناء التحقيق معه على كشف الجريمة ومرتكبيها تخفض العقوبة إلى الحبس ويعفى من عقوبة الغرامة.

فيما جرمت المادة (30) من ذات القانون البلاغات الكاذبة عن جرائم الفساد بالنص على أن كل من بلغ كذبا بنية الإساءة عن كسب غير مشروع يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة دينار أردني ولا تزيد على ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو بإحدى هاتين العقوبتين¹.

الفقرة الثانية: الآليات القانونية والمؤسسية لحماية الشهود في القانون المغربي:

تتميز جرائم الفساد بصعوبة كشفها بالنظر إلى كونها جرائم مالية معقدة وتستخدم في إخفاءها وسائل متطورة ، على نحو أصبح معه من اللازم الاهتمام بتعزيز قدرات أجهزة المراقبة والتفتيش وضمان استقلالها الوظيفي، مع دعم الحق في الوصول إلى المعلومة وحماية المبلغين والشهود والخبراء، وهي التدابير التي يعمل المغرب على تطويرها وفق ما يلي :

¹ عبد الحميد سالم، وهشام رءوف، حماية الشهود والمبلغين في قضايا اهدار المال العام، مقالات القيت بمناسبة ندوة " حماية الشهود والمبلغين في قضايا اهدار المال العام ، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

و في هذا الإطار أحدث المغرب مجموعة من الهيئات والمؤسسات من أجل محاصرة كافة أشكال الفساد و إرساء أسباب كشفه و تقديم مرتكبيه للعدالة ، ومن أهم المؤسسات والهيئات التي يمكن أن نذكرها في هذا الباب هناك :

1-الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة :

تعتبر هذه الهيئة من آليات الوقاية من الفساد و لأهميتها تم رفعها بموجب الدستور الجديد للمملكة إلى مصاف المؤسسات الدستورية، وتناط بها مهمة تنسيق سياسيات الوقاية من الرشوة و الإشراف عليها والسهر على تتبع تنفيذها وجمع و نشر المعلومات في هذا المجال، و لهذه الغاية يعهد إليها بمجموعة من المهام نذكر منها على الخصوص إخبار السلطة القضائية المختصة بجميع الأفعال التي تبلغ إلى علمها بمناسبة مزاولة مهامها و التي تعتبرها أفعالا من شأنها أن تشكل رشوة يعاقب عليها القانون، مع ملاحظة أن المرسوم الحدث لهذه الهيئة ينص على أنه يقصد بالرشوة في أحكامه جرائم الرشوة واستغلال النفوذ والغدر و الاختلاس ، وهو ما يعني أن مهام الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة تشمل جميع جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون المغربي.

2-وحدة معالجة المعلومات المالية :

تم التنصيص على هذه الوحدة في القانون رقم 05 - 43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، والذي أدخل مجموعة من التعديلات على مقتضيات مجموعة القانون الجنائي بهدف تجريم غسل الأموال وتحديد العقوبات المرتبطة بهذه الجريمة و سن إجراءات خاصة بالوقاية من غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

وتتكون الوحدة التي أحدثت لدى الوزارة الأولى من ممثلين عن جميع القطاعات الحكومية المعنية بجرائم الفساد وغسل الأموال، إضافة إلى ممثلين عن المؤسسات المالية والبنكية، وهو ما يجعل الوحدة مؤهلة لبناء نظام فعال للوقاية من غسل الأموال وكشف جميع العمليات المرتبطة به، خاصة وأنها تتمتع بالاختصاصات وبالاستقلالية الضرورية للقيام بمهامها على الوجه الأكمل، بعد ما تمت ملاءمة إطارها القانوني مع المعايير الدولية المعتمدة في هذا الشأن.

ولهذا الغرض عهد للوحدة بمجموعة من المهام من بينها جمع ومعالجة المعلومات المرتبطة بغسل الأموال، فضلا عن إلزامها وبمجرد توصلها بمعلومات تبرر وجود أفعال من شأنها أن تكون جريمة غسل الأموال، بإحالة الأمر على النيابة العامة.

3-الحاكم المالية :

تعتبر المحاكم المالية من آليات المساءلة والرقابة المالية اللاحقة، المحدثه من أجل تفعيل الاختصاصات المدققة بشكل منهجي ومنتظم، من أجل توطيد مبادئ الحكامة الجيدة في مجال التدبير العمومي، بالإضافة إلى إحالة كل ما يكشف عنه التدقيق من أفعال جرمية على وزير العدل من أجل تحريك مسطرة المتابعات القضائية.

وفي هذا الإطار يأخذ المغرب بنظام الدعوى الموازية الذي يسمح بتحريك الدعوى الجنائية بموازاة مع ممارسة دعوى التأديب المالي بالمحاكم المالية، فإعمالا للمادتين 111 و 162 من مدونة المحاكم المالية، فإنه كلما تبين من خلال تدقيق حسابات المؤسسات الخاضعة لرقابة المجلس الأعلى للحسابات، بأن هناك أفعالا تستوجب عقوبة جنائية، رفع الوكيل

العام للملك لدى المجلس المذكور الأمر من تلقاء نفسه أو بإيعاز من الرئيس الأول إلى وزير العدل قصد اتخاذ ما يراه ملائما، وأخبر بذلك السلطة التي ينتمي إليها المعني بالأمر، ويخبر وزير العدل المجلس بالتدابير التي اتخذها، بحيث أن وزير العدل يوجه في مثل هذه الحالات تقارير المجلس الأعلى للحسابات أو تقارير المجالس الجهوية للحسابات إلى النيابة العامة ، قصد إجراء الأبحاث اللازمة ومتابعة مرتكبي الأفعال الجرمية و إحالتهم على المحكمة من أجل محاكمتهم طبقا للقانون.

خاتمة :

مما لا شك فيه أن حماية الشهود والمبلغين هو أمر مهم خاصة إذا ارتبط بقضايا الفساد وفي هذا الإطار نخلص إلى فكرة مفادها أن النظام القانوني المغربي لا يفتقر إلى النصوص القانونية التي توفر حماية قانونية للمبلغين والشهود في قضايا الفساد، بقدر ما نفتقر إلى تطبيق تلك النصوص ووجود برامج متكاملة ومحددة للوصول إلى الغرض الأسمى ألا وهو التقليل من الفساد، ويبقى هاجس الخوف والانتقام طاغيا سيما ما بين الموظفين في علاقتهم برؤسائهم واصحاب النفوذ مما يؤثر سلبا على خطط مكافحة.

الطرق القانونية لإنشاء ونكوين الأوقاف العامة في التشريع الجزائري



فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية تبسة

وفضيلة الأستاذ محمد كنانة أستاذ مساعد كلية الحقوق والعلوم السياسية تبسة

مقدمة :

تعد الأوقاف العامة حسب النظام الجديد للتوجيه العقاري في الجزائر والمؤسس بموجب القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 من بين الأصناف الثلاثة للأموال العقارية¹ والتي تتمتع بتنظيم خاص من حيث طرق إدارتها وتسييرها وحمايتها، وبالأخص من حيث طرق ووسائل تكوينها وإنشائها، تتعدد ضمن نوعين من الوسائل القانونية وهي وسائل القانون الخاص، والتي لا تخرج عن إطار عقود الوقف أو الحبس والتي هي الوسيلة الأساسية والتقليدية لتأسيس وإنشاء الأموال الوقفية العامة أو الخيرية بمختلف أنواعها منذ ظهور أول وقف في الإسلام والمتمثل في وقف "مسجد قباء"، أما النوع الثاني من الوسائل القانونية لتكوين وإنشاء الوقف العام فهي الوسائل الإدارية أو وسائل القانون العام وسنقتصر في دراستنا هذه على نوعين منها وهما قرارات التخصيص أو الإصدار وقرارات الإسترجاع وهي وسائل قانونية مستحدثة بسبب الظروف السياسية والاجتماعية التي تعرضت لها الأوقاف خلال مراحل متعددة من التاريخ من ضياع واستيلاء من طرف الأهالي والحكام على السواء، فقد عانت أوقاف الجزائر غداة الاستعمار من تصفية واستيلاء واغتصاب منقطع النظر ثم عقب كل ذلك إهمال بعد الاستقلال، كل ذلك ساهم في ظهور ما يسمى بإجراءات استرجاع الأموال الوقفية إداريا، هذا من جهة ومن جهة أخرى فبسبب ارتباط الأوقاف العامة بالأموال التابعة للدولة سواء من حيث التسيير أو التنظيم خلال مراحل سابقة فإن الدولة استمرت بالمساهمة في إنشاء بعض الأوقاف عن طريق تخصيص أراضي لبناء أوقاف معينة خاصة منها المسجدية وهو ما يسمى بقرارات التخصيص أو الإصدار، لذلك أردنا أن نفصل تحديدا في هذه الوسائل الرئيسية المؤدية إلى تكوين الأموال الوقفية من خلال مبحثين :

- المبحث الأول : طرق القانون الخاص (عقد الوقف).
- المبحث الثاني : طرق القانون العام.

المبحث الأول: طرق القانون الخاص لإنشاء الأوقاف العامة:

سنكتفي في بحثنا هذا بأهم وسيلة من وسائل القانون الخاص، والتي تعتبر الوسيلة الأساسية والمباشرة لتكوين وإنشاء الأوقاف العامة، وتتمثل في عقد الوقف والذي سنتطرق إلى تعريفه وتحديد أركانه و شروطه.

المطلب الأول: تعريف الوقف أو الحبس:

لقد تنوعت تعريفات الوقف في الفقه الإسلامي وتباينت تباينا كبيرا من حيث المدلول والصياغة ما أثر بدوره على التعريف القانوني لعقد الوقف، وسنستعرض فيما يلي لتعريف الوقف لغة وفقها ثم تستعرض تعريفه في القانون الجزائري والمغربي.

أولا: تعريف الوقف لغة: أن لفظة الوقف قد استعملت بمرادفات كثيرة منها المنع والحبس، فهو في الدابة منعها من السير وحبسها، وفي الدار منعها وحبسها أن يتصرف فيها في غير الوجه الذي وقفت له (1).

ثانيا: تعريف الوقف في الفقه الإسلامي: لقد تنوعت تعريفات الوقف في الفقه الشرعي الإسلامي كما سبق أن أشرنا، وتباينت بتباين النظر إلى حكمه وأسس، وسنكتفي فيما يلي بهذه التعريفات التالية:

تعريف الإمام أبو حنيفة النعمان: "الوقف هو حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير" (2) وهذا التعريف يقتضي عدم لزوم الوقف مادام لم يخرج من ذمة الواقف فحكمه حكم العارية يستطيع التصرف فيها متى شاء، غير أن الإمام أبو حنيفة قد خصص لزوم الوقف في ثلاث صور من صوره (3)

- تعريف الأمام مالك: عرف "الإمام مالك" الوقف على أنه "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا" (4)
- ومن التعريفات الفقهية الحديثة للوقف:

- تعريف الشيخ محمد أبو زهرة: "الوقف هو قطع التصرف في رقبة العين التي يدوم الانتفاع بها، وصرف الانتفاع لجهة الخير". (5)

ثالثا: التعريف القانوني للوقف: لم تهتم أغلب التشريعات بتعريف الوقف وترك مسالة تعريفه للفقه، غير أن بعض التشريعات كالتشريع المغربي والجزائري، أثرت ضبط تعريف الوقف بموجب نص قانوني:

- تعريف الوقف في التشريع المغربي: عرفه القانون المغربي في القسم الرابع في الحقوق العينية من الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة الصادر بتاريخ 19 رجب المواق02 يونيو1915 وفي الفصل 75 "الحبس أموال وقفها الحبس المسلم، ويكون التمتع لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم الواقف..". (6)

- تعريف الوقف في التشريع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الوقف بموجب نص المادة 213 من قانون الأسرة "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق"، وهذا التعريف لا يختلف عن التعريف الذي جاءت به المادة الثالثة من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

المطلب الثاني : طبيعة عقد الوقف :

يأخذ العقد في الفقه الإسلامي معنيين عام و خاص.

أولا : المعنى العام : وهو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين (7) وهو بهذا المعنى مرادف لمصطلح الالتزام عند القانونيين (8) ذلك أن التصرف عندهم هو أعم من العقد ويعرّف بأنه كل ما يصدر عن الشخص المميز بناء على إرادته ويرتب أثرا من الآثار (9)

ثانيا : المعنى الخاص : وهو تطابق إرادتين من أجل مشروع يثبت أثرا معيناً وبذلك فإن العقد بهذا المفهوم يحتاج إلى وجود طرفين لأن الطرف الواحد لا يستطيع أن يبرم بإرادته وحده عقدا (10).

ولذلك فالعقد لا يكون إلا بين طرفين وإذا كان من طرف واحد يكون إلزاما أو وعدا (11) ، والمقنن الجزائري ذهب لتحديد طبيعة الوقف إلى موقف غير واضح تمام الوضوح فقد تعرض لتعريف الوقف في المادة 04 من قانون الأوقاف العامة بأنه: "عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة" فجمع بذلك بين متناقضات عديدة أولها الجمع بين العقد والالتزام على ما بينهما من فرق، أما ثاني المتناقضات فهو الجمع بين العقد والإرادة المنفردة وهما شيئين مختلفين ذلك أن التصرف بالإرادة المنفردة لا يعتبره فقهاء القانون عقدا (12) بل لا يعتبره حتى المشرع الجزائري عقدا فنص المادة 54 من القانون المدني واضح في تعريف العقد "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيئا ما" واجتماع أو تطابق إرادتين في العقد يعني إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر وفي هذه المسألة أي مسألة القبول نرى أن قانون الوقف لم ينص على مسألة قبول الشخص المعنوي للوقف العام وإن كان قد وضع الصيغة كركن من أركان عقد الوقف وقد أحال على المادة الثانية منه والتي ترجع إلى أحكام الشريعة فيما ليس فيه نص، وقد اختلف الفقهاء في مسألة قبول الموقوف عليه غير أن الإمام مالك وغالبية الفقهاء قد اشترطوا القبول في الموقوف عليه المعين (13) فإن لم يكن معيناً فالإجماع على عدم اشتراط القبول. (14)

المطلب الثالث : أركان عقد الوقف وشروطه :

قد اختلف الفقه في تصنيف أركان الوقف وشروطه، فهناك من وسع في دائرة الشروط وضيق في دائرة الأركان كما أن هناك من وسع في الأركان وضيق في الشروط، أما المشرع الجزائري و بموجب المادة 09 من قانون الأوقاف أخذنا برأي جمهور الفقهاء و حدد أركان الوقف بأربعة أركان : الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف، الموقوف عليه ، و أضاف ركن آخر و هو ركن الشكلية .

أولاً: الواقف : وهو الشخص الذي ينشأ الوقف بإرادته ولم ينص القانون الجزائري، على ضرورة كونه شخص طبيعى، غير أنه في تعريفه للوقف ذكر نية التصديق فإذا أمكن انصراف هذه النية على الشخص المعنوي كأن يتصرف الشركاء في شركة أو الأعضاء في جمعية فيمكن هنا تصور الوقف، أما إذا كان الشخص المعنوي لا يمكن أن تتصور منه نية التصديق مثل البلدية أو الولاية فإنه لا يتصور الوقف منه لانعدام نية التصديق و إن وجدت أركان الوقف جميعها و قد اشترط القانون الجزائري في الواقف شروط هي :

1. أهلية التبرع : و تكون بالبلوغ و العقل أما البلوغ فيشترط سن 19 سنة كاملة طبقا للقانون المدني الجزائري و قد نصت المادة 30 من قانون الأوقاف على عدم جواز وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز و لو أذن بذلك

الوصي و أما العقل فلا يجب أن يكون الواقف ناقص العقل كالمعتوه أو فاقله كالجنون لأن صحة التبرعات تتوقف على كمال العقل (15) و قد نصت المادة 31 من قانون الأوقاف العامة الجزائري "لا يصح وقف المجنون و المعتوه لأن الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير, أما صاحب الجنون المنقطع فيصح أثله إفاقته و تمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

2. أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو دين : و الحجر للسفه مبني على عدم رشد الواقف و الخوف من إتلاف ماله, بينما الحجر للدين فمبني على عدم التصرف بالمال صيانة لحقوق الدائنين, مع تمام أهلية المحجور في ذاته (16) وقد نص المشرع الجزائري على مسألة الحجر بسبب الدين متأثرا بالأراء الفقهية خاصة رأي مالك و الشافعي و ابن حنبل الذين يرون الدين المستغرق للمال و الحال الأجل سبب للحجر, على الرغم من أن القانون المدني , و قانون الأسرة (17) لم يذكر الدين كسبب من أسباب الحجر, و كان يجب على المشرع الجزائري أن يفرق بين الحجر على الشخص والحجر على المال و هو ما يسمى في القوانين بالحجز و الصحيح أن من شروط الواقف أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة وأن لا يكون المال المراد وقفه محجوزا لدين و بذلك يصبح هذا الشرط من شروط محل الوقف و ليس من شروط الواقف.

3. أن لا يكون الواقف في مرض الموت مع استغراق الدين لكامل التركة : و هو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 32 من قانون الأوقاف حيث أجاز للدائنين إبطال الوقف (18) و عليهم إثبات أن الوقف تم فعلا في مرض الموت, كما هو معروف في التقنين الوضعي و الشريعة الإسلامية و هو ما دعمته اجتهادات المحكمة العليا. (19).

4. أن يكون الواقف مالكا ملكا مطلقا للعين الموقوفة حين الوقف : إذ يجب أن تكون ملكيته أثناء الوقف ثابتة قانونا, و بذلك يبطل في التقنين الجزائري وقف غير المالك, و إن أجازته بعض الفقهاء على شرط إجازته من طرف الأصل سياقاً للقاعدة القائلة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة", كما يبطل وقف الأملاك التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو الأملاك الوطنية عموماً لأن واقفها لا يملكها و هي ملكا عاما, أما بالنسبة لوقف المرهون و المؤجر فيصح و ينفذ بعد استيفاء الرهن أو استكمال مدة الإيجار ثم تؤول منافع الموقوف إلى الجهة الموقوف عليها. (20).

ثانيا : محل الوقف : يمكن أن يكون محل الوقف حسب نص المادة 11 من قانون الأوقاف عقارا أو منقولا أو منفعة , أما بالنسبة لشروط محل الوقف فهي :

- 1- أن يكون محل الوقف معلوما : فلا يصح وقف المجهول.
- 2- أن يكون محل الوقف محمدا : و التحديد يقتضي تعيين الموقوف حسب قواعد التعيين المتعارف عليها فلو كان أرضا فيجب أن تحدد المساحة و الحدود و غير ذلك و لا يصح الوقف إذا قال (أني أقف جزءا من أرضي) دون أن يحدد مقدار هذا الجزء, أما بالنسبة لوقف المشاع فأجازه القانون الجزائري بموجب المادة 11 فقرة 03 من قانون الأوقاف "و يصح وقف المال المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة" أي أن القسمة في الوقف المشاع أمر وجوبي و ليس اختياري لذلك يجب أن نميز بين نوعين من الأموال المشاعة :

✓ المال المشاع القابل للقسمة : (21) هذا جائز يصح وقفه في أغلب المذاهب الفقهية و هو الراجح الذي أخذ به المشرع الجزائري , و لكن جعله موقوفا على شرط القسمة أي ضرورة أن يكون الموقوف مفرزا عملا بالمذهب المالكي.

✓ المال المشاع غير القابل للقسمة : و هو غير جائز وقفه و لا يصح، وهنا يجب التوضيح أن القسمة تكون غير ممكنة بسبب طبيعة محل الوقف كوقف سفينة مثلا لا يمكن قسمتها، أو بسبب طبيعة خدمته كوقف مسجد أو مقبرة و هما مما أجمع الفقهاء على عدم جواز وقفهما على الشيوع.

3- أن يكون محل الوقف مشروعا : و قد عبر عن هذا الشرط أغلب الفقهاء بعبارة أن يكون المال متقوما و يقصدون بذلك أن محل الوقف مما يجوز الانتفاع به، وليس مما لا يمكن الانتفاع به إما لاستحالة ذلك ، كأن يكون محل الوقف متمثلا في الشمس أو الهواء ، و إما لمخالفته للتشريع والنظام أو الآداب العامين كأن يكون محل الوقف خمرًا أو مخدرات ففي هاتين الحالتين لا يصح الوقف.

وعموما بالنسبة لشروط الموقوف يمكن الرجوع إلى نصوص المواد 92 إلى 98 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بمحل العقد.

ثالثا : صيغة الوقف : نصت المادة 12 من قانون الأوقاف 10/91 على ما يلي : " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه " و الصيغة هنا مقصورة على الإيجاب لأن القبول ليس مشروطا في التشريع الجزائري و يشترط في الصيغة ما يلي:

- 1- أن تكون الصيغة منجزة أي نافذة في الحال : و هو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأوقاف "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف و يؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه"، و يلحق بالصيغة المنجزة - الصيغة المعلقة على شرط صوري أو على موت الواقف (22).
 - 2- أن لا تقترن الصيغة بشرط باطل : وقد نص المشرع الجزائري المادة 29 من قانون الأوقاف على عدم صحة الوقف المقترن بشرط باطل فإذا وقع صح الوقف و بطل الشرط أخذوا بالمذهب المالكي مثل اشتراط عدم لزوم الوقف .
 - 3- أن لا تقترن الصيغة بما يفيد التأقيت : ذلك أن التشريع الجزائري أخذ بالتأبيد في الوقف سواء عند تعريفه للوقف في قانون الأسرة أو في قانون الأوقاف 10/91 والذي نص صراحة بموجب المادة 28 من قانون الأوقاف "أنه يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن".
 - رابعا: الموقوف عليه : لم يرد ذكر الموقوف عليه في القانون الجزائري إلا بموجب القانون 10/91 و الذي عدلت أحكامه لتختصر على الوقف العام دون الخاص و هو التعديل الذي مس المادة 13 و التي عرفت الموقوف عليه بعد تعديلها بما يلي "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".
- وعبارة الشخص المعنوي لا تبدو واضحة، والظاهر أن المشرع الجزائري قد قصد بعبارة "الشخص المعنوي" فكرة الدوام التي اشترطها الفقهاء ممن قالوا بتأبيد الوقف و معناها أن تكون الجهة الموقوف عليها دائمة، كالمسجد أو المقبرة أو جمعية خيرية و لعل هذا ما يمكن أن يوحي به نص المادة 31 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري "الأمالك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالؤها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية.."; غير أنه يجب أن نلاحظ من جهة أخرى أن الموقوف عليه قد يكون في حد ذاته "وقف عام" كالمسجد ففي هذه الحالة بالفعل هو متمتع بالشخصية المعنوية، و أيضا بالنسبة للجمعيات فلا خلاف حول تمتعها بشخصية قانونية (23) يبقى الإشكال المطروح حول الجهات غير المعينة كالفقراء و العلماء وغيرهم.

لذلك يجب أن نسلم بالغموض الشديد الذي يكتنف نص المادة 13 خاصة و أن قانون الأوقاف يفرق بشكل واضح وجلي بين الجهة الخيرية المنتفعة بالوقف أو بريعه، وهي نوعين المحددة وغير المحددة .

أما عن شروط الموقوف عليه فيشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة بر و خير، و كلمة البر كلمة جامعة لكل أنواع الخير، و أساس ذلك أن سبب الوقف هو القرية إلى الله و القرية لا تكون إلا وفق مقاصد الشريعة الإسلامية و لعل ذلك ما عناه المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الأوقاف باشتراطه في الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية و نميز في كل ذلك أربع حالات :

- ✓ الجهة الموقوف عليها قرية في نظر الإسلام و غيره من الديانات لا خلاف في جواز الوقف عليها.
 - ✓ الجهة الموقوف عليها ليست قرية في جميع الديانات كالوقف على نادي للقمار، فالوقف هنا باطل.
 - ✓ الجهة الموقوف عليها قرية في نظر الإسلام و ليست قرية في نظر الشرائع الأخرى فهنا اتفق العلماء على جواز الوقف عليها من المسلم و اختلفوا في الوقف عليها من غير المسلم، فذهب الشافعية و الحنابلة إلى جوازه و ذهب المالكية و الحنفية إلى عدم صحته (24) أم بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على رأيه لكنه يستشف من خلال عدم اشتراطه شرط الإسلام في الواقف و اشترط في الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية انه يذهب إلى رأي الشافعية و الحنابلة بصحة وقف غير المسلم على جهة قرية في الإسلام.
 - ✓ الجهة الموقوف عليها ليست قرية في الإسلام و لكنها قرية في شريعة الواقف فهنا الوقف لا يصح.
- خامسا : الشكلية في عقد الوقف: إن عقد الوقف كغيره من العقود يجب أن يخضع إلى قاعدة الرسمية طبقا لنص المادة 324 القانون المدني "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه" و هو ما نصت عليه صراحة المادة 41 من قانون الأوقاف "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، ويكون إجراء الشهر خاص بعقود الوقف التي يكون محلها عقار أو حق عيني وارد على عقار بحيث لا تنتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد تطبيقا لنص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري (25)... و قانون الأوقاف جعل تسجيل العقد في السجل العقاري واجبا كما ألزم المصالح المكلفة بالسجل العقاري بإبلاغ الهيئة المكلفة بالأوقاف بنسخة من عقد الوقف.

المبحث الثاني : الوسائل الإدارية لتكوين الأوقاف العامة :

المطلب الأول : تخصيص و إرصاد الأملاك الوطنية لفائدة الوقف :

كثيرا ما تحتاج بعض المصالح العامة إلى تدخل السلطة المختصة في الدولة من أجل تلبية هذه المصالح، فإذا صادف أن كانت هذه المصلحة لصالح وقف عام كبناء مسجد أو مدرسة قرآنية أو غير ذلك من المشاريع الدينية، فيتصرف الموظف المختص من أجل إرصاد أو تخصيص مثلا وعاء عقاري لاحتضان المشروع الديني لكنه لا يسمى وقفا لأن المتصرف هنا باسم الدولة أو أحد مرافقها الإقليمية، لا يتصرف في ملكه و ملكية الموقوف شرط في صحة الوقف (26) و لكن يسمى تخصيصا أو إرسادا كما يسمون الأملاك المخصصة بالأوقاف غير الصحيحة أو "أوقاف التخصيصات" وهي أوقاف السلاطين و الأمراء. (27)

ولقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من التخصيصات و التي تساهم مساهمة هامة في تكوين الأوقاف العامة خاصة منها الأوقاف المسجدية , حيث نصت المادة (06) من المرسوم التنفيذي رقم 91-81 المؤرخ في 23 مارس 1981 المتعلق ببناء المسجد و تنظيمه و تسييره و تحديد و وظيفته على ما يلي "يجب تخصيص مساحات لبناء المساجد في كل مخطط عمراني تضعه الدولة أو الجماعات المحلية لكل تجمع سكاني جديد, على أن تدفع قيمة المساحة بالدينار الرمزي".

و يكون شكل التخصيص و إطاره القانوني بنفس القواعد المنصوص عليها في القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية لاسيما المادتين 84 و 85 منه, و يأخذ صورتين,

- تخصيص أملاك تابعة للدولة.

- تخصيص أملاك تابعة للجماعات المحلية.

أولا : تخصيص أملاك الدولة : إن تخصيص الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة يكون بواسطة قرار إداري(28) و يمكن أن يأخذ طابعا مؤقتا أو نهائيا, لكن بالنسبة للتخصيص لفائدة المساجد و المشاريع الدينية فإنه يكون نهائيا, أما جهة إصدار القرار الإداري المتضمن التخصيص فيصدر حسب الأشكال التالية طبقا للمادة 83 من المرسوم التنفيذي 426/12 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 احدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و يضبط كفيات ذلك : (29).

✓ يصدر من طرف الوزير المكلف بالمالية بالنسبة للمساجد الوطنية أو المشاريع الدينية الوطنية.

✓ يصدر من طرف الوالي بالنسبة للمساجد المحلية أو المشاريع ذات الطابع المحلي.

وفي كلتا الحالتين فإن قرار التخصيص يكون بناء على طلب معلل ترسله الهيئة المكلفة بالأوقاف و يتخذ القرار بناء على اقتراح من طرف المصالح المختصة بأملاك الدولة, ويشتمل قرار التخصيص على البيانات الأساسية للعقار المخصص لاسيما المساحة, و الحدود, و أصل الملكية, و كذا قيمة التخصيص و التي هي مقدرة بدينار رمزي تطبيقا لنص المادة 06 من المرسوم رقم 81/91 المتعلق ببناء المساجد و كذا المادة 43 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف و التي تنصص على أنه "تستفيد السلطة المكلفة بالأوقاف من دفع الثمن بالدينار الرمزي للقطع الأرضية التي تشيد فوقها المساجد إذا كانت هذه القطع من الأملاك الوطنية".

انتقال الملكية والإدماج في الوقف العام : يكون الدمج بشكل نهائي للعقار المخصص بعد إتمام بناء المشروع الديني المستفيد من التخصيص من طرف الهيئة القائمة بنائه سواء الدولة أو الجمعيات الدينية أو أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين إذ بمجرد إتمام البناء يدمج ضمن الوقف العام و هذا ما نصت عليه المادة 09 من المرسوم 91-81 المتعلق ببناء المساجد بالنسبة لمشروع بناء المسجد و ما يلحق به من مرافق "يدمج المسجد و ما يلحق به من مرافق بمجرد الانتهاء من بنائه في الأملاك الوقفية العامة", غير أنه يجب أن يثبت ذلك عن طريق عقد إداري يتم شهره طبقا للقانون و يجره المدير الولائي لأملاك الدولة و يكون طرفا فيه في نفس الوقت بصفته ممثلا لوزير المالية المتصرف باسم الدولة, و يكون في الطرف الثاني للعقد وزير الشؤون الدينية والأوقاف أو من يمثله كمدير الشؤون الدينية في الولاية بصفته ممثلا للوقف العام, وليس بصفته ممثلا للهيئة المكلفة بالأوقاف لأن الانتقال سيكون إلى ذمة الوقف العام.

ثانيا : تخصيص أملاك الجماعات المحلية: إن أملاك الجماعات المحلية (الولاية، والبلدية) تخضع لنفس أحكام المواد 84 و 85 من قانون الأملاك الوطنية 30/90 غير أنها تختلف في إجراءاتها بسبب طبيعة السلطة اللامركزية مصدرة قرار التخصيص أو القائمة بعملية التخصيص و التي يجب أن تتم بعد تداول المجلس الشعبي البلدي أو المجلس الشعبي الولا ئي حسب الحالة للموافقة على تخصيص العقار المطلوب تخصيصا نهائيا لفائدة الهيئة المكلفة بالأوقاف حسب الأشكال المنصوص عليها لنظام المداولات في قانوني البلدية و الولاية (30) وعلى أساس هذه المداولة يصدر قرار التخصيص من طرف رئيس البلدية فيما يتعلق بأملاك البلدية كما يصدر من الوالي بصفته ممثلا للولاية وفقا لمداولة المجلس الشعبي الولا ئي فيما يتعلق بتخصيص عقار تابع للولاية، ثم يتم إدماج العقار نهائيا بنفس الأشكال السابقة لتخصيص أملاك الدولة ضمن الأوقاف العامة بعد اكتمال بناء المشروع الديني الوقفية أما بالنسبة لتحرير العقد الناقل للملكية فيتم تحريره من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة لتسوية أرض تابعة للبلدية و يكون في نفس الوقت طرفا فيه أو من طرف الوالي فيما يخص ملكية الولاية، كما يجوز أن يحرر العقد في الحالتين من طرف موثق.

المطلب الثاني : استرجاع الأملاك الوقفية المستولى عليها :

لقد تعرضت الأوقاف العامة في الفترة الاستعمارية إلى الاغتصاب و الاستيلاء بمختلف الوسائل قصد تحويلها لفائدة مصالح المستعمر من أجل تحقيق أهدافه الاستيطانية، وبعد الاستقلال و على الرغم من نية المشرع الجزائري في إعادة مؤسسة الوقف إلى سابق عهدها إلا أنه لم يولها العناية الكافية و لم ينصفها في كثير من المرات خاصة عندما أصدر التقنيات التالية :

- ✓ الأمر 102/66 المؤرخ في 06 ماي 1966 بأيلولة الأملاك الشاغرة للدولة.
- ✓ الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتعلق بالثورة الزراعية.
- ✓ الأمر 01/81 المؤرخ في 07 فبراير 1981 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة المعدل و المتمم. (31)
- ✓ القانون 19/87 المؤرخ في 02 ديسمبر 1987 الذي يضبط كيفية استغلال الأراضي التابعة للأملاك الوطنية و يحدد حقوق المنتجين و واجباتهم(32).

هذه التشريعات و غيرها ساهمت في استيلاء الدولة على الكثير من الأملاك الوقفية و تحول بعضها فيما بعد إلى فائدة الأشخاص الطبيعيين و المعنويين، سواء عن طريق الاستحواذ و الاستيلاء غير المشروع، أو بموجب استفادة قانونية من الدولة.

هذه الوضعية استمرت حتى صدور القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والذي جاء بضرورة استرجاع هذه الأملاك إما استرجاعا عينيا و إما بواسطة التعويض العيني أو النقدي، و هذا بعد أن أعاد لهذه الأملاك طابعها الوقفي و اعتبرها أوقافا عامة مصنونة طبقا لما نصت عليه المادة 08 فقرة 06 منه حيث اعتبرت أنه من الأوقاف العامة المصنونة "الأوقاف الثابتة بعقود شرعية و ضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين".

وبصدور القانون 91-10 السابق الذكر بات استرجاع الأملاك الوقفية، من المهام الأساسية و الأهداف الهامة التي تسعى إليها الهيئة المكلفة بالأوقاف في إطار عملية جرد و إحصاء عام وشامل للأملاك الوقفية، غير أن عملية الاسترجاع بمختلف أشكالها احتاجت بالفعل إلى تشريع و تنظيم دقيقين للحفاظ على الوقف و طابعه الأبدي كما

يحافظ من جهة أخرى على الحائزين و المالكين حسني النية و سنحاول في ما يلي أن نتطرق إلى ثلاثة صور أساسية من صور عملية استرجاع الأملاك الوقفية :

- ✓ إسترجاع الأراضي الوقفية المؤممة.
 - ✓ إسترجاع الأملاك الوقفية التي آلت إلى الدولة بسبب التصريح بالشغور.
 - ✓ إسترجاع الأملاك الوقفية التي استولى عليها الأشخاص الطبيعيين و المعنويين بخلاف الدولة.
- أولا : إسترجاع الأراضي الوقفية المؤممة :

لقد مست أحكام التأميم في إطار الثورة الزراعية طبقا لنصوص المواد من 34 إلى 38 من قانون الثورة الزراعية (73/71)، بقطاع واسع من الأملاك الوقفية و بإلغاء قانون الثورة الزراعية بموجب الأمر 26/95 المؤرخ في 25-09-1995 (33) أصبح بالإمكان رجوع الأراضي المؤممة إلى ملاكها الأصليين، ووضع هذا القانون الشروط و الإجراءات المنظمة لعملية الاسترجاع هذه، و ذلك بموجب المواد من 75 إلى 78 منه.

و قد جاء نص المادة 38 من قانون الأوقاف (10/91) ليعلن استفادة الوقف من أحكام القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري بوصف الوقف العام هو المالك الأصلي للأوقاف الخيرية، كما أنه المالك الأصلي للأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها بوصفها أيضا أوقافا عامة بموجب المادة 08 فقرة 07 من قانون الأوقاف و نصت المادة 38 على ما يلي : "تسترجع الأملاك الوقفية التي أمت في إطار أحكام الأمر 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 و المتضمن الثورة الزراعية إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية و القانونية، و تؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساسا، و في انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف و ما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة و جب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها، وقد صدر منشور وزاري مشترك بتاريخ 1992/01/06 بين وزارة الفلاحة ووزارة الشؤون الدينية يتعلق بكيفيات تطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف، وقد تضمن هذا الأخير شروط لإسترجاع الملك الوقفي المنصوص عليها قانونا وهي : (34).

- ✓ إثبات طبيعة الملك الوقفي بأحد الطرق الشرعية أو القانونية، و يكون عبئ الإثبات إما على عاتق الجهة المكلفة بالأوقاف أو على الجهة الموقوف عليها بوصفها جهة الإستحقاق بالنسبة لمنفعة الوقف، أو بتعاونهما معا، أما وسائل الإثبات فهي واسعة و قد وسعتها المادة 35 من قانون الأوقاف إلى جميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية، و بالتالي لا تنحصر فقط بالعقد الرسمي بل قد تأخذ أشكالا متعددة.
- ✓ أن لا يستحيل استرجاع العين الموقوفة بسبب تفويتها، و ينظر هذا الأمر عند تاريخ الاسترجاع ففي هذه الحالة لا تتم عملية الاسترجاع بل يتم التعويض العيني أو النقدي.

إجراءات استرجاع الأراضي الوقفية المؤممة : لقد حددت المادة 81 من قانون التوجيه العقاري 25/90 المعدل بموجب الأمر رقم 26/95 الإجراءات التي يتم على أساسها عملية استرجاع الأراضي الوقفية المؤممة و ذلك بإتباع ما يلي :

- ✓ تقديم الهيئة المكلفة بالأوقاف أو الجهة الموقوف عليها لطلب الاسترجاع ضمن الآجال القانونية
- ✓ يرفق طلب الاسترجاع الموجه إلى الوالي بملف يتكون من مختلف الوثائق المطلوبة لاسيما قرار التأميم و التبرع أو الوضع تحت حماية الدولة أو أية وثيقة أخرى تثبت التأميم أو الوضع أو التبرع، وكذلك عقد الوقف أو أي سند قانوني آخر يثبت أنها وقف. (35).

وتتم دراسة الملفات من طرف اللجنة المنصوص عليها في المادة 82 من قانون التوجيه العقاري، و هي لجنة ولائية متساوية الأعضاء تضم ممثلين للإدارة وعددا متساويا من المنتخبين المحليين و ممثلي جمعيات الملاك و المستثمرين الفلاحيين و تجمعاتهم المعتمدة، وتبت اللجنة في طلبات الاسترجاع بالرفض أو القبول مع التعليل و تكون قراراتها قابلة للطعن حسب نص المادة 82 من قانون التوجيه العقاري، و المقصود به الطعن القضائي طالما لم توضع أشكال قانونية للطعن الإداري.

و يتم إعداد مشروع قرار الاسترجاع من طرف اللجنة ثم يتم إمضاؤه من طرف الوالي. (36) ويمكن أن تكون عملية الاسترجاع كلية أو جزئية. (37)

ثانيا : استرجاع الأملاك الوقفية التي آلت إلى الدولة بسبب التصريح بالشغور: بعد استقلال الدولة الجزائرية سارعت إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ الثروة العقارية التي تركها أصحابها من المعمرين و أتباعهم هربا من الخوف ومن انتقام الجزائريين فكان صدور الأمر 20/62 المؤرخ في 24 أوت 1962 و المتعلق بحماية الأملاك الشاغرة و تسيرها و بالطبع كان الكثير من هذه الأملاك أوقافا في أصلها، غير أن المشرع الجزائري اعتبرها شاغرة شأنها شأن بقية الأملاك، ثم أصدر الأمر 66-102 المؤرخ في 06 ماي 1966 و الذي بموجبه ضم الأموال المنقولة و العقارات الشاغرة إلى ملكية الدولة و بذلك أصبحت نسبة كبيرة من الأموال الوقفية تابعة للدولة و بعضها أصبح فيما بعد موضوع تنازل لفائدة الشاغرين بموجب أحكام القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07/02/1981 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة العقارية ذات الطابع أو الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي و الذي تم تعديله أكثر من مرة حتى إلغاؤه بموجب المادة 40 من قانون المالية لسنة 2001.

و بالنسبة لعملية الاسترجاع التي من الواجب أن تمس هذه الأملاك فباستثناء نص المادة 08 فقرة 06 و التي اعتبرت أوقافا عامة كل الأوقاف الثابتة بعقود شرعية و ضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين لم يصدر أي نص تشريعي أو تنظيمي في هذا المنصوص، و من ثم وجب من أجل تطبيق هذه المادة إصدار نصوص قانونية تهدف إلى تنظيم عملية استرجاع هذه الأملاك.

ثالثا: إسترجاع الأملاك المستولى عليها من أشخاص طبيعيين أو معنويين : لقد تم الاستيلاء على الكثير من الأوقاف و هذا الاستيلاء قد يكون أحيانا بموجب سند و قد يكون بدون سند قانوني، كما يمكن أن يتخذ في أكثر المرات شكل الحيازة، ومن المعلوم أن الحيازة لا يمكن أن تكون سندا لاكتساب ملك وقفي، ذلك أنه محبس عن التملك و كل الحقوق التمليلية، غير أن معظم النصوص الصادرة لتسوية وضعية بعض الشاغرين و الحائزين غير القانونيين لم تركز حماية الأملاك الوقفية على غرار ملكية الدولة و الجماعات المحلية مثل الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 18 أوت 1985 المحدد إنتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و تسويتها، و المرسوم رقم 85-212 مؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و/أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها و شروط إقرار حقهم في التملك و السكن، و المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983 يبين إجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية، و غيرها من القوانين التي ساهمت جميعها في ضياع الأملاك الوقفية باستيلاء الحائزين و ضمها إلى ملكيتهم في غياب جهة مختصة للدفاع عن هذه الأملاك و الإطار القانوني لعملها قبل صدور القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

ومن ثم وجب تنظيم عملية استرجاع هذه الأوقاف بشيء من الصرامة و العدالة سواء بالاسترجاع إذا أمكن أو التعويض العيني أو النقدي من طرف الجهة البائعة و التي غالبا ما تكون الدولة أو الجماعات المحلية، و أحيانا من طرف الشاغل إذا كان شغله غير شرعي أو عن طريق الحيازة، وذلك بغض النظر عن المتابعة القضائية الرامية إلى تحرير الملك الوقفي و إسترجاعه من يد حائزه.

الخاتمة :

ما يمكننا قوله في خاتمة هذا البحث المختصر، أن طرق تكوين الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، وعلى الرغم من تنوعها إلا أنها غير مفعلة بشكل يساهم في تنمية الأوقاف العامة، ويعزز من دورها، وهذا راجع لعدة أسباب لعل أهمها الإشكالات التي أوجدتها بعض التناقضات والفراغات في التشريع، هذا فضلا عن اتسام بعض النصوص بالتعقيد، والغموض، ما يؤدي بدوره إلى صعوبة تطبيق هذه النصوص بشكل سليم وسهل يحول دون التصادم بالعراقيل الواقعية والعملية، خاصة تلك التي أهمل التشريع معالجتها أو أغفلها، وهو ما أوجد في حقيقة الأمر تباينا واسعا بين الأهداف النظرية لمختلف النصوص القانونية على كثرتها وبين الحصاد الواقعي وزهد مردوده.

المراجع والهوامش :

(1) أحمد بن محمد المقرئ المصري الفيومي " المصباح المنير في غريب الشرح الكبير " المطبعة البهية المصرية. ص 256.

(2) مصطفى أحمد الزرقا " أحكام الوقف " الطبعة الأولى دار عمار، 1997 ص 34

(3) مصطفى أحمد الزرقا، نفس المرجع ص 106 إلى 110.

(4) د/ محمد عيسى، " فقه الوقف و إدارته في الإسلام "، دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر 1999، ص 04 .

(5) ش/ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الثانية 1972 ص 41.

(6) أنظر لمزيد من التفصيل أحمد بن عبد العزيز بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء الأول، طبع وزارة الأوقاف المغربية، 1996، ص 47 و ما بعدها.

(7) د/ رمضان علي الشرنباطي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2003، ص 12.

(8) د/ محمد عيسى المرجع السابق، ص 10.

(9) د/ رمضان علي الشرنباطي: نفس المرجع، ص 19 و 20.

(10) (ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز) " رد المختار على الدر المختار " القاهرة 1325 هـ جزء 02، ص 26.

(11) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، دون تاريخ، ص 15.

(12) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني الجزء السادس، طبعة دار الحلبي، بيروت لبنان، 1998. ص 149.

(13) د/ محمد عيسى، المرجع السابق.

(14) أ إبراهيم بلبالي " قانون الأوقاف الجزائري " مذكرة مجلس تير فرع الشريعة و القانون، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2004، ص 69.

(15) د بدران أبو العينين بدران " أحكام الوصايا والأوقاف "، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، 1982، ص 286.

(16) مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ص 78.

(17) أنظر المواد 101 إلى 108 من قانون الأسرة الجزائري.

(18) أنظر د/ زواوي فريدة، نظرات في قانون الأوقاف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والنيابية، الجزء 33 رقم 4، 1995.

- مجلة الفقه والقانون العدد الثالث عشر: نونبر 2013 / ردمد 0615-2336.....
- (19) أنظر قرار المجلس الأعلى (الحكمة العليا) بتاريخ 1971/03/03 نشرة القضاة 1972 عدد 02 ص 73، و قرار المحكمة العليا رقم 46-546 المؤرخ في 88/11/21 المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 02 ص 60.
- (20) مصطفى أحمد الزرقا المرجع السابق، ص (99.98).
- (21) أنظر قرار المحكمة العليا رقم 94323 مؤرخ في 1993/09/28 م ق 1994 عدد 02 ص 76.
- (22) محمد عيسى المرجع السابق ص 18، أ د عبد الودود محمد السريتي المرجع السابق ص 176.
- (23) راجع القانون 31/90 المؤرخ في 1990/12/04 المتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 68 بتاريخ 1991/12/25.
- (24) د/عبد الودود محمد السريتي "الوصايا والأوقاف و الموارث في الشريعة الإسلامية" طبعة دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت، دون تاريخ، ص 188.
- (25) جريدة رسمية رقم 92 مؤرخة في 1975/11/18.
- (26) أ د / محمد كمال الدين إمام "الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1، 1999، ص 261
- (27) أنظر مصطفى أحمد الزرقا المرجع السابق ص 98، و أيضا د/ شوقي أحمد دنيا، أثر الوقف في إنجاز التنمية الشاملة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عد 24 (جانفي، مارس) 1995، ، ص 125، 126.
- (28) راجع المادة 84 من القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم.
- (29) جريدة رسمية رقم 69 مؤرخة 2012/12/19 .
- (30) جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 1990/04/11.
- (31) جريدة رسمية رقم 06 مؤرخة في 1981/04/10.
- (32) جريدة رسمية رقم 50 مؤرخة في 1987/12/09.
- (33) جريدة رسمية رقم 55 مؤرخة في 1995/09/27.
- (34) أنظر إسماعيل بوشامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2002 ص 36.
- (35) المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 119/96 المؤرخ في 06 أفريل 1996 احدد لكيفيات تطبيق المادة 11 من الأمر 95-26 المعدل و المتمم للقانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري جريدة رسمية رقم 22 بتاريخ 1996.
- (36) المنشور الوزاري المشترك رقم 08 مؤرخ في 1996-02-24.
- (37) راجع أ محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، طبعة دار الهدى، 2006 ص 88.

الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وشروط نذيله بالصيغة التنفيذية



بقلم / محمد المصطفى ولد أحمد محمود

باحث موريتاني مسجل في سلك الدكتوراه

بكلية الحقوق في جامعة محمد الأول/وجدة

من المسلم به لدى الباحثين في المجال القانوني أن حكم التحكيم الصادر عن هيئة تحكيم في دولة معينة يصير لغوا إذا لم تعترف به الدولة التي يطلب إليها تنفيذه في إقليمها، أو إذا لم يحز قانون هذه الدولة الأمر بتنفيذه، فلا مراء في أن عدم الاعتراف بهذا الحكم أو منع الإذن بتنفيذه من قبل الدولة التي يطلب إليها ذلك يجعل المدين المحكوم عليه في حل من الالتزامات التي فرضها عليه الحكم، وحينئذ يصبح هذا الحكم حبرا على ورق ما دام الدائن لا يستطيع جبر المدين على تنفذ ما تضمنه.

ومن أجل تفادي معضلة عدم الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وما تؤدي إليه من إعاقة لازدهار مسار علاقات التجارة الدولية ظهرت اتفاقيات دولية مهمة بهذا الشأن، وانضم إليها عدد من دول العالم، ليكون ذلك دافعا للتشريعات الوطنية للنص على مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية في قوانينها الداخلية (المبحث الأول) غير أن هذا الاعتراف لا يكفي لتنفيذ حكم التحكيم بل إن هذا الأخير لا بد من توفره على الشروط اللازمة لتذييله بالصيغة التنفيذية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي :

يعني الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي قبول النظام الوطني به دون الالتزام بتنفيذه إلا إذا تقدم المحكوم له طالبا لذلك وتوفرت الشروط المطلوبة في الحكم، ويعني ذلك التسليم بحجية حكم التحكيم استنادا إلى حجة الشيء المحكوم به التي هي شرط للاعتراف بهذا الحكم، بحيث يمكن الاحتجاج به في دعوى مقامة أمام القضاء الوطني دون الحاجة إلى القيام بتنفيذ هذا الحكم لفرض الاحتجاج به، وفي إطار تناولنا لهذا الموضوع يجدر بنا التعرض للاتفاقيات والأنظمة الدوليين الذين تناولوا موضوع الاعتراف بحجية أحكام التحكيم (المطلب الأول) والتطرق بعد ذلك لمبدأ الاعتراف في القوانين الوطنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاعتراف بحكم التحكيم في الاتفاقيات والأنظمة الدولية:

قامت مجموعة من الاتفاقيات الدولية والثنائية بمحاولة إرساء مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم بين دول العالم بغية تعزيز الثقة بين هذه الدول والدفع بوتيرة المعاملات التجارية التي تتطلب أن يتم فض النزاعات التي يمكن أن تثار بشأنها عن طريق وسيلة التحكيم لما تتميز به هذه الأخيرة من سرعة، وسرية، ومرونة، تحتلها المعاملات التجارية في كثير من الأحيان.

بيد أن الأحكام التحكيمية التي تصدر في هذا الشأن على إقليم دولة ويراد تنفيذها في أخرى تحتاج في تنفيذها أن تكون دولة التنفيذ ودولة الصادر تربطهما اتفاقية (دولية أو ثنائية) بموجبها تعترف كل منهما بالأحكام الصادرة في الأخرى.

وفي هذا الإطار جاءت مجموعة من الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية بهدف تعزيز مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم التي قد يكون عدم الاعتراف بها من أهم العوامل والأسباب التي تؤدي إلى تعطيل عجلة النمو وتعثر وتيرة الاقتصاد، وعلى هذا يكون من نافلة القول أن حكم التحكيم الصادر عن هيئة تحكيم في دولة معينة يصير لغوا إذا لم تعترف به الدولة التي يطلب إليها تنفيذه في إقليمها أو إذ لم يجز قانون هذه الدولة الأمر بهذا التنفيذ، فلا مراء في أن الضن بهذا الاعتراف أو الضن بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم من قبل الدولة التي يطلب إليها تنفيذه، يسمح للمدين المحكوم عليه بالتخلص من التزاماته التي فرضها عليه الحكم بمجرد عودته إلى هذه الدولة⁽¹⁾، ومن ثم يجعل هذا الحكم حبرا على ورق ما دام الدائن لا يستطيع الحصول على حقه من المدين المحكوم عليه بسبب عدم الاعتراف بالحكم الصادر لصالحه⁽²⁾.

وقد أرسى هذا المبدأ ابروتوكول جنيف لعام 1923 بشأن شروط التحكيم، حيث نصت المادة الثالثة منه على التزام الدول المتعاقلة بكفالة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في أقاليمها طبقا لأحكام هذا البروتوكول، وذلك عن طريق سلطاتها الوطنية وبما يتفق مع أحكام قوانينها الوطنية، بيد أن هذا البروتوكول لم يضع شروطا معينة للاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة طبقا لأحكامه أو لتنفيذها في أقاليم الدول المتعاقلة التي كان يطلب إليها ذلك، وإنما ترك تحديد هذه الشروط للقوانين الوطنية لتلك الدول، ولقد أدرك هذه الملاحظة واضعو اتفاقية جنيف لعام 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فحرصوا على تأكيد المبدأ المتقدم زيادة على تحديد شروط معينة للحصول على الاعتراف الدولي بأحكام التحكيم الصادرة طبقا لبروتوكول جنيف لعام 1923 وتنفيذها في أقاليم الدول المتعاقلة، ويظهر ذلك مما نصت عليه المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة التي تقول "يجوز حكم التحكيم الذي يصدر بناء على مشاركة أو شرط التحكيم المشار إليه في ابروتوكول جنيف لعام 1923 بحجية الأمر المقضي في أقاليم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، كما يجوز هذا الحكم الاعتراف به من قبل أي دولة متعاقلة ويجب عليها تنفيذه في إقليمها متى طلب منها ذلك طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في هذا الإقليم، وذلك متى توفرت الشرط المقررة في الفقرة الثانية من نفس المادة ولم يتوفر مانع من موانع الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليها في المادة الثانية من نفس الاتفاقية"⁽³⁾.

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة - أصول المرافعات المدنية الدولية - مؤسسة الصباح للنشر والتوزيع، الكويت - 1984 - ص: 397

² د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - دار الكتاب القانونية - مصر 2006 - دون ذكر الطبعة - ص: 27

³ خالد محمد القاضي - في ملحق كتابه: موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دار الشروق - الطبعة الأولى 2002 - ص: 554

ورغبة من الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية في تيسير تنفيذ الأحكام على أقاليمها فقد أبرمت اتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1952 التي تنص في مادتها الأولى على أن "كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية ... صادر من هيئة قضائية في إحدى دول الجامعة العربية يكون قابلا للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"، وأحالت المادة الثالثة من الاتفاقية نفسها إلى هذا النص في شأن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول الأعضاء في الجامعة⁽¹⁾، وعلى هذا تكون اتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1952 قد قررت مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم في أي دولة من الدول الأعضاء فيها لأن قابلية الحكم للتنفيذ في الدول الأعضاء المنصوص عليها في المادة الأولى من الاتفاقية تدل على أن هذه الدول الأعضاء تعترف كل واحدة منها بالأحكام الصادرة في الدول الأخرى، إذ ليس من المعقول ولا من النطق أن يكون الحكم "قابلا للتنفيذ" في دولة لا تعترف به أصلا فقابلية التنفيذ تفيد الاعتراف.

وفي الاتجاه ذاته الذي سار عليه كل من بروتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقيتها لعام 1927 جاءت اتفاقية نيويورك لعام 1958، تؤكد على مبدأ الاعتراف وتحدد نطاقه حيث جاء في نص المادة الأولى أنه "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضا على أحكام المحكمين التي تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام، ولم تكتفي اتفاقية نيويورك بهذا النص بل أكدت في المادة 1/3 منها على مبدأ الاعتراف بقولها "تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية" وهي شروط من ضمنها ألا يتوفر مانع من موانع تنفيذ الحكم المنصوص عليها في المادة الخامسة من الاتفاقية نفسها⁽²⁾، وعليه فإن هذه الاتفاقية تتعلق بمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، ولا تهتم إلا بقرار التحكيم الأجنبي⁽³⁾، كما أوجبت المادة 1/9 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي على كل دولة من الدول الأطراف الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة طبقا للاتفاقية وتنفيذها ولو قضى بطلانها في دولة طرف طالما لم يكن هذا البطلان قد تقرر في الدولة التي صدر فيها الحكم، أو صدر طبقا لقانونها⁽⁴⁾.

وتقرر المادة 54 من اتفاقية واشنطن لعام 1966 بشأن تسوية منازعات الاستثمار أنه يجب على كل دولة متعاقدة الاعتراف بكل حكم تحكيم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية كحكم ملزم فضلا على كفالة تنفيذه في إقليمها فيما يفرضه من التزامات مالية تماما كالأحكام النهائية الصادرة من محاكم هذا الإقليم، وفيما يتعلق بالإجراءات المتبعة بشأن الاعتراف تنص الفقرة الثانية من المادة 54 على أنه يجب على الطرف الذي يسعى للاعتراف بالحكم أو لتنفيذه أن يقدم للمحكمة المختصة أو للجنة الأخرى التي قد تكون الدولة عينتها لهذا الغرض صورة من الحكم مصدقا عليها من السكرتير العام⁽⁵⁾ ولم يتضمن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس نصا مشابها لنص المادة 54 ءانفة الذكر رغم اعتبار الغرفة من مؤسسات التحكيم الدولية الدائمة كمركز تسوية منازعات الاستثمار بواشنطن.

¹ د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - مرجع سابق - ص: 538

² خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - م س - ص: 566

³ د. محمد الأعرج - تبديل قرارات التحكيم الأجنبية بالصيغة التنفيذية في منازعات العقود المبرمة من قبل المؤسسات العامة الاقتصادية - المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 5-6 / 2007 - ص: 115

⁴ الدكتور فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط الخامسة 2010 - ص: 55

⁵ خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - م س - ص: 561

لذا فإنه وإن كان الأصل وفقا لنظام تحكيم الغرفة التزام المحكوم ضده بتنفيذ الحكم باعتباره حكما نهائيا وملزما طبقا لنص المادة 24 من نظام هذه الغرفة، إلا أنه يجوز للمحكوم له في حالة امتناع المحكوم ضده عن تنفيذ الحكم اختيارا طلب الأمر بتنفيذه جبرا طبقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية أو متعددة الأطراف التي تكفل هذا التنفيذ، وذلك فضلا عن جواز تنفيذه طبقا لمبدأ المعاملة بالمثل المعمول به في العلاقات الدولية، ونرى أن الحل نفسه هو المتعين اتباعه أيضا بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة طبقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة، وذلك للاعتبارات نفسها المشار إليها حيث لم تتضمن قواعد خاصة بالاعتراف الدولي بهذه الأحكام وتنفيذها وتركت ذلك للقواعد الدولية العامة.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عام 1985 عن لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فقد قرر أن يكون حكم التحكيم ملزما بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه وينفذ بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة، وذلك طالما لم يتوافر أحد موانع التنفيذ المنصوص عليها في المادة 36 من القانون نفسه، وهو ما يعني اعتناق القانون النموذجي لمبدأ الاعتراف بحجية أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في أقاليم الدول الملتزمة دوليا بهذا الاعتراف والتنفيذ.

لكننا نتساءل هل تعترف القوانين الوطنية بحجية أحكام التحكيم الأجنبية؟ هذا ما سنحاول الإجابة من خلال الفقرة الموالية.

المطلب الثاني: مبدأ الاعتراف بحكم التحكيم في القوانين الوطنية :

أقرت الأنظمة الوطنية في قوانينها الداخلية مبدأ الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية، وكمثال على ذلك فقد نصت مدونة التحكيم الموريتانية في المادة 62 على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا في الحالتين التاليتين:

1 - بناء على طلب الطرف الذي يثار ضده التنفيذ، إذا قدم هذا الطرف إلى محكمة الولاية التي طلب إليها الاعتراف أو التنفيذ دليلا يثبت إحدى الحالات التالية :

(أ) أن أحد أطراف اتفاق التحكيم المشار إليه بالمادة 46 من هذه المدونة يشوبه نقص أهلية، أو أن هذا الاتفاق غير صحيح في نظر القانون الذي أخضعه له الأطراف أو في نظر قواعد القانون الدولي الخاص، في حالة عدم اختيار قانون مطبق.

(ب) أن طالب الإلغاء لم يقع إعلامه على وجه الصحيح بتعيين المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

(ج) إن قرار التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده عقد التحكيم أو لا يشمل شرط التحكيم أو أنه يبت في مسائل خارجة عن نطاق عقد التحكيم أو شرط التحكيم.

غير أنه إذا كان من الممكن فصل مقتضيات القرار المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن مقتضياته المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم فإن الجزء البات في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الاعتراف به أو تنفيذه.

د) إن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع اتباعه في إجراءات التحكيم لم يكن مطابقا لمقتضيات اتفاق التحكيم أو لنظام التحكيم المختار أو لقانون الدولة الذي وقع اعتماده أو للقواعد المنصوص عليها بأحكام هذا الفصل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.

هـ) إن قرار التحكيم قد تم إلغاؤه أو تعليقه من طرف محكمة بالدولة التي صدر فيها أو صدر بموجب قانونها القرار.

ثانيا - إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام".

ومن خلال التأمل فيما انطوت عليه هذه المادة نلاحظ أن المشرع الموريتاني لم يفرق بين الاعتراف الذي هو إجراء يرمي إلى تسليم المحاكم الموريتانية قرارا تحكيميا دون تنفيذه والتنفيذ الجبري الذي يذهب إلى ما هو أبعد من مجرد الاعتراف وهو مباشرة عمل من أعمال التنفيذ فوضع لهما شرطا شكليا يتمثل في إثبات وجود القرار التحكيمي، وشرطا موضوعيا مفاده مطابقة القرار التحكيمي للنظام العام⁽¹⁾، وقد عالج الفصل السادس المضاف بمرسوم 1981 إلى قانون المرافعات الفرنسي لعام 1980 مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم غير الفرنسية وتنفيذها في فرنسا.

ويقصد بأحكام التحكيم غير الفرنسية طائفتان من الأحكام هما أحكام التحكيم الصادرة في نطاق التحكيم الدولي أيا كان المكان الذي جرت فيه إجراءات التحكيم وأحكام التحكيم الصادرة في خارج فرنسا سواء صدرت في نطاق التحكيم الدولي المذكور أو صدرت وفقا لقانون أجنبي.

وتخضع هاتان الطائفتان من أحكام التحكيم "غير الفرنسية" رغم اختلاف إحداها عن الأخرى، لبعض القواعد المشتركة بسبب معالجة المشرع الفرنسي لهما خارج نطاق النظام القانوني الفرنسي⁽²⁾.

ومن أهم القواعد المشتركة التي تخضع لها أحكام التحكيم غير الفرنسية القاعدة المقررة في المادة 1476 مرافعات فرنسي التي بمقتضاها يتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي منذ صدوره وقبل تزويده بالأمر بالتنفيذ، حيث نصت المادة 1500 مرافعات فرنسي على أن تسري المواد 1476-1479 مرافعات على أحكام التحكيم المذكورة، مما يعني أن المشرع الفرنسي قد اعتنق مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم غير الفرنسية سواء صدرت في ظل قواعد التحكيم الدولي المقررة بمرسوم 1981، أو صدرت في ظل قانون أجنبي.

ولقد جسد المشرع الفرنسي مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم غير الفرنسية الصادرة في ظل نظام التحكيم الدولي الفرنسي، أو الصادرة في الخارج، في المادة 1498 مرافعات فرنسي المضافة بمرسوم 12 مايو 1981 إذ تنص على أن يعترف بهذه الأحكام وتكون قابلة للتنفيذ متى ثبت عدم تعارضها مع النظام العام الدولي⁽³⁾.

وقد تناول المشرع الغربي مسألة الاعتراف بحكم التحكيم في الفصل 46-327 من قانون 08-05 الذي جاء فيه "يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية بالملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها ولم يكن الاعتراف مخالفا للنظام العام الدولي..." فالاعتراف يعني أن الحكم صدر بشكل صحيح حيث يبقى عبء إثباته على من يتمسك به شريطة أن لا يكون مخالفا للنظام العام الوطني والدولي.

¹ محمد محمود ولد عبد الله المختار - التحكيم التجاري الدولي كما ورد في القانون رقم 06-2000 المتضمن مدونة التحكيم - مقال منشور في المجلة الموريتانية للقانون والاقتصاد - يصدرها - الصادرة بتاريخ 2008/04/05 - العدد 16 - ص: 90

² د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - مرجع سابق - ص: 540

³ د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - مرجع سابق - ص: 541

ومن المعلوم أن تحديد مفهوم النظام العام يتعلق في كثير من الأحيان بالسلطة التقديرية للقاضي، ومما يؤكد ذلك رفض الطعن المقدم بهذه الحجة من قبل الغرفة التجارية لدى محكمة الاستئناف بالدار البيضاء التي حكمت بعدم قبولها بالدفع المثار من طرف الطاعن بحجة مخالفة النظام العام⁽¹⁾.

ويخضع مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية في مصر لأحكام اتفاقية نيويورك الصادرة سنة 1958م الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها مصر عام 1959م، فبالرجوع للمادة الثانية من هذه الاتفاقية نجد أنها تقر أن يتم الاعتراف بالحكم والأمر بتنفيذه "طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ" وعلى ذلك يكون الاعتراف في مصر بحكم التحكيم الصادر في الخارج خاضعا لقواعد المرافعات المتبعة في مصر، دون أن يخل ذلك بوجوب تطبيق أحكام اتفاقية نيويورك إذ أن هذه الأخيرة بموجب المصادقة عليها أصبحت جزءا من القانون المصري، وقد نصت على ذلك المادة 301 من قانون المرافعات المصري التي جاء فيها أن "العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول في هذا الشأن"⁽²⁾ ويقصد بأحكام التحكيم المنصوص عليها في المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التحكيم الوطني سواء كان تجاريا أو مدنيا، كما يقصد بها أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة طبقا للقانون المذكور، وهو ما يعني اعتراف المشرع المصري بهذه الطائفة من الأحكام طبقا للشروط المقررة في هذا القانون، أما أحكام التحكيم التجاري الدولي تصدر في الخارج ولم يتفق أطرافها على إخضاعها لقانون التحكيم المصري المشار إليه فلا تعدو أن تكون أحكام تحكيم أجنبية تخضع للقواعد المقررة لها بصفة خاصة في المواد 296-299 مرافعات مصري إذ لم يلغى المشرع المصري هذه المواد بقانون التحكيم المذكور⁽³⁾، وقد نصت المادة 814 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية إذا أثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي"⁽⁴⁾ فالقانون اللبناني من خلال نص هذه المادة يشترط للاعتراف بالأحكام التحكيمية شرطين أولهما إثبات وجودها من قبل من يطلب تنفيذها، والثاني عدم مخالفة هذه الأحكام بصورة واضحة للنظام العام الدولي، لكن المخالفة الواضحة للنظام العام الدولي ليست محددة بنص يمكن الرجوع إليه لمعرفة، ومن ثم فإن تحديدها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي التي تختلف نتائجها من قاضي لآخر، إذ أن ما يخالف النظام العام بصورة واضحة بالنسبة لقاضي معين قد لا يكون كذلك بالنسبة لقاضي آخر، وهذا أمر ينبغي للأنظمة والقوانين أخذه بعين الاعتبار حتى لا تظل المفاهيم القانونية مائعة وغير محددة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك تأخذ بالتحفظ الذي بموجبه يشترط للاعتراف بالأحكام التحكيمية أن تكون صادرة في دولة موقعة على الاتفاقية نفسها، وكمثال على ذلك نجد "أن دولة الكويت بموجب المرسوم بقانون رقم 10 لسنة 1978 قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية مع تحفظ واحد مؤداه قصر تطبيقها على الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة فقط على إقليم دولة متعاقدة، وأنه بموجب هذا الانضمام - وعلى ما جرى به القضاء - تصبح هذه الاتفاقية قانونا من قوانين الدولة يلزم

¹ قرار عدد 1085 بتاريخ 21-06-1983 صادر عن الغرفة التجارية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد 5-6 بتاريخ 2007

² د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - منشأة المعارف بالإسكندرية - 2007 - ص: 501

³ د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - مرجع سابق - ص: 542

⁴ صادق محمد محمد الجبران - التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 - منشورات الحبلى الحقوقية - دون ذكر السنة -

القاضي بإعمال القواعد الواردة بها على هذه الأحكام، وإذ كان النص في المادة الثالثة من الاتفاقية على أن "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية ..."⁽¹⁾، كما أن المادة الخامسة من هذه الاتفاقية تضمنت الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي من قبل الدولة التي يطلب منها ذلك، وهو ما يعني أنه يتعين على كل من الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تعترف بحجية حكم التحكيم الصادر من دولة أخرى متعاقدة أو طبقاً لقانونها، وأن تأمر بتنفيذه إن طلب منها ذلك طبقاً لقواعد الإجراءات التي ينص عليها قانونها للحصول على الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

لكن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، يتطلب توفر شروط إذا تخلف واحد منها كان ذلك سبباً لرفض إصدار الأمر بتنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه، فما هي هذه الشروط؟ سنحاول تقديم إجابة عن هذا السؤال في المطلب الموالي.

المبحث الثاني: شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي:

يلزم لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في دولة ما أن يكون مستوفياً لبعض الشروط الأساسية اللازمة للاعتراف به من قبل الدولة التي يطلب إليها التنفيذ، سواء كانت هذه الشروط المطلوبة مستمدة من اتفاقية دولية، أو ثنائية، أو يفرضها قانون دولة التنفيذ، ومن الملاحظ في هذا الإطار أن اتفاقيات وأنظمة التحكيم الدولية تحرص غالباً على مراعاة نصوص القوانين الوطنية المبينة لشروط الأمر بالتنفيذ، لأن هذا الأمر لا يمكن أن يصدر إلا من سلطة وطنية مختصة - غالباً ما تكون سلطة قضائية - وبدونه يتعذر تنفيذ هذه الأحكام تنفيذاً جبرياً، في الدولة التي يطلب إليها هذا التنفيذ، إذ يترتب على القول بغير ذلك المساس بسيادة هذه الدولة، ولعل هذا ما يفسر الاتفاق - في كثير من الأحيان - بين شروط الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الاتفاقيات والأنظمة الدولية، والشروط المنظمة بالقوانين الوطنية، ويتمثل بعض هذه الشروط في ضرورة احترام ما ورد في اتفاق أو عقد التحكيم (الفقرة الأولى) ومنها ما يتعلق بحكم التحكيم وإجراءات صدوره (الفقرة الثانية).

المطلب الأول: الشروط المستمدة من اتفاق أو عقد التحكيم:

نتناول في هذه الفقرة الشروط التي يطلب توفرها في حكم التحكيم الأجنبي استناداً إلى شرط أو مشاركة التحكيم وذلك على النحو التالي:

أولاً: صدور الحكم بناء على اتفاق أو عقد تحكيم صحيح:

لكي يتم تنفيذ حكم تحكيم الأجنبي في دولة ما لا بد أن يكون صادراً بناء على اتفاق أو عقد تحكيم صحيح، إذ يعتبر اتفاق التحكيم الركيزة الأساسية التي تركز عليها عملية التحكيم برمتها، كما هو الشأن بالنسبة لعقد التحكيم، ويكمن الفرق بين الاتفاق والعقد هنا في أن الأول سابق على حدوث النزاع بينما يتم إبرام عقد التحكيم بعد حدوث النزاع، ويعتبر كل من اتفاق وعقد التحكيم ملزم رضائي ملزم تتوفر فيه الأركان اللازمة لقيام العقود، من أهلية ورضاء ومحل وسبب⁽²⁾، ويشترط لصحة شرط أو مشاركة التحكيم أن يكون مكتوباً، إذ أن الكتابة ركن

¹ حكم رقم 2004/1202 / محكمة التمييز في الكويت - صادر بتاريخ: 2006/2/21 منشور بتاريخ 2013/09/13 على موقع: <http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/displayVerdict.aspx?VRD=10178>

² أ.د. زهير الحسني - النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار منشور بتاريخ 2013/09/18 على موقع: http://tqmag.net/news2.asp?page_namper=p3&partition=no_6

أساسي في شرط ومشاركة التحكيم لا يصح قيام أي منهما بدونها، وبناء على ذلك يكون الشرط أو المشاركة الوارد في شكل شفوي أو في أية صورة أخرى غير الكتابة لا يعتد به ويعتبر باطلا وعديم الأثر⁽¹⁾، ويكون الحكم المستند إليه تبعا لذلك باطلا وهو ما يعني عدم إمكانية إصدار الأمر بتنفيذه، اعتمادا على القاعدة التي تقرر بأن ما بني على باطل يعتبر باطلا.

فاتفاق⁽²⁾ التحكيم يقوم على أركان عامة، هي: الرضا، والأهلية، والمحل، والسبب، والكتابة، وشروط خاصة تتمثل في تعيين المحكمين أو التنصيب على طريقة تعيينهم وتحديد موضوع النزاع إذا تعلق الأمر بعقد تحكيم⁽³⁾.

فحكم التحكيم الأجنبي يعتبر باطلا إذا صدر بناء على شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم باطل لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى ذلك، ويترتب على بطلان شرط أو مشاركة التحكيم رفض إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر بناء على الاتفاق أو العقد الباطل من قبل قضاء الدولة التي يطلب فيها تنفيذه.

ثانيا : تشكيل هيئة التحكيم:

من الشروط اللازمة لصحة حكم التحكيم الأجنبي أن يكون صادرا عن هيئة تحكيمية مشكلة طبقا لم اتفق عليه الأطراف، وأن تكون الإجراءات التي اتبعت من قبل المحكمين لإصدار الحكم نابعة من اتفاق أو عقد التحكيم⁽⁴⁾، وقد حدد المشرع المغربي في الفصل 327 - 2 وما بعده من ق،م،م الشروط والضوابط التي يجب الالتزام بها في تشكيل هيئة التحكيم، إذ نص الفصل المذكور على أنه: "تشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد أو عدة محكمين، وتكون للأطراف حرية تحديد إجراءات تعيينهم وعددهم، إما في الاتفاق التحكيمي وإما بالاستناد إلى نظام التحكيم الموضوع للمؤسسة المختارة.

فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا".

وإذا كان المشرع المغربي من خلال الفصل 327-2 والفصل 327-4 يميز للأطراف تعيين الهيئة التحكيمية أو اللجوء إلى القضاء لتعيينها أو استكمال هذا التعيين، فإنه إذا تم ذلك على نحو مخالف للقانون كان بإمكان المتضرر أن يقوم برفع دعوى البطلان على أساس عدم قانونية تشكيل الهيئة التحكيمية⁽⁵⁾، إذ أن تشكيل هذه الأخيرة يدخل في نطاق حرية الأطراف كما هو منصوص في قوانين التحكيم الوطنية والدولية، بمعنى أن اتفاق التحكيم يجب أن يتضمن طريقة تعيين الهيئة التحكيمية، وعدم التقيد بما تضمنه اتفاق التحكيم بهذا الخصوص يجعل الحكم المؤسس عليه عرضة لرفض تذييله بالصيغة التنفيذية عند طلبها من قضاء دولة التنفيذ.

¹ فؤاد الصفرى - نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء - السنة الجامعية 1996/1995 - ص: 268

² راجع بخصوص اتفاق التحكيم: نارمان عبد القادر - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - القاهرة - طبعة: 1996

³ عبد الباسط حمدي - القوة التنفيذية للحكم التحكيمي - رسالة لنيل دبلوم ماستر - في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - بجامعة محمد الأول في وجده - السنة الجامعية 2010/2009 - ص: 48

⁴ د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - م س - ص: 392

⁵ عبد الباسط حمدي - القوة التنفيذية للحكم التحكيمي - رسالة لنيل دبلوم ماستر - في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - بجامعة محمد الأول في وجده - السنة الجامعية 2010/2009 - ص: 50

وفيما يتعلق بعدد أعضاء الهيئة التحكيمية فإنه من الملاحظ أن أغلب التشريعات لم تضع أي قيد بخصوصه باستثناء اشتراط كونه وترا، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 18 من مدونة التحكيم الموريتانية التي جاء فيها أنه: "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا"، ورتبت الفقرة الثالثة من الفصل 327-2 من قانون 05-08 المغربي بطلان التحكيم إذا لم تتم مراعاة هذا الشرط، وقد سار على النهج ذاته كل من المشرعين التونسي (المادة 263) والمصري (المادة 502/ف 3)

ثالثا: صحة الإجراءات المتبعة في إصدار حكم التحكيم :

المقصود بالإجراءات هنا هو مختلف القواعد الشكلية التي من المفترض أن تسير عليها الدعوى أمام هيئة التحكيم من بدايتها إلى حين صدور الحكم التحكيمي.

وتكون هذه الإجراءات صحيحة إذا كانت موافقة لمقتضيات اتفاق التحكيم، أو لنظام التحكيم المختار، أو لقانون الدولة الذي وقع اعتماده⁽¹⁾.

وتتجه الآن مختلف المعاهدات الدولية وأنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم، والتشريعات الوطنية إلى تحرير مشكلة تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم من قيود نظرية تنازع القوانين، وفتح المجال أمام المحكمين وإرادة الخصوم في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم، من غير إلزامهم في هذا الصدد بالارتباط بقانون إجرائي معين إلا ما كان الأطراف قد قاموا بإدراجه في اتفاق أو عقد التحكيم، سواء كان ذلك هو قانون دولة المقر، أو قانون آخر اتفق الأطراف على الأخذ به في مجال الإجراءات والتطبيق على موضوع النزاع، لكن حكم التحكيم لا يكون صحيحا إلا إذا صدر وفقا لإجراءات سليمة⁽²⁾، وهذه الأخيرة لا تتم إلا إذا جاءت مطابقة للقانون الواجب التطبيق، والقانون الواجب التطبيق إذا اتفق عليه أطراف العملية التحكيمية وأدرجوه في اتفاق أو عقد التحكيم، تكون النتيجة المترتبة على عدم الأخذ به من قبل المحكمين هي عدم منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية في الدولة التي يطلب إليها ذلك، لعدم احترام الهيئة التحكيمية لبند من البنود المدرجة في اتفاق التحكيم ألا وهو عدم تطبيق القانون الذي اتفق أطراف العملية التحكيمية على تطبيقه في مجال الإجراءات التحكيمية .

رابعا: اختصاص المحكمين بالنزاعة التي صدر فيها الحكم :

من أول ما يجب أن تنصب عليه رقابة قاضي التنفيذ الوطني في معرض تنفيذه لقرار التحكيم الأجنبي النظر فيما إذا كان المحكمون مختصين بالنزاعة التي صدر فيها الحكم.

فالتحقق من توافر هذا الشرط ضروري ومؤكد، إذ لا محل لتنفيذ أي حكم أجنبي إذا لم تكن الجهة التي أصدرته لها اختصاص النظر في النزاع الصادر في شأن هذا الحكم⁽³⁾، وبناء على ذلك يجب صدور حكم التحكيم في نطاق الولاية التي خولها الأطراف للمحكمة التحكيمية في حدود ما تسمح به القواعد الأمرة في التشريع الوطني أو الدولي وإلا عد الحكم صادرا من جهة لا ولاية لها في النزاع.

¹ محمد ولد الشيخ - تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني - رسالة لنيل دبلوم في الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص - في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - بجامعة محمد الأول في وجده - السنة الجامعية 2006/2007 - ص: 94

² أ.د. طلعت محمد دويدار - ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم - منشورات الحبلية الحقوقية - الطبعة الأولى 2009 - ص: 30

³ فؤاد الصفرى - نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب - م س - ص: 255

ذلك أن حكم التحكيم إذا لم يصدر من محكمة مختصة في حدود ولايتها المخولة لها كان باطلا ولا يجوز تبعا لذلك الأمر تنفيذه، وهذا ما جرت عليه نصوص القوانين الوطنية وأنظمة واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي⁽¹⁾.

وعدم الاختصاص في مجال التحكيم له أسباب متعددة، فقد يكون راجعا لانعدام الأساس الذي تقوم عليه ولاية المحكمين، والمحكمون - كما هو معلوم - يستمدون سلطاتهم من اتفاق التحكيم فإذا كان هذا الاتفاق غير موجود أصلا، أو كان موقوفا، أو أصيب بعيب أدى إلى بطلانه، أو سقط بانتهاء أجله، أو غير ذلك من الأسباب زال تبعا لذلك أساس ولاية المحكمين فإذا صدر قرار في مثل هذه الأحوال فإنه يكون باطلا لصدوره من محكمين لا ولاية لهم⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أنه إذا ما تجاوز المحكمون نطاق اختصاصهم فإن ذلك يكون سبباً لرفض تنفيذ حكم التحكيم الصادر منهم - بل ولبطلان حكم التحكيم.

وقد احتوت كافة القواعد القانونية المنظمة للتحكيم على هذا الأمر، سواء تعلق الأمر بالقوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، وكمثال على ذلك فإن اتفاقية نيويورك نصت على جواز استناد الدولة التي يطلب منها تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في رفضها لذلك إلى عدم اختصاص الهيئة التحكيمية حيث نصت في المادة الخامسة منها (1/ج)⁽³⁾ على عدم جواز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الأخير للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على "أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به".

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بحكم التحكيم وإجراءات صدوره :

في هذه الفقرة نتطرق للشروط المتعلقة بحكم التحكيم وإجراءات صدوره وذلك في النقاط التالية :

أولا : احترام النظام العام :

يتأكد قضاء التنفيذ الوطني عند النظر في طلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبي، أن القرار المراد تنفيذه لا يتضمن في أي من أجزائه أو محتوياته ما يمس أو يتعارض مع النظام العام⁽⁴⁾، ومهما قيل في تحديد مفهوم النظام العام وما قد يثيره من مشاكل في الأنظمة القانونية المختلفة سواء من ناحية الطابع الوطني أو الدولي، وأثر هذا المفهوم بالضرورة على اتفاق التحكيم بصورتيه الداخلي والخارجي، فإن فكرة النظام العام تكمن بصفة عامة في أنها ترمي إلى حماية المجتمع الوطني والأسس الجوهرية التي يقوم عليها، وأيا كانت طبيعة العلاقات القانونية فإنه ذا طابع وطني صرف يهدف في الواقع إلى تحقيق غرض رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني ودعم استمرارية قوانين الدولة الأساسية

¹ د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - م س - ص: 547

² فؤاد الصفرى - نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب - م س - ص: 256

³ وقد ورد النص نفسه في نموذج القانون بشأن التحكيم التجاري الدولي للانسستروال في المادة السادسة والثلاثين (أ/3) ، وكذلك يقرر النموذج نفس الحالة كسبب من أسباب البطلان أو الإلغاء على النحو الواضح بالمادة الرابعة والثلاثين (أ/3) .

- وقد أوردت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965م في المادة الثانية والخمسون (1/ب) هذه الحالة كسبب من الأسباب التي يجوز لأي من الطرفين بناء على توافرها أن يطلب إلغاء الحكم بطلب يقدمه إلى السكرتير العام - حيث لا توجد في هذه الاتفاقية حالات لرفض التنفيذ - ولم تذكر هذه الاتفاقية إمكانية التنفيذ الجزئي للجزء الصحيح من الحكم إذا أمكن فصله

⁴ فؤاد الصفرى - نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب - ص: 263

وثباتها باعتبارها انعكاسا راجعا لأوضاع اجتماعية، واقتصادية، وثقافية، وتاريخية، خاصة مختلفة عن غيرها من النظم الأخرى⁽¹⁾، إلا أنه من الملاحظ أن القرارات القضائية الفرنسية التي تفرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي كثيرة في هذا المجال، فقد تم تنفيذ الكثير من القرارات التحكيمية التي تتضمن مخالفة للنظام العام الفرنسي، بحجة عدم مخالفتها للنظام العام الدولي⁽²⁾.

وإذا كان الأصل أن مفهوم النظام العام الذي يتعين تطبيق آثاره على موضوع المنازعة في كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي مرده إلى مفهوم النظام العام الداخلي للدولة، إلا أنه إزاء التجاوزات التي اتجهت إليها العديد من أحكام التحكيم الدولية في عدم اعتدادها بقواعد النظام العام الداخلي التي يخضع لها أحد طرفي منازعة التحكيم بمقولة أنها مختلفة أو ليس فيها ما يعين المحكم على تطبيقها على موضوع النزاع بل والمساواة في تطبيق ما يسمى بالقواعد العامة للدولة أو المبادئ العامة في القانون الدولي التي لا شأن لها بموضوع النزاع محل التحكيم وتخرج عن مضمونه يجعلنا ننادي بوجوب تعديل أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم أو تنفيذ أحكام المحكمين لوضع معيار واضح لمفهوم النظام العام الدولي الذي يجب التقيد به عند نظر المحكمين لمنازعات التحكيم الدولية، والذي يتعين بالضرورة أن يشتمل على مجال واسع وخصب لاعتبارات النظام العام الداخلي للدول متى تعلقت بالمسائل الاجتماعية والاقتصادية لها وكذلك المسائل المتصلة بالحالة الشخصية لمواطنيها⁽³⁾.

ثانيا : صدور حكم التحكيم في نزاع قابل للتحكيم طبقا لقانون البلد المراد تنفيذه فيه :

لا يسوغ إصدار الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي إذا كان هذا القرار صادرا في نزاع لا يقبل التسوية عن طريق التحكيم بحسب قانون دولة التنفيذ.

فالقرار الصادر في نزاع غير قابل للتحكيم يعتبر قرارا مخالفا للنظام العام وبالتالي يكون على الجهة المعنية رفض الاعتراف به وتنفيذه، وهذا الشرط منصوص عليه في تشريعات سائر الدول نظرا لأهميته وخطورته، لأن الهدف من إقراره هو منع الأفراد من اللجوء إلى التحكيم في شأن بعض المنازعات التي لها صلة بمقومات الدولة والمصلحة العامة، فثمة أمور لا يمكن أن تكون محل تعامل من قبل الأطراف وهي بهذا الاعتبار تخرج عن دائرة الحقوق التي يملك الأفراد التصرف فيها ومن ثم لا يمكن بأي حال أن تكون موضوع تحكيم.

ولكي يكون الحكم التحكيمي محلا للقضاء ببطلانه أو برفض إصدار الأمر بتنفيذه فإنه يجب أن يصطدم في النتيجة التي يرتبها لحظة قيام القاضي بفحصه مع المبادئ الأساسية السائدة في القانون الوطني والمطبقة في إطار العلاقات الدولية⁽⁴⁾، ذلك أنه من المسلم به أنه لا يمكن أن ينفذ أي قرار تحكيمي بغض النظر عن الصفة التي يوصف بها وطنيا كان أو أجنبيا أو دوليا إذا كان يتضمن ما من شأنه أن يمس بأحد المبادئ الأساسية للدولة التي يراد تنفيذه فيها أو بمصلحة من المصالح العليا لها⁽⁵⁾، وهذا أمر متفق عليه وقد ورد في نصوص الاتفاقيات التي علجت موضوع تنفيذ

¹ المستشار رفعت محمد عبد المجيد - مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - العمل القضائي والتحكيم التجاري - سلسلة دقاتر المجلس الأعلى - العدد 7 - 2005 - ص: 19

² محمد سامي - حجية الحكم التحكيمي - ص: 397

³ المستشار رفعت محمد عبد المجيد - مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - العمل القضائي والتحكيم التجاري - سلسلة دقاتر المجلس الأعلى - العدد 7 - 2005 - ص: 28 - 29

⁴ الدكتور نبيل إسماعيل عمر - التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الثانية 2005 - ص: 412

⁵ محمد ولد الشيخ - تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني - ص: 96

القرارات التحكيمية الأجنبية إذ ليس من المعقول أن نطلب من بلد تنفيذ قرار تحكيمي يشتمل على أمر تمنع تلك الدولة تسويته بالتحكيم.

ثالثا: ضمان حقوق الدفاع :

يشكل احترام حقوق الدفاع قاعدة أساسية من قواعد العدالة ومبدأ عاما مقرا في سائر النظم القانونية فهو ليس مقصورا على التقاضي أمام المحاكم فقط، بل إنه مقرر حتى في الطرق البديلة لتسوية النزاعات وخاصة نظام التحكيم⁽¹⁾، فهذا المبدأ يشكل قاعدة من القواعد الدستورية، وحقا من الحقوق الفردية الهامة التي خولتها تشريعات الدول من أجل وصول الأفراد إلى اقتضاء حقوقهم على نحو يكفل لهم قدرا من العدالة، والنزاهة، والمساواة.

ولأهمية هذا المبدأ فقد أولته مختلف الدول أهمية خاصة فنصت عليه في تشريعاتها الداخلية وجعلت منه شرطا أساسيا لصحة أي حكم سواء كان وطنيا أو أجنبيا، واستلزام توافر هذا الشرط في نطاق تنفيذ قرارات التحكيم الغاية منه التحقق من عدالة ونزاهة المحكمين والتأكد من أن أطراف خصومة التحكيم قد استوفوا كافة حقوقهم المتعلقة بضمان حقوق الدفاع والمساواة بينهم⁽²⁾، ومما يؤكد ضرورة احترام مبدأ ضمان حقوق الدفاع أن كل القوانين والاتفاقيات مجمعة على وجوبه في إطار المرافعات وكمثال على ذلك فقد قرر المشرع الموريتاني ضرورة إعلام الأطراف في النزاع إعلاما صحيحا بتعيين هيئة التحكيم وبالشروع في إجراءات التحكيم.

، وفي كل الأحوال يتعين على المحكم الحرص على احترام هذا المبدأ باعتباره من مقررات النظام العام، وهو ما أكدته مقرر تحكيمي صادر بتاريخ 19 أغشت 1993 عن الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي وعبد الكريم سيد جاء فيه: "إن مبدأ احترام حقوق الدفاع من مقررات النظام العام التي يأخذ بها القانون المغربي في جميع المساطر القضائية سواء منها العادية أو الخاصة أو الاستثنائية، ويفرض تمكين جميع الأطراف من بسط آرائهم ودفعهم ودفاعاتهم والدلالة عليها بما يتوفرون عليه من وسائل الإثبات المختلفة وما يستندون إليه من نصوص قانونية واجتهادات قضائية وأعراف وحيث إن الفصل 314 من قانون المسطرة المدنية يكرس هذا في نطاق مسطرة التحكيم"⁽³⁾ ويقترب هذا القرار مما ذهب إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها حيث صرحت بأن "...شرط إعلان الخصوم على الوجه الصحيح هو مما يجب التحقق من توافره في قرار التحكيم الأجنبي قبل تذييله بالصيغة التنفيذية وذلك عملا بما تقرره المادة 2/493 من قانون المرافعات المصري..."⁽⁴⁾

وقد سار القضاء المغربي في المنحى ذاته، إذ جاء في قرار عدد 831 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1979/05/15 في الملف التجاري رقم: 8/3795:

"...حيث إنه فيما يخص وسيلة الطعن بخرق المحكمين حقوق الدفاع فإن المحكمين وإن اتفقوا على التقيد بقواعد المرافعات فإن هذا لا يعني إهدار حقوق الدفاع لأنها من النظام العام ويكفي لاحترام حقوق هذا الحق أن يمكن المحكمون كل طرف من الإدلاء بما يعرض له من طلبات ودفع قبل النطق بالحكم، وحيث إنه بالرجوع إلى حكم

¹ محمدو ولد الشيخ - م س - ص: 94

² فؤاد الصفريوي - نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب - م س - ص: 261

³ ذ. عبد اللطيف الناصري - مقال بعنوان: التحكيم وعلاقته بالقضاء - مجلة المحاكم المغربية - عدد 109 - يوليوز / غشت 2007 - م س - ص: 228

⁴ محمدو ولد الشيخ - تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني - م س - ص: 62

الحكمين نجله خال من أن الحكمين استمعوا إلى أحد الطرفين أو قدم أمامهم حججا بل لم يقع حتى استدعاؤه⁽¹⁾ وقد بينت اتفاقية انيويورك أن من أسباب رفض تنفيذ القرار التحكيمي إهدار حق الدفاع الذي يخلق حالة تجعل الخصم في وضع لا يستطيع فيه إبداء دفاعه وادعاءاته، أو تجعله في وضع يجهل فيه كيفية سير إجراءات التحكيم⁽²⁾.

رابعا: عدم تعارض الحكم التحكيمي مع حكم سبق صدوره من محاكم الدولة المطلوب إليها التنفيذ:

من أهم الشروط اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ألا يكون هذا الأخير متعارضاً مع أي حكم سبق صدوره في موضوع النزاع من المحاكم الوطنية للبلد المراد فيه تنفيذ الحكم التحكيمي، ويستند هذا القول إلى ما يقرره فقه القانون الدولي الخاص من أن تعارض الحكم الأجنبي مع الحكم الوطني هو صورة من صور التعارض مع النظام العام في بلد القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ، وذلك لأن الحكم الوطني وهو يحمل قرينة الصحة وقرينة الحقيقة يعتبر عنواناً لأداء العدالة كما هي مقدرة في بلد ذلك القاضي⁽³⁾، وذلك احتراماً لما للأحكام من حجية الأمر المقضي، وهذا الشرط يتعذر علي القاضي مُصدر الأمر التحقق منه ما دام يصدر الأمر دون إعلان للمحكوم عليه أو سماع أقواله، وليس لمصدر الأمر أن يعتمد علي علمه الخاص أن وجد، ولهذا ذهب البعض أنه إعمالاً لهذا الشرط إذا صدر حكم محكمين متعارضاً مع حكم سبق صدوره من محاكم البلد الذي يطلب من قضائه التنفيذ، فإن مصلحة المحكوم عليه أن يبادر بتقديم ما يدل علي ذلك إلى الجهة المختصة بإصدار أمر التنفيذ، وذلك في صورة إنذار علي يد محضر، وذلك لكي يضع رئيس هذه المحكمة في اعتباره عند نظره إصدار أمر تنفيذ حكم المحكمين المتعارض معه ذلك علي اعتبار أن القضاء علي خلاف حكم سابق فيه إنكار لحجية ذلك الحكم وهو خطأ في القانون ومخالف للنظام العام⁽⁴⁾، يقصد بذلك ألا يكون الحكم متعارضاً مع حكم سابق صدر في موضوع النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم لأن ذلك يتعارض مع حجية ما قضى به هذا الحكم.

وكما يسري هذا المبدأ على الأحكام القضائية والأوامر التي سبق صدورها عن المحاكم القضائية الوطنية، فإنه يسري أيضا على أحكام التحكيم الصادرة في هذه الدولة طبقاً لقانون إجراءاتها، بمعنى أنه يجب تفضيل أحكام التحكيم الوطنية متى كان صدورها سابقاً على أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك في حالة تعارض هذه الأخيرة مع أحكام التحكيم الوطنية المشار إليها⁽⁵⁾، ولا يخفى أن القول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار حجية الأمر المقضي التي تتمتع بها أحكام التحكيم الوطنية التي سبق صدورها لحساب أحكام التحكيم الأجنبية اللاحقة، وهو أمر غير مقبول في إطار التشريعات الوطنية.

وفي ختام هذا البحث الذي تطرق لموضوع الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وشروط تذييله بالصيغة التنفيذية، يمكن أن نلاحظ أن الحكم التحكيمي إذا تم الاعتراف به واستوفى شروط تذييله بالصيغة التنفيذية فإنه يتطلب من طالب تنفيذه القيام بإجراءات يجب عليه اتباعها؟ فما هي تلك الإجراءات؟ ومن الجهة المختصة بها؟ وهل لتذيل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية من آثار؟

هذه الأسئلة سوف أحاول الإجابة عنها في بحث مستقل بإذن الله / والله ولي التوفيق

¹ ذ. عبد اللطيف الناصري - مقال بعنوان: التحكيم وعلاقته بالقضاء - م س - ص: 228

² عامر فتحي لابطاينة - دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى 2008 - ص: 245

³ د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - م س - ص: 564

⁴ محمد نور شحاته - تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة - مشار إليه في موقع ألكتروني سابق.

⁵ حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) - م س - ص: 561

محدودية قوانين التعمير بالمغرب



فاطمة العثماني : باحثة في سلك الدكتوراه

جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق طنجة

يمكن إعتبار قطاع التعمير من المجالات الحيوية التي تتقاطع فيها العديد من الدراسات العلمية سواء من الجانب الاجتماعي أو الإقتصادي أو التقني أو القانوني، كما أن تدبير القضايا المتعلقة بالتعمير يتجاذبها البعد الوطني لضرورة تحديد إستعمال المجال العام للبلاد كوحدة متجانسة، و البعد المحلي بالنظر إلى أن القرارات المتعلقة به تعرف طريقها للتطبيق على أرض الواقع في الوحدات الترابية المحلية. و بالرغم من أن الطابع التقني يغلب على قضايا التعمير فإن ضبطها يقتضي صدور نصوص قانونية و تنظيمية، مما يضيف على هذا المجال طبيعة قانونية لا تخلو من أهمية.

إن دراسة محدودية قوانين التعمير تستدعينا للإعتراف بوجود بعض الإرهاصات الأولية أو التجليات الضمنية لها في تاريخ المغرب، فالكثير من المدن العتيقة والقصبات التاريخية بما تتوفر عليه من سمات سواء فيما يخص الأسوار والأبواب، أو الأزقة والساحات العمومية أو تعدد البنايات من بنايات خصوصية وأخرى جماعية مشتركة... وكل هذا يوحي بوجود بل تجدر قيم التعمير بالمغرب¹

لهذا فإننا نجد السلطات العمومية في المغرب قد حاولت منذ عهد الحماية وضع ترسانة قانونية من أجل تسهيل تدخلات الدولة في هذا المجال، فكان ظهير 16 أبريل 1914 إنطلاق أول تشريع عصري² وتلتها عدة ظهائر³

1- وذلك على خلاف بعض الباحثين الذين يقولون بكون المغرب لم يعرف ظاهرة التعمير إلا مع بداية القرن العشرين، ومنهم ذ الهادي مقداد في مرجعه السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، الطبعة الأولى سنة 2004، مطبعة النجاح الجديدة.

2- ذ. عبد الرحمن البكريوي : التعمير بين المركزية واللامركزية، الطبعة الأولى، 1993، الشركة المغربية للطباعة والنشر، ص9.

3- للمزيد من الاطلاع على هذه الظواهر راجع، ميلود بوخال، محمد بوجيدة : مدونة التعمير والهندسة المعمارية والإعداد الإنمائي للمجال، الطبعة الأولى، سنة 1998، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

شكلت بالفعل ركيزة أساسية في تكوين قانون التعمير بالمغرب، كان آخرها القانونين 12/90¹ المتعلق بالتعمير و قانون 25/90² المتعلق بالتجزئات العقارية و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات، الجاري بهم العمل في إطار محاولة تدارك بعض جوانب القصور في النصوص القديمة.

إلا أن التجربة و الممارسة الميدانية أثبتت محدودية التشريعات المعمول بها في ميدان التعمير، لكونها لا تواكب مبدأ اللامركزية و اللاتركيز الإداري و لا تستجيب لمتطلبات الإستثمار و الاحتياجات الخاصة لبعض فئات المجتمع، ولا تمكن من إيجاد حلول للمشاكل الكبرى التي تعرفها التكتلات العمرانية، بل تزيد من حدتها بسبب الثقل و الجمود اللذان يميزان هذه القوانين و التنظيمات التي لم تعد تتماشى مع التغييرات المتسارعة التي يشهدها المجال.

فالتتبع لتطور التشريع المغربي في ميدان التعمير، يخرج باستنتاج مفاده أن هذا التشريع كان دائما يتميز بالجمود و مقاومة التغيير. هذا الجمود يمكن ملاحظته ليس فقط على مستوى قانون التعمير و إنما يمتد أيضا لوثائق التعمير التي تستمر في السريان رغم انه يتم تجاوزها عمليا في كثير من الأحيان³.

سنتطرق لمعالجة هذا الموضوع من خلال التقسيم التالي :

المبحث الأول : قصور المنظومة الحالية في مجال التعمير :

رغم المكتسبات التي تم تحقيقها على الصعيد القانوني فان هذا الجانب مازال يعاني من مجموعة من العوائق. لهذا سنحاول التركيز على الجانب القانوني الذي يعتبر الأساس أو العمود الفقري في تنظيم المجال، متناولين في ذلك جل العيوب و الإشكالات التي يطرحها هذا الأخير على أرض الواقع.

المطلب الأول : قراءة نقدية لقوانين التعمير المعمول بها :

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى القوانين المعمول بها حاليا في قطاع التعمير وقراءتها قراءة نقدية، وربطها بمجال الدراسة الذي هو محدودية قوانين التعمير بالمغرب.

أولا : قانون 12.90 بشأن التعمير :

إن صدور هذا القانون لا يعني أنه قلب كل النظم القانونية المعمول بها في مجال التعمير بل إحتفظ بالمبادئ الأساسية، معززا إياها بمقتضيات جديدة أملت ضرورة مواكبة مستلزمات النمو السريع للتمدن و تخطي الصعوبات التي تواجه التعمير العملي⁴ و ذلك من أجل تحقيق المرونة الضرورية للتطبيق السليم لوثائق التعمير مع تبسيط إجراءات المصادقة عليها⁵.

1- الصادر بواسطة الظهير رقم 1-22-31 بتاريخ 17 يونيو 1992 (جريدة رسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم عام 1413 موافق ل 15 يوليوز 1992) وتبعه بعد ذلك مرسومه التطبيقي رقم 2-92-832 بتاريخ 14 أكتوبر 1993. (جريدة رسمية عدد 4225 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 موافق ل 20 أكتوبر 1993).

2- الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.92.7 بتاريخ 15 من ذي الحجة 1412 موافق 17 يوليوز 1992 الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 موافق ل 15 يوليوز 1992

3- د الحاج شكر، مقال قانون التعمير في أفق 2010 ص 2.

4- د. محمد محجوبي، قراءة عملية في قوانين التعمير المغربية، الطبعة الأولى 2006، دار النشر المغربية . ص 7

5- للمزيد من الاطلاع راجع د. الحاج شكر، الوجيز في قانون التعمير المغربي الطبعة الثالثة 2008. مطبعة دار القلم الرباط، ص 29

إلا أن محدودية هذا القانون تتجلى في كونه ترك للإدارة المكلفة بالتعمير السلطة الواسعة في إعداد هذه الوثائق مع إعطاء المجالس الجماعية الدور الاستشاري فقط، بحيث تقتصر على تقديم المعطيات و المعلومات المتوفرة لديها للجهة التي يعهد إليها بإعداد وثائق التعمير، علما بأنها هي المعني الرئيسي بهذه الوثائق و المسؤولة عن تنفيذها. فمقتضيات هذا القانون لم تعرف تغيرات مهمة في الجوهر مقارنة مع ظهور 1952، إذ تكمن مستجداته في إعطائه السند القانوني للمخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية، و كذا بتخفيفه للإجراءات المسطرية لإعداد وثائق التعمير و المصادقة عليها من أجل إخراجها إلى حيز الوجود بسرعة، و التحكم الأمثل في ضبط النمو الحضري¹ الشيء الذي يطرح عدة مشاكل عند التطبيق، تتمثل في عدم ملائمة هذه الوثائق للواقع.

و من المؤاخذات الأخرى تعدد المتدخلين في الإعداد الأمر الذي يؤدي إلى البطء في المصادقة على هذه الوثائق. بحيث إذا كان التعدد في الأجهزة يعكس أهمية و حيوية التخطيط الحضري بالنسبة للدولة، فإن التوجه السلبي لذلك التعدد يبقى مطروحا و متمثلا بالخصوص في إشكالية الاختصاص.²

ثانيا : القانون رقم 90.25 بشأن التجزئات العقارية و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات :

لقد جاء هذا القانون بمجموعة من المقتضيات الجديدة على سبيل المثال لا الحصر:

- ✓ توسيع المفهوم القانوني لعملية التجزئة و تقسيم العقارات، لتمكين الإدارة من التحكم بشكل أفضل في العمليات العقارية التي قد تكون مصدرا لخلق تجزئات غير قانونية.
- ✓ التدخل الإلزامي للتقنيين المختصين للرفع من مستوى تخطيط و وضع التجزئات.
- ✓ خلق نظام زجري أكثر فعالية...

إلا أن هذا القانون هو الآخر قد أثبت محدوديته المتمثلة في إلزامية التحفيظ العقاري التي تثقل كاهل المجزئ، مما يؤدي إلى التوجه إلى التجزئات السرية بالتواطؤ مع السلطات المعنية بالمراقبة، ونشوء الأحياء العشوائية التي تصبح أمرا واقعا تواجهه الدولة يفرض عليها التدخل عن طريق إعادة الهيكلة.

ثالثا : ظهور 25 يونيو 1960 الخاص بتنمية الكتل العمرانية القروية :

من عيوب هذا القانون أنه أصبح متجاوزا و غير مسير للمستجدات الاجتماعية و الاقتصادية و حتى قانوني 12.90 و 25.90 سواء فيما يتعلق بمسطرة الإعداد او التنفيذ، أو فيما يخص العقوبات الجزرية التي تبقى ضئيلة و بسيطة، لهذا فانه يبقى من الضروري تدخل المشرع قصد دمج هذا القانون ضمن القانونين 12.90 و 25.90³.

هذا القصور في التشريعات القانونية المتعلقة بالتعمير نتج عنه ثغرات في تدبير المدن و جعل من هذه الأخيرة تعرف العديد من مظاهر الأزمة الحضرية كالبناء العشوائي و المضاربة العقارية....⁴

1- محمد بنيعيش، وثائق التعمير و الممارسة، نموذج طنجة . بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة . جامعة محمد الخامس . أكادال . كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية . الرباط . 2003 . ص 3

2- د الحاج شكرة، مقال قانون التعمير في أفق 2010 ص4

3- د. محمد محجوبي، مرجع سابق ص 11 ص 14.

4- د الحاج شكرة، مقال قانون التعمير في أفق 2010 ص4.

و من خلال هذه القراءة لقوانين التعمير يمكن التأكيد على أن التعمير مازال يطرح العديد من المشاكل تعتبر أكثر تعقيدا و تشعبا من أي وقت مضى نظرا لتباين عناصره و ارتباطه المباشر بالحياة اليومية و الأساسية للسكان ناهيك عن ضعف زجر مخالفات التعمير، ولعل الخطاب السامي بمناسبة ذكرى ثورة الملك و الشعب 20 غشت 2001 الذي شدد فيه جلالة الملك محمد السادس على ضرورة نهج الصرامة فيما يخص تطبيق مقتضيات و ضوابط التعمير كخير دليل على ذلك.¹

المطلب الثاني : الواقع العملي لقوانين التعمير:

أولا : على مستوى وثائق التعمير المستقبلي :

تشمل هذه المسطرة إعداد الدراسات التمهيدية التي تسمح بتحديد المنطقة التي سيغطيها المخطط وبعد ذلك يتم الشروع في الدراسات الميدانية التي على أساسها سوف يتم إعداد مشروع المخطط، إلا أن التجربة من خلال الواقع أثبتت أن تنفيذ مقتضيات هذا المخطط تعثره بعض الصعوبات التي تعترض تحقيقه على أرض الواقع، نظرا للمتناقضات والسلبيات التي عجز بها قطاع التعمير بوجه خاص. و من ثم فإن كل الجهود المبذولة للوصول إلى الهدف، من المحتمل أن تذهب أدراج الرياح. وبالتالي لن تدخل مقتضيات المخطط حيز التنفيذ رغم ما سخر لإعداده من إمكانيات مادية ومالية.

إن من أبرز العراقيل التي تعترض سير المخطط هو التأخير المسجل عندما يتعلق الأمر بإنجاز ما برامج من خلال هذا المخطط، وتجدر هذه الوضعية تفسيرها في العناصر الآتي :

- ✓ أول عائق يحظى بالاهتمام هو تواضع الإمكانيات المالية للجماعات المحلية ومحدوديتها نظرا للكلفة المرتفعة التي يتطلبها إعداد المخطط والوسائل الواجب تسخيرها لذلك.
- ✓ كما أن غالبا ما تعثر المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية بعض الأخطاء إما نتيجة التسرع في الدراسات الميدانية والتقنية أو أثناء مرحلة الإعداد النهائي وتكون النتيجة أن ما حدده المخطط لا يتماشى والواقع الذي يعرفه المحيط الذي يشملهم وقد يصطدم المخطط أيضا بالواقع المتشعب والمعقد للعقارات والأراضي وإما أن هذه الأراضي تنظمها قانون خاص فهي إما مملوكة للجيش أو الجماعات السلالية أو هي أراضي في ملك الأحباس، وهذا يصعب من مأمورية القائمين على أعداد وتنفيذ وثائق التعمير بصفة عامة وعلى وجه الخصوص المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية لأنه الوثيقة الأولى التي تتعرض لهذه المتناقضات هذا من جهة أما من جهة ثانية فإن إفتقار الدولة والجماعات المحلية للعقارات الضرورية يزيد الطين بله.
- ✓ أضف إلى ذلك أن الإدارات العمومية وحتى إن سعت إلى اقتناء بعض الأراضي لتقوية رصيدها العقاري فإن ذلك يكون مشوبا بعبء سلبيات منها عدم التنسيق في ما بين الإدارات لما يتعلق الأمر بالاقتناءات العقارية كما أن بعض الإدارات تقوم بشراء أراضي غير مبرجة في المخطط التوجيهي، أو أراضي يحظر فيها البناء، وخارجه تماما.

1- الشريف البقالي : رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2006 ص 181 ص 214.

ثانيا : على مستوى التعمير التنظيمي :

يقصد بالتعمير التنظيمي تلك الوثائق التعميرية التي يتم إستعمالها من أجل التخطيط الحضري والعمراني والتي تتميز بالوضوح، و من خلالها يتم التعرف على حقوق والتزامات الملك العقاريين، إضافة إلى معرفة المواطنين بالتجهيزات والمرافق العامة التي سيتم إنجازها. والتعمير التنظيمي يتم بواسطة تصاميم هي تصميم التنطيق وتصميم التهيئة وتصميم التنمية...

• تصميم التنطيق :

يلاحظ أن تصاميم التنطيق التي تعد لكي تقوم بوظيفة تدوم سنتين تصبح بعدها لاغية وليس لها أي مفعول تجاه الإدارة أو الغير، خصوصا إذا ما علمنا أنه لا مبرر لإعدادها إلا إذا كانت الرقعة الأرضية لا تتوفر على تصميم تهيئة، ونتيجة لذلك يكون من اللازم اللجوء إلى تصاميم التنطيق لتنظيم مرحلة انتقالية وتمكين المواطنين من القيام بأعمال تتعلق بالعمران في انتظار إعداد تصميم التهيئة المرتقب وقد أثبتت التجربة أن تصميم التهيئة المنتظر قد لا يخرج إلى حيز التنفيذ في الوقت المناسب أي عند انقضاء العمل بمقتضيات تصميم التنطيق. نظرا لعدة عوامل منها محاطة المجالس الجماعية في الموافقة على تصميم التهيئة داخل آجال معقولة، وهذا التأخير في إنجاز تصميم التهيئة يضع الإدارة أمام مأزق حقيقي وإشكالية يصعب التعامل معها.

إن مثل هذه الأمور هي التي زادت من حدة معضلة التعمير ببلدنا وكانت سببا من بين الأسباب الكثيرة في انتشار البناء الفوضوي والأحياء الهامشية التي لا تمت للعمران بصلة وتنعدم فيها أدنى ضروريات العيش الكريم.

• تصميم التهيئة :

إن أول تحد يواجه تصميم التهيئة التطور السريع للعمران ونمو التجمعات العمرانية بوثيرة مرتفعة، لم تستطع وثائق التعمير المتوفرة ولا التي هي في طور الانجاز مسايرتها، السبب الذي يؤدي في بعض الأحيان إلى تجاوزها و هذا يخلف فراغ قانوني في هذا المجال فإذا وضعنا في الاعتبار النمو الحضري بوتيرته هذه ومدة صلاحية تصاميم التهيئة المحددة في عشر سنوات لا يمكن القول بأن التأخير المسجل وفقا لمقتضيات قانون التعمير 12.90 في إنجاز هذه الوثائق تترتب عليه علاوة على ما ذكر، عوامل أخرى هو الالتجاء إلى البناء الفوضوي، وهذا لوحده سبب كاف بان يعرقل تصميم التهيئة ويعيق التنفيذ السليم لمقتضياته، وانتشار البناء العشوائي يظهر إما نتيجة لقلّة الأراضي المهيأة التي لا تلي الطلبات التي يفرضها الانفجار الحضري، وإما أنها متوفرة لكن بأثمان تفوق قدرة الفرد وهذا ما نلاحظه من خلل السنوات الأخيرة.

و بالتالي يدفع المواطن إلى البحث عن بديل يتلاءم ومقدورا ته المالية ولا بديل غير اقتناء قطع أرضية على هامش المدينة المساهمة في استفحال وانتشار السكن غير اللائق الأمر الذي يقف حجر عثرة أمام تطبيق تصميم التهيئة تطبيقا محكما..

أضف إلى ذلك البطء والتأخير الحاصلين في إعداد تصاميم التهيئة الذي يصعب من مأمورية الإدارة ويفقدها التحكم في توجيه انتشار العمران ومراقبته و من ثم تلتجئ الإدارة إلى حلول ترقية لا تفي بالمطلوب بل تساهم في تأزم الوضعية العمرانية.

ثالثا : على مستوى التسيير الحضري :

إن مفهوم التسيير الحضري يشمل جميع مظاهر تنفيذ واثاق التعمير التي تعتبر الركيزة الأساسية على أرض الواقع، لكن المعايينة أفرزت تفحش المخالفات من جراء قناعات فردية، لدى ملاك التجزئات بزيادة الوحدات دون ترخيص أو بطمس مجالات ومرافق حيوية من ساحات فارغة أو خضراء إلى درجة الانتهاء إلى مكعبات إسمنت.

يعتبر القانون المتعلق بالتجزئة العقارية والتقسيم العقاري تجديدا في مجال التعمير نظرا لما خول للمجالس الجماعية من دور فعال ونشط تنفيذًا لطلبات السكان واحتياجاتهم لكن رغم ذلك فالواقع يظهر العكس أي انتشار السكن العشوائي تم السكن غير المرخص وذلك بسبب عدم تعديل النصوص طبقا للمستجدات وإعادة الهيكلة التي ليست الوسيلة الناجعة نظرا لارتفاع تكاليف التجهيز.

حقيقة إن ضغط الحاجة هو الذي يفرض على البعض اللجوء إلى السكن في مناطق تفتقر إلى أبسط مقومات الحياة و هو الذي يشجع أيضا بعض الانتهازيين إلى استغلال الظرفية، ولكننا لا يجب أن نعتبر هذا أمرا واقعا ونسلم به. بل إن العديد من الدول الأوروبية استطاعت تصحيح أوضاعها وإعادة التوازن لمدنها ونحن كذلك مطالبون بعمل نفس الشيء، فقط لو تجسدت الإرادة الحقيقية و ترسخت القناعة بأهمية حل معضلة التعمير¹. والواقع أن التجزئات العقارية ليست الحل الوحيد لحل أزمة السكن ولكن الأجدر هو التفكير الجدي في تثبيت السكان في قراهم.

إن المادة 5 من القانون رقم 25.90 تقف حاجزا أمام تطور المجال الحضري وحتى لا تبقى مقتضيات هذه المادة ذات طبيعة حمائية ليس إلا وجب التفكير في جعلها أكثر مرونة. وفي نفس الصدد لا بد من إحداث نصوص قانونية قصد الحد أو توجيه المضاربات العقارية لهذا فقد أضحي من اللازم، في ظل التحولات التي يعرفها السياق الوطني والدولي، مقارنة التعمير عبر جوانبه الاقتصادية والمالية وخاصة الاجتماعية. ثم إن القواعد القانونية للتعمير يجب أن لا تستمد مبادئها من المساطر الإدارية فحسب، بل كذلك من خلال الآليات المتحكمة في صيرورة التحولات التي يعرفها المجتمع..

ومن جهة أخرى، فغياب تدوين تراتبي وموضوعاتي لمجموع النصوص القانونية المتعلقة بالتعمير والإسكان والبناء يجعل معظم المتدخلين يواجهون حالات من التناقض والإلتباس، مما يجعل تدبير هذا القطاع صعبا على مستوى الممارسة، حيث نجد كثيرا من التدابير القانونية المرتبطة بالتعمير، متداخلة مع نصوص متناثرة، تخص ميادين عديدة يصعب كشف علاقتها بالتدبير الحضري.

المبحث الثاني : عصرنة الترسنة القانونية في مجال التعمير :

استنادا إلى جوانب القصور و مواطن الخلل التي تشوب النصوص القانونية المنظمة للتعمير و الجاري بها عمل فقد تم تقديم مشروع المدونة من أجل تجاوز مكامن الخلل و إعطاء نفس جديد لقطاع التعمير باعتباره احد القطاعات الحيوية المعول عليها للنهوض بالتنمية و بداية سنتطرق لأسباب تبني مدونة شاملة لقوانين التعمير (مطلب أول) ثم الحديث عن أهداف و توجهات المدونة الجديدة (مطلب ثان).

1- رشيد لبر، تقويم سياسة اعداد التراب الوطني بالمغرب، المجلة المغربية للتدقيق و التنمية عدد 14 يونيو 2002، ص 52.

المطلب الأول: أسباب تبني مدونة التعمير:

إن ظروف العولمة و إنفتاح الأسواق و إحتذاء التنافسية بين البلدان، جعلت من مسألة تأهيل و تنمية قدراتها التنافسية الرهان الأساسي للتطور الاقتصادي . ولتجاوز الوضعية التي يعرفها المجال الحضري و النهوض به حتى يستطيع تحقيق الأهداف المنشودة، و قصد مواكبة التطور الديمغرافي الذي تعرفه المدن. و لمعالجة الاختلافات الاجتماعية و المجالية المتجلية في تعمير غير منظم و فوضوي مع كل ما يحمله هذا التعمير من معاني التمييز و الإقصاء الاجتماعي و المجالي و تفشي البطالة و الإنحراف و كل مظاهر ضعف الاندماج صار حالياً، إن تنظيم مجالاتنا يتطلب وسائل و آليات و مقاربات جديدة في ميدان التخطيط و التدبير الحضريين. و قد أصبحت مقارنة التعمير عبر جوانبه الاقتصادية و المالية و الإجتماعية أمراً ضرورياً في ظل التحولات التي يعرفها السياق الوطني و الدولي. مع أن القواعد القانونية تعمير يجب أن لا تستند مبادئها من المساطر الإدارية فحسب بل كذلك من خلال الآليات المتحكمة في صيرورة التحولات التي يعرفها المجتمع.

مدونة جديدة للتعمير، مطلب لطلما عبرت عنه شرائح عريضة من المهتمين. ولكي تتم فعلا الاستجابة لأكبر قدر من التطلعات، كان لزاماً أن يكون إعداد المدونة موضوع مشاورات موسعة وعلى جميع الأصعدة. ومن هذا المنطلق، فإن هذا الإعداد يتم في إطار نظرة تشاركية تعتمد على التشاور والحوار، يساهم فيها جميع المتدخلين في هذا القطاع سواء على الصعيد المحلي أو الجهوي أو الوطني (الجماعات المحلية ومختلف القطاعات الوزارية المعنية والهيئات المهنية والمنظمات غير الحكومية...الخ).

و تماشياً في هذا السياق جاءت الرسالة الملكية الموجهة لإعطاء انطلاقة مشروع مدونة التعمير بتاريخ 3 أكتوبر 2005 بالرباط لتؤكد على ضرورة اعتماد إطار قانوني جديد "...فقد أضحي من اللازم للانكباب على مراجعة و تحديث منظومة التعمير الجاري بها العمل في بلادنا و التي وان عرفت بعض الإصلاحات في العقدين الماضيين فإنها ظلت محدودة و مازلت معظم تشريعاتها تعود إلى بداية القرن الماضي"¹ و قد أوضحت الرسالة الملكية أن الغاية هي جعل الحركة العمرانية تواكب الحركة التي يعرفها المغرب بصفة عامة و تساير وتيرة تنمية العديد من القطاعات الحيوية ذات الأبعاد الاستثمارية و الصناعية و السياحية و السكنية و غيرها و في ظل الانفتاح و الانخراط في ظل العولمة بهدف تقوية القدرات التنافسية للمغرب. وهذا التعديل يندرج في سياق تعزيز الأوراش الإصلاحية الكبرى التي تعرفها المملكة خاصة في قطاع الإسكان و التعمير .

مشروع المدونة هذا لا يقتصر على تقويم المقتضيات القانونية غير الملائمة مع الواقع بل يجب أن نأخذ بعين الاعتبار متابعة الأوراش الإصلاحية الكبرى التي اعتمدها الدولة فيما يتعلق بإحداث المجلس الأعلى لإعداد التراب الوطني و المصادقة على الميثاق الوطني لإعداد التراب و تدعيم اللامركزية و اللاتركيز الإداري و صدور الميثاق الجماعي الجديد وتبني مبدأ وحدة المدينة في منظومة تأهيل المدن و اعتماد التدبير اللامركزي للاستثمارات و تشجيع عرض السكن الاجتماعي لفائدة الفئات ذات الدخل المحدود و تحقيق برامج كبرى خاصة تلك التي تندرج في إطار المبادرة الوطنية للتنمية البشرية و التي تروم تحسن إطار عيش المواطن.

1- مقتطف من الرسالة الملكية لصاحب الجلالة في الملتقى الوطني حول مدونة التعمير بتاريخ 3 أكتوبر 2005.

إن إعداد مدونة جديدة للتعمر فرضته ضرورة معالجة الاختلافات القانونية الحالية على مستوى النص و التطبيق و تحديث الترسنة القانونية حتى تواكب التحديات الراهنة لبلادنا و هنا نتساءل عن أهم المستجدات التي جاءت بها المدونة الجديدة للتعمر؟

المطلب الثاني : أهداف و توجهات المدونة الجديدة :

تأتي مدونة التعمر لإرساء تصور ملائم للنمو الحضري و بناء ترسنة تقنية و قانونية فعالة تعطي لمجالاتنا القدرة على التنافسية دون المساس بالمكتسبات و الرسالة الملكية السابقة الذكر حددت توجهات كبرى لمدونة التعمر في خدمة المواطن و كذلك محفز على الاستثمار بمواكبة النمو الاقتصادي و الاجتماعي للتكتلات العمرانية. هذه التوجهات تمهد لتأهيل التجمعات، يجعلها في مستوى استقبال و استقطاب الاستثمارات و تطوير تقنيات جديدة في ميدان الإسكان تمكن من الاستجابة للحاجيات المتجددة للمواطنين و الحفاظ على التراث المعماري سواء في أبعاده الوطنية أو خصوصياته الجهوية و المحلية و ترسيخ مبادئ الشفافية و المنافسة، و تكريس مبادئ الحكامة العصرية و تدعيم الديمقراطية المحلية، و تحقيق الانسجام بين مختلف السياسات القطاعية و التحكم في النمو العمراني و جعل القطاع أكثر مهنية بتحديد الاختصاصات و تحديد مسؤوليات المتدخلين، إضافة إلى وضع الأدوات العقارية و المالية و المؤسساتية اللازمة للتهيئة الحضرية، و إبراز الهوية الوطنية و الحفاظ على التراث مع تقوية التماسك الاجتماعي .

و يبقى إن الهدف الأساس من هذه المدونة هو إيجاد الحلول الملائمة والمستديمة لإشكاليات التخطيط والتدبير الحضريين ومتابعة بناء تكتلات ذات قدرة تنافسية، وتأهيل مجالاتنا عبر تنمية محكمة التخطيط ومستديمة، توافق بين الحداثة والارتقاء بالهوية الوطنية وبالخصوصيات الجهوية والمحلية.

فتأهيل قطاع التعمر يشكل عاملا مهما لرفع تحديات العولمة، لذا فإعداد مدونة جديدة للتعمر جاء في وقت مناسب للحد من الثغرات المتعددة و الاختلالات الاجتماعية والمجالية المتجلية في التعمر غير المنظم و لتبني منظومة قانونية جديدة منبثقة من المكتسبات التاريخية و تتلائم مع واقع بلادنا من أجل توفير بيئة ثقافية و اقتصادية و اجتماعية تواكب رهانات التنمية المستديمة و توفر للمواطن العيش الكريم.¹

و قبل أن نختتم لابد للإشارة إلى أهم المستجدات التي طرأت على مجال التعمر و المتمثلة في المصادقة مؤخرا على مشروع قانون رقم 12.66 الذي يهدف إلى تقوية آليات مراقبة و زجر مخالفات التعمر و البناء، عن طريق إرساء معالجة إستباقية، فورية، ناجعة و مندمجة لظاهرة البناء غير القانوني، وتعزيز ضمانات حماية المجال العمراني، و تجاوز الاختلالات التي تعرفها منظومة المراقبة و زجر المخالفات المعمول بها حاليا. و سندرج أهم ما جاء في القانون السالف الذكر في النقاط التالية:

- ✓ تخويل مراقبي التعمر التابعين للوالي أو للعامل أو للإدارة صفة ضابط الشرطة القضائية.
- ✓ توحيد مساطر المراقبة و الزجر الإداري وكذا مساطر تحريك الدعوى العمومية سواء المتعلقة بالتجزيء والتقسيم أو بالتعمر والبناء.
- ✓ التنصيص على تحرير محاضر معاينة المخالفات طبقا للشروط المحددة في قانون المسطرة الجنائية.

1- مقتطف من الكلمة التي ألقاها السيد توفيق احجيرة بمناسبة الانطلاقة الرسمية للمشاورات الجهوية و المحلية حول مشروع اعداد المدونة الجديدة للتعمر بتاريخ 2006/02/22

- ✓ تخويل ضباط الشرطة القضائية ومراقبي التعمير صلاحية اتخاذ التدابير المتعلقة بالأعذار والأوامر بالإيقاف الفوري للأشغال وحجز المواد والمعدات المستعملة في البناء موضوع المخالفة وتعيين المخالف حارسا عليها ووضع الأختام.
 - كما أتى المشروع بمقتضيات جديدة لتعزيز عملية تتبع الأوراش المرخصة، من أهمها:
 - ✓ تفعيل آليات اليقظة، و ذلك بإلزام رئيس المجلس الجماعي توجيه جميع الرخص و الأذن تسليمها إلى السلطات المحلية من أجل المراقبة.
 - ✓ فتح دفتر الورش سواء قبل أو أثناء أو عند إنتهاء الأشغال.
 - ✓ منح المراقبين إعطاء الأمر الفوري لإلغاء البناية و إنهاء المخالفة بتوقيف الأشغال.
 - ✓ إلزام رئيس المجلس بتوجيه نسخ الرخص إلى السلطات المحلية
 - ✓ إلغاء ما يسمى بالرخص الضمنية، و تغيير إسم الوكالة الحضرية إلى وكالة التعمير.
- خاتمة :

بالرغم من هذه المحدودية فإنه لا يمكن الإنكار أن قانون التعمير الحالي هو قانون متكامل نسبيا، حيث أنه أبان عن كفايته في تنظيم حركة البناء و إنشاء العديد من المناطق، و لكن في نفس الوقت تظل مسألة إجراء مراجعة شاملة لقانون التعمير تفرض نفسها بحدة بغية إبداع مقاربة شمولية كفيلة بتجاوز المعوقات والصعوبات التي تعترى النصوص السالفة الذكر، والتي غالبا ما تغطي عليها السرعة وغياب بعد النظر..

ولا بد من التأكيد على وجود صعوبات أخرى ترجع إلى عدم استيعاب هذه المقتضيات على الوجه المطلوب من جهة وإلى عدم تطبيقها على الوجه السليم من جهة أخرى.

وهنا يبقى السؤال المطروح على أرض الواقع و هو هل هذا نتيجة طبيعية لضعف الإطار القانوني وعدم مراعاته للواقع أم أنها حصيلة بديهية لسلوكات وممارسات متجذرة في المجتمع ؟

➤ لائحة المراجع :

- ذ. محمد محجوبي، قراءة عملية في قوانين التعمير المغربية، الطبعة الأولى، 2006، دار النشر المغربية .
- ذ. الحاج شكرة، الوجيز في قانون التعمير المغربي الطبعة الثالثة 2008. مطبعة دار القلم الرباط.
- محمد بنيعيش، وثائق التعمير و الممارسة، نموذج طنجة. بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة. جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية . الرباط 2003.
- ذ. عبد الرحمن البكريوي، التعمير بين المركزية واللامركزية، ط 1، 1993، الشركة المغربية للطباعة والنشر.
- ذ الهادي مقداد، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، ط 1 سنة 2004، مطبعة النجاح الجديدة.
- ذ. الحاج شكرة، الوجيز في قانون التعمير المغربي الطبعة الثالثة 2008. مطبعة دار القلم الرباط.
- الشريف البقالي، رقابة القاضي الإداري على مشروعيات القرارات الصادرة في مجال التعمير، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2006.
- د الحاج شكرة، مقال قانون التعمير في أفق 2010 .
- رشيد لبكر، تقويم سياسة إعداد التراب الوطني بالمغرب، المجلة المغربية للتدقيق و التنمية عدد 14 يونيو.

مناهج التربية والتعليم في الإسلام



محمد الأمين كمال / Kamal_cat@live.fr

باحث في مجال الدكتوراه تخصص قانون عام

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر -

مقدمة :

يولد الفرد على الفطرة ثم يتعلم ويتربى عن طريق حواسه وبيئته ومجتمع الكبار الذي ينشئ المؤسسات التعليمية والتربوية لهذا الغرض، "وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِّنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ" ⁽¹⁾.

وتبدأ المجتمعات البدائية من حالة الجهل وعدم المعرفة فتتعلم وتتربى وفق أنماط ومعايير اجتماعية تنسجم وإيديولوجية المجتمع المعين، ونظام قيمه وفعالية مؤسساته العلمية والتربوية التي تأخذ على عاتقها عملية تعليم المجتمع والأمة.

ويعتبر موضوع التربية والتعليم من أهم الموضوعات التي تعنى بها الأمم بصورة عامة، وجدير بأمتنا العربية والإسلامية العناية بها بصورة خاصة لأنها معقد الرجاء ومحط الأمل لكل تقدم للفرد والمجتمع.

فالتربية تطور الحضارات والمجتمعات وتصنع الأجيال، والحق يقال إن أول الأمور التي تحتاج إلى مراجعة حين تصاب الأمم بالنكبات أو حين تكثر في طريق تقدمها العبقثات والعثرات، نظامها التعليمي والتربوي. فرسالة التربية والتعليم هي رسالة الأمة في الحياة فعن طريقها يسمو الفرد الصالح والأسرة الصالحة والمجتمع الصالح وتنمو المفاهيم الإنسانية الخيرة بين بني البشر.

فالتربية لا تأتي من فراغ بل هي وعاء وأساليب وإجراءات ينقل بها تراث الأمة من الأجداد إلى الأحفاد ومن الآباء إلى الأبناء وبواسطتها تتطور الحضارة، وديننا الإسلامي الحنيف هو منهج حياة يعنى بالفرد ويعنى بالمجتمع، يعنى بالناحية المادية والروحية معاً، يوضح معنى العبادة ويؤكد قيمة العمل، يعنى بشؤون الحياة وينظم شؤون الدنيا جميعها كطريق واحد لآخرة سعيدة، فيتناول جميع شؤون الحياة بالتحليل والتنظيم من اقتصاد وسياسة وحكم وتربية وعلوم

اجتماع وغير ذلك، لذلك لا يمكن أن تفهم التربية والتعليم في الإسلام دون معرفة موقعها في إطار التصور الإسلامي الكامل للكون والإنسان.

ومن خلال موضوع البحث المعنون بـ "مناهج التربية والتعليم في الإسلام"، نحاول الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما التصور الإسلامي لمنهج التربية والتعليم ؟

- ما مفهوم منهج التربية والتعليم في الإسلام ؟

- ما محتوى منهج التربية والتعليم في التصور الإسلامي ؟

- ما الوسائل التي يقوم عليها منهج التربية والتعليم في الإسلام ؟

المبحث الأول : مفهوم المنهج الإسلامي في التعليم :

من خلال هذا المبحث نتناول التفكير العلمي وفق تصور المنهج الإسلامي ومعرفة خصائص ومضمون منهج التربية والتعليم في التصور الإسلامي.

المطلب الأول : تنمية التفكير العلمي عن طريق المنهج :

إن الوعي الإسلامي في الأمة لا يتحقق إلا بان تسليح نفسها ببعض القدرات التي تساعد على بلوغ أهدافها وأهم هذه القدرات، الوعي العام المبني على الفكر المستنير وهناك أساليب يمكن أن تساعد على تنمية التفكير العلمي في المجتمع المسلم نذكرها من خلال ما يلي :

الفرع الأول : الأخذ بأساليب العلم الحديث والاستفادة من التكنولوجيا :

نعني بذلك وجود الجو العلمي الذي يرتقي بحياة الناس ويطور مفاهيم وأساليب تفكيرهم بما يتماشى وتعاليم دينهم ومعطيات الحضارة المعاصرة، فلا بد للمنهج من مواجهة هذه المشكلات بفكر علمي قائم على الدقة وفتح الذهن والنظام لأن الأمة الإسلامية تواجه بهذه المشكلات معارك تمس عقيدتها، أما من حيث الاستفادة من التكنولوجيا فإن العالم الإسلامي يواجه تحديات ضخمة في النواحي المختلفة للحياة تتطلب منه أن يأخذ بأسباب الثورة العلمية التكنولوجية المعاصرة حتى يستطيع اللحاق بركب التطور الحضاري ، ولا يكون ذلك فقط بإدخال المواد العلمية كالرياضيات والعلوم الطبيعية و البيولوجيا في المناهج الدراسية وإنما دراسة هذه العلوم كظاهرة عصرية أحدثت انقلابا في حياة البشر ومفاهيمهم وعلاقاتهم الاجتماعية والاقتصادية وأعطت صورة جديدة للحياة في مختلف جوانبها ونشاطاتها.⁽²⁾

الفرع الثاني : القدرة على مسايرة التطور والربط بين العلم النظري والتطبيقي :

لكي تكون الأنظمة التعليمية لها القدرة على مسايرة التطور الكمي والكيفي للمعرفة الإنسانية لابد أن تستوعب كل جديد في ميادين المعرفة، ولابد أن يكون الفرد المسلم في مستوى التغيرات الجديدة وهذا يتطلب الاستمرارية في التعلم، كذلك ينبغي أن تتخطى المناهج الدراسية، الدراسات النظرية والاهتمامات الجزئية ببعض

المواد العلمية إلى الربط بين الجوانب التطبيقية ومدى استفادة المجتمع منها في الإنتاج، ولن يمكن الربط بين النظري والتطبيقي إلا إذا انتفت التفرقة بين ما هو من العلوم النظرية و العلوم التطبيقية.

إن مهمة المنهج أن يجعل الأجيال تعرف قيمة القوانين العلمية للحياة لأنها وسيلة للسيطرة على ما سخر الله للبشر من مظاهر الطبيعة، كما أن المنهج هو الذي يعلم الأجيال كيفية الاستفادة من الحقائق العلمية والقوانين الطبيعية في تطوير عجلة الحياة وحل مشكلاتها.

الفرع الثالث : الاعتماد على التثقيف الذاتي :

إن النظام التعليمي الذي يعتمد على التلقين والمواد المحدودة لا يخرج الأجيال التي تتخذ التفكير العلمي منهجا للحياة، وإن المعرفة البشرية تجعل النظام التعليمي غير مستوعب لجزء صغير منه، وهذا يتطلب تشجيع الطلاب على أن يعلموا أنفسهم بجهودهم واطلاعهم ومتابعتهم المستمرة لثمرات المطابع و وسائل التعليم المتاحة في هذا العصر.⁽³⁾

المطلب الثاني : خصائص منهج التربية والتعليم في الإسلام :

للتربية والتعليم في الإسلام خصائص وسمات مميزة لها تجعلها بمجموعها تقف فريدة بين سائر أنواع التربية والتعليم التقليدية منها والحديثة وبعض هذه الخصائص تتعلق بفلسفة التربية الإسلامية وبعضها الآخر يتعلق بمحتوى التربية الإسلامية والمجموعة الثالثة تتعلق بإجراءات التربية الإسلامية وطرائقها.

الفرع الأول : خصائص تتعلق بفلسفة التربية الإسلامية :

أولا : الخلق الهادف :

الإسلام يعتبر التربية و التعليم عملية مقدسة لتحقيق هدف أساسي وهو عبادة الله بأوسع معانيها . " وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ " .⁽⁴⁾

ومفهوم العبادة في الإسلام واسع من حيث المضمون والزمان والمكان، فالمعلم الذي يعلم الناس الخير يعبد الله بتعليمه للناس، والمتعلم الذي يسير وراء الحقيقة فانه في عبادة الله. "يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ" .⁽⁵⁾

ثانيا : الوحدة والشمول :

إن مبدأ الوحدة في الإسلام ينعكس على العملية التربوية من حيث وحدة النمو المتكامل للفرد في إطار المجتمع والعالم. فالبشرية كلها مخلوقة لله عز وجل وهي كلها موجودة للتعارف فيما بينها للتعاون على الخير وللأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ" .⁽⁶⁾

ثالثا : التوازن الدقيق :

إن مبدأ التوازن في التصور الإسلامي ينعكس على فكرة التربية والتعليم فيكسبها توازنا في النظرية والتطبيق وتوازنا في تنظيم المعرفة الإنسانية المفيدة للفرد والمجتمع، وما يجب أن يكون فرض عين وما يمكن أن يكون فرض كفاية في مجالات العلوم جميعها دينية كانت أم دنيوية.

فالتربية الإسلامية تؤكد على التطبيق العملي و العودة بالفائدة على الفرد والمجتمع في واقع الحياة، كما تؤكد النظرية الإسلامية على الناحية الوظيفية والنفعية في المعارف والعلوم وأنها ليست للتباهي ولا للترف. حيث يقول الله في محكم التنزيل : "فَأَمَّا الزُّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ".⁽⁷⁾

كما توازن التربية الإسلامية بين عالم المثاليات وعالم الواقع وبين ما يجب أن يكون ولذلك يضع الإسلام مستويين للسلوك الفردي والاجتماعي ويحدد الحد الأدنى المطلوب. "وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ".⁽⁸⁾

كذلك، توازن التربية الإسلامية بين تنمية أشواق الفرد الروحية وبين تلبية حاجاته المادية والاجتماعية، وبين مصلحة الفرد ومصلحة المجموعة.⁽⁹⁾

الفرع الثاني : خصائص مميزة مرتبطة بمحتوى التربية الإسلامية :

أولا : تربية إيمانية :

إن التربية الإسلامية لا ينحصر همها في تنمية الإيمان عن طريق الغيبات فقط والظواهر الروحية والعبادات بل إن كتاب الطبيعة المفتوح والظواهر الكونية والعلوم المختلفة والممارسة العملية في الحياة كلها تعزز هذا الإيمان، وترتبط به أيما ارتباط. حيث يقول المولى عز وجل في محكم التنزيل: "وَفِي الْأَرْضِ آيَاتٌ لِلْمُوقِنِينَ * وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ".⁽¹⁰⁾

ويقول أيضا : "وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ".⁽¹¹⁾

ثانيا : تربية عملية :

لقد أكدت التربية الإسلامية على الناحية العملية تأكيدا عظيما من حيث أهمية آثارها في الحياة الدنيا وما تعود به من نفع وخير وسعادة على الفرد والمجتمع، فالإسلام يؤكد تربية الاتجاهات الخيرة في الفرد والمجتمع ويعتبر العمل الصالح عنوانا لاتجاه جديد في الفرد يجعل منه إنسانا جديدا، ويربط الإسلام بين صدق الإيمان وبين ثمره هذا الإيمان والمقياس الذي يقوم عليه الإيمان، العمل الصالح مصداقا لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ، كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ".⁽¹²⁾

ويربط الإسلام القيمة الحقيقية للإنسان بمقدار ما يقدمه من عمل وليس بما يملك، والتربية العملية في الإسلام تشمل جميع أفراد المجتمع من ذكر و أنثى، كما تحرص على مستوى معين من إتقان العمل وإحسانه وليس مجرد كمية العمل دون النظر إلى النوع.

ثالثا : تربية علمية :

إن من أهم محتويات التربية الإسلامية، المعارف والمعلومات ابتداءً من القراءة والكتابة، ونظرة الإسلام إلى اكتساب المعارف والعلوم توصل عملية التربية والتعليم إلى درجة العبادة والقداسة.

فالإسلام حث على استعمال العقل إلى أقصى حد مستطاع، كما أُنحى باللائمة والتبكيث على من لا يستعمل عقله ومنطقه و يعمل فكره في النظر والتأمل و استخلاص البراهين و النتائج من المعلومات التي تتوافر لديه من الأمور الدنيوية والدنيوية. "فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ " (13).

رابعا : تربية خلقية :

إن التربية الخلقية في الإسلام تمثل جزءا كبيرا من محتويات التربية الإسلامية، فالقرآن الكريم يعتبر أهم مصدر في الأخلاق بالنسبة للفرد المسلم، والتربية الأخلاقية في الإسلام تتلخص في التمسك بالخير والمعروف والبعد عن الشر والمنكر مرتبطة ارتباطا وثيقا بتحقيق الهدف الكبير للتربية الإسلامية ألا وهو تقوى الله وخشيته وحسن عبادته شأنها شأن سائر محتويات التربية الإسلامية، والتربية الخلقية في الإسلام تؤكد أول ما تؤكد على إخلاص النية لله لتكون الأخلاق أصيلة وليست مصطنعة تتغير بتغير الملابس والظروف والزمان والمكان والأمثلة كثيرة في القرآن لا مجال لحصرها نذكر منها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ " (14)، "كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ " (15).

خامسا : تربية اجتماعية :

تبدأ التربية الاجتماعية في الإسلام بالفرد ، تنمي فيه روح المبادرة والمسؤولية الفردية التي هي أساس للمسؤولية الجماعية حتى لا تضع المسؤولية بين فرد و آخر. والأسرة تعتبر الميدان الثاني للتربية الاجتماعية فالأسرة في الإسلام هي من أهم المؤسسات التربوية التي يوازي تأثيرها تأثير المدرسة الرسمية. وتماسك الأسرة في الإسلام من الأمور التي تفخر بها التربية الإسلامية. والميدان الثالث للتربية الاجتماعية هو المجتمع الكبير الذي يشتمل على مجتمعات صغيرة للأصحاب والأصدقاء، والتربية الاجتماعية في الإسلام تشمل بناء الاتجاهات الاجتماعية الإيجابية والعادات الاجتماعية السليمة التي تؤدي إلى سعادة الفرد وتماسك الأسرة وتكافل المجتمع ورخاء الإنسانية ، ومن هذه العادات والاتجاهات الاجتماعية تنمية الوحدة الاجتماعية والأخوة الإيمانية وحب الإنسانية والمساواة والتعاون والتكافل والشورى والعدالة الاجتماعية والإصلاح بين الناس.

الفرع الثالث : خصائص مرتبطة بطرق التربية الإسلامية وإجراءاتها :

منها إلزامية التعليم واستمراريته ومبدأ تكافؤ الفرص والأسلوب المتميز في الحصول على المعرفة، وطرق استخدام المعرفة إلى غير ذلك من الخصائص والصفات نفصلها تباعا.

أولا : إلزامية التعليم :

جميع الآيات والأحاديث والواقع التاريخي لحياة الرسول (ص) والسلف الصالح تدل على وجوب طلب العلم وتجعل المرأة والرجل في نفس المقام.

ثانيا : استمرارية التعليم :

مجال المعرفة نتيجة لكثرة البحوث والدراسات في اتساع دائم ولا نهاية له بالنسبة للبشر، هذا ولا يمكن لبشر أن يحيط بكل المعارف والعلوم شرعية كانت أم كونية في هذا العمر المحدود، "فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"⁽¹⁶⁾، وفي هذا إشارة واضحة إلى ضرورة التخصص في نواحي العلوم المختلفة لتكامل المعرفة في المجتمع عن طريق التخصصات المختلفة لأبناء المجتمع، وكل علم نافع مهما كان ميدانه ومجاله يعتبر فرض كفاية على أبناء المجتمع الإسلامي يجب أن يقوم به البعض ليسقط الواجب على الآخرين، وإذا قصر المجتمع الإسلامي في التخطيط لتكامل تخصصات أبنائه في حقول المعرفة اللازمة لنمو المجتمع وتطوره، جميع الأمة تأثم لهذا التقصير.

ثالثا : تكافؤ الفرص :

إن مبدأ تكافؤ الفرص في التعليم بين جميع أفراد الأمة أمر نابع من مبدأ المساواة في الإسلام، وتهيئة الفرص التعليمية في الإسلام تتناول جميع الأفراد والطبقات وتتناول ذوي الاحتياجات، فالكل له الحق في التعلم على عاتق الدولة والمجتمع.

رابعا : طريقة الحصول على المعرفة :

تتمتاز التربية الإسلامية بميزة خاصة متكاملة في الحصول على المعرفة واكتساب الخبرات وتنميتها، إذ تعتمد التربية الإسلامية على فرضية أساسية وهي أن كل إنسان يولد على الفطرة مزودا باستعدادات وقدرات تختلف عن أي إنسان آخر، ثم يتعلم الإنسان عن طريق المحسوسات في البداية مستخدما حواسه كمنافذ للمعرفة ثم يتدرج من المحسوس إلى اللامحسوس والمجرد، ومن البصر إلى الاستيعاب، يقول الله تعالى في محكم التنزيل: "وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا"⁽¹⁷⁾.

خامسا : ضوابط أخلاقية لاستعمال المعرفة :

تتمتاز التربية الأخلاقية في الإسلام بضوابط خلقية لاستعمال المعرفة بصورة عامة فالمعرفة سلاح ذو حدين يمكن أن تستعمل في سبيل الشر ويمكن أن تستعمل في مجال الخير ومن أمثلة ذلك التكنولوجيا المعاصرة، كالأسلحة النووية وعلم الجراثيم وعلم الذرة، فالإسلام يشدد على العلم النافع واستخدامه فيما ينفع الفرد والمجتمع.

المطلب الثالث : مضمون منهج التربية والتعليم في التصور الإسلامي :

الفرع الأول : مصادر وطريقة اختيار المضمون :

أولا : مصادر المضمون :

1- القرآن الكريم المصدر الأول لمضمون منهج التربية الإسلامية، فهو مجال التربية الأول وخاصة حين يتلقاه المتعلمون بقلب متفتح فتستقر في قلوبهم الشحنة المقدسة التي أودعها الله، فسنة رسول الله (ص) القولية والفعلية، فإجماع الفقهاء ثم اجتهادات أهل الذكر والخبرة من علماء ومفكرين.

2- من أهم المجالات التي يحتويها هذا المنهج، أن الكون كله كتاب مفتوح ينهل منه منهج التربية الإسلامية في تدبر نواميس الكون التي تجري في دقة عجيبة ونظام لا يخل، ولا يقل أهمية ذلك حاجات المتعلم ومطالبه في المرحلة التي يمر بها، وكذلك حاجات المجتمع الإنساني المحلي والعالمي ومطالبه المشروعة، ومن هنا فإن منهج التربية الإسلامية يخاطب المتعلمين في جميع المراحل وعلى جميع المستويات مع مراعاة اختيار المضمون المناسب لكل من المستويات التعليمية المختلفة.

ثانيا : طريقة اختيار المضمون :

يرى علماء التربية أن هناك ثلاث طرائق للوقوف على طبيعة المتعلم قبل اختيار المضمون المناسب له ، نفصلها من خلال ما يلي :

- طريقة المسح : يقصد بها القيام بدراسات موضوعية علمية ميدانية على الطلاب قصد الوقوف على حاجاتهم ومشكلاتهم ومطالب نموهم التي يمكن أن يساهم المنهج المزمع تصميمه وتنفيذه في علاجها.
- طريقة التحليل : تتضمن تحليل المادة المراد تصميم وتنفيذ منهج لها إلى مجموعة من المفاهيم والحقائق والمهارات والمعلومات الأساسية المساعدة، واختيار ما يتناسب منها مع نوعية المتعلمين ومطالب نموهم وحاجاتهم ومشكلاتهم والتأكيد على ذلك في المنهج المزمع وضعه.
- طريقة الخبير : الخبير فرد متخصص في المادة وطرق تدريسها ويتم اللجوء إليه عند وضع منهج لهذه المادة في أي مستوى تعليمي.

والحقيقة أنه لا بديل على الاعتماد على الطرائق الثلاث السابقة في اختيار مضمون المناهج التعليمية، فالإسلام ليس فيه علوم للدين وعلوم للدنيا، إن كل علم يصمم منهجه ويدرس على أساس أنه يساهم في بناء الإنسان المسلم القادر على المشاركة الإيجابية والفاعلة في عمارة الأرض وترقيتها وفق منهج الله، علم ديني من وجهة نظر الإسلام يستوي في ذلك علوم الشريعة، العلوم الحديثة كالرياضيات والطبيعية والكيمياء والعلوم التقنية الحديثة، أما إذا أضفنا هذه العلوم إلى منهج التربية الإسلامية بالحالة التي أتينا بها من الخارج فإنها سوف تهدم في نفوس الناشئة و عقولهم كل ما تبنيه علوم الشريعة من عقائد و قيم وسوف تعمل ضد كل تفسير إسلامي للكون والحياة والسلوك الإنساني⁽¹⁸⁾.

الفرع الثاني : العلوم وقواعد تلقيها :

هناك قاعدتين لا يجوز لواضع منهج التربية الإسلامية تجاوزها في كل الظروف والأحوال :

- القاعدة الأولى : أن الإسلام لا يتسامح تلقين المسلم أصول عقيدته ولا مقومات تصوره ولا تفسير القرآن وحديثه وسيرة نبيه ولا منهج تاريخه وتفسير نشاطه ولا مذهب مجتمعه ولا نظام حكمه ولا منهج سياسته ولا موحيات فنه وأدبه وتعبيره من مصادر غير إسلامية أو من غير المسلم يثق في دينه وتقواه.

- القاعدة الثانية : أن المصدر الوحيد الذي يجب على واضع المنهج التلقي عنه في هذه الأمور، هدي الله ممثلا في القرآن الكريم، فالسنة فإجماع فقهاء المسلمين ثم الاجتهاد في ضوء روح الإسلام ونصوصه الثابتة.

الفرع الثالث : أساسيات نجاح المنهج الإسلامي :

إن الجهود التي تبذل في سبيل المنهج الإسلامي في التربية والتعليم ستذهب كلها هباء ما لم تتوفر بعض العوامل الهامة المؤثرة وهي :

أولا : المجتمع المسلم :

إن وجود المجتمع المسلم الساعي لقيام مجتمع إسلامي يمثل الأرضية التي تبذر فيها بذور المنهج الإسلامي ليؤتي ثماره المرجوة، وبالرغم من أن تكوين المجتمع الإسلامي الهدف الأخير من التربية الإسلامية ولكنه يعتبر في الوقت ذاته الأداة الموصلة إلى تثبيت المفاهيم الإسلامية وتنشئة الأفراد عليها، ففي غياب الإيمان بهذا المجتمع أو السعي إلى وجوده، فإن هذه الجهود لا قيمة لها ولن تتعدى مجال الفكرة إلى الواقع، كما أن وجود المجتمع الذي يعادي الفكرة أو يقف دونها سيجعل تلك الجهود ضائعة.

ثانيا : القيادة التربوية الرشيدة :

الأخذ بمنهج التربية الإسلامية أمر لازم لإحداث التغيير في المناهج، فالقيادة تعمل على توجيه التعليم وقيادته إلى الهدف المنشود كما تعمل على المراقبة والمحاسبة من أجل الوصول إلى عملية التنفيذ العملي للمنهج التربوي في الإسلام، ومهما توفرت الإمكانيات المادية والبشرية فهي عديمة الجدوى بغير قيادة تؤمن بفلسفة المنهج وتنظيماته أو لا تتوفر فيها صفات القيادة الرشيدة المؤمنة بإلزامية تنفيذ المنهج الإسلامي.

ثالثا : المربي المسلم :

ينبغي إعداد المعلم وفقا لمنهجية تجعله متقبلا ومؤمنا بالتنظيم المنهجي الإسلامي الذي يراعى فيه الأسس النفسية لعملية التعلم والمتماشية مع مبادئ الإسلام وعقيدته والتي تتناسب مع روح العصر وتربط بين الحياة العملية والنواحي الأكاديمية، و يتطلب مثل هذا الإعداد للمعلم المسلم القادر على تنفيذ التنظيمات المنهجية الإسلامية، توفر عدد كاف منهم واستبعاد أصحاب المبادئ الهدامة.

إذا ففضية اختيار المعلمين ليست بسيطة كما يظن الكثير من رجال المعارف، ليس أساسه العلم وحده والمقدرة التعليمية والمؤهلات العلمية فحسب، بل يجب أن تكون للسيرة والخلق والمبدأ والغاية والإيمان والعقيدة، مكانة أولى والأهمية الكبرى في اختيار المعلم.⁽¹⁹⁾

المبحث الثاني : طرائق ووسائل التربية والتعليم في المنهج الإسلامي :

في الجزء الثاني من موضوع البحث، نعالج طريقة المنهج في التربية والتعليم ووسائل تطبيق هذا المنهج وأنواع هذه الوسائل والقواعد العامة لاستخدامها، كما نسلط الضوء على منهج التربية والتعليم عندي مفكري الإسلام.

المطلب الأول : الطريقة في منهج التربية والتعليم :

يستخدم منهج التربية الإسلامية مجموعة كبيرة ومتنوعة من الطرق والأساليب في التربية أهمها، طريقة القدوة والإلقاء، طريقة القصة والتربية بالأحداث، استثمار الجهد والوقت الفائضين، المناقشة.

الفرع الأول: طريقة القدوة والإلقاء:

القدوة هي أعظم طرق التربية وفق المنهج الإسلامي، فلا بد للطفل من قدوة ماثلة في والديه ومدرسته كي يتغذى بالمبادئ الإسلامية ويسير على نهجها ولا بد للناس من قدوة في المجتمع تطبعهم بطابع الإسلام وتقاليدہ النظيفة، كذلك ينبغي أن تكون قدوة الجميع شخصية الرسول (ص) التي تتمثل فيها كل مبادئ الإسلام وتعاليمه وقيمه.

إن القدوة إذا كانت حسنة فإن الأمل يكون كبيرا في إصلاح الطفل، والعكس إذا كانت القدوة سيئة فإن الاحتمال الأرجح هو فساد الطفل، وحين توجد القدوة الحسنة فإن كثيرا من الجهد المطلوب لتنشئة الطفل على الإسلام يكون ميسورا قريب الثمرة في ذات الوقت.

وبالرغم من أهمية القدوة إلا أنها غير كافية مهما بلغت عظمتها واستقامتها، فلا بد من التلقين والتوجيه والموعظة، يقول الله تعالى في محكم التنزيل: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا" (20) وأحاديث الرسول (ص) مليئة بالتوجيهات والإرشادات والمواعظ.

الفرع الثاني: طريقة القصة والتربية بالأحداث:

منهج التربية الإسلامية يدرك الميل الفطري إلى القصة ويدرك ما لها من تأثير ساحر على القلوب، فيستغلها لتكون وسيلة من وسائل التربية والتعليم، وهو يستخدم كل أنواع القصة منها القصة التاريخية الواقعية المقصودة بأمكانها وأشخاصها وحوادثها ويظهر ذلك من خلال قصص الأنبياء وقصص المكذبين بالرسالات، وهو يستخدم القصة الواقعية التي تعرض أنموذجا لحالة بشرية فيستوي أن تكون بأشخاصها أو بأي شخص يتمثل فيه ذلك الأنموذج ومثال ذلك قصة ابني آدم عليه السلام حيث يقول الله تعالى في محكم التنزيل: "وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتَقَبَّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ* لَئِنْ بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنَّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ* إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ* فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ" (21).

كذلك يستخدم المنهج الإسلامي، القصة التمثيلية التي لا تمثل واقعا بذاتها ولكنها يمكن أن تقع في أي لحظة من اللحظات وفي أي عصر من العصور ومن هذا النوع قصة صاحب الجنتين في سورة الكهف. (22)

ويشترط المنهج الإسلامي في التربية عند استخدام القصة، أن تكون نظيفة بمعنى أن تعرض النفس البشرية بيضاء من غير سوء، فالقرآن يعرض النفس البشرية في القصة كاملة بكل ما فيها وما يعترها من لحظات ضعف بشري، وبالتالي ينبغي على القصاصين المحدثين المتأثرين الابتعاد عن التفسير الحيواني للإنسان، فالقرآن لا يجعل من لحظة الضعف الإنساني بطولة تستحق الإعجاب وإنما يعرضها عرضا واقعيًا خالصا كما هي بلا رتوش على أنها لحظة ضعف وخضوع لدافع من دوافع النفس البشرية الفطرية، والأمثلة كثيرة من القرآن نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر قوله تعالى: "وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنَّ رَأَىٰ بُرْهَانَ رَبِّهِ كَذَلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ

إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ رَبِّ السَّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ وَإِلَّا تَصْرِفْ عَنِّي كَيْدَهُنَّ أَصْبُ إِلَيْهِنَّ وَأَكُنْ مِنَ الْجَاهِلِينَ * فَاسْتَجَابَ لَهُ رَبُّهُ فَصَرَفَ عَنْهُ كَيْدَهُنَّ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ". (23)

كذلك، فإن طريقة التربية بالأحداث تظهر من خلال استغلال حدث معين لإعطاء توجيه أو تغيير سلوك معين، وميزة هذا التوجيه وهذا التغيير في السلوك يأتي في أعقاب حدث يهز النفس كلها هذا فتكون أكثر قابلية للتأثير ويكون التوجيه والتغيير في السلوك فعال في التأثير على عكس التوجيهات والتغيرات العابرة التي تأتي على البارد بغير انفعال ولا حدث يهز المشاعر. (24)

فالربّي البارع لا يترك الأحداث تذهب سدى بغير عبرة توجه في الاتجاه المرغوب ن ولقد قام الإسلام بتربية الأمة الإسلامية من منشئها باستغلال الأحداث وكان من نتيجة ذلك تلك الشهادة الإلهية الفريدة من المولى عز وجل: "كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ".

الفرع الثالث : استثمار الجهد والوقت الفائزين والمناقشة :

في الإسلام لا يوجد وقت فراغ خاصة لدى المكلفين من الناس، فالعبادة بمعناها الشامل الذي يشمل الحياة كل الحياة أي التوجه إلى الله بكل الأعمال والأفكار لغرض عمارة الأرض وترقيتها على هدى من منهج الله، كل هذا لا يترك فراغا أبدا ومع ذلك إذا وجد وقت فراغ فانه يجب أن يستغل في الذكر والعبادة التطوعية بعد أداء الفرائض وفي حفظ القرآن وتدارسه وفهمه وفي زيادة الأصحاب والأحباب وعبادة المرضى من المعارف والأصدقاء وفي المرح النظيف مع الزوجة والأولاد وممارسة الرياضة التي تقوي الجسم والعقل والوجدان وتعين على حسن الأداء وتحمل مشاق الكدح في عمارة الأرض والقيام بأعباء الخلافة فيها.

كذلك فإن المناقشة بين المتعلمين في فهم وتحليل وتفسير وتقويم موضوع أو فكرة أو عمل أو مشكلة ما وبيان مواطن الاختلاف والاتفاق فيما بينهم من أجل الوصول إلى قرار، تعتبر لونا من ألوان النشاط التعليمي للكبار والصغار على السواء، وهذه الطريقة من أفضل الطرق وأقربها إلى منهج التربية الإسلامية المستوحى من سيرة المصطفى (ص) من خلال تبليغ رسالته بوحى من الله، حيث يقول الله في محكم التنزيل : " ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ". (25)

والمناقشة أنواع نذكر منها :

1- المناقشة الحرة : غرضها الحصول على الأفكار الجديدة والمبتكرة والمفاجئة التي تأتي نتيجة القذف الذهني في قضية ما، وهذا النوع من المناقشة فعال في الوصول إلى التعميمات والطرق المبتكرة لحل المشكلات وتستعمل هذه الطريقة داخل حجرات الدراسة مع الكبار والصغار.

2- المناقشة الموجهة أو المضبوطة : هدفها الحصول على الأفكار والمعلومات ولكنها تركز على موضوع معين من أجل الوصول إلى قرار فيه، وطبقا لهذا النوع من المناقشة فإن المدرس قد يجعل الجماعة كلها تساهم في هذا القرار من خلال النقاش وتبادل الآراء للوصول إلى الهدف المحدد.

مزايا طريقة المناقشة :

- طريقة المناقشة تؤمن بدور المتعلم في العملية التربوية وقدرته على التعلم من خلال المناقشة والمشاركة.
- إن طريقة المناقشة تقتضي أن تكون علاقة المدرس بتلاميذه قائمة على الاحترام المتبادل.
- أكثر جدوى في تنمية لقيم والاتجاهات والمستويات العليا في الجانب المعرفي من طريقة المحاضرة .
- تساعد أكثر على اكتساب مهارات الاتصال خاصة مهارات الاستماع والكلام وإدارة الحوار كما أنها تكسب الدارس أساليب وآداب النقاش القائمة على النظام واحترام الآراء كما تتيح الفرصة للأفراد من ذوي الاستعدادات القيادية لتنمية هذه الاستعدادات وصلقلها.
- تتيح للمتعمّل الفرصة كي يتحدث في موضوعات تهمة ومشاكل تشغله وبذلك فهو يشعر بقيمة التعلم وأهميته في حياته فيزداد إقباله عليه وتفاعله مع الأنشطة التعليمية.

المطلب الثاني : وسائل التربية والتعليم :

المنهج الإسلامي يستوعب كل وسيلة كريمة من الوسائل المعينة على التعليم والتعلم وتساعد على تنفيذ المنهج "وما جعل عليكم في الدين من حرج".⁽²⁶⁾

الفرع الأول : أنواع الوسائل :

تنقسم تبعاً للحاسة التي تعتمد عليها في الاستخدام إلى وسائل سمعية ووسائل بصرية ووسائل سمعية بصرية ووسائل حسية.

أولاً : الوسائل السمعية :

هي تلك التي تعتمد على الاستماع من حاسة السمع أكثر من اعتمادها على الحواس الأخرى ومثال ذلك مختبرات اللغات، الاسطوانات، التسجيلات الصوتية...

ثانياً : الوسائل البصرية :

تعتمد على حاسة البصر أكثر من غيرها من الحواس وذلك مثل الكتاب المقرر، الملصقات والرسوم البيانية والخرائط والمتاحف والأفلام الثابتة والرسوم المتحركة والرحلات وتجارب العرض والحاسب الآلي "الكمبيوتر".

ثالثاً : الوسائل السمعية البصرية :

تعتمد على حاستي السمع والبصر وتشمل الصور المتحركة الناطقة، أشرطة الفيديو، التلفاز، التطبيق العملي.

رابعاً: الوسائل اللمسية والشمية وهي التي تعتمد على حاستي اللمس والشم ، فالوسيلة التي تعتمد على حاسة اللمس مثل طريقة "برايل" في القراءة والوسائل الشمية مثل شم الغاز لتمييز نوعه ، وشم الماء لمعرفة ما إذا كان طاهراً أم لا وشم الطعام لمعرفة ما إذا كان صالحاً أم لاوهكذا.

الفرع الثاني : خصائص الوسيلة المناسبة :

- 1- الوسيلة المناسبة هي تلك التي ينظر إليها بوصفها أداة مساعدة لبلوغ الهدف وليست هدفا في حد ذاته.
- 2- أن تكون جزءا من المنهج المراد تدريسه.
- 3- أن تكون مرنة بحيث يمكن استخدامها في أكثر من صف دراسي وأكثر من مرحلة.
- 4- أن تكون مناسبة للمادة اللغوية ومتكاملة معها ومع طريقة التدريس المتبعة.
- 5- أن لا تكون بديلا للمدرس بل تكتسب وظيفتها العملية حين يستخدمها المدرس من أجل تحقيق هدف ما.
- 6- أن تكون الوسيلة اقتصادية، بحيث تحقق أهدافا تبرر الجهد والوقت والمال الذي أنفق عليها.
- 7- أن تكون مناسبة للاستخدام في الزمان والمكان الذين يجب أن تستخدم فيهما.
- 8- أن تكون الوسيلة بسيطة وغير معقدة وألا يتغلب شكلها على مضمونها.
- 9- أن تبعث في التلاميذ والطلبة الرغبة في المعرفة والشوق إلى الاطلاع والملاحظة والاكتشاف والاستقصاء.

الفرع الثالث : فوائد الوسائل والقواعد العامة لاستخدامها :

أولا : فوائد الوسائل :

- 1- توفر الأساس المادي المحسوس للتفكير والإدراك، ومن ثم تقلل من استجابات الطلاب اللفظية حول معان لا يدركون محتواها. فالوسيلة تعطي من وضوح الإدراك ما لا تعطي الكلمة، لكن هذا لا ينطبق على كلام الله.
 - 2- إن استخدام الوسائل يثير اهتمام الطلاب ويثير لديهم الرغبة في التعلم وبذلك يكون دافعا وحافزا على التعلم كما يكون مبعدا للملل.
 - 3- تساعد على ترسيخ آثار التعلم وتجعل الخبرات باقية ومساعدة على عدم النسيان.
 - 4- تثير النشاط الذاتي للطلاب عن طريق الخبرات الواقعية.
 - 5- تساعد على التفكير المنسق المستمر.
 - 6- تساهم في تنمية الثروة اللفظية والمعنوية.
 - 7- تساعد في تكوين القيم والمثل العليا والاتجاهات.
 - 8- تساعد على إرهاف الشعور وتذوق الجمال والميل إليه.
- وباختصار تعمل وسائل الإيضاح المختلفة على تقريب مستويات الخبرة للدارسين فالرسم والصورة يوضحان مالا توضحه الكتابة وحدها أحيانا "الحاسوب الإعلام الآلي.....".

ثانيا : القواعد العامة لاستخدام الوسائل :

إن المعلم الجيد هو الذي يستطيع إنتاج الوسيلة وتشغيلها وصيانتها ولكن هناك وسائل كثيرة متقدمة تقنيا ولذلك لا يستطيع المعلم إنتاجها ، ويكفي أن يكون عارفا بكيفية تشغيلها وصيانتها ، وفي كل الأحوال فإن على المعلم أن يراعي المبادئ التالية حتى يأتي استخدام الوسيلة محققا للغاية منه:

- 1- على المعلم إن يتتبع عن الشكلية في استخدام الوسيلة، فالوسيلة لا قيمة لها إذا لم تكن معينة على تحقيق الهدف من البرنامج أو الوحدة أو الدرس.
- 2- ينبغي أن يدرك المعلم أن أفضل أنواع الوسائل هي تلك التي تتكامل مع محتوى البرنامج أو الوحدة أو الدرس وتتكامل أيضا مع طريقة التدريس المختارة.
- 3- إن استخدام الوسائل جزء من التخطيط للدرس أو البرنامج وهذا يعني أن استخدام وسيلة غير مناسبة أو وجود وسائل كثيرة لا داعي له لأن ذلك يؤدي إلى نتيجة عكسية ويشتت أذهان الطلبة.
- 4- يجب أن تكون الوسيلة مناسبة للمستوى العقلي للمتعلمين ولخبراتهم السابقة لأنها إذا لم تتناسب مع إدراكهم وعمرهم فإنها تفقد قيمتها التربوية وربما تصبح مثار صخرية للمتعلمين.
- 5- من الأحسن أن تكون الوسيلة المختارة هي أفضل وسيلة معينة على تحقيق الأهداف إذا ما قورنت بغيرها من الوسائل.
- 6- يجب أن تكون الوسيلة "الوسائل" المختارة هي أكثر الوسائل إثارة للاهتمام بالنسبة للطلاب وتشويقهم وأكثرها إعانة لهم على التذكر والفهم والتطبيق والتحليل والتركيب والتقييم.
- 7- يجب أن تكون الوسيلة مناسبة للطلاب من حيث إمكانية استخدامها من جانبهم ودون أن يكون في ذلك خطورة عليهم من جراء استخدامها.
- 8- يجب أن يقوم المدرس بعمل تقويم للوسيلة أو الوسائل المستخدمة في برنامج أو درس معين.
- 9- يبقى أن تقويم الوسيلة المستخدمة يستلزم بالضرورة تبيان جوانب القوة وجوانب الضعف فيها وإدخال التحسينات أو التعديلات التي تزيد من فاعليتها التعليمية في استخداماتها القادمة.⁽²⁷⁾

المطلب الثالث : منهج التربية والتعليم عند مفكري الإسلام :

الفرع الأول : منهج التربية والتعليم عند الغزالي :

يرتبط التعلم عند الغزالي بالتربية وبفلسفته في الحياة وفي الإنسان ، ويتكامل التعلم والتربية مع تلك الفلسفة تكامل المقدمة والنتيجة.

ويعرف الغزالي التربية تعريفا لا يختلف كثيرا مع التعريفات الحديثة والمعاصرة لها، فالتربية تطوير وصقل للملكات والاستعدادات الموجودة لدى الفرد .

كما حرص الغزالي على تحديد منهج خاص بالتربية ذلك المنهج الذي لا يختلف عن المناهج التقليدية التربوية التي ظلت قائمة والتي تتميز عن المناهج الجديدة أو المتفائلة " الواثقة من طبيعة الطفل وقدرته على التطور في جو من الحرية المطلقة " ببساطتها وتدرجها في المعرفة واستنادها إلى الحفظ والتذكر وتمسكها بسلطة المعلم وبنظام صارم للثواب والعقاب. ونلخص منهج العلامة أبو حامد الغزالي في التربية والتعليم من خلال النقاط التالية :

أولاً : تركيزه على النشء بصورة خاصة ووصفه لشروط محددة لتربيتهم وتكونهم الروحي والمادي تختلف كل الاختلاف عن الشروط والظروف الخاصة بتعلم الكبار.

ثانياً : نزعتة الواقعية التي تتجلى في تخليه عن كثير من العبارات الغامضة التي يستعملها دوماً بالنسبة للتعلم الخاص بالكبار.

ثالثاً : إيمانه بأن التربية الخلقية والدينية بصورة خاصة إما أن تكون في الصغر أو لا تكون إطلاقاً لان التعلم في الصغر كالنقش على الحجر، وذلك عكس التعلم بمفهومه العام الذي يمكن طلبه واكتسابه حتى الموت. ومن البديهي فان التربية الحديثة لا تختلف مع الغزالي في كل ما ذهب إليه بالنسبة لخصوصية منهج تعليم الصغار وتربيتهم وبالنسبة للأهداف الروحية والدينية التي يحددها لتلك التربية لأن العمل التربوي في حد ذاته عمل يهدف إلى توجيه كائن حي نحو شكل من أشكال الحياة مطابقة لتلك الحياة التي يتحقق بواسطتها عن طريق ارتقائه إلى القيم. فهذا العمل يقوم على الفهم لأنه يتطلب فهم شخصية التلميذ في كليتها وفي فرديتها وهو عمل يقوم على الحب والتعاطف مع الكائن المتعلم كما أنه في نفس الوقت عمل ديني لأنه يهدف إلى تحقيق قيم وهو أخيراً عمل نظري لأن الانسجام الموضوعي في العمل أمر ضروري لنجاحه.⁽²⁸⁾

الفرع الثاني : الفكر التربوي عند ابن خلدون :

أولاً : تقسيمه للعلوم :

قسم عبد الرحمن محمد ابن خلدون العلوم إلى ثلاث أصناف :

1- العلوم اللسانية : وهي علوم اللغة والنحو والبيان والأدب والشعر.

2- العلوم النقلية : وهي التي تدور حول قراءة القرآن الكريم وتفسيره وإسناد الحديث الصحيح واستنباط قوانين الفقه.

3- العلوم العقلية : وهي علم المنطق والطبيعات وعلوم المقادير كالهندسة.

ثانياً : أهمية العلوم عند ابن خلدون :

رتب ابن خلدون العلوم وقسمها حسب أهميتها للمتعلم :

1- العلوم الشرعية 2- العلوم الفلسفية كالطبيعات والالاهيات 3- العلوم الآلية المساعدة لعلوم الدين كاللغة والنحو 4- العلوم الآلية المساعدة للعلوم الفلسفية كالمنطق .

كما انتقد عبد الرحمن ابن خلدون طرق التدريس التي كانت سائدة في عصره حيث بين وجه الصواب في تعليم العلوم وطرق الإفادة منه ومنها :

- أن يبدأ التعليم بالسهل ولا يبدأ بالصعب.
- أن يتعلم الفرد البسيط الذي يستطيع أن يتقبله عقله.
- عدم تكليف المتعلم فوق طاقته واستعداده خاصة في المراحل الأولى من عمره.
- عدم إعطاء فترات راحة طويلة بين الدروس حيث أن ذلك أدعى للنسيان.
- أن يعبر عن نفسه بلغة دارجة يكون مقبولا.
- فرق بين التعليم النظري والتعليم العملي حيث أكد على رقي التعليم النظري.⁽²⁹⁾

الفرع الثالث : المنهج التربوي عند ابن تيمية :

أولا : أهداف التعليم عند ابن تيمية :

تقوم غاية التعليم عند ابن تيمية على تربية الفرد المسلم على طاعة الله ورسوله، فعن طريق العلم يعرف الله وبه يجد الله ورسوله والعودة إلى الحياة وعلوم السلف الأوائل والحفاظة عليها من البدع والانحرافات، وبناء الأمة المسلمة وإخراجها من الظلمات إلى النور من اجل إعدادها لمواجهة التحديات التي تعترضها وكذلك توحيد الأمة من الناحية المذهبية والثقافية والفكرية واجتماع كلمتهم وصفوفهم وآرائهم.

ثانيا : المعرفة عند ابن تيمية :

استمد ابن تيمية منهج المعرفة من القرآن والسنة وآثار السلف وهو ينطلق من منطلق إسلامي فجاءت نظرتة إلى المعرفة متكاملة في وسائل تحصيلها فهي الوحي والعقل والحواس والعقل شرط في المعرفة ولكنه ليس جوهرها مستقلا وإنما هو قوة في القلب بمنزلة قوة البصر في العين ولكمال قوة العقل لابد من سلامة القلب تماما كالبصر الذي يقوم بسلامة العين، وإذا انفرد العقل بنفسه لم يبصر الأمور كما هو الحال في العين إذا انفردت في الظلمة فإنها لا تبصر الأشياء، والعقل لا يهتدي إلا إذا طلعت عليه شمس الرسالة مع أن ابن تيمية يجعل الكتاب والسنة وآثار السلف سننه الأول في بحوثه وآرائه إلا أن هذا الفهم يحتاج إلى قلب واع وعقل مفكر نافذ مع إيمانه بأن للعقل قيمة ومجاله الذي يتحرك فيه فلا يجاوز به هذا المجال ولا يرتفع به عن قدره.

ثالثا : المنهاج عند ابن تيمية :

احتوى المنهاج الذي اقترحه ابن تيمية المواد التالية :

- 1- العلوم الشرعية : اعتبر بعضها إجباريا كدراسة العقيدة الإسلامية، وقد اشترط تعلمها مهما كانت مجالات التخصص واعتبرها الأساس في كل مادة أخرى ، واعتبر البعض الآخر اختياريا مثل القضاء والحسبة والإرث والتعليم ، وهذه العلوم اختيارية إذا لم يكن المجتمع بحاجة إليها أو توفر من يقوم بها .

2-العلوم العقلية : مثل العلوم الرياضية والطب وعلوم الأحياء والعلوم الاجتماعية وغيرها وهذه العلوم أطلق عليها ابن تيمية علوم عقلية لأن الشرع دل عليها ثم ترك للعقل والحواس البحث فيها.

3-العلوم العسكرية : اقترحها ابن تيمية لمواجهة الظروف التي تعاني منها البلاد من أخطار الاحتلال وبذلك استجاب للواقع في طرحه للعلوم العسكرية ضمن منهاجه.

رابعا : وظائف العالم والمتعلم عند ابن تيمية :

1-وظائف المعلم :

- أن يكون المعلم قدوة ومثالا للمتعلمين من حيث التزامه بالأخلاق الإسلامية قولاً وفعلاً وعملاً.
- اقتداء المعلم بصاحب الشرع في كل شيء من تفاصيل حياته وسيرته وأخلاقه وأن لا يؤدي غيره بالقول والعمل إلا فيما يتعارض والدين الإسلامي.
- أن لا يخفي علمه عن كل منتفع وأن لا يتهاون في نشر علمه لأن التهاون في نشر العلم كالتهاون في ترك الجهاد.
- لا يجوز للمعلمين أن يجزبوا الناس ويفعلوا ما يلقي العداوة والبغضاء وليس لأحد منهم أن يأخذ على أحد عهداً بموافقته على كل ما يريده وموالاته من يواليه ومعاداة من يعاديه.

2-وظائف المتعلم :

- أن يحترم معلمه ويعترف له بالفضل والشكر والإحسان إليه.
- أن يكون مجتهداً ومبدعاً في العلم الذي يقدر أن يكون مبدعاً فيه، وأن يطلق الحرية لعقله ليبتدع ويبتكر ويجتهد.
- أن يخلص النية في طلب العلم وأن يكون هدفه التقرب إلى الله وإعلاء كلمة الإسلام والمسلمين وأن يتزود بتصور إسلامي لجميع جوانب الحياة مهما كان التخصص الذي يرغب بدراسته.
- أن يقبل العلم مهما كان مصدره على أن يتفق وتعاليم الدين الإسلامي.⁽³⁰⁾

هكذا تنتهي هذه الدراسة التي كرسناها لبحث موضوع مناهج التربية والتعليم في الإسلام، فالمنهج إذا موجود والمشكل يكمن في المنظومة التعليمية المستوردة والعيب ليس في الاستيراد وإنما يجب تمحيص المناهج الغربية بما يتناسب ومبادئ الإسلام، فإذا أمكن لنا أن نقترح بعض الأفكار من أجل النهوض بالنظام التعليمي في البلاد الإسلامية وذلك من خلال مراعاة ما يلي :

- 1- المجتمعات العربية الإسلامية مدعوة قبل غيرها من الدول الإسلامية أن تتبنى الإسلام عقيدة وشرعية ونظام حياة وأن تكون تشريعاتها مستمدة من الشريعة الإسلامية.
- 2- ضرورة تبني فلسفة تربوية إسلامية.
- 3- ضرورة الاهتمام بمهنة التعليم والتربية والسعي إلى توحيد المناهج على أساس الإسلام.
- 4- مواصلة السعي الحثيث للقضاء على الأمية نهائيا.
- 5- فرض التعليم الإلزامي على كل مسلمة ومسلم.
- 6- تطبيق رسالة المسجد في هذا المجال فيصبح مكان للعلم والتعلم.
- 7- نشر المدارس التثقيفية العامة في كل مؤسسات المجتمع المدنية والعسكرية.
- 8- ضرورة عناية المدارس بالنمو المتكامل للفرد على أساس الإيمان والعلم والأخلاق وتنميته
- 9- تشجيع تأسيس الجامعات العلمية الإسلامية في جميع البلاد العربية الإسلامية.

الهوامش :

- ¹- سورة النحل الآية 78.
- ²- عباس محجوب "نحو منهج إسلامي في التربية والتعليم"، عالم الكتب الحديث الأردن 2007، ص 31-33.
- ³- نفس المرجع، ص 35-36.
- ⁴- سورة الذاريات الآية 56.
- ⁵- سورة المجادلة الآية 11 .
- ⁶- سورة الحجرات الآية 12.20 .
- ⁷- سورة الرعد الآية 17 .
- ⁸- سورة النحل الآية 136.
- ⁹- إسحاق أحمد فرحان "التربية الإسلامية بين الأصالة والمعاصرة"، دار الشهاب الجزائر 1987، ص 37-47.
- ¹⁰- سورة الذاريات الآية 13 .
- ¹¹- سورة الروم الآية 22 .
- ¹²- سورة الصف الآية 3.2 .

- ¹³- سورة الطارق الآية 7.5 .
- ¹⁴- سورة البقرة الآية 153 .
- ¹⁵- سورة آل عمران الآية 110.
- ¹⁶- سورة الأنبياء الآية 7 .
- ¹⁷- سورة النساء الآية 113 .
- ¹⁸- علي أحمد مدكور "مناهج التربية في التصور الإسلامي" دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1990، ص. 383.387
- ¹⁹- عباس محجوب، المرجع السابق، ص 99-102.
- ²⁰- سورة النساء الآية 58 .
- ²¹- سورة المائدة الآية 27-30.
- ²²- سورة الكهف الآيات 32-43.
- ²³- سورة يوسف الآيات 24-33-34.
- ²⁴- علي أحمد مدكور، المرجع السابق، ص 447. نقلا عن محمد قطب.
- ²⁵- سورة النحل الآية 125.
- ²⁶- سورة الحج الآية 78.
- ²⁷- د/علي أحمد مدكور، المرجع السابق، ص. 502.503.
- ²⁸- حمادة البخاري: "التعلم عند الغزالي"، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1987، ص. 151.156
- ²⁹- عبد العزيز المعايطة: "أصول لتربية الإسلامية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2006، ص. 222.223
- ³⁰- نفس المرجع، ص 228.231.

الحماية الإجرائية للطفل الجانح في التشريع الجزائري



دراسة من إعداد : نصرالدين العايب

باحث في قانون العقوبات والعلوم الجنائية

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة - الجزائر

Email : nasro20043@yahoo.com

مقدمة :

تعتبر ظاهرة جنوح الأطفال من أخطر الظواهر الاجتماعية لما لها من أثر على مستقبل الأجيال الشابة خصوصا ومستقبل الدولة عموما، وسمي الطفل حدثا لأنه حديث المولد⁽¹⁾، ويقصد بالطفل أو الحدث لأغراض هذه الدراسة كل شخص لم يكمل سن الرشد الجزائي وارتكب فعلا مجرما⁽²⁾ والجنوح بصفة عامة هو مجموعة الانحرافات التي لا يستقبلها المجتمع وتؤدي حتما بمرتكبيها إلى متابعات قضائية من أجل حمايتهم أو معاقبتهم.

وقد خطى المجتمع الدولي خطوات كبيرة في مجال التعامل مع جنوح الأطفال وصدرت بذلك عدة مواثيق وإعلانات دولية وضعت حداً أدنى من الضمانات التي يجب أن يتضمنها قضاء الأحداث، كاتفاقية حقوق الطفل وقواعد الأمم المتحدة النموذجية لقضاء الأحداث، وغيرها من المواثيق الدولية والإقليمية.

ولقد عني المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة بشؤون الطفل لأجل أن ينشأ تنشئة صالحة لنفسه وللمجتمع فوضع لأجل ذلك القوانين لأجل تربيتهم وحمايتهم، وفي سبيل ذلك أفرد المشرع قواعد إجرائية تتفق مع هذا الغرض الاجتماعي تتميز بالمرونة والبعد عن الشكليات المفرطة والخروج في كثير من النقاط على القواعد

1 - أورد المشرع الجزائري تسميات مختلفة للحدث، فعبر عنه في قانون الإجراءات الجزائية بلفظ الحدث كما في المادة 442، ولفظ القاصر في قانون العقوبات كما في المادة 49 كما عبر عنه بلفظ الطفل في المادتين 442 و 327 من قانون العقوبات.

2 - الحدث بصفة عامة يقصد به ذلك الشخص الذي لم يبلغ بعد سن الرشد المقرر قانونا أي الثامنة عشرة سنة بالنسبة لسن الرشد الجزائي طبقا لنص المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية أو التاسعة عشرة بالنسبة لسن الرشد المدني طبقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وقد مد المشرع سن الحدث إلى 19 سنة عندما يكون في وضع المجني عليه وفقا للفقرة الأولى من نص المادة 342 من قانون العقوبات في جريمة التحريض على الفسق وفساد الأخلاق، وإلى سن 21 لما يكون الطفل في حالة الخطر المعنوي وذلك ما نص عليه في المادة الأولى من الأمر رقم 03/72 المؤرخ في 10 فبراير سنة 1972 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة.

العامّة يخضع لها الحدث الجانح في مرحلة المتابعة والتحقيق والمحاكمة وهي مثار اهتمامنا في هذا الموضوع، وقد كفل المشرع الجزائري هذه الحماية من خلال تخصيص الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية تحت عنوان القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث.

وعلى هذا تكون إشكالتنا في دراسة هذا الموضوع: ما هي أهم الضمانات الإجرائية التي يوفرها تشريعنا الجنائي والتي تمثل حماية لهذه الفئة وإلى أي حد استطاع أن يلائم مقتضياته مع الاتفاقيات والقواعد الدولية في هذا الشأن؟.

وقد جاءت خطتنا في هذا المقال مقسمة إلى ثلاثة مباحث تناولنا إجراءات متابعة الطفل الجانح في المبحث الأول ثم حماية الطفل الجانح أثناء مرحلة التحقيق في المبحث الثاني ثم مظاهر حماية الطفل الجانح في مرحلة المحاكمة وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : إجراءات متابعة الطفل الجانح :

معظم التشريعات الحديثة تجمع على أن الحادثة مرحلة حرجة جدية بأن تؤخذ بعين الاعتبار، والمعروف أن الدعوى العمومية تبدأ بأول إجراء من إجراءات التحقيق الذي تباشره النيابة العامة و يسبق تحريك الدعوى العمومية مرحلة تمهيدية هامة لجمع الأدلة المثبتة لوقوع الجريمة والبحث عن مرتكبيها وتسمى هذه المرحلة مرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الأول : حماية الطفل الجانح أثناء مرحلة البحث والتحري :

تعتبر مرحلة جمع الاستدلالات مرحلة تمهيدية قبل تحريك الدعوى الجزائية ضد الحدث، وفيها تتم عملية جمع الأدلة المثبتة لوقوع الجريمة والبحث عن مرتكبيها، وهي مجموعة الإجراءات التي تباشر خارج إطار الدعوى الجنائية وقبل البدء فيها بقصد التثبت من وقوع الجريمة، والبحث عن مرتكبيها وجمع الأدلة والعناصر اللازمة للتحقيق.

وإن كان لهذه المرحلة خطورتها على الحرية الشخصية للأفراد، فإن هذه الخطورة تزداد متى كانت في مواجهة الأحداث، لذلك كان من الضروري بداية التعامل معه ومنذ المراحل الأولى للدعوى الجزائية طبقا لأصول وقواعد تتفق مع طبيعته المتميزة⁽¹⁾.

وتقتضي السياسة الجزائية الحديثة في مجال انحراف هؤلاء الجانحين وخاصة ما يهدف إليه المشرع من إصلاح ورعاية للحدث في المقام الأول تستدعي تخصيص ضبطين قضائية للجرائم التي يرتكبها هؤلاء الصغار وتقتضي كذلك فيمن يتولاها الخبرة والدراية في شؤونهم⁽²⁾، فلا شك أن تخصيص شرطة للأحداث للقيام بالإجراءات المطلوبة إلى ما قبل مرحلة المحاكمة يهيئ قدرًا من الرعاية، كما يوفر الضمانات الكفيلة بحماية الحدث ويحد من الآثار السلبية التي قد تنجم جراء تعامل جهات أخرى غير متخصصة.

1- تنص المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية: « يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء والضباط والأعوان والموظفون المبيّنون في هذا الفصل.... ويناط بالضبط القضائي مهمة البحث والتحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها مادام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي».

2- حسن الجوخدار، قانون الأحداث الجانحين، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 1992، ص146.

وعليه فقد أكدت منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الإنتربول) عام 1947 على ضرورة إنشاء شرطة أحداث متخصصة ومؤهلة للعمل مع فئة الأحداث بطريقة تتفق مع الاعتبارات الحديثة في معاملتهم⁽¹⁾.

وقد عملت العديد من التشريعات العربية على تجسيد هذا المبدأ عن طريق إنشاء أجهزة شرطة متخصصة كشرطة الأحداث في التشريع الكويتي⁽²⁾، والعراقي⁽³⁾، والسوري⁽⁴⁾، ومندوب حماية الطفولة في التشريع التونسي⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعمد إلى إنشاء شرطة أحداث متخصصة، في حين عمد إلى إنشاء فرق لحماية الطفولة ضمن المديرية العامة للأمن الوطني بموجب المنشور الصادر بتاريخ 15 مارس 1982، إلى جانب فرق الطفولة التابعة للأمن الوطني نجد خلايا حماية الأحداث على مستوى الدرك الوطني والتي أنشأت بموجب اللائحة الصادرة عن الدرك الوطني في 24 جانفي 2005، وتعمل هذه الأجهزة على الكشف عن حالات الأحداث الجانحين أو المعرضين لخطر الانحراف، وكذلك البحث عن الأحداث الفارين من منازلهم أو مؤسسات الأحداث إضافة إلى تقديم برامج لتوعية الأحداث⁽⁶⁾.

والجدير بالذكر أن حرص بعض التشاريح والأجهزة الشرطية على تخصيص قوة من الشرطة للتعامل مع قضايا الأحداث يتوافق مع القاعدة الثانية عشرة من مجموعة الأمم المتحدة لقواعد الحد الأدنى في تسيير العدالة والتي أقرها المؤتمر الدولي السابع للأمم المتحدة حول الوقاية من الجريمة الذي انعقد في ميلانو عام 1985 وقد جاء تحت عنوان "التخصص في مرافق البوليس" مفاده أن ضباط الشرطة الذين يعملون عادة في ميدان القضايا المتعلقة بصغار السن أو الذين يخصصون للعمل في ميدان القضايا المتعلقة بصغار السن أو الذين يخصصون للعمل في ميدان الوقاية من إجرام الصغار، ينبغي أن يتلقوا تعليما وتكوينًا خاصًا حتى يتمكنوا من أداء وظائفهم على الوجه الأكمل كما يجب أن تنشأ مرافق شرطية خاصة للتعامل مع جرائم الصغار في المدن الكبرى⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: تحريك الدعوى العمومية في قضايا الأحداث :

يحكم تحريك الدعوى العمومية في قضايا الأحداث قواعد خاصة، فالمبدأ أنه لا يجوز إقامة الدعوى العامة في جرائم الأحداث مباشرة أمام المحكمة المختصة فلا تستطيع النيابة العامة أن تحرك الدعوى العامة ضد حدث عن طريق ادعاء مباشر أمام المحكمة المختصة كما هو الحال في الجرائم التي يرتكبها البالغون ولا بد في ذلك من ادعاء

1- محمد عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة، 1992، ص 157.

2- أنظر المادة 31 من قانون الأحداث الكويتي.

3- أنظر المادة 23 من قانون الأحداث العراقي.

4- أنظر المادة 57 فقرة أ من قانون الأحداث السوري.

5- أنظر الفصل 36 من مجلة حماية الطفل التونسية.

6- على الرغم من إنشاء هذه الفرق المتخصصة إلا أن المشرع الجزائري لم ينزع الاختصاص من الضبطية القضائية، بحيث اعتبرت تلك الفرق مجرد تنظيمات داخلية للعمل في إطار الأمن الوطني، ويبقى للضبطية القضائية كامل الاختصاص في ممارسة أعمال البحث التمهيدي وفقا للقواعد العامة لإجراءات البحث والتحري وكذلك الضوابط المقررة لمتابعة الأحداث. حنان بن جامع، السياسة الجنائية في مواجهة جنوح الأحداث، مذكرة تخرج ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، 2009، ص 96 وما يليها.

7- إبراهيم حرب محيسن، إجراءات ملاحقة الأحداث الجانحين في مرحلة ما قبل المحاكمة استدلالا وتحقيقا، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1999، ص 39.

أولي أمام قاضي التحقيق والعلّة في هذا هي ذات العلة التي تقوم عليها أحكام الأحداث الجانحين وهي إصلاح الحدث وهذا لا يتم إلا بإجراء تحقيق لمعرفة عوامل جنوحه وتحديد العلاج المناسب لذلك⁽¹⁾.

فبعد القبض على الحدث الجانح مقترفاً لجرم فإنه يعرض على النيابة العامة، فلوكيل الجمهورية إما حفظ الملف إذا كان الفعل لا يشكل جرمًا أو عدم توافر الأدلة الكافية، وإما تحريك الدعوى العمومية وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 448 من قانون الإجراءات الجزائية.

فوكيل الجمهورية إما أن يقوم بإحالة الحدث على جهة التحقيق أو إلى جهة الحكم مباشرة وذلك حسب الحالات وحسب خطورة الأفعال التي اقترفها، ففي المخالفات الحدث يحال على محكمة المخالفات مباشرة وهذا طبقاً لنص المادة 446 من قانون الإجراءات الجزائية، أما فيما يخص الجنح والجنایات فيتعين على وكيل الجمهورية وجوباً طلب فتح تحقيق من طرف قاضي الأحداث أو قاضي التحقيق المكلف خصيصاً بقضايا الأحداث وهذا حسبما جاء في نص المادة 452 من قانون الإجراءات الجزائية.

وفي حالة ارتكاب الحدث فعلاً يشكل جنحة وكان مع الحدث شركاء بالغون فوكيل الجمهورية يقوم بتشكيل ملف خاص للحدث يرفعه إلى قاضي الأحداث وهو ما جاء به نص المادة 452 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية، وفي حالة تشعب القضية كذلك فإن وكيل الجمهورية يعهد لقاضي التحقيق بإجراء تحقيق نزولاً على طلب قاضي الأحداث وذلك بموجب طلبات مسببة حسب نص الفقرة الرابعة من المادة 452 من قانون الإجراءات الجزائية.

كما لا يجوز تطبيق إجراءات التلبس ضد الحدث الذي ضبط متلبساً بجنحة معينة مثلما نصت عليه المادة 59 من قانون الإجراءات الجزائية، ولا إجراءات المتابعة عن طريق التكليف المباشر طبقاً لأحكام المادتين 334، 337 من قانون الإجراءات الجزائية، والهدف من هذه الإجراءات الخاصة بالأحداث الجانحين هو أن الغاية الأولى التي أرادها المشرع هي إصلاح الحدث ومعالجته وإدماجه في المجتمع وذلك بعد إجراء تحقيق لإيجاد حل مناسب ونالجع.

وقد خولت المادة 448 من قانون الإجراءات الجزائية المذكورة سابقاً المتابعة من صلاحية وكيل الجمهورية لوحده حتى ولو كانت إدارة عمومية طرفاً في الدعوى فلا بد من تقديم شكوى للسيد وكيل الجمهورية وهذا كله حرصاً من المشرع على وجوب معاملة الحدث معاملة خاصة تختلف عن تلك التي يتميز بها البالغون مراعاة لوضعه وسنه.

ويمكن تحريك الدعوى العمومية من قبل المدعي المدني المتضرر من الجريمة عن طريق الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث بمقرر قسم الأحداث التي يقيم بدائرتها الحدث، أما في حالة ضم الدعوى المدنية إلى الدعوى التي تباشرها النيابة العامة فإن الإدعاء المدني يكون أمام قاضي الأحداث أو قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث أمام قسم الأحداث⁽²⁾.

1- حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 148.

2- راجع المادة 475 من قانون الإجراءات الجزائية.

وأخيرا ينبغي القول يجب أن يعامل الحدث معاملة خاصة عند التعامل معه إذ يجب تفادي جو الرهبة المتوافر في المفهوم العام عن النيابة العامة سواء في مكان مباشرة الإجراءات أو كيفية مباشرتها⁽¹⁾، وهذا يقتضي من أعضاء النيابة العامة أن يكونوا على قدر كاف من الثقافة غير القانونية في علم النفس بفروعه وفي علم الاجتماع الجنائي وأن يلقوا تدريباً خاصاً للتعامل مع هذه الفئة⁽²⁾.

المبحث الثاني : حماية الطفل الجانح أثناء مرحلة التحقيق :

تعتبر مرحلة التحقيق الابتدائي من أخطر المراحل التي قد يمرّ فيها الحدث في حال عدم سيرها بمنطق العدالة المتمثلة بمصلحة الطفل الفضلى، وستتناول في هذا المبحث لمن يرجع اختصاص التحقيق في مواد الأحداث، وما هي الإجراءات التي يتميز بها.

المطلب الأول : جهات التحقيق الخاصة بالأطفال الجانحين :

بالرجوع إلى المواد المخصصة لإجراءات التحقيق مع الحدث الجانح والتي نص عليها المشرع نجد أنه منح صلاحية مباشرة التحقيق مع الأحداث إلى شخصين وهما قاضي الأحداث، وقاضي التحقيق المكلف خصيصاً بقضايا الأحداث والخاص أصلاً بالبالغين.

أولاً : التحقيق يرجع لقاضي الأحداث :

بالرجوع لنص المادة 453 من قانون الإجراءات الجزائية نجد أن قاضي الأحداث يحقق دائماً في قضايا الأحداث عند ارتكاب الحدث جنحة وذلك بحضور مسؤوله المدني.

يقوم قاضي الأحداث عند التحقيق مع الحدث الجانح ببذل كل همة وعناية ويجري التحريات اللازمة وذلك لإظهار الحقيقة، ويتعرف على شخصية الحدث والمحيط الذي يعيش فيه وذلك بواسطة التحقيق الاجتماعي الذي يقوم به والفحوص العقلية والنفسية إن اقتضى الأمر ذلك.

كما قد يقوم بإجراء تحقيق غير رسمي وله سلطة إصدار أي أمر يراه مناسباً لسير التحقيق، ثم يقرر التدابير التي من شأنها حمايته وتهذيبه وتربيته وقد لا يأمر بأي تدبير.

وحسب نص المادة 458 من قانون الإجراءات الجزائية إذا كانت الوقائع المعروضة أمام قاضي الأحداث لا تكون جنحة ولا مخالفة، أو عدم وجود دلائل كافية أصدر أمراً بأن لا وجه للمتابعة.

أما إذا وجد قاضي الأحداث أن الوقائع لا تكون إلا مخالفة فإنه يقوم بإحالة القضية لقسم المخالفات وفقاً لنص المادة 459 من قانون الإجراءات الجزائية.

وإذا كانت الوقائع تكون جنحة أصدر أمراً بإحالة الملف إلى قسم الأحداث ليقتضي في غرفة المشورة وهو ما نصت عليه المادة 460 من قانون الإجراءات الجزائية.

1- حمدي رجب عطية، الإجراءات الجنائية بشأن الأحداث في التشريعين الليبي والمصري في ضوء الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث، دار النهضة العربية، 1999، ص 72.

2- أحمد عبد اللطيف الفقي، النيابة العامة وحقوق ضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة 2003، ص 92.

أما إذا كان في الجرم المرتكب شركاء بالغون فإن القضية تعتبر متشعبة، فهنا يتعين على قاضي الأحداث أن يرفع الطلب إلى وكيل الجمهورية ويطلب فيه إسناد مهمة التحقيق لقاضي التحقيق لياشر تحقيقه بصفة رسمية لكون القضية متشعبة وهو ما جاء في نص المادة 452 الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات الجزائية: «ويجوز للنيابة العامة بصفة استثنائية في حالة تشعب القضية أن تعهد لقاضي التحقيق بإجراء تحقيق نزولاً على طلب قاضي الأحداث وبموجب طلبات مسببة».

فإذا تبين لقاضي الأحداث أن الوقائع المرتكبة لها وصف جنائي فيستوجب على قسم الأحداث غير المحكمة الموجودة بمقر المجلس القضائي أن يحيل القضية إلى محكمة مقر المجلس، ويجوز لقسم الأحداث في هذه الحالة قبل البت فيها أن يأمر بإجراء تحقيق تكميلي ويقوم بنذب لهذا الغرض قاضي التحقيق إذا كان أمر الإحالة صادر عن قاضي الأحداث وهو ما جاءت به المادة 467 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية.

ثانياً: التحقيق يرجع لقاضي التحقيق الخاص بالبالغين :

بالرجوع لنص المادة 449 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية فإنه يعهد إلى قاضي تحقيق أو أكثر مكلفين خصوصاً بقضايا الأحداث بنفس شروط الكفاءة والعناية بشؤون الأحداث⁽¹⁾، ويكون ذلك في حالتين :

أ- الحالة الأولى: يقوم قاضي التحقيق الخاص بالبالغين بالتحقيق في قضايا الأحداث إذا كانت القضية متشعبة وهو ما نصت عليه المادة 452 الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات الجزائية، وعند الانتهاء من التحقيق يقوم بفصل الإجراءات وذلك بإحالة الجناة البالغين إلى القسم المختص بالفصل في مواد الجرح، أما الأحداث فيتم إحالتهم على قسم الأحداث.

ب- الحالة الثانية: كذلك في المواد الجنائية يكلف قاضي التحقيق بمباشرة التحقيق في القضية سواء كان فيها الحدث وحده أو مع أفراد بالغين وفقاً لنص المادة 452 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية، وبعد انتهاء التحقيق يصدر قاضي التحقيق بناءً على طلبات النيابة العامة وذلك حسب الأحوال إما بإحالة الدعوى لقسم الأحداث أو الأمر بالأمر بآلا وجه للمتابعة وهو ما جاءت به المادة 464 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية.

المطلب الثاني : خصوصية بعض إجراءات التحقيق :

هناك بعض الإجراءات التي يخضع لها التحقيق مع الأحداث تكتسي طابع الخصوصية تختلف بذلك عن إجراءات التحقيق مع البالغين، فبعد اتصال قاضي التحقيق بملف الحدث عن طريق الطلب الافتتاحي المحرر من

1- يعتبر الاختصاص من أهم الشروط المطلوبة في قاضي الأحداث، وفقاً للمعايير المفروضة من قبل السياسة الجنائية الدولية في قضاء الأحداث، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن مهمة تكوين القضاة كقاعدة عامة تتكفل بها المدرسة الوطنية للقضاء بناءً على مسابقة تنظمها وزارة العدل للدخول إليها أين يتلقى الناجحون في تلك المسابقة تكويناً لمدة 3 سنوات كطلبة قضاة يتخرجون بعده لممارسة أعمالهم على مستوى المحاكم الموجودة على مستوى التراب الجزائري سواء كقضاة حكم، أو قضاة نيابة عامة، والملاحظ أن التكوين الذي يتلقاه القضاة لا يركز على التخصص في ميدان معين فالقاضي يمكن له الفصل في كافة القضايا، إذن فلا يوجد هناك قضاة متخصصون في التعامل مع الأحداث الجانحين، أو المعرضين للانحراف دون القضايا الأخرى، أما بالنسبة للمعايير المعتمدة في التعيين فنستشفها من نص المادة 449 من ق ج ج، وهما معياران: معيار الكفاءة ومعيار الميل. للمزيد من التفصيل أنظر عبادة سيف الإسلام، الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية، مذكرة تخرج ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، 2009، ص 76 وما يليها.

طرف وكيل الجمهورية طبقا للمادة 448 من قانون الإجراءات الجزائية، يقوم بمباشرة إجراءات التحقيق وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة وكذلك التعرف على شخصية الحدث والعوامل التي أدت لجنوحه.

وقد خوله المشرع الجزائري في سبيل ذلك صلاحيات واسعة حيث يمكنه القيام إضافة للتحقيقات الرسمية بإجراء تحقيقات غير رسمية⁽¹⁾ فيمكن للقاضي الأحداث في إطار التحقيق الغير رسمي أن يتلقى أقوال الطفل الحدث دون حضور الكاتب ولا حتى تسجيلها في محضر، سواء من أجل التعرف على شخصيته أو كسب ثقة الطفل، والهدف منها هو تفادي تعريض الحدث الجانح لإجراءات التحقيق الرسمية بتعقيدها وصرامتها.

كما يمكن للقاضي التحقيق أن يقوم ببحث اجتماعي عن الحدث، والهدف من البحث الاجتماعي أنه يعتبر العمل التمهيدي للإجراء الذي سوف يتخذه القاضي في مواجهة الحدث وللتعرف على شخصيته وتقرير الوسائل الكفيلة لتأهليه⁽²⁾، وتحقيقا لهذا الغرض يقوم القاضي بجمع المعلومات عن الحالة المادية والأدبية للأسرة التي يعيش في وسطها وعن سلوك الحدث وسوابقه ومواظبته في الدراسة وعن الظروف التي عاش و نشأ أو تربى فيها⁽³⁾، ويجوز له أن يعهد بإجراء هذا البحث الاجتماعي إلى المصالح الاجتماعية كمصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح، أو إلى الأشخاص الحائزين على شهادة خدمة اجتماعية يكون مؤهل لهذا الغرض⁽⁴⁾.

والسلطة المكلفة بالتحقيق في مثل هذه الأحوال ملزمة قانونا بالمحافظة على الأسرار التي قد يكشفها التحقيق الاجتماعي أو الطبي، ومن الأنسب والملائم إجراء الفحص الشامل لشخصية الحدث في مرحلة التحقيق الابتدائي وليس قبله أو بعده، لاسيما وأن الجهة المتخصصة بالتحقيق الابتدائي في قضايا الأحداث هي سلطة متخصصة، فالدعوى حين ترفع إلى محكمة الأحداث يجب أن تكون مستوفية لكافة إجراءاتها، وتصبح مهمة محكمة الأحداث منحصرة في الفصل فيها بعد دراسة التحقيقات الجنائية والاجتماعية والطبية⁽⁵⁾.

كذلك خولت المادة 453 من قانون الإجراءات الجزائية لقاضي الأحداث إجراء فحوص طبية جسمانية، في حالة ما إذا كان الطفل الحدث معاق، أو كان يعاني من اضطرابات نفسية أدت إلى ارتكابه الجريمة، وإذا ثبت ذلك فإنه مراعاة لمصلحة الطفل الحدث فعلى قاضي الأحداث أن يصدر أمرا بالوضع بإحدى المستشفيات أو المراكز الصحية ليتم معالجة الطفل الحدث.

كذلك كضمانة استثنائية للحدث الجانح يقرر حضور والدي الحدث ومحاميه رفقة الحدث أثناء سير إجراءات التحقيق، إذ تنص المادة 454 من قانون الإجراءات الجزائية على أن يخطر قاضي الأحداث بإجراء المتابعات والدي الحدث أو وصيه أو من يتولى حضائنه المعروفين له، كما تؤكد الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر على أن حضور الحماني لمساعدة الحدث وجوبي في جميع مراحل المتابعة والمحكمة.

1 - الفقرة الثالثة من المادة 453 من قانون الإجراءات الجزائية.

2 - ينص المشرع المصري في المادة 127 من قانون الطفل لسنة 1996 على أنه: «يجب على المحكمة في حالات التعرض للانحراف وفي مواد الجنايات والجنح قبل الفصل في أمر الطفل أن تستمع إلى أقوال المراقب الاجتماعي بعد تقديمه تقريراً بحالته يوضح العوامل التي دفعت الطفل إلى الانحراف أو التعرض له مقترحات إصلاحه».

3- هناك بعض الفقهاء يرون أن من أسباب جنوح الأحداث هي العوامل الوراثية لأن ميول الإجرام عندهم تظهر في سن مبكرة وفي طور الحداثة يظهر على نحو أوضح دور الوراثة في دفع الحدث للإجرام، أنظر في ذلك رمسيس بنهام، علم الإجرام، الجزء الأول، عدم ذكر دار النشر، الإسكندرية سنة 1978، ص105.

4- الفقرة الثالثة من المادة 453 من قانون الإجراءات الجزائية.

5- عبادة سيف الإسلام، مرجع سابق، ص48.

المبحث الثالث : مظاهر حماية الأطفال الجانحين في مرحلة المحاكمة :

لما كانت دعاوى الأحداث تعتبر من المسائل ذات الطابع الاجتماعي أكثر منها وقائع جنائية وتعتبر حساسة جدا فإن ذلك يجعل من الأمور الطبيعية أن تقوم سياسة محاكمة الأحداث على أسس ومبادئ تختلف عن تلك التي تتبع في محاكمة الأشخاص البالغين، وعليه فقد فصل المشرع الجزائري قضاء الأحداث عن قضاء البالغين وقد وفرت النصوص القانونية للحدث جميع الضمانات التي تكفل له محاكمة عادلة هدفها الكشف عن شخصية الحدث وإبعاده عن جو المحاكمات التي تتبع مع البالغين، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول : جهاز القضاء المختص بالنظر في قضايا الأحداث :

يقتضي التميز الذي يكتسي جرائم الأحداث وجود محاكم متخصصة⁽¹⁾ للنظر في قضاياهم دون البالغين، وتتضارب الاتجاهات الفقهية والتشريعية فيما بينها حول الجهة المختصة بمحاكمة الأحداث الجانحين ويمكن إجمال هذه الاتجاهات في ثلاثة.

الاتجاه الأول : اتجاه تقليدي ينيط محاكمة الأحداث الجانحين بمحاكم القضاء العادي، في ظل هذا النظام لم يكن من داع لإفراد محاكم خاصة لصنف معين من المجرمين، وقد سارت جميع التشريعات القديمة على هذا الطريق، فكان الأحداث والبالغون يحاكمون أمام قضاء واحد وظل هذا الوضع في التشريع الفرنسي إلى حدود سنة 1912.

الاتجاه الثاني : وهو اتجاه حديث متطرف، يرى سلخ ولاية النظر في قضايا الأحداث الجانحين من القضاء وإسنادها إلى هيئات إدارية غير قضائية ذات تشكيل خاص يضم الباحث الاجتماعي والنفسي والقانوني إلى جانب الطبيب والمعلم والمربي، ويستند هذا الاتجاه في ذلك إلى أن الحدث إذا انحرف فلأنه ضحية ظروف سيئة أحاطت به، وعلاجه لا يحتاج إلى محاكمة بل يحتاج لأناس متخصصين وقد تأثرت تشريعات بعض الدول بهذه الفكرة، وخير مثال على ذلك ما تتبعه تشريعات كل من السويد والنرويج والدانمارك والبرتغال.

الاتجاه الثالث : وهو اتجاه معتدل وسط، يذهب إلى إلقاء الأحداث الجانحين في كنف القضاء الجزائي وذلك بإفراد محاكم خاصة تشكل لمحاکمتهم وتسمى "محاكم الأحداث"⁽²⁾.

1- أنشأت أول محكمة مختصة في شؤون الأحداث بمدينة شيكاغو الأمريكية سنة 1899 ثم امتدت لتشمل العديد من دول العالم. وفي مقدمتها مصر سنة 1905 وإنجلترا سنة 1908 وبلجيكا وفرنسا سنة 1912 وتعتبر سنة 1985 هي السنة التي شهدت طفرة نوعية من حيث الاهتمام بعادلة الأحداث إذا اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 29 نوفمبر 1985 وبمقتضى قرارها عدد 33/40 وثيقة القواعد النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث التي أصبحت معروفة "بقواعد بكين"، وتؤسس هذه القواعد - دوليا وتاريخيا - لموضوع عدالة الأحداث الجانحين في إطار منظومة منسجمة تستند إلى تصور فلسفي لعادلة الأحداث، ينهل من القيم الكبرى لحقوق الإنسان وينظر للحدث الجانح من زاوية جديدة تماما من حيث الحقوق التي يتعين عليه التمتع بها والضمانات الموضوعية والإجرائية المطلوبة في قضاء الأحداث وكذا التدابير المرافقة والمصاحبة على مستويات العلاج والتأهيل.

2- حسن الجوخدار. قانون الأحداث الجانحين. ص 118-119.

بالنسبة للوضع عندنا لقد أسند المشرع الجزائري الفصل والنظر في قضايا الأحداث للجهاز القضائي أو للسلطة القضائية مع تخصيص هيئة قضائية⁽¹⁾ معينة دون غيرها بالنظر في مختلف الحالات التي يتواجد عليها الحدث وبالرجوع إلى نص المادة 450 من قانون الإجراءات الجزائية تنص :

«يشكل قسم الأحداث من قاضي الأحداث رئيساً ومن قاضيين محلفين.

يعين المحلفون الأصليون والاحتياطيين لمدة ثلاثة أعوام بقرار من وزير العدل ويختارون من بين أشخاص من كلا الجنسين يبلغ عمرهم أكثر من ثلاثين عاماً جنسيتهم جزائرية وممتازين باهتمامهم بشؤون الأحداث وبتخصصهم ودرايتهم بها.

ويؤدي المحلفون من أصليين واحتياطيين قبل قيامهم بمهام وظيفتهم اليمين أمام المحكمة بأن يقوموا بحسن أداء مهام وظائفهم وأن يخلصوا في عملهم وأن يحتفظوا بتقوى وإيمان بسر المداولات.

ويختار المحلفون سواء كانوا أصليين أم احتياطيين من جدول محرر بمعرفة لجنة تجتمع لدى كل مجلس قضائي يعين تشكيلها وطريقة عملها بمرسوم».

ويتبين أن المشرع الجزائري أخذ بنظام القضاء المختلط فقسم الأحداث المخصص لمحاكمتهم يتشكل من:

قاضي الأحداث رئيساً وهو قاض رسمي محترف يعين بموجب أمر من رئيس المجلس القضائي بناءً على طلب النائب العام، أما المساعدين المحلفين في الواقع لا يتمتعون بصفة القضاة بل هم مساعدون يتم اختيارهما من أفراد المجتمع سواء كانوا رجالاً أو نساءً ويتم تعيينهما بقرار من وزير العدل باقتراح من رئيس المجلس القضائي بعد اختيارهما من قبل لجنة خاصة تنعقد لهذا الغرض أما عن المعايير الواجب توافرها في المرشحين فحددها المادة 450 من قانون الإجراءات الجزائية وتمثلت في معيار السن، والحد بـ 30 سنة، ومعيار الميل والاهتمام الخاص بشؤون الطفولة، والدراية والتخصص بأمور الأحداث ويؤدون قبل القيام بمهامهم كمحلفين اليمين القانونية بأن يقوموا بحسن أداء مهام وظائفهم، وأن يخلصوا في عملهم وأن يحتفظوا بتقوى وإيمان سر المداولات⁽²⁾.

وقسم الأحداث الموجود في محكمة غير محكمة مقر المجلس القضائي هو الجهة الفاصلة فقط في الجرح المرتكبة من قبل الأحداث.

أما فيما يخص قسم الأحداث بمحكمة مقر المجلس القضائي والذي يختص بالنظر في جرائم الجرح والجنايات بالنسبة للجرح فإن اختصاص المحكمة لا يتعدى حدود الدائرة لاختصاصها الإقليمي وليس على مستوى الولاية وبالنسبة للجنايات فيمتد اختصاص قسم الأحداث إلى كامل إقليم المجلس.

ويشكل قسم الأحداث الموجود بمقر المجلس من :

-قاضي الأحداث رئيساً.

1- نصت القاعدة 5-1 من قواعد بكين : « يولي نظام قضاء الأحداث الاهتمام لرفاه الحدث ويكفل أن تكون أية ردود فعل تجاه المجرمين الأحداث متناسبة دائماً مع ظروف المجرم والجرح معاً ».

2- علي جروة، الموسوعة في قانون الإجراءات الجزائية ، المجلد الثالث، في المحاكمة، ص 513.

- اثنين من المساعدين المحلفين.

- وكيل الجمهورية.

- أمين الضبط.

إن قاضي الأحداث هنا يعين بقرار من وزير العدل لمدة ثلاث سنوات. طبقاً لنص المادة 449 من قانون الإجراءات الجزائية.

أما فيما يخص المخالفات المرتكبة من طرف الحدث ينظر فيها قسم المخالفات، والذي يعتبر من أقسام المحكمة الابتدائية ويتولى النظر في المخالفات المرتكبة من قبل المتهمين البالغين وحتى الأحداث ويصدر أحكامه وفقاً للإجراءات المتبعة في المرافعات العادية ويتشكل من قاض رئيساً ووكيل الجمهورية وأمين ضبط.

أما فيما يخص غرفة الأحداث والتي توجد في مقر كل مجلس قضائي وفقاً لما نصت عليه المادة 472 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية ويمتد اختصاصها دائرة المجلس القضائي نفسه بجميع دوائر المحاكم التابعة له وتتشكل غرفة الأحداث من :

- مستشار مندوب لحماية الأحداث كرئيس للغرفة وهو ما جاءت به المادة 473 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية.

- مستشارين اثنين مساعدين " المادة 473 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية".

- النائب العام أو مساعديه " المادة 473 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية".

- أمين الضبط. " المادة 473 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية".

وتعتبر تشكيلة قسم الأحداث وغرفة الأحداث واختصاصها من النظام العام ومخالفتها يترتب عليها البطلان المطلق، وهو ما جاء في قرارات المحكمة العليا، لدينا قرار صادر بتاريخ 01 مارس 1988 تحت رقم 45.507 جاء فيه: «يشكل قسم الأحداث تحت طائلة البطلان من قاضي الأحداث رئيساً ومن مساعدين يعينان لمدة ثلاثة أعوام من وزير العدل نظراً لاهتمامهم وتخصيصهم ودرايتهم بشؤون الأحداث»⁽¹⁾.

وما يجدر بنا ذكره هو أهمية وجود المساعدين والتي ترجع في مساعدة المحكمة في التعرف على شخصية الحدث وفحصها ومعاملته على نحو يكفل معالجته وإصلاحه اجتماعياً لأن القاضي ليس بالضرورة أن يكون ملماً إلماماً كاملاً

1- قرار صادر يوم 1 مارس 1988 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 507. 45. المجلة القضائية للمحكمة العليا. العدد 2 سنة 1990.

بعلوم النفس والاجتماع والتربية⁽¹⁾، بالإضافة إلى ما سبق يجب اختيار القضاة الأكثر دراية وتجربة في شؤون الأحداث والذين لهم ميول في هذا المجال لأداء وظائفهم على أكمل وجه⁽²⁾.

المطلب الثاني: ضمانات الطفل الجانح أثناء المحاكمة :

المحاكمة يقصد بها المرحلة الأخيرة من المراحل التي تمر بها الدعوى الجنائية حيث يستهدف إجرائها تحييص أدلة الدعوى وتقويمها بصفة نهائية بهدف الوصول إلى الحقيقة الواقعية والقانونية في شأنها وتم الفصل في موضوعها إما بالبراءة أو الإدانة، ولذلك فهي تعد من أكثر المراحل خطورة لأن مصير المتهم معلق بما تنتهي إليه المحكمة من قول في شأنه⁽³⁾، ونظرا للخصوصية التي يتميز بها الحدث فقد خصه المشرع بضمانات عن تلك المقررة للبالغين أهمها :

أولاً : مبدأ سرية المحاكمة.

هناك مبدأ عام يحكم جلسات المحاكمة الجنائية بصفة عامة هو مبدأ العلانية ويعني حق الجمهور في حضور جلسات المحاكمة، وهذا المبدأ يسود التشريعات المختلفة وهو ما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية في المادتين 285 و 342 منه، غير أنه أوردت العديد من التشريعات ومنها الجزائري استثناء خاص بمحاكمة الأحداث حيث جاء في نص المادة 461 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:

«تحصل المرافعات في سرية ويسمع أطراف الدعوى ويتعين حضور الحدث بشخصه ويحضر معه نائبه القانوني ومحاميه وتسمع شهادة الشهود إن لزم الأمر بالأوضاع المعتادة».

كما تنص المادة 468 من قانون الإجراءات الجزائية :

«يفصل في كل قضية على حدة في غير حضور باقي المتهمين.

ولا يسمح بحضور المرافعات إلا لشهود القضية والأقارب المقربين للحدث ووصيه أو نائبه القانوني وأعضاء النقابة الوطنية للمحامين وممثلي الجمعيات أو الرابطات أو المصالح أو الأنظمة المهتمة بشؤون الأحداث والمندوبين المكلفين بالرقابة على الأحداث المراقبين ورجال القضاء.

ويجوز للرئيس أن يأمر في كل وقت بانسحاب الحدث طيلة المرافعات كلها أو جزء منها أثناء سيرها ويصدر الحكم في جلسة علنية بحضور الحدث».

1- نصت القاعدة 14-3 من قواعد بكين : « يتوجب أن تساعد الإجراءات على تحقيق المصلحة القصوى للحدث ، وأن تتم في جو من التفاهم يتيح للحدث أن يشارك فيها وأن يعبر عن نفسه بحرية».

2- أوجبت بعض التشريعات من بينها المصري بأن يكون أحد المساعدين على الأقل من العنصر النسوي، وهذا لما فيه من توفير جو الاطمئنان للحدث وإبعاده عن رهبة المحاكمة الجنائية لما في ذلك من أثر بالغ على نفسية الحدث، ولأن المرأة غالبا ما يكون لها معرفة ودراية بشأن الأحداث، وهذا لتحقيق الهدف المنتظر من قسم الأحداث وهو إصلاح الحدث وتهذيبه وإعادة إدماجه في المجتمع. حمدي رجب عطية، المرجع السابق، ص119.

3- كامل السعيد، الإجراءات الجنائية لمحاكمة الأحداث، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث، منشورات المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، دار النهضة العربية. 1992، ص 560.

ولا يخفى ما ينطوي عليه مبدأ سرية محاكمة الحدث من حرص على حماية حقه في الخصوصية و النأي به عن جو الرهبة الذي يحيط بالمحاكمات العادية وهو أمر يبعث الاطمئنان إلى نفسه⁽¹⁾ وقد اعتبر بعض الفقه أن العلانية تضر بمصلحة الحدث لأنها وسيلة تشهير غير مباشرة كما توهمه بوسم المنحرف و تؤثر في وضعه النفسي⁽²⁾ كما أن نفسية الحدث المرهفة يمكن أن تتأثر بجو المحاكمة التي يغشاها العموم، فقد يعتقد الحدث من خلال الجو العام للمحاكمة أنه أصبح ذا أهمية وأنه حاز إعجاب الناس فيما قام به من فعل، فيعود إلى ارتكاب مثلها من أجل الحصول على نفس المتعة، وقد يكون العكس فيخجل من نفسه ومن المحيطين به، فتترتب على ذلك آثار سيئة تعوق إعادة اندماجه بل تبقى تلك الآثار راسية في أعماق نفسه إلى ما بعد اكتمال نموه⁽³⁾.

وإذا كان المشرع قد حرص على نظر الجلسة عند محاكمة الحدث في غرفة المشورة صيانة لسمعة الحدث، فقد حرص في نفس الوقت على أن يحضر الجلسة بعض الأشخاص وهم: الأقارب المقربين للحدث وشهود القضية ووصيه أو نائبه القانوني وأعضاء النقابة الوطنية للمحامين وممثلي الجمعيات أو الرابطات أو المصالح والأنظمة المهمة بشؤون الأحداث والمندوبين المكلفين بالرقابة على الأحداث ورجال القضاء⁽⁴⁾.

وحرص المشرع على حضور هؤلاء لما له من أهمية من عدة نواحي أهمها: الحد من السرية في الحدود التي لا تضر بالحدث وبالتالي يمكن هؤلاء رقابة سير العدالة الأمر الذي يجعل القضية حريصين على تطبيقها، ومن ناحية أخرى فإن وجود هؤلاء يفيد المحكمة بمساعدتها في التعرف على شخصية الحدث وظروف ارتكابه للجريمة مما يمكن المحكمة من اختيار أنسب جزاء يمكن توقيعه على الحدث⁽⁵⁾.

قلنا أن الأصل في قسم الأحداث أن تنعقد جلساته سرية، غير أنه في مادة المخالفات تراجع عن هذا المبدأ وجعل علانية جلسة مخالفات الأحداث والهدف من ذلك يبقى مجهولا.

ثانياً: حضر نشر ما يدور بالجلسة.

نص المشرع الجزائري في المادة 477 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي :

«يحظر نشر ما يدور في جلسات جهات الأحداث القضائية في الكتب أو الصحافة أو بطريق الإذاعة أو السينما أو بأية وسيلة أخرى كما يحظر أن ينشر بالطرق نفسها كل نص أو إيضاح يتعلق بهوية أو شخصية الأحداث المجرمين.

ويعاقب على مخالفة هذه الأحكام بعقوبة الغرامة من 200 إلى 2000 دينار وفي حالة العود يجوز الحكم بالحبس من شهرين إلى سنتين.

ويجوز نشر الحكم ولكن بدون أن يذكر اسم الحدث ولو بأحرف اسمه الأولى وإلا عوقب على ذلك بالغرامة من مائتي إلى ألفي دينار».

1- فتوح الشاذلي، قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضاء الأحداث، مؤسسة الثقافة الاجتماعية، 1991، ص 88.

2- مصطفى العوجي، الحدث المنحرف أو المهدد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، مؤسسة نوفل، 1986، ص 217.

3- حسن الجوخدار، المرجع السابق، ص 160.

4- أنظر المادة 468 من قانون الإجراءات الجزائية.

5- حمدي رجب عطية. الإجراءات الجنائية بشأن الأحداث. ص 145.

ولقد أقرت القاعدة الثامنة من قواعد بكين لسنة 1985 والمتعلقة بالقواعد النموذجية الدنيا لإدارة قضاء الأحداث في الفقرة الثانية بأن يحترم حق الحدث في حماية خصوصياته في جميع المراحل تفاديا لأي ضرر قد يناله من جراء دعاية لا لزوم لها، أو بسبب الأوصاف الجنائية، ولا يجوز من حيث المبدأ نشر أية معلومات يمكن أن تؤدي إلى التعرف على هوية المجرم الحدث، كما تشدد القاعدة أيضا على أهمية حماية الحدث من الآثار الضارة التي قد تنتج عن نشر معلومات بشأن القضية في وسائط الإعلام مثل ذكر أسماء المجرمين صغار السن سواء كانوا لا يزالون متهمين أم صدر الحكم عليهم.

وعليه فإن ما ذهب إليه التشريع الجزائري يعد خطوة متقدمة نحو حماية الحدث والحفاظ على سيرته في المستقبل، وهو ما يتفق مع الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية بشأن الأحداث.

ثالثاً: ضرورة تعيين محام للحدث.

من بين مظاهر المحاكمة العادلة تمكين المتهم في أن يكون مؤازرا بمحام في سائر مراحل الدعوى لأن الدفاع من الأمور الفنية التي لا تتوفر إلا لشخص مؤهل وعارف بقواعد الإجراءات، واعتبارا للمهام النبيلة التي يقوم بها المحامي خلال مراحل الخصومة الجنائية فقد نصت كل العهود والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على ضرورة تمكين المتهم من الاستعانة بمحام عند عرض قضيته على المحكمة وتوفير كل التسهيلات التي تمكنه من الاتصال بكل حرية بمحاميه⁽¹⁾.

وتمشيا مع هذا النهج كرس قانون الإجراءات الجزائية حق المتهم في الاستعانة بمحام، فجعلت المادة 454 حضور المحامي في جميع مراحل المتابعة والمحاكمة وجوبي وإن لم يتم تعيين محام له من طرف والدي الحدث أو وصيه أو من يتولى حضائته عين له قاضي الأحداث محاميا، وجاء في الفقرة الأولى والثانية من المادة ما يلي:

«يخطر قاضي الأحداث بإجراء المتابعات والدي الحدث أو وصيه أو من يتولى حضائته المعروفين له.

إن حضور محام لمساعدة الحدث وجوبي في جميع مراحل المتابعة والمحاكمة، وعند الاقتضاء، يعين قاضي الأحداث محامياً للحدث».

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 476 قانون الإجراءات الجزائية :

«يفصل قسم الأحداث بعد سماع أقوال الحدث والشهود والوالدين والوصي أو متولي الحضانة ومرافعة النيابة العامة والمحامي ويجوز لها سماع الفاعلين الأصليين في الجريمة أو الشركاء البالغين على سبيل مجرد الاستدلال».

وبالتالي فإن تعيين محام عن الحدث في الجلسة أمام الأحداث وجوبي سواء تم تعيينه من طرف ولي الحدث أو وصيه أو متولي حضائته أو قاضي الأحداث تلقائيا ويعتبر من النظام العام وعدم تعيينه يترتب عليه النقض.

1- بالرّجوع لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل والتي وقعت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20. 11. 1989 وصادقت عليها الجزائر سنة 1992 وبالضبط في المادة 12 نجدها تنص على أن: «تتاح للطفل بوجه خاص فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل إما مباشرة أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني».

رابعاً: حضور الحدث للمحاكمة وبحضور مسؤوله المدني.

من المبادئ الأساسية التي ينبني عليها نظام المحاكمة الجنائية مبدأ الحضورية، غير أن المشكلة التي تثار هنا تتمثل في كيفية ممارسة الحدث حقه في الحضور رغم عدم توافر ملكة الإدراك لديه، فالحدث شخص ضعيف القدرات الذهنية والعقلية الأمر الذي يجعله لا يقدر حقيقة الأشياء تقديراً مناسباً. فالأهلية الإجرائية غير متوافرة في شخصية الحدث، لذا لزم إيجاد وسيلة فنية تسمح باتخاذ العمل الإجرائي المتعلق بالحدث بشكل يحقق الغاية من هذا العمل⁽¹⁾، لذلك أوجب المشرع الجزائري حضور ولي الحدث أو ممثله القانوني ونصت على ذلك المادة 461 من قانون الإجراءات الجزائية وكذلك المادة 467 من نفس القانون⁽²⁾.

والعلة من دعوة هؤلاء الأشخاص لحضور محاكمة الحدث تتمثل في أن المشرع قد أوجب على القاضي سماع أقوالهم وهي قد تفيد من جهة في كشف الأسباب الحقيقية لجنوح الحدث بغية تقرير التدبير الإصلاحي المناسب لحالته، ومن جهة أخرى للدفاع عنه، وأن هذه الدعوة شرعت لمصلحة الحدث وفائدته.

غير أنه إذا كان الأصل حضور الحدث جلسات المحاكمة لأنه يعتبر طرفاً في الدعوى الجزائية لكن قانون الإجراءات الجزائية إمعاناً منه في حماية الحدث والحرص على مصلحته وخروجاً على القواعد العامة أجاز للمحكمة أن تعفي المدعى عليه الحدث من حضور المحاكمة بنفسه إذا رأت أن مصلحته تقتضي ذلك⁽³⁾.

وفي هذا الشأن نصت الفقرة الثالثة من المادة 468 قانون الإجراءات الجزائية: «ويجوز للرئيس أن يأمر في كل وقت بانسحاب الحدث طيلة المرافعات كلها أو جزء منها أثناء سيرها ويصدر الحكم في جلسة علنية بحضور الحدث».

ويعتبر هذا الإعفاء ذا فائدة معتبرة ولا سيما إذا كان من شأن حضوره جلسة المحاكمة إيذاء شعوره وجرح كرامته ومع ذلك فإن المحاكمة تعتبر وجاهية بحق الحدث لأنه لم يتخلف عن الحضور بل المحكمة هي التي فضلت عدم حضوره، وبالتالي الحكم يصدر حضورياً.

1- محمود صالح محمد العادلي، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث، دار النهضة العربية مصر 1994، ص 645.

2- تنص المادة 461 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «تحصل المرافعات في سرية ويسمع أطراف الدعوى ويتعين حضور الحدث بشخصه ويحضر معه نائبه القانوني ومحاميه وتسمع شهادة الشهود إن لزم الأمر بالأوضاع المعتادة».

كما تنص الفقرة الأولى من المادة 467 من قانون الإجراءات الجزائية: «يفصل قسم الأحداث بعد سماع أقوال الحدث والشهود والوالدين والوصي أو متولي الحضانة...».

3- حسن الجوخدار، المرجع السابق، ص 164.

الخاتمة :

في الأخير يمكن القول أن ما جاء به المشرع في الجزائري من حماية إجرائية تعد طفرة حقوقية وإنسانية في مجال الطفولة عامة والطفولة الجائحة خاصة، ويمكن القول إن هذه المقتضيات المنظمة للأحداث في قانون الإجراءات الجزائية تجاري توصيات المؤتمرات العالمية وقواعد المواثيق والاتفاقيات والإعلانات الدولية التي تهتم بحقوق الطفل فمن خلال رصد المواد المتعلقة بهذه الشريحة الاجتماعية نجد أن تنظيم الرعاية بشؤونها ليس بالمسؤولية الحكر على جهاز القضاء، بل هناك فاعلون اجتماعيون وسياسيون آخرون تناط بهم مهمة رعاية هذه الفئة.

وفيما يلي نورد بعض الاقتراحات التي من شأنها تفعيل هذه الحماية وهي كالتالي :

- ضرورة وجود تشريع خاص بحماية الطفل الجزائري يحتوي على جميع القواعد الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالطفل، على غرار بعض التشريعات المقارنة..
- استغلال كافة الوسائل والإمكانيات المتاحة من أجل التحسيس بضرورة حماية الأطفال الجانحين وحسن معاملتهم والتحذير من خطورة الإساءة إليهم.
- ضرورة تفعيل دور المجتمع في التوعية والتحسيس حتى يشكل دعما للجهات الرسمية.

الحق الأدبي للمؤلف وفقا للنشريات العربية (دراسة مقارنة)



من إعداد الباحثة : حاج صدوق ليندة

باحثة في صف دكتوراه في القانون الخاص

كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر العاصمة

المقدمة :

تعد قوانين حماية حقوق المؤلف من أشد التشريعات صلة بمسألة الهوية الثقافية و التنمية الفكرية للأمم و الشعوب ، نظرا لأنها تختص بحماية الإنتاج الفكري بوجهيه الأدبي و المالي و بمختلف صوره و أشكاله الأدبية و الفنية و العلمية .

و قد تنبعت لذلك الدول المتقدمة المنتجة للعلم و المعرفة ، فعملت باكرا على تقنينها ، أما الدول العربية فقد تأخرت غيرها من دول العالم الثالث أكثر من مائتي عام عن غيرها من الأمم المتقدمة في إصدار تشريعات خاصة لحماية حقوق المؤلف .

إذ تستند جميع تشريعات الدول العربية إلى الاعتراف بأن حقوق المؤلف ذات شقين و هما : حقوق مالية و حقوق أدبية ، و هذه الأخيرة سوف تكون محل دراستنا .

1- التعريف بالحق الأدبي للمؤلف :

يعتبر الحق الأدبي للمؤلف أحد الجوانب الهامة في الملكية الفكرية ، فهو ينصب على حماية شخصية المؤلف كمبدع و حماية المادة المؤلفة في حد ذاتها... (1)

كما يعتبر الحق الأدبي من الحقوق المرتبطة بالشخصية ، و يتمتع المؤلف بكل المزايا المتعلقة بهذه الحقوق ، إذ أن أي مساس بإنتاجه الفكري يعتبر مساسا بحياته ، و بالمجتمع بأسره ، باعتبار أن المجتمع يتشكل جانب كبير منه من تراثه الثقافي ، من الإبداعات الفكرية لمختلف فئاته من المفكرين و الأدباء و غيرهم .

ف نجد أن حماية الحقوق الأدبية تهم المؤلف بنفس القدر الذي يهم المجتمع كله .

و لما كان الحق الأدبي للمؤلف ذو طابع شخصي متميز، فإنه يتسم ككل الحقوق الشخصية بخصائص و التي سوف نتناولها في الفقرة الثانية .

2- خصائص الحقوق المادية للمؤلف :

يتسم الحق الأدبي للمؤلف بأربع خصائص متميزة تتمثل :

أ- عدم قابلية الحق الأدبي للمؤلف للتصرف :

لقد اعترف الفقه و القضاء بهذه الخاصية للحق الأدبي و أكد على حظر أي تنازل عن هذا الحق ، تبرعا كان أو معاوضة، لما في ذلك من خروج على طبيعته الأساسية ، كما اعتبر باطلا كل تصرف للمؤلف في مجموع إنتاج فكره المستقبل ، إذ ينظر إلى الحق الأدبي على انه بطبيعته غير قابل للتصرف فيه .

ب- عدم قابليته للحجز عليه :

كما لا يجوز الحجز على الحق الأدبي من قبل دائني المؤلف ، مادام أن هذا الحجز من شأنه لو أجاز أن يمكن الدائن الحاز من مباشرة نشر المصنف ، حين لا يملك سلطة تقرير النشر سوى المؤلف و حده .

إذ أنه لا يجوز الحجز عليه باعتباره من الحقوق الشخصية و التي لا تقوم بمال .

ج- عدم قابلية الحق الأدبي للتقادم :

الحق الأدبي هو حق دائم للمؤلف ، و لا ينتهي بوفاة المؤلف و لا يسقط بالتقادم ، إذ أنه يبقى طيلة حياة المؤلف و يستمر بعد وفاته .

كذلك لا يسقط لعدم استعماله ، مهما طال المدة التي ترك فيه ، فهو لا يسري عليه أسباب التقادم المسقط ، الذي ينهي الحق إذا لم يستعمل لمدة معينة .

د- عدم قابليته للانتقال للورثة :

هناك فئة من الحقوق الأدبية لا تقبل الانتقال إلى الورثة ، فهي حقوق يستأثر بها المؤلف وله وحده الحق في ممارستها بحكم وضعه الخاص كمبدع ، و مثال ذلك :حقه في الإبداع و مواصلة عمله فيه و تعديله ، و كذا حقه في الامتناع عن نشر المصنف ، و حقه في النشر باسم المؤلف نفسه أو باسم مستعار ، و حقه في سحبه من التداول .

أما الفئة الثانية من الحقوق الأدبية ، يمكن أن تنتقل إلى الورثة ، و التي تتمثل في : الحق في تقرير نشر المصنف إذا توفي المؤلف قبل أن يقرر نشره ، و الحق في دفع الاعتداء على المصنف و المحافظة على سلامته .

*الاختلاف في طبيعة الحقوق الأدبية في التشريعات العربية :

يتضح من دراسة التشريعات العربية وجود اختلافات فيما يتعلق بطبيعة الحقوق الأدبية ، و يمكن تصنيفها إلى أربعة فئات :

الفئة الأولى: تجعل من الحقوق الأدبية حقوقا أبدية، من ذلك القانون الجزائري في المادة 21 الفقرة 2 تبين أنها: "غير قابلة للتصرف فيها و لا للتقادم و لا يمكن التخلي عنها،"

كما نجد أن هذه الأبدية، كما قال بحق الفقيه الفرنسي هنري ديبوا: "تبرها ديمومة المصنف الذي يبق بعد انتهاء مدة احتكاره و يستمر أبدا حاملا التعبير عن شخصية المؤلف "....(2).

الفئة الثانية: فتعتبر أنه من بين الحقوق الأدبية التي لا تقبل التصرف فيها و لا للتقادم هي كل من: الحق في نسبة المصنف لمؤلفه و حق المؤلف في ذكر اسمه. و نجد ذلك في المادة 7 الفقرة 1 من القانون الإماراتي و المادة 9 الفقرة 1 من القانون القطري.

بينما باقي الحقوق الأدبية في نظر هذه الفئة، لا تكتسي مثل هذه الطبيعة.

الفئة الثالثة: تنص على قاعدة عدم تقادم الحق الأدبي، لكن تصرح على أنه يمكن التنازل عنها كلياً أو جزئياً، و من بين هذه التشريعات نجد التشريع السوداني في المادة 15، إذ نجد في فقرته الأولى ينص على أنه: "لا تخضع الحقوق الأدبية و المالية الممنوحة للمؤلف للتقادم".

ثم يضيف في الفقرة الثانية على أنه: "يجوز للمؤلف أن ينقل بإذنه لأي شخص كل أو أياً من حقوقه الأدبية و المالية ...".

الفئة الرابعة: نجد أن بعض التشريعات العربية لا تتعرض لمسألة طبيعة الحقوق، إذ أنه لا نجد أي نص عليها في قوانينها، من ذلك كل من القوانين دولة تونس و دولة الأردن واليمن و السعودية.

و من بين التشريعات العربية التي نصت على عدم جواز الحجز على الحق الأدبي للمؤلف، نجد المادة 10 من القانون المصري و السوري، و المادة 12 من القانون الأردني و المادة 36 من القانون البحريني.

أما فيما يخص بأيلولة الحق الأدبي أي قابليته للانتقال للورثة، فنجد موقفين مختلفين من التشريعات العربية:

فالأولى من التشريعات: تمنح الحق الأدبي لورثة المؤلف الشرعيين أو لبعض الهيئات العامة أو الخاصة المكلفة بالإشراف على ذلك، و من بين هذه الدول: الجزائر، المغرب، مصر، العراق، ليبيا.

أما الموقف الثاني، فنجد أن هذه التشريعات لا تولي عناية مباشرة لمسألة ما إذا كان الحق الأدبي قابلاً للإرث عقب وفاة المؤلف، و من ذلك: قطر، الإمارات، السعودية.

3- مضمون حقوق المؤلف الأدبية أو صوره:

لقد استقر الفقه و القضاء، على أن الحق الأدبي للمؤلف يتضمن عدداً من الحقوق الفرعية التي تترتب عليه أو عدداً من الامتيازات التي تستمد منه و التي تعتبر في مجملها عناصر هذا الحق.

و تتمثل هذه الامتيازات و التي عددها أربعة فيما يلي:

أ- حق الكشف عن المصنف :

يعتبر هذا الحق من أهم الامتيازات التي تترتب على الحق الأدبي للمؤلف ، فله الحق وحده أن يقرر الكشف عن مصنفه أو عدم الكشف عنه .

فيمتتع المؤلف بالسيادة التامة في أخذ قرار تقديم إنتاجه للجمهور أو عدم تقديمه ، فهو الوحيد الذي بوسعه فعلا أن يقدر ما إذا كان راضيا عن مصنفه ، و أن يعتبر أنه حان الوقت أن يوضع الإنتاج الفكري في شكل محسوس و يتخذ مظهرا خارجيا .

كذلك ينفرد المؤلف و يستأثر بتحديد شكل و طريقة نشر مصنفه و موعد النشر... (3)

وما يلاحظ في مختلف قوانين الدول العربية ، أن هذا الحق أو هذا الامتياز منصوص عليه ، إلا أننا نجد بصيغ مختلفة ، لكن دون تغيير في جوهره .

فثمة عدد قليل من القوانين يستخدم تعبير (الكشف) ، كالقانون الجزائري في مادته 22 ، و كذا القانون السوداني في المادة 8 الفقرة أ ، أولا .

و لعل هذا المصطلح أفضل المصطلحات لأنه يكشف للجمهور عن شيء كان مجهولا .

و يفضل آخرون استخدام عبارة (النشر) مثل القانون السعودي في المادة 7 الفقرة 2، ب. القانون المغربي في الفصل 2 الفقرة 1 ، و القانون التونسي في الفصل 9 الفقرة ه .

أما غالبية القوانين العربية تستخدم تعبير (تقرير نشر المصنف) كما في القانون الأردني في المادة 8 الفقرة ب ، و القانون الإماراتي في المادة 9 الفقرة 1 ، و القانون المصري في المادة 5 الفقرة 1 و القانون البحريني في المادة 5 الفقرة 2 ، و القانون السوري في المادة 5 منه .

ب- الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه :

لكل مؤلف الحق في أن ينسب إليه إبداعه الفكري ، و ذلك بذكر اسمه على جميع النسخ المنتجة منه ، كلما بلغ المصنف للجمهور ، و لا يصح أن ينسبه إلى غيره ، باعتبار كما سبق و بيناه أن الحق الأدبي للمؤلف لا يقبل التنازل عنه .

و يرجع أساس الاعتراف بحق نسبة مصنفه إلى نفسه ، باعتباره من الحقوق اللصيقة بعملية الإبداع الفكري ، بوصفها الطاقة الأصلية التي أنتجت المصنف ، فضلا عن أنه من مصلحة المجتمع أن يكون على علم بالشخصية الحقيقية لمبدع المصنف ... (4).

و يسمى هذا الحق في كثير من الحالات ب(حق الأبوة) تأكيدا على ما يشبه علاقة الأب بابنه ، و بين المؤلف و إنتاجه الفكري... (5).

و يعتبر هذا الحق : حقا عالميا ، إذ نجده في غالبية التشريعات العربية المتعلقة بحقوق المؤلف .

إذ انه أحيانا ، يستخدم فيه تعبير (حق الأبوة) كما هو الحال على سبيل المثال في كل من القانون التونسي في الفصل 9الفقرة أ ، و القانون الليبي في المادة 9 .

و في الكثير من الأحيان ،يستخدم تعبير (الحق في نسبة المصنف لمؤلفه) كما هو الحال في كل من القانون الأردني في المادة 8 الفقرة أ ، و الإماراتي في المادة 7 الفقرة 1، و المصري في المادة 9 الفقرة 1 ، و المغربي في الفصل 2 الفقرة 1 ، و السعودي في المادة 7 الفقرة 2 .

بينما يستخدم المشرع الجزائري عبارة (الحق في ذكر الاسم) و ذلك في المادة 23 .

و الجدير بالذكر أن ذكر اسم المؤلف في غالبية التشريعات العربية يعد بمثابة حق و ليس التزاما ، باعتبار أنه يمكن للمؤلف ألا يكشف عن هويته لأسباب شخصية أو أن يستعمل اسما مستعارا.

ج- الحق في احترام سلامة المصنف :

إن حق في الاحترام عنصرين هما : الحق في احترام اسم المؤلف و صفته من جهة ، و هو ما بيناه في الفقرة السابقة ، و الحق في احترام إنتاجه الفكري .

و هذا الحق الأخير ،هو الذي يسمى عادة بالحق في احترام سلامة المصنف .

و يفرض هذا الحق للمؤلف ، الحق في دفع أي اعتداء أو تشويه أو تحوير قد يقع أو يتعرض له المصنف ،لما لذلك الاعتداء من إضرار بشخصية المؤلف و سمعته و شرفه .

و بعد موت المؤلف ،فلخلفائه تولي حق دفع الاعتداء عن مصنفه ،غير أنه لا يحق لهم إدخال أي تعديل على المصنف ،باعتباره حق شخصي للمؤلف وحده حال حياته.

غالبية التشريعات العربية علجت هذا الحق ، و ذلك في إطار الصيغة العامة و المتمثلة في (الحق في احترام المصنف) أو صيغة (الحق في سلامة المصنف) أو (الحق في عدم انتهاك حرمة المصنف).فبغض النظر عن العبارات المستخدمة في صياغة المبدأ ، فان الأساليب المتبعة تتعلق في أغلب الأحيان ب (حق المؤلف في الاعتراض على أي تحريف أو تشويه أو حذف و على أي تعديل لمصنفه) ... (6).

و بصورة أعم في الاعتراض على أي مساس بالمصنف من شأنه أن يسيء إلى شرف المؤلف و سمعته ... (7).

و يعتبر هذا الحق غير قابل للتصرف فيه .

د- الحق في سحب المصنف أو تعديله :

باعتبار أن المصنف الذي قام بابتكاره المؤلف بمثابة الوعاء الحاوي لأفكاره و معتقداته و آرائه الأدبية و الفنية و السياسية و الإجتماعية ، فإن هذه الأفكار و تلك الآراء غير قابلة للتغيير و التعديل ... (8).

إذ يحدث في كثير من الأحيان ،قد يضطر المؤلف إلى تعديل مصنفه و ذلك بالتغيير أو التنقيح أو الإضافة أو الحذف ، لأنه يرى أن هذا المصنف لم يعد مطابقا لآرائه الأدبية أو الفنية أو أنه لاحظ بعض العيوب في مصنفه أو أن الأفكار

الواردة فيه لم تعد تساير المجريات و الأحداث الأدبية و الفنية ، أو يجد فيها بعض العيوب الشكلية أو الموضوعية أو أنها تعرضت للنقد المدعم بالحجج المقنعة .

و يعتبر هذا الحق ، حقا جامعا خالصا و مانعا للمؤلف فقط ، و بالتالي لا يجوز لغيره القيام بأي تعديل على المصنف ما لم يكن معه إذن خطي من قبل المؤلف نفسه ... (9).

و نجد أن هذا الحق منصوص عليه في معظم التشريعات العربية منها : المادة 90 من القانون الجزائري ، المادة 11 من القانون الإماراتي ، المادة 8 الفقرة ج من القانون الأردني ، المادة 6 من القانون السوري ، المادة 7 الفقرة 1 من القانون المصري .

كما انه أحيانا يكون هذا الحق مشروطا بضرورة تدخل المحكمة و بوجود أسباب أدبية ، كما هو الحال في التشريع العراقي في المادة 43 و التشريع الليبي ، أو لأسباب جدية كما هو الحال في التشريع الكويتي في المادة 36، أو أسباب جوهرية كما هو الحال في المادة 37 من التشريع الإماراتي ، أو أسباب خطيرة ، المادة 42 من القانون المصري .

و ما يلاحظ من ذلك أن الحق الأدبي للمؤلف لم يعد متروكا مطلقا لتقدير المؤلف في هذه التشريعات العربية ، حيث أصبح خاضعا للتقدير المسبق من قبل القاضي .

الخاتمة :

مما تقدم يتضح أن جميع تشريعات الدول العربية ، نصت على حماية حقوق المؤلف الأدبية ، لكن هناك اختلافات هامة فيما بينها .

و مما يمكن استخلاصه من هذه الاختلافات :

- فيما يخص مبدأ وجود الحقوق الأدبية :

نلاحظ وجود نمطين اثنين من التشريع .

النمط الأول : تنص على بعض حقوق المؤلف المعنوية بصورة مشتتة ، دون أن تصنفها بأنها كذلك و دون تكريس مفهوم الحق المعنوي ذاته بصورة رسمية ، و نجد ذلك في كل من : القانون السعودي و الإماراتي و الليبي و القطري .

أما النمط الثاني : يعترف بالحق المعنوي باعتباره جزءا لا يتجزأ من حق المؤلف مثله في ذلك مثل الحق المالي ، كما هو الحال في القانون الجزائري و المصري و الأردني و التونسي و المغربي .

كما أن هناك بعض التشريعات العربية تنص على الحقوق المعنوية في عدة مواد من قانونها : القانون المصري (المواد 42،9،7)، القانون الإماراتي (المواد 37،13،11،7)، القانون الجزائري (المواد 21،22،23،24،25،26)، القانون القطري (المواد 16،13،11،9)، القانون السوري (المواد 8،7،6).

بينما تشريعات أخرى ، تخصص لها مادة واحدة ، بل و حتى في فقرة واحدة منها : القانون التونسي (الفصل 9)، القانون الأردني (المادة 8)، القانون السوداني (المادة 8 الفقرة أ)، القانون المغربي (الفصل 2 الفقرة 1 و 2)، القانون السعودي (المادة 7 الفقرة 2، البند أ، ب، ج، د).

- فيما يخص بمضمون الحقوق المعنوية :

فما يمكن ملاحظته أن جميع تشريعات الدول العربية نصت على الحقوق المعنوية الأربعة، إلا أننا نجد أن كل من الحقوق المعنوية الثلاثة السالفة الذكر لم يشترط لتمتع المؤلف بها أي شرط أو قيد ، إلا أننا نجد بالنسبة لحق في سحب ممارسته يختلف بين التشريعات :

فهناك من التشريعات نصت على حق المؤلف في سحب مصنفه بدون قيد مثل التشريع التونسي .

أما التشريعات العربية الأخرى ، فأخضعت ممارسته لشروط مختلفة :

فالشرط الأول : تشترك فيه جميع التشريعات ، يتمثل في دفع تعويض للمتأثر دون تحديد مبلغ التعويض ، منها قوانين دولة : السعودية (المادة 21)، الأردن (المادة 8)، الجزائر (المادة 24)، سوريا (المادة 12).

بينما نجد أن تشريعات أخرى اقترحت حلا آخر فيما يخص بتحديد مبلغ التعويض ، و ذلك عن طريق المحكمة كقوانين : دولة السودان (المادة 16 الفقرة 1)، قطر (المادة 16)، الإمارات العربية المتحدة (المادة 37).

أما الشرط الثاني : تجعل من عملية السحب خاضعة إما :

- لموافقة المتأثر له : المادة 21 من القانون السعودي، المادة 16 من القانون القطري .

- و إما لقرار من المحكمة بناء على طلب من المؤلف : المادة 37 من القانون الإماراتي ، المادة 41 من القانون البحريني .

فتلك هي مظاهر الحق الأدبي للمؤلف ، التي تهدف إلى استمرار التوافق بين شخصيته و بين أثره الفني ، كما تحول دون عبث الناشرين بالمؤلفات في سبيل الاستغلال التجاري و التي تحرص على توفير الاحترام و اعتداء على السيادة المقررة للمؤلف على أفكاره و على نتائج هذه الأفكار عندما تأخذ شكل مصنف مادي ... (10).

الهوامش :

1- عباس عيسى هلال : حق المؤلف و الوسائل القانونية حمايته ، مجلة حماية الملكية الفكرية ، العدد 56، الربع الثاني 1998، ص 5 .

2- . 470. §382 ;Dalloz ;Le Droit D'auteur en France ;Henri Debois

3- محمد فريد محمود عزت : نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الإسلامية ، ص 47.

4- محمد فريد محمود عزت : المرجع السابق ، ص 46.

5- كلود كولمبيه : المبادئ الأساسية لحق المؤلف و الحقوق المجاورة في العالم ، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، اليونسكو ، 1995 ، ص 49 .

6- عبد الله مبروك النجار : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1990 ، ص 76.

7- أنظر الى كل من المادة 8 الفقرة د من القانون الأردني ، المادة 8 من القانون السوري ، المادة 7 الفقرة 2 ، أ من القانون السعودي .

8- عامر محمد الكسواني : الملكية الفكرية ، دار جيب للنشر و التوزيع، عمان، الأردن ، 1998، ص 204.

9- ارجع إلى المادة 91 من القانون الجزائري ، الفصل 15 من القانون المغربي ، المادة 6 من القانون السوري ، المادة 11 من القانون الإماراتي ، المادة 6 الفقرة 4 من القانون البحريني .

10- عبد الفتاح مراد : الجديد في الملكية الفكرية ، الإسكندرية ، مصر ، ص 38.

الارتقاء بزراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية في نطاق المنظومة القانونية لمنظمة الصحة العالمية



الدكتور الحسين عمروش كلية الحقوق

جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة

EMAIL : houcine16@gmail.com

يجسد زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية رمزا ساطعا من التضامن الإنساني و تحقيق المصالح الإنسانية المشتركة دون أى نوع من التمييز، و هذا للارتقاء بمفاهيم الأمن الصحى المستدام، عبر اتخاذ الدول الأعضاء فى المنظومة الأهمية ، و بالخصوص فى نطاق منظمة الصحة العالمية باعتبارها وكالة دولية متخصصة مجموعة من التدابير الميدانية و تفعيل آليات قانونية و برامجية و تعاونية لضمان أن يكون ميدان زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية سببا لاحترام الكرامة الإنسانية، و تحسين حياة آلاف المرضى، و بالخصوص مواجهة الجريمة المنظمة التى تعتمد على الاتجار بالبشر والاتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية.

كما أن عمليات زرع الأعضاء البشرية أصبحت على نطاق واسع فى جميع أنحاء العالم، وقد أدّى هذا التوسّع فى زرع الأعضاء إلى حدوث نقص خطير فى هذه الأعضاء ونشوء تجارة فيها، حيث يسافر العديد من المرضى إلى المناطق التى يمكن الحصول على الأعضاء فيها من خلال المعاملات التجارية المختلفة. ورغم أنه يُنظر إلى التجارة الدولية فى الأعضاء على أنها قضية هامة من قضايا السياسات الصحية، إلا أن وضعها الحالى لا يزال غامضاً بسبب ندرة المعلومات، ونقص الجهود فى مجال تجميع البيانات المتوافرة.

لذلك تعتمد منظمة الصحة العالمية على منظومتين قانونيتين للإرتقاء بمفاهيم هذا التخصص، سواء من خلال منظومتها القانونية العامة ، و منظومتها القانونية المتخصصة، باعتبارها سلطة توجيهية تؤدى دورا قياديا فى معالجة المسائل الصحية العالمية، وتصميم القواعد والمعايير، وتوضيح الخيارات السياسية، وتوفير الدعم التقنى إلى الدول ورصد الاتجاهات الصحية وتقييمها، فى بيئة علمية متزايدة التعقيد وسريعة التغير.

1- المنظومة القانونية العامة لمنظمة الصحة العالمية :

1-1- ميثاق الأمم المتحدة صدر بمدينة سان فرانسيسكو فى يوم 26 يونيو 1945.

1-2- الإعلان العالمى لحقوق الإنسان 1948.

- 1-3- الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق 1956.
 - 1-4- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966.
 - 1-5- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.
 - 1-6- مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين، ولا سيما الأطباء، في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة 1982.
 - 1-7- إعلان الخرطوم بشأن نهج للإنعاش الاقتصادي والاجتماعي والتنمية في أفريقيا يكون محوره الإنسان 1988.
 - 1-8- اتفاقية حقوق الطفل 1989 .
 - 1-9- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000 .
 - 1-10- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000 .
 - 1-11- الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري 2006.
 - 1-12- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة 2006.
 - 2- المنظومة القانونية المتخصصة لمنظمة الصحة العالمية :
 - 2-1- تقرير منظمة الصحة العالمية حول الأخلاق و السلامة في زرع الأنسجة و الأعضاء (القضايا ذات الاهتمام العالمي) 2003.
 - 2-2- قرار المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية الخاص بزراعة الأعضاء و الانسجة البشرية 2004.
 - 2-3- المشاورة العالمية الأولى للمتطلبات التنظيمية لزراعة خلايا و أنسجة الإنسان، أوتاوا 2004.
 - 2-4- تقرير البيانات بشأن أنشطة زراعة خلايا و أنسجة الإنسان (قاموس المصطلحات العالمية) 2007.
 - 2-5- إعلان إسطنبول حول الاتجار بالأعضاء و سياحة زرع الأعضاء 2008.
 - 2-6- المبادئ التوجيهية لزراع الأعضاء و النسيج البشرية 2010.
 - 1- المنظومة القانونية العامة لمنظمة الصحة العالمية :
- ترتكز المنظومة القانونية العامة للإرتقاء بزراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية على حماية الحقوق الإنسانية، و التي تتميز بالعالمية و التكامل فيما بينها، مع وجوب أن يكون تجسيدها واقعا مرتبط بالتعاون و التشارك العالميين، باعتبار منظمة الصحة العالمية وكالة دولية متخصصة تعمل تحت رعاية المنظمة الاممية لتعزيز السلم و الامن الدوليين، حيث أكدت المواثيق الدولية على أن ميدان زراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية يطرح عدة مسائل مرتبطة بحماية الحق في الحياة و الحق في الصحة و الحق في المساواة و ضمان الكرامة الإنسانية.

و كما هو معلوم فالحق في الصحة حق أصيل من الحقوق الإنسانية، وشددت على ضرورة أن تحترمه الدول وتصونه وتنفى به، ولا يقتصر الحق في الصحة على تقديم وتوفير الخدمات العلاجية والوقائية فقط، بل يعد التزاماً

من الدول الأطراف الموقعة على المواثيق والعهد الدولي بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسدية والعقلية و بشكل مستدام .

ويضم الحق في الصحة ثلاث مكونات أساسية ، أولها وجوب إلزام الدولة بتوفير الخدمات والبرامج الصحية بالقدر الكافي، و ثانيا إمكانية الوصول إلى الخدمات الصحية دون تمييز، ويجب أيضا أن تتأكد الدولة من أن الفئات المختلفة من المجتمع تستطيع أن تتحمل نفقات العلاج، وألا يكون ثمنها فوق مقدرتهم، و المكون الأخير فهو أن تكون الخدمات الصحية ذات جودة وتتمتع بالقبول لدى المواطنين.

ومن هنا يأتي أهمية سن تشريع يحيز التبرع بالأعضاء لمن يحتاج، كأحد الطرق التي تضمن الحق في الصحة، كما أن التشريع يوفر للفئات الفقيرة إمكانية الحصول على أعضاء منقولة عند احتياجهم دون تمييز ضدهم بسبب ضعف قدرتهم المالية، ويكفل لهم فرص أكبر للشفاء في حالة احتياجهم لزراعة الأعضاء.

أما عن الحق في الحياة ، وهو الحق الذي لا يجب على أي دولة الخروج عنه حتى في أوقات الحروب أو الطوارئ العامة، فهو لا يقتصر على الامتناع عن اتخاذ إجراءات من شأنها حرمان شخص بشكل تعسفي من حياته، فحماية حق الإنسان في الحياة تقتضي أكثر من ذلك، بل يجب اعتماد الدول تدابير إيجابية.

كما يتم ضمان الكرامة الإنسانية من خلال منع أي شكل من أشكال الاستغلال، و بالخصوص في جرائم بيع وبغاء واستغلال الأطفال في المواد الإباحية، و بيع وتجارة أعضاء الأطفال، باعتبارهم من الفئات الضعيفة و الأكثر عرضة للاستغلال، و هذا ما طرح فكرة سيادة زرع الأعضاء و التي نظمت وفقا للمعايير التي وضعتها منظمة الصحة العالمية .

1-1- ميثاق الأمم المتحدة صدر بمدينة سان فرانسيسكو في يوم 26 يونيو 1945 :

حدد الميثاق الأممي من خلال مقاصده الأساسية ضرورة حفظ السلم والأمن الدوليين، وتحقيقا لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة و الفعالة من خلال الدول الأعضاء لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولإزالتها، بالإضافة لتجسيد بيئة سياسية و إقتصادية و إجتماعية و ثقافية، وطنية و دولية لضمان الارتقاء بالتعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء، لضمان الكرامة الإنسانية (1).

و تمارس منظمة الأمم المتحدة نشاطات ذات الطابع الإجتماعي من خلال وكالاتها الدولية المتخصصة و بالتحديد منظمة الصحة العالمية و هذا في المجال الصحي و بالتحديد في موضوع زراعة الأعضاء البشرية، ومن خلال المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي يعد حلقة الوصل بين المنظمة الأممية و الوكالة يتم التنسيق عبر وضع الدراسات و التقارير عن المسائل الدولية في أمور الاقتصاد والاجتماع والثقافة والتعليم والصحة وما يتصل بها، وله أن يقدم توصياته في أية مسألة من تلك المسائل إلى الجمعية العامة وإلى أعضاء "الأمم المتحدة" وإلى الوكالات المتخصصة ذات الشأن و منها منظمة الصحة العالمية، وله أن يقدم توصيات فيما يختص بإشاعة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية ومراعاتها.(2)

1-2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 :

أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق كل فرد في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه، و لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما، و في نفس السياق فلكل شخص الحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاه له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية، وله الحق في ما يأمن به الحاجة في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترميل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه، مما سيكون سببا ليعرض أعضاء جسمه للبيع ليبقى حيا، وبالتالي يكون فريسة سهلة للتنظيمات الإجرامية العاملة في هذا المجال.(3)

1-3- الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق 1956 :

أكدت أحكام الاتفاقية على أن استرقاق شخص ، أو إغراؤه بأن يتحول هو نفسه أو يحول شخصا آخر من عياله إلى رقيق، جرما جنائيا في نظر قوانين الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، يستحق العقاب من يثبت ارتكابهم له، و تشمل تجارة الرقيق جميع الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما أو احتجازه أو التخلي عنه للغير بقصد تحويله إلى رقيق، وجميع الأفعال التي ينطوي عليها احتياز رقيق ما بغية بيعه أو مبادلتها وجميع أفعال التخلي، بيعا أو مبادلة و بطبيعية الحال لغرض غير شرعي، كبيع الأعضاء البشرية.(4)

1-4- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966.

تم الإقرار و الإعتراف من خلال هذا العهد على الحق في العمل، الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق، حيث يجب أن تشمل التدابير التي تتخذها كل من الدول الأطراف في هذا العهد لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق توفير برامج التوجيه والتدريب التقنيين والمهنيين، والأخذ في هذا المجال بسياسات وتقنيات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطردة وعمالة كاملة ومنتجة في ظل شروط تضمن للفرد الحريات السياسية والاقتصادية الأساسية.

و في نفس السياق و من أجل الحد من حالة العوز التي يمكن أن تصيب الخلية الأساسية للمجتمع، أقرت الدول الأطراف بوجوب منح الأسرة، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم.(5)

كما أكد العهد على ضرورة إلزام الدول الأطراف بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه، تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض، و منها تفعيل تخصص زرع الأعضاء البشرية.(6).

1-5- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

أكدت الاتفاقية على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، الحصول على خدمات الرعاية الصحية، و منها زرع الأعضاء البشرية.(7).

1-6- مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين، ولا سيما الأطباء، في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة 1982.

أكدت مبادئ آداب مهنة الطب الصادرة من منظمة الأمم المتحدة على أنه من واجب الموظفين الصحيين المكلفين بالرعاية الطبية للمسجونين والمحتجزين ولا سيما الأطباء من هؤلاء الموظفين، أن يوفر لهم حماية لصحتهم البدنية والعقلية ومعالجة لأمرضهم تكونان من نفس النوعية والمستوى المتاحين لغير المسجونين أو المحتجزين. كما اعتبرت المبادئ أن أى أعمال إيجابية أو سلبية تشكل مشاركة في التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو تواطؤا أو تحريضا على هذه الأعمال أو محاولات لارتكابها تعد مخالفة جسيمة لآداب مهنة الطب.(8)

1-7- إعلان الخرطوم بشأن نهج للإنعاش الاقتصادى والاجتماعى والتنمية في أفريقيا يكون محوره الإنسان 1988

حدد الإعلان على ضرورة تكثيف جهود الدول الرامية إلى زيادة التعاون بين مؤسسات منظومة الأمم المتحدة في البحث عن حلول لمشاكل إفريقيا المتعلقة بالتنمية البشرية في سياق الانتعاش والتنمية طويلة الأجل، و بالخصوص في المجال الطبي، و الاستفادة من التطور التكنولوجي في مجال زراعة الأعضاء البشرية.(9)

1-8- اتفاقية حقوق الطفل 1989 .

أكدت الاتفاقية على أن لكل طفل حقا أصيلا في الحياة ، و يجب أن تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه، من خلال التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال.

تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحى يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحى. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يجرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه، من أجل خفض وفيات الرضع والأطفال، و كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمتين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية، و تطوير الرعاية الصحية الوقائية والإرشاد المقدم للوالدين، والتعليم والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

كما تتعهد الدول الأطراف بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الأعمال الكامل للحق في الصحة المعترف به ، و تراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد، و بالخصوص في مجال تقنيات زرع الأعضاء لصالح الأطفال. (10)

1-9- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000 .

تم التركيز من خلال هذا البروتوكول على تجريم تهريب المهاجرين بإعتباره دخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى، و بسبب هذه التصرفات سيصبح هؤلاء الأشخاص ضحية للتنظيمات الإجرامية التي قد تستغل ظروفهم من أجل تجارة الأعضاء البشرية غير المشروعة.

لذا وجب على الدول إتخاذ تدابير لمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البحر من خلال اعتلاء السفينة و تفتيشها، و اتخاذ التدابير المناسبة إزاء السفينة وما تحمله على متنها من أشخاص، و تخذ كل دولة طرف تدابير لضمان قيامها

بتوفير أو تعزيز برامج إعلامية لزيادة الوعي العام بأن السلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول هو نشاط إجرامي كثيرا ما ترتكبه جماعات إجرامية منظمة بهدف الربح، وأنه يسبّب مخاطر شديدة للمهاجرين المعنّين، و تتعاون الدول الأطراف في ميدان الإعلام بهدف الحيلولة دون وقوع المهاجرين المحتملين ضحايا للجماعات الإجرامية المنظمة.(11)

10-1- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000 .

جرم البروتوكول الاتجار بالأشخاص من خلال تجنيدهم أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء، و بالخصوص الأطفال أي دون الثامنة عشرة من العمر.

كما تم التأكيد على ضرورة إلزام الدول بصون الحرمة الشخصية لضحايا الاتجار بالأشخاص وهويتهم، بوسائل منها جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الاتجار سرية، كما تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني أو الإداري الداخلي على تدابير توفر لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما فيها معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة؛ و مساعدات لتمكينهم من عرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، بما لا يمس بحقوق الدفاع، و تنفيذ تدابير تتيح التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما يشمل، في الحالات التي تقتضى ذلك، التعاون مع المنظمات غير الحكومية وغيرها من عناصر المجتمع المدني.

مع ضمان حرص كل دولة طرف على توفير السلامة البدنية لضحايا الاتجار بالأشخاص أثناء وجودهم داخل إقليمها، و تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني الداخلي على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت بهم.(12).

كما تتخذ الدول التدابير اللازمة لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص، و حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، من معاودة إيذائهم، و تعزيز التعاون الثنائي أو المتعدد الأطراف، تدابير لتخفيف وطأة العوامل التي تجعل الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، مستضعفين أمام الاتجار، مثل الفقر والتخلف وانعدام تكافؤ الفرص، بالإضافة لضمان سلامة وأمن وثائق السفر أو الهوية التي تصدرها الدولة الطرف أو التي تصدر نيابة عنها، ومنع إعدادها وإصدارها واستعمالها بصورة غير مشروعة.(13).

11-1- الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري 2006 :

أقرت الاتفاقية على أنه لا يجوز تعريض أى شخص للاختفاء القسري، كما لا يجوز التذرع بأي ظرف استثنائي كان، سواء تعلق الأمر بحالة حرب أو التهديد باندلاع حرب، أو بانعدام الاستقرار السياسي الداخلي، أو بأية حالة استثناء أخرى، لتبرير الاختفاء القسري، و كما هو معلوم تنتشر في هذه الظروف حالات الاختفاء، مع تورط تنظيمات الجريمة المنظمة لنزع الأعضاء البشرية و الإتجار بها، و هذه الحالة متزامنة مع غياب القانون و ضعف أجهزة الرقابية للدولة.(14)

1-12 - اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة 2006 :

أقرت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على عدم تعريض أى شخص للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة وبشكل خاص لا يعرض أى شخص لإجراء التجارب الطبية والعلمية عليه دون موافقته بكامل حريته، و بهذا الخصوص يجب أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية وغيرها من التدابير المناسبة لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة، داخل منازلهم وخارجها على السواء، من جميع أشكال الاستغلال والعنف والاعتداء، بما في ذلك جوانبها القائمة على نوع الجنس، كما تعترف الدول الأطراف بأن للأشخاص ذوي الإعاقة الحق في التمتع بأعلى مستويات الصحة دون تمييز على أساس الإعاقة، وبالحصول حقهم في الاستفادة من زراعة الأعضاء التي تساهم في شفائهم.(15)

2- المنظومة القانونية المتخصصة لمنظمة الصحة العالمية :

تستهدف المنظومة القانونية المتخصصة لمنظمة الصحة العالمية وضع المبادئ و الأسس لتوجيه الإستعمال القانوني لزراعة الأعضاء و النسج البشرية، و توفير إطار منهجي و أخلاقي مقبول للحصوص على الخلايا و الأنسجة و الأعضاء البشرية و زرعها لأغراض علاجية، و من أجل التعاون المتبادل عبر تقنين هذا المجال.

2-1- تقرير منظمة الصحة العالمية حول الأخلاق والسلامة في زرع الأنسجة و الأعضاء 2003 :

ركز تقرير منظمة الصحة العالمية حول الأخلاق والسلامة في زرع الأنسجة و الأعضاء و الذي حمل شعار القضايا ذات الاهتمام العالمي، و المنعقد في مدريد، أسبانيا، 6-9 أكتوبر 2003 ، على إعتبار زرع الخلايا و الأعضاء والأنسجة من العلاجات الفعالة لطائفة واسعة من الأمراض من زرع الأعضاء والخلايا، مثل الكبد والكلية والقلب و الخلايا الجذعية في مرضى ضعف المناعة، و رغم ذلك فهناك عقبات علمية لنجاح زرع الأعضاء نتيجة المخاطر الكبيرة على صحته من انتقال العوامل المعدية عن طريق زرع الأعضاء غير البشرية، و من خلال ذلك اعتمدت منظمة الصحة العالمية مستويات أدنى للسلامة والممارسة الأخلاقية عالميا:

- 1- تشجيع و تطوير علاجات زرع في الدول الأعضاء في الطريقة المناسبة أخلاقيا.
- 2- تسهيل تطوير مجموعة أساسية من المعايير الفنية والأخلاقية لإدارة الجودة والسلامة وكفاءة المواد البشرية للزرع يمكن أن تكون نموذجاً للدول الأعضاء.
- 3- تشجيع الدول الأعضاء على وضع الإطار القانوني والسياسات الوطنية و خطة أنشطة الزرع، وخاصة ضمان التنسيق بين المشتريات المواد البشرية من المتبرعين المتوفين.
- 4- إنشاء بنك للمعلومات و البيانات عن مدى التبرع بالأعضاء، الخلية والأنسجة.
- 5- إنشاء خريطة عالمية المخاطر المعدية المعروفة وتدابير السلامة التي تطبق على الجهات المانحة والمتبرعة في مختلف البلدان والمناطق في العالم.(16)
- 6- مساعدة الدول الأعضاء على تطوير القدرات التنظيمية الوطنية الخاصة بالجودة والسلامة ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء الشبكات الدعم الدولي
- 7- إنشاء بنوك الأنسجة من العظام، العيون، القلب، والأوتار، الحيوانات المنوية.
- 8- مواجهة تحديات زراعة الخلايا وتشمل تحسين معدلات بقاء المريض و سلامة الطرف المانح، وتحسين تقنيات التوافق النسيجي بسبب عقبات التنوع العرقي، و العدوى الفيروسية، و عدم كفاية أو عدم وجود أدوات التشخيص والعلاج .

9- زرع الأعضاء ينظر إليه على أنه "خدمة عالمية للمرضى"، و أن الأدوار المحتملة لمنظمة الصحة العالمية هي تسهيل الحصول بشكل أفضل على البيانات العالمية، و تعزيز البحوث النوعية من الثقافات المتنوعة لتحسين فهم التناقضات العالمية في الزرع.

10- يجب أن تكون معايير جودة وسلامة زرع الخلايا منسقة على الصعيد العالمى، للحفاظ على برامج التبادل العالمى، و يمكن لمنظمة الصحة العالمية توفير القيادة العالمية لتسهيل التواصل والتعاون. (17)

2-2- قرار المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية الخاص بزراعة الأعضاء و الانسجة البشرية 2004 :
تم التأكيد من خلال هذا القرار أن الدول الأعضاء في منظمة الصحة العالمية تواجه مجموعة من التحديات في مجال زرع الخلايا و الأنسجة و الأعضاء البشرية، بسبب:

- زيادة علمية في زراعة الأنسجة و الأعضاء البشرية.
 - تزايد لعدم كفاية المواد البشرية للإحتياجات الطبية.
 - تزايد المخاطر المتصلة بأمنية و سلامة المواد البشرية الخاصة بالزرع.
 - تزايد الحاجة لزرع الخلايا و الأنسجة و الأعضاء الحية غير البشرية.
 - تزايد المخاطر المحتملة لزرع الأعضاء غير البشرية بسبب العوامل المعدية المعروفة و غير المعروفة. (18)
- و على هذا الأساس تم الإتفاق على ضرورة تنفيذ إشراف وطنى فعال لشراء الخلايا و الأنسجة و الأعضاء البشرية، عبر رقابة دائمة للجان متخصصة ، و إتخاذ تدابير لحماية الفئات الفقيرة من سيادة الزرع، و من بيع الأعضاء و الأنسجة، مع ضرورة قيام الدول من خلال التعاون المتبادل فحص و جمع المعلومات و البيانات عن الممارسات التى تحترم المأمنية و الجودة و النجاعة.

و بخصوص موضوع زرع الاعضاء غير البشرية (الحيوانية) فتم حث الدول على منع و عدم السماح لهذا النوع من عمليات الزرع إلا بوجود آليات قانونية و تنظيمية فعالة للضبط و المراقبة بإشراف السلطات الصحية الوطنية، بالإضافة لدعم التعاون و الإتصال الدوليين لرصد العدوى الممكن حصولها بسبب الإستعمال غير الرشيد لهذا النوع من المواد، حماية للأمن الصحى العالمى (19)

2-3- تقرير المشاورة العالمية الأولى حول المتطلبات التنظيمية لزراعة خلايا و أنسجة الإنسان 2004
ناقش المشاركون من خلال المشاورة العالمية الأولى على متطلبات التنظيمية الإنسان الخلايا والأنسجة لزراعة أوتأوا، فى 29 نوفمبر - 1 ديسمبر 2004 :

- 1- تشكل الخلايا والأنسجة فئة معينة من المنتجات الصحية مع قيمة علاجية مهمة.
- 2- البلدان التى تفتقر إلى الأطر التنظيمية تؤدي لانتشار الأمراض الناجمة عن مخاطر زرع المواد البشرية.
- 3- الرقابة الوطنية الفعالة لمعالجة مشتريات زرع الخلايا البشرية، الأنسجة والأعضاء، بما فى ذلك ضمان المساءلة عن المواد البشرية للزرع وتتبع لها .
- 4- تطوير الأنظمة والتخطيط للخدمات كمسؤولية السلطات الصحية من أجل أن ضمان حماية سلامة المرضى المألحة.

- 5- إطار تنظيمى يشمل تحديد المعايير والمواصفات، و نظام ضمان الامتثال والإنفاذ والمراقبة .
- 6- تحديد المواصفات العالمية الأساسية لنقل الأنسجة الأساسية الضرورية و الخلية المنتجات التى يتم استخدامها عالميا وبين الدول أو تسويقها تجاريا (العظام المجمدة أو وتر، وتجميد الجحف العظام، الجلد، الذى يحيط ، صمامات القلب والأوعية الدموية ، شرائح، القرنية، المنتجة للدم الطازج، الخلايا الجذعية.

- 7- تفعيل نظام متطور لاختبار أنظمة الجودة المطبقة على الخدمات المصرفية الخلايا والأنسجة. (20)
- 8- يجب إدراج التقارير السلبية في مرحلة مبكرة في حال خطر انتقال العوامل القابلة للتلوث الميكروبي ، و تعزيز المراقبة و الإبلاغ عن التهديدات المعدية والترصد الفعال من خلال التعاون الدولي كجزء من استراتيجية منظمة الصحة العالمية. (21)
- 9- تعزيز الفوائد الصحية والاقتصادية لزراعة الأعضاء من خلال بيئة تنظيمية صلبة، و تعزيز الابتكار ، و تحسين القدرة الجماعية لإدارة المخاطر.
- 10- توفير مبادئ توجيهية لتنظيم شفاف و أخلاقي، لزراعة الخلايا و الأنسجة، من أجل لزيادة إمكانية الحصول عليها والسلامة للمرضى.
- 11- تعزيز التنمية المستدامة والتدريب والمراقبة وتسهيل التعاون الإقليمي والعالمي.
- 12- تيسير إقامة الشبكات العالمية، والتعاون الدولي وتبادل البيانات على الاستخدام العلاجي للأنسجة البشرية.
- 13- تطوير مبادئ توجيهية واضحة لسلامة وجودة وفعالية الخلايا البشرية والأنسجة وزراعة الأعضاء.
- 14- تعزيز الرقابة الفعالة للزراعة من قبل السلطات الصحية الوطنية، مع مراعاة أهمية الاكتفاء الذاتي ومنع استغلال الضعفاء.
- 15- تسهيل المواءمة بين الممارسات في زراعة بما في ذلك السلامة، جودة وفعالية المواد البشرية للزراعة.
- 16- الجمع بين جميع أصحاب المصلحة من المنظمات الدولية الحكومية، وصناع السياسات، والسلطات التنظيمية الوطنية، الهيئات العلمية والمنظمات غير الحكومية ذات الصلة، وصناعة المستحضرات الصيدلانية المشاركة في زراعة الدعم، وإذا حددت بشكل مناسب، المتلقين والمخين المثلين. فهي بهذا تيسير تبادل المعلومات، وتحليل الوضع الحالي في جميع أنحاء العالم وزراعة تحديد القضايا والحلول المحتملة. (22)
- 2-4- تقرير تنسيق البيانات بشأن أنشطة زراعة الأعضاء 2007: قاموس المصطلحات العالمية جينيف، 7-8 يونيو 2007 .**
- أكد تقرير تنسيق البيانات بشأن أنشطة زراعة الأعضاء، و الذي عمل من خلال إنشاء قاموس للمصطلحات العالمية ، و المنعقد في جينيف، 7-8 يونيو 2007 تحت إشراف منظمة الصحة العالمية، على أن الغرض من التنسيق بين الدول هو جمع البيانات والمعلومات في قاعدة البيانات العالمية حول التبرع و استخدام استبيان موحد عالمي، وكذلك توحيد المصطلحات الأساسية تعريفات على التبرع والزراعة وإنشاء مسرد العالمية، و تحقيق توافق في الآراء بشأن التعاريف الأساسية على التبرع والزراعة.
- المانح :** المانح هو انسان، حتى أو المتوفى، الذي هو مصدر للأنسجة وخلايا أو الأعضاء لغرض زراعة.
- المانح الحي :** متبرع حتى هو الإنسان كائن حتى ومنهم من الخلايا والأنسجة الحية والأعضاء تمت إزالة لغرض زراعة، سواء قريب من الدرجة الوراثية كالألم، الشقيق، النسل، درجة النسبية الجينية، على سبيل المثال الجد، الحفيد، عمه، عمه، ابنة، ابن شقيق ، لا علاقة لها لا وراثيا أو عاطفيا ذات صلة .
- المتوفى المانح :** المتبرع المتوفى هو أن أعلنت قانونا من حقوق الإنسان، من خلال إنشاء المعايير الطبية، ليكون ميتا ومنهم من تم انتشال الخلايا والأنسجة أو الأعضاء لغرض من زراعة.
- توزيع :** نقل وتسليم الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا المراد الإنسان التطبيقات، بعد أن تم تخصيص لها.
- قائمة الانتظار :** قائمة المرشحين المسجلين لتلقى زراعة الأعضاء والأنسجة أو الخلايا

سياحة زرع الأعضاء : إن السفر من المستفيدين من الزرع أو المحتملين الملتحقين عبر الحدود الوطنية والتي تنطوي على الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا. (23)

2-5- إعلان اسطنبول على الاتجار بالأعضاء وسياحة زرع الأعضاء 2008.

تم التأكيد من خلال إعلان اسطنبول حول الاتجار بالأعضاء وسياحة زرع الأعضاء ، في اسطنبول من 30 أبريل إلى 2 مايو 2008 على:

- زرع الأعضاء من المعجزات الطبية في القرن العشرين، و التي إستهدفت تحسين حياة مئات الآلاف من المرضى .
- يجسد زرع الأعضاء رمزا ساطعا من التضامن الإنساني.
- يواجه ميدان زرع الأعضاء العديد من التحديات و بالخصوص الاتجار بالبشر و الإتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية ، و بالخصوص لصالح ذوي المال و السياح من الدول الغنية .
- يطرح ميدان زراعة الأعضاء موضوعا آخر ألا و هو ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المجموعات الأكثر فقرا وضعفا من سياحة زرع وبيع الأنسجة والأعضاء، لتحسين ظروف معيشتها.
- تعزيز نظام الرقابة التنظيمية الشفافة التي تضمن سلامة المتبرع والمتلقي و تطبيق المعايير و حظر الممارسات غير الأخلاقية.

- الرعاية الصحية حق من حقوق الإنسان تركز على رعاية المستلم ، مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- العمل في سياق الحكومات الوطنية، و التعاون مع المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية لوضع وتنفيذ برامج شاملة لفحص، الوقاية والعلاج من الفشل العضوي، والتي تشمل تقديم البحوث العلمية الأساسية، و تعزيز برامج فعالة استناد إلى المبادئ التوجيهية الدولية لعلاج المرضى و المتابعة بعد مرحلة المرض، مثل برامج غسيل الكلى للمرضى الكلى للحد من الوفيات و المضاعفات. (24)

- وضع التشريعات وتنفيذها من قبل كل دولة و هذا لتنظيم سياسة متكاملة لبرامج الإستفادة من الأعضاء من المتبرعين المتوفين وممارسة زراعة الأعضاء، بما يتفق مع المعايير الدولية، عبر وضع إجراءات وتنفيذها لتحقيق أقصى قدر من عدد من الأعضاء المتاحة للزرع، الإرتقاء بالرقابة والمساءلة من قبل السلطات الصحية في كل دولة لضمان الشفافية والسلامة في ممارسات التبرع والزرع، مع ضمان الرقابة من خلال نظام سجلات وطني أو إقليمي لتسجيل المتبرع المتوفى و المستفيد من الزرع، و تطوير البرامج الفعالة التي تشمل التثقيف والتوعية العامة، والصحة و التعليم والتدريب المهني، ومسؤوليات محددة والمساءلة لأصحاب المصلحة.

- العدالة في توزيع الأعضاء توزيعا عادلا داخل البلدان أو الولايات القضائية بغض النظر عن نوع الجنس أو العرق أو الدين أو المركز الاجتماعي أو المالي.

- يجب أن يكون الهدف الرئيسي لسياسات وبرامج الزرع على المدى القصير و على المدى الطويل الرعاية الطبية لتعزيز الصحة من الجهات المانحة والمتلقي على حد سواء، من خلال الأخذ بعين الاعتبار الجانب المالي أو الكسب المادي بالإضافة للمحافظة على الصحة والرفاهية من الملتحقين والمتلقين.

- ينبغي على الدول أن تسعى جاهدة لتحقيق الاكتفاء الذاتي من أعضاء التبرع داخل الدولة أو من خلال التعاون الإقليمي.

- تنظيم الاتجار بالأعضاء وسياحة زرع الأعضاء من أجل تفادي انتهاك مبادئ العدالة والإنصاف والاحترام للكرامة الإنسانية لأن الزرع يستهدف الفئات الفقيرة والضعيفة وإلا، فإنه يؤدي بالضرورة إلى عدم المساواة والظلم الإجتماعي ، بالإضافة للحد من الممارسات و معالجة المشاكل التي تحفز الأفراد أو المجموعات الضعيفة على بيع

أعضائهم بطريق غير شرعى (مثل الأميين و الفقراء ، المهاجرين غير الشرعيين، والسجناء، و اللاجئين و النازحين)
(25)

2-6- المبادئ التوجيهية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية 2010.

أكدت المبادئ التوجيهية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية فى 2010 على ضرورة احترام القواعد و المبادئ الأساسية ليكون مجال زرع الأعضاء البشرية مساهما فعالا فى الارتقاء بالصحة المستدامة من خلال :

1-جواز زرع الخلايا و النسج و الأعضاء من أجسام الموتى لغرض الزرع بالموافقة المسبقة.

1-1- مسؤولية الدولة على مراقبة عملية الحصول على الموافقة المسبقة كأساس أخلاقى لكل التدخلات الطبية، على ضوء المعايير و القواعد الوطنية و الدولية

1-2- الموافقة تكون مرتبطة بخصوصية كل مجتمع، و حسب تقاليده الطبية و الإجتماعية و الثقافية بمعنى إنعدام الرفض أو الإمتناع من قبل الميت بشكل صريح أو مفترض و هذا أثناء حياته (مسجل أو شفاهة أو بوثيقة أو مسجل فى سجل التبرع)

2-تجنب تعارض المصالح بين الأطباء الذين بالوفاة و أطباء الزرع.

3-إنشاء برامج خاصة بالتبرعين بدرجة من الفعالية و الكفاءة، و هذا من أجل:

3-1- تحديد الشروط الأساسية للتبرع من الأحياء

3-2- تفادي المخاطر التى تهدد المتبرعين الأحياء

3-3- التحقيق الطبى للتأكد من مطابقة بين المتبرع و المتلقى لتعزيز الإطمئنان (علاقة القرابة أو العلاقة الزوجية)

3-4- إجراء تقييم نفسى إجتماعى فى حالة المتبرعين من غير ذوي القربى لحماية المتبرع من الإكراه أو الضغط و الحد من التلاعب بصحته.(26)

4-منع عام لنزع الخلايا و الأنسجة أو الأعضاء من الأطفال القصر إلا فى حالة نادرة.

4-1- التبرع داخل الأسرة بالخلايا المتجددة (إذا لم يوجد متبرع بالغ يحقق الهدف العلاجى)

4-2- زرع الكلى بين التوائم المتماثلين.

4-3- تفادي وجود أى اضطراب وراثى يمكن أن يضر بالمتبرع مستقبلا.

5-تعزيز فضلية التبرع مجانا بالأعضاء البشرية لإنقاذ الأرواح، و تحسين نوعية الحياة لتفادي إستغلال الفقراء للحاجة، و الحد من جرائم الإتجار بالبشر و تهريبهم لغرض الإتجار بالأعضاء البشرية.

5-1- تفادي دفع الاموال مقابل الحصول على الخلايا أو الانسجة و الأعضاء البشرية (تفادي إستغلال الفئات الأكثر فقرا).

5-2- تفادي حالة حالة إنتشار اللاوعى الثقافى بسبب التصرفات غير القانونية للإستغلال و بالخصوص تقلص فكرة التبرع بالإيثار.

5-3- تفادي صور الجريمة المنظمة التى تركز على إهانة البشر (الإتجار بالأعضاء البشرية، القتل، المساس بالكرامة الإنسانية، الإبتزاز...الخ)

5-4- تفادي تقلص حالة التضامن الإنسانى داخل المجتمع بسبب غياب فضيلة التبرع لإنقاذ أرواح المرضى و تحسين نوعية الحياة.

5-5- عدم إدخال النفقات الطبية و الدخل المفقود للمتبرعين الأحياء، و تكاليف العلاج ، و تكاليف المتابعة

اللاحقة لتفادي أى مضاعفات صحية ضمن مفهوم الربح المالى الممنوع.

6- تشجيع عملية التبرع وفقا للأطر القانونية المعمول بها من خلال :

6-1- جواز الإعلان وفقا للإجراءات القانونية لتشجيع التبرع بين أوساط المجتمع عبر المؤسسات الاجتماعية.

6-2- تركيز أجهزة الدولة المتخصصة من خلال وزارة الصحة، و التضامن الوطنى، و وزارة الشؤون الدينية... الخ من خلال خطة و إستراتيجية مدروسة على الإعلان فى كل وسائل الإعلام المرئية و المسموعة و المكتوبة لتكوين رأى عام داخل بضرورة المشاركة و التكافل الاجتماعيين عبر مساعدة المحتاجين للتبرع.(27)

7- تفادى التجارة و السمسرة و الوساطة فى عمليات التبرع من قبل جميع مرافق الرعاية الصحية.

8- تخصيص الأنسجة و الأعضاء وفقا للمعايير الأخلاقية و الحاجات الملحة لا للإعتبارات المالية (شفافية الإستفادة)

9- ضمان تجسيد آلية عالية الجودة و المأمونية للمتلقين و المتبرعين.

9-1- تقييم المعلومات الخاصة بالفوائد و المخاطر الخاصة بعمليات الزرع.

9-2- رصد برامج الزرع لمراقبة كاملة لحالة كل من المتبرع و المتلقى، و الطاقم الطبى المسؤول على رعايتهما

9-3- مراقبة السجلات الوطنية أو الدولية الخاصة بعمليات الزرع.

10- ضمان أن تتسم عمليات التبرع و الزرع و نتائجها و آثارها بالشفافية و الوضوح للمجتمع المتخصص و العام، مع ضمان السرية و الخصوصية فى بعض الحالات.

10-1- تمكين الجمهور بشكل دائم على الإطلاع على مختلف البيانات المحدثة بشأن الإجراءات.

10-2- تمكين الجمهور بشكل دائم على الإطلاع على مختلف البيانات بشأن حصائل الزرع .

10-3- تمكين الجمهور بشكل دائم على الإطلاع على مختلف البيانات بشأن الميزانية و التمويل.

10-4- تمكين الجمهور المتخصص (الأطباء، الباحثين، الطلبة) بشكل دائم على الإطلاع على مختلف البيانات من أجل الإرتقاء بالبحث العلمى فى الميدان الطبى.(28)

و فى الأخير و ما يمكن إستنتاجه، أن الجهود الدولية الرامية لتطوير زرع الأعضاء البشرية للأغراض الطبية أصبح مجالا أكثر من ضروري لمواجهة التحديات الكبيرة التى تواجه المسار الصحى العالمى، و لمساعدة المرضى الذين يكون لهم الزرع بمثابة الأمل الكبير للعودة أصحاء، كما أن هذا التخصص الطبى يعد من أهم عوامل تحقيق التنمية المستدامة، و الإرتقاء بكرامة الإنسان بإعتباره مصلحة إنسانية مشتركة، و هذا ما تعمل منظمة الصحة العالمية ، و بالتنسيق مع مختلف التنظيمات ، و عبر منظومتها القانونية من أجل التأكيد على مجموع الإلتزامات التى يتوجب على الدول الأعضاء إحترامها بإعتبار أن حماية الحق فى الصحة من أهم الحقوق الإنسانية .

قائمة المراجع :

- 1- راجع : المادة 1 من الفصل الأول بعنوان: مقاصد الهيئة ومبادئها ، ميثاق الأمم المتحدة 1945، إدارة شؤون الإعلام، الأمم المتحدة، نيويورك، 1999.
- 2- راجع: المادة 62 بعنوان: الوظائف والسلطات من الفصل العاشر: المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ميثاق الأمم المتحدة 1945، إدارة شؤون الإعلام، الأمم المتحدة، نيويورك، 1999.
- 3- راجع: المواد 3، 4، 5، 25 من أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع-A.94.XIV، Vol.1, Part 1، ص 1.
- 4- راجع: المادة 06 من أحكام الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 608 (د-21) المؤرخ في 30 نيسان/أبريل 1956 حررت في جنيف في 7 أيلول/سبتمبر 1956 تاريخ بدء النفاذ: 30 نيسان/أبريل 1957، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع-A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 290.
- 5- راجع: المواد 06، 10 من أحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع-A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 11.
- 6- راجع: المادة 12 من أحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع-A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 11.
- 7- راجع: المادة 12 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول/سبتمبر 1981، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع-A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 208.
- 8- راجع: المبدأين 01، 02 من أحكام مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين، ولا سيما الأطباء، في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 194/37 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1982.
- 9- راجع: إعلان الخرطوم بشأن نهج للإنعاش الاقتصادي والاجتماعي والتنمية في أفريقيــــــــــــا يكون محوره الإنسان 1988. قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 66/1988 المؤرخ في 28 تموز/يوليه 1988
- 10- راجع : المواد 06، 19/24 من أحكام اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول/سبتمبر 1990، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع-A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 237.
- 11- راجع : المواد 3، 15، بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 نوفمبر 2000 ، وثيقة الأمم المتحدة A/RES/55/25. مجموعة المعاهدات، المجلد 596، الأرقام 8638-8640.
- 12- راجع: المادتين 03، 04، 12 من أحكام بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية

- الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 نوفمبر 2000.
- 13- راجع: المادتين 09، 12 من أحكام بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 نوفمبر 2000.
- 14- راجع: المادة 01 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 177/61 المؤرخ في 20 كانون الأول/ديسمبر 2006
- 15- راجع: المواد 15، 16، 25 من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 611/61، المؤرخ في 13 كانون الأول/ديسمبر 2006، وثيقة الأمم المتحدة A/RES/61/106، المرفق الأول.
- 16- تقرير منظمة الصحة العالمية حول الأخلاق والسلامة في زرع الأنسجة والأعضاء 2003، ص 7.
- 17- تقرير منظمة الصحة العالمية حول الأخلاق والسلامة في زرع الأنسجة والأعضاء 2003، ص 16.
- 18- راجع: قرار المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية الخاص بزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية 2004، الدورة الثالثة عشر بعد المائة، البند 3- 17 من جدول الأعمال، الجلسة السابعة 22 يناير 2004،
http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/22047/1/aeb113r5.pdf ص 63.
- 19- راجع: قرار المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية الخاص بزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية 2004، الدورة الثالثة عشر بعد المائة، البند 3- 17 من جدول الأعمال، الجلسة السابعة 22 يناير 2004،
http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/22047/1/aeb113r5.pdf ص 65.
- 20- تقرير المشاورة العالمية الأولى حول المتطلبات التنظيمية لزراعة خلايا وأنسجة الإنسان 2004، موقع: http://www.who.int/emc ص 4.
- 21- المرجع نفسه، ص 9.
- 22- المرجع نفسه، ص 12، 13.
- 23- تقرير تنسيق البيانات بشأن أنشطة زراعة الأعضاء 2007: قاموس المصطلحات العالمية جنيف، 7-8 يونيو 2007، موقع: http://www.who.int
- 24- إعلان اسطنبول على الاتجار بالأعضاء وسياسة زرع الأعضاء 2008، موقع: http://www.who.int ص 2.
- 25- المرجع نفسه، ص 4، 6.
- 26- راجع: المبادئ التوجيهية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية 2010، منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية الثالثة و الستون، البند 11 و 21 من جدول الأعمال بعنوان: زرع الأعضاء والنسج البشرية، 15 مارس 2010، ص 7-9
- 27- المرجع نفسه، ص 10-13.
- 28- المرجع نفسه، ص 15، 16.

قاعدة : "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" - دراسة مقاصدية -



دراسة من إعداد الأستاذ : سعيد الشوي

باحث بماستر في القواعد الفقهية والأصولية

بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرارز بفاس

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إن مما لا شك فيه أن قواعد الفقه تعتبر من أهم ما يجب الاشتغال به في الفقه الإسلامي؛ لأنها الوسيلة التي تكفل لنا ضبط فروعہ وجزئياته وتخرجها على أصولها، وبالتالي تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية؛ ولأنها كذلك صيغت وتكونت من نصوص الشرع وفروع الفقه؛ فصارت بذلك موجز الفقه الإسلامي، وخلاصة الشريعة المتضمنة لأسراره وغاياته.

والقاعدة موضوع الدراسة هي قاعدة مهمة في الفقه عامة، وفي مجال القضاء على وجه الخصوص؛ إذ تسعى إلى تحقيق مقاصد جمة، من خلال درء المفساد عن الناس وحفظ حقوقهم وجلب منافعهم؛ تحقيقا لمصالحهم. وهذا ما سيتضح جليا من هذه الدراسة المقاصدية، والتي أتناول الحديث عنها من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : معنى القاعدة.

أولا : شرح ألفاظ القاعدة.

- البينة :

لغة : من يبين بينة، والبينة ما فيه بيان، «والبيان: ما بين به الشيء من الدلالة وغيرها. وبان الشيء بيانا : اتضح، فهو بين، والجمع أبيان، مثل هيئن وأهيناء، وكذا أبان الشيء فهو مبين»¹.

¹ لسان العرب، مادة (بين)، 406/1.

اصطلاحاً: قال محمد على التهانوي: «وعند الفقهاء تطلق [البينة] على الشهادة، فإنهم قالوا إن الحجة في الشرع على ثلاثة أقسام: البينة، والإقرار، والنكول»¹.

فمعناها الاصطلاحي مأخوذ من المعنى اللغوي، أي: بمعنى: البيان والإظهار والإيضاح، فهي «كل ما يبين حق المدعى من شهادة، أو إقرار المدعى عليه، أو قرائن الحال أو غير ذلك. وإذا أطلقت على الشهود خاصة، فإنما ذلك من باب التعبير بالغالب»².

- المدعى: عرفه القرافي - رحمه الله عليه - (ت 684هـ) بقوله: «هو كل من كان على خلاف أصل أو عرف... فالمدعى بالدين على خلاف الأصل؛ لأن الأصل براءة الذمة»³. وعرفه الشريف الجرجاني - رحمه الله عليه - (ت 816هـ) بأنه «من لا يجبر على الخصومة»⁴. وقال التهانوي - رحمه الله عليه -: «المدعى: من لا يستحق إلا بحجة... وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر... فإذا ادعى دينا على آخر فإنه يلتمس أمرا غير ظاهر عارضا...»⁵.

- المدعى عليه: عرفه القرافي - رحمه الله عليه - (ت 684هـ) بقوله: «هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف»⁶. وقال الشريف الجرجاني - رحمه الله عليه - (ت 816هـ): «المدعى عليه: من يجبر على الخصومة»⁷. وعرفه التهانوي - رحمه الله عليه - بقوله: «والمدعى عليه: من يكون مستحقا بقوله من غير حجة، فإن ذا اليد إذا قال هو لي، كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه، وقيل... المدعى عليه من يتمسك بالظاهر، فإن ادعى [مدع] دينا على آخر، فإنه يلتمس أمرا غير ظاهر عارضا، والمدعى عليه إذا أنكر كان متمسكا بالأصل، وهو براءة ذمته، وقيل المدعى عليه هو المنكر...»⁸.

- اليمين :

لغة : «القوة والقدرة»⁹.

اصطلاحاً: قال ابن عرفة - رحمه الله عليه - (ت 803هـ): «اليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر لقبول معلق بأمر مقصود عدمه»¹⁰. وعرف الجرجاني - رحمه الله عليه - (ت 816هـ) اليمين في الشرع بقوله: «[هي] تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق»¹¹.

¹ كشف اصطلاحات الفنون والعلوم للعلامة محمد علي التهانوي 357/1.

² نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، للدكتور محمد الروكي، ص: 338.

³ الفروق للقرافي، الفرق: الستون والمائة، 277/3.

⁴ التعريفات للشريف الجرجاني، باب الميم، ص: 114.

⁵ كشف اصطلاحات الفنون والعلوم للتهانوي، 785/1.

⁶ الفروق للقرافي، الفرق: الستون والمائة، 277/3.

⁷ التعريفات للشريف الجرجاني، باب الميم، ص: 114.

⁸ كشف اصطلاحات الفنون والعلوم للتهانوي، 785/1.

⁹ لسان العرب، مادة (يمن)، 4969/6.

¹⁰ شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، كتاب الإيمان، ص: 163.

¹¹ التعريفات، للشريف الجرجاني، باب الياء، ص: 142.

ثانيا : المعنى الإجمالي للقاعدة.

هذه القاعدة هي بمثابة «قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، [وهي تعني أنه] لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك»¹.

اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه حق، سواء كان بينه وبين المدعى اختلاط أم لا، هذا حسب الشافعية والحنفية. أما مذهب مالك - رحمة الله عليه -، فلا تجب اليمين على المدعى عليه إلا بخُطْطَة²، أو ظَنَّة³، أو يكون المعنى يشبه في العادة أن يدعى مثلها عليه، إلا أن يكونا غريبين فلا يراعى ذلك فيهما⁴.

الفرع الثاني : أصل القاعدة.

يرجع أصل هذه القاعدة إلى الحديث الذي رواه ابن عباس - رضى الله عنهما -: (أَنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ : لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمْلَهُ رَجَالٌ وَأَمْوَالُهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)⁵. « وفي رواية: (أَنَّ النَّبِيَّ (ص) قَضَى بِالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)... وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة: (بَدَعُوهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمْلَهُ قَوْمٌ وَأَمْوَالُهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)⁶».

وقد رجح الدكتور محمد الروكي عبارة: " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " على عبارة: " البينة على المدعى واليمين على من أنكر "؛ حيث قال: «وقد أوردت هذه القاعدة مجلة الأحكام العدلية في مادتها السادسة والسبعين بعبارة: " البينة على المدعى واليمين على من أنكر ". وهذه العبارة وإن كانت هي المشهورة على الألسنة، إلا أن الذي أثبتناه هو الأصح من جهة الرواية، ذلك أن أصل هذه القاعدة ببينيتها وصياغتها: ما رواه عبد الله بن عباس أن النبي (ص) قال: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمْلَهُ رَجَالٌ وَأَمْوَالُهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)⁸».

¹ شرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، 223/6. بتصرف؛ حيث تم إبدال (ففيه أنه) بـ (وهي تعني أنه).

² الخلطة: قال الإمام النووي: «واختلفوا في تفسير الخلطة ف قيل: هي معرفته بمعاملته ومدابنته بشاهد أو بشاهدين، وقيل: تكفي الشبهة، وقيل: هي أن تليق به الدعوى بمثلها على مثله، وقيل: أن يليق به أن يعامله بمثلها». شرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، 223/6. وعرفها ابن عرفة بقوله: «الخلطة حالة تُرفع بعد توجُّه الدعوى على المدعى عليه». وشرح ابن الرصاع ذلك بقوله: «فإن ثبت من حال المدعي وحال المدعى عليه أنه لم يُعامل أحدهما صاحبه بوجه، فتلك الحالة تُرفع توجُّه دعوى المدعي على المدعى عليه، فلا يترتب عليه لازم الدعوى»، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ص: 618-619.

³ الظنَّة: التهمة. والظنين المتهم الذي تظن به التهمة. لسان العرب لابن منظور، مادة (ظنن)، 2763/4.

⁴ يُنظر رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص: 178. والإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 958/2. وفصول الأحكام لأبي الوليد الباجي، ص: 127. وشرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، 223/6.

⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، الحديث رقم: 2524. و مسلم في كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 1711. والترمذي في سننه: كتاب: الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 1341.

⁶ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب: الدعوى والبيّنات، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 20611.

⁷ شرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، 223/1.

⁸ أخرجه مسلم في كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 1711.

⁹ نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، للدكتور محمد الروكي، ص: 339.

الفرع الثالث : مقاصد القاعدة.

فاعتبار هذه القاعدة قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع ، راجع إلى ما تحققه من مقاصد جمة، وخاصة في مجال القضاء¹، ومنها :

أولا : مقصد حفظ حقوق الناس من أموال ودماء وغيرها من الحقوق المشروعة، ولهذا قال الرسول (ص) : (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمْلَهُ رِجَالٌ وَأَمْوَالُهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)². والقاعدة موضوع الدراسة ، جزء من هذا الحديث، الذي يعتبر «أصلا من أصول الأحكام وأعظم مرجع عند التنازع والخصام، ويقتضي أن لا يحكم لأحد بدعواه»³.

ثانيا : سد ذريعة أخذ حقوق الناس بالباطل، وردع كل من سولت له نفسه ادعاء أموال الناس ودمائهم؛ عن طريق إلزام المدعى بالبيينة، ويكتفى المدعى عليه باليمين. ولهذا لا يعطى المدعى بمجرد دعواه. والقصد «الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه؛ لأنه لو كان أعطى بمجرد ادعاء قوم دماء قوم وأموالهم واستبيح، ولا يمكن للمدعى عليه أن يصون ماله ودمه، وأما المدعي فيمكنه صيانتهما بالبيينة»⁴.

ثالثا : مقصد الإحسان إلى القاضى والمدعى والمدعى عليه، فبإعمال هذه القاعدة يُحَسِّنُ القاضى لنفسه ولغيره، والإحسان مطلوب شرعا، لقوله تعالى : (وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ)⁵. وقال العز بن عبد السلام - رحمه الله عليه - : «وأجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفسد بأسرها قوله تعالى : إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»⁶. وبعد بيانه لهذه الآية⁸، قال - رحمه الله عليه - : «الإحسان لا يخلو عن جلب نفع أو دفع ضرر أو عنهما. وتارة يكون في الدنيا، وتارة يكون في العقبى :

أما في العقبى : فتعليم العلم والفتيا والإعانة على جميع الطاعات وعلى دفع المعاصى والمخالفات، فيدخل فيه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر باليد واللسان.

¹ القضاء: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين. شرح حدود ابن عرفة للرصاع، كتاب: القضاء، ص: 568.

² أخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 1711.

³ شرح الأربعين حديثا النووي، لابن دقيق العيد، ص: 119. (بتصرف)، حيث تم إيدال (أصل) ب (أصلا).

⁴ شرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه، 223/6.

⁵ سورة البقرة، آية: 194.

⁶ سورة النحل، آية: 90.

⁷ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 315/2.

⁸ بقوله: «الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دق العدل وجه شيء إلا اندرج في قوله: إن الله يأمر بالعدل»، ولا يبقى من دق الإحسان وجه شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان، والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان: إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة وكذلك الألف واللام في الفحشاء والمنكر والبغى عامة مستغرقة لأنواع الفواحش ولما يذكر من الأقوال والأعمال. وأفرد البغى - وهو ظلم الناس - بالذكر مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، فإن العرب إذا اهتموا أتوا بمسميات العام. ولهذا أفرد البغى وهو الظلم مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، كما أفرد إيتاء ذي القربى بالذكر مع اندراجه بالعدل والإحسان». قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 315/2 - 316.

وأما في الدنيا: فبالأرفاق الدنيوية ودفع المضار الدنيوية، وكذلك إسقاط الحقوق والعفو عن المظالم¹.

والقاضي مطيع لربه بالحكم بين الناس بالحق، «وكل مطيع لله محسن إلى نفسه، فإن كان إحسانه متعديا إلى غيره تعدد أجره بتعدد من تعلق به إحسانه، وكان أجره على ذلك مختلفا باختلاف ما تسبب إليه من جلب المصالح ودرء المفاسد...

[ف]إن كان حاكما، فهو محسن إلى نفسه بطاعة ربه، وإلى المدعى إن كانت له حجة فقد نصره بإيصال حقه إليه، وإلى المدعى عليه ظلما بتخليص خصمه من ظلمه والمدعى مظلوما. وإن كان الأمر بالعكس، فقد نصر المدعى عليه مظلوما والمدعى ظلما...»².

وعليه، فبتطبيق القاضي لهذه القاعدة يحقق مصالح نفسه، بجلب ثواب ربه، ويحقق مصالح المدعى والمدعى عليه، بنصر المظلوم وظلمه. ففي منع الظالم من ظلمه، تحقيق لمصلحته، بدرء مفسدة ترتب العقاب على استمرار اعتدائه، وفي دفع الظلم عن المظلوم، جلب لمنفعته باسترداد حقه، وهذا كله هو الإحسان بعينه.

رابعا: مقصد تحقيق العدل والمساواة بين الخصمين، ويتجلى ذلك من خلال إلزام من ضعف جانبه بأقوى الحجج، واكتفاء من قوى جانبه بأضعفها. فالمدعى يدعى شيئا على خلاف الأصل، وعلى خلاف الظاهر، وبالتالي فهو ضعيف الجانب، يحتاج إلى حجة قوية ليتقوى جانبه، ولهذا تم تكليفه بإحضار البينة، فإذا أقام البينة فإنه «تقدم بينته على يمين خصمه؛ لأن الظن المستفاد من البينة أقوى من الظن المستفاد من حلف المدعى عليه»³. أما المدعى عليه فجانبه قوى؛ لأن الأصل براءة ذمته، ولهذا كلفَ بدليل ضعيف وهو اليمين بعد الإنكار، فإذا حلف «صرفهما [أي: المدعى والمدعى عليه] الحاكم لظهور براءة المدعى عليه بيمينه، إذ لا يجوز الحكم إلا بحجة محركة للظن»⁴. فإذا ضعف جانب المدعى عليه بالنكول انتقلت اليمين إلى المدعى ليتقوى جانبه، فيحكم له، إذ «لا يحكم على المدعى عليه بمجرد النكول، إلا أن تكون الجهة المدعى لها لا يمكن ردُّ اليمين عليها، كأموال المصالح والزكوات، ففي الحكم بالنكول اختلاف»⁵.

ففي إلزام المدعى عليه بإقامة البينة، جور وظلم في حقه وحق خصمه، وفي تكليف المدعى باليمين فقط، ظلم كذلك له ولغيره؛ لأنه سيفتح له الباب لادعاء كل شيء ظلما وعدوانا، فيظلم نفسه وخصمه.

قال العز - رحمه الله عليه - «فإن قيل: إذا كان العدل في اللغة هو التسوية، والقاضي لا يسوى بين الخصوم في قبول قولهم، بل يقبل قول المدعى عليه مع يمينه ولا يقبل قول المدعى إلا بعد نكول المدعى عليه. وكذلك وظف البينة على المدعي وهذا تفاوت لا تسوية فيه.

¹ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 317/2.

² نفسه، 394/2 - 395.

³ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 53/2.

⁴ نفسه، 53/2، بتصرف؛ حيث تم إبدال (فيصرفهما)، ب (صرفهما).

⁵ نفسه، 53/2.

قلنا: معنى التسوية في الحكم وجميع الولايات أنه يسوى بين المدعين في العمل بالظاهر في توظيف البيئة على المدعين، والأيمان على المنكرين، ورد الأيمان على المدعين عند نكول المنكرين¹.

وقال - رحمة الله عليه - في موضع آخر: «إن قيل كيف جعلتم القول قول المدعى عليه، ولم تجعلوا القول قول المدعي، مع أن كذب كل واحد منهما ممكن؟

قلنا: جعلنا القول قوله لظهور صدقه، فإن الأصل براءة ذمته من الحقوق، وبرائة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته من الانتساب إلى شخص معين، ومن الأقاويل كلها والأفعال بأسرها.

وكذلك الأصل عدم إسقاط ما ثبت للمدعى من الحقوق وعدم نقلها، فيدخل في هذا جميع العقود والتصرفات، حتى الكفر والإيمان.

وكذلك الظاهر أن ما في يده مختص به، فجعلنا اليمين عليه لرجحان جانبه بما ذكرناه، فقوينا الظن المستند إلى ما ذكرناه بالظن المستفاد من اليمين.

فإن نكل زال الظن المستفاد من براءة ذمته وجسده ويده؛ لأن الطبع وازع عن النكول الموجب لحلف المدعى بما يضر بالإنسان في ذمته وجسده ويده، فرجح بذلك جانب المدعى، فعرضت اليمين عليه ليحصل لنا الظن المستفاد من اليمين مضافا إلى الظن المستفاد من النكول.

وقد جعل بعض العلماء الظن المستفاد من النكول موجبا للحكم لقوته وشدة ظهوره، فإذا قامت البيئة العادلة قدمت على ذلك؛ لأن الظن المستفاد منها أقوى وأظهر من الظن المستفاد من تحليف أحد الخصمين².

ثم قال كذلك: «فإن قيل: قد أُمر الأئمة والحكام بالعدل، وهو التسوية بين المستحقين والمتخاصمين، وقد فاتهم بينهم فقدمتم قول المدعى عليه؟

قلنا: العدل تقديم من رجح جانبه، أما الحاكم فيسوي بين الخصوم من وجهين:

أحدهما: التسوية بينهم في الإقبال والإعراض والنظر والمجلس. الوجه الثاني: التسوية بينهم في العمل بالظنون فيجعل القول قول كل مدعى عليه مع يمينه إلا ما استثناه الشرع، كالقسامة واللعان، فيسوى فيه بين الأزواج، وكذلك يسوى بين النساء في درء الحد باللعان، وكذلك يسوى بين الخصوم في تحليف كل مدّع بعد النكول، وكذلك إذا تناكلا ولم يحلف واحد منهما، فيسوى بينهما في صرفهما³.

خامسا: المقصد من تشريع اليمين في هذه القاعدة، هو جلب المصلحة ودفع المفسدة بالنسبة لكل من المدعى والمدعى عليه؛ لأنها «إنما شرعت ليهاب الخصم الإقدام عليها كاذبا، خوفا من الله»⁴. ولولاها لانتهكت حرمة الدماء

¹ نفسه، 102/1.

² قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 65/2.

³ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 65-66/2.

⁴ نفسه، 217/2.

والأبضاع والأعراض والأموال، وقد تكون سببا لمفاسد، لكنها نادرة، والعبرة بما غلب، «[ف]يؤمن المدعى عليه دافعة لمفسدة في ظاهر الحكم، فإن وافق الظاهر الباطن اندفعت المفسدة عنه وعن المدعى، ولا يندفع إثم الدعوى. وإن خالف الظاهر الباطن تحققت المفسدة الآجلة في حق المدعى عليه بظلمه، وفي حق المدعي بتأخير حقه وفواته.

وأما يمين المدعى فجالبة لمصلحة المدعى في دينه، دافعة للمفسدة عن المدعى عليه، فإن توافقت الظاهر والباطن حصلت مصلحة المدعى واندفعت المفسدة عن المدعى عليه. وإن اختلف الظاهر والباطن تحققت المفسدة الآجلة في حق المدعي، والمفسدة العاجلة في حق المدعى عليه»¹.

وما يقال في تشريع اليمين، يقال كذلك في تشريع البيعة، من جلب للمصالح ودرء للمفاسد - كما قال العز رحمة الله عليه - : «وحكم بيعة المدعي والمدعى عليه كحكم يمينهما...»².

الفرع الرابع : الاستثناء من القاعدة ومقاصده.

ويستثنى من هذه القاعدة بعض المدعين الذين يُجعل القول قولهم مع يمينهم ابتداء - دون أن تتوجه اليمين على المدعى عليه - لمقاصد حصرها العز بن عبد السلام - رحمة الله عليه - في ثلاثة، وهى: تحقيق مصلحة من ترجح جانبه، أو إقامة مصلحة عامة، أو دفع ضرورة خاصة:

أولا : مقصد تحقيق مصلحة من ترجح جانبه ، «فله مثالان :

أحدهما : دعوى القتل مع اللوث، فإن اللوث قد رجَّح جانبه بالظن المستفاد من اللوث ، فانتقلت اليمين إلى جانبه، ثم أكدنا الظن بتحليفه خمسين يمينا، لما في ذلك من بُعد الجراءة على الله بخمسين يمينا كاذبة، فأوجبنا الدية لما ظهر لنا من صدقه. وفي إيجاب القَوْد بمثل هذا الظن خلاف بين العلماء.

المثال الثانى : قذف الرجل زوجته، فإن صدقه فيه ظاهر؛ لأن الغالب في الزوج نفى الفواحش عن امرأته، وأنه يَتَعَيَّرُ بظهور زناها، ولولا صدقه في هذه الواقعة لما أقدم على ذلك، فلما ظهر صدقه ضممنا إلى هذا الظهور الظهور المستفاد من أيمان اللعان، وأكدنا ذلك بدعائه على نفسه باللعن الذي لا يقدم عليه غالبا إلا صادق في قوله...»³.

ثانيا : مقصد تحقيق مصلحة عامة، فله أمثلة ، منها :

«أحدها : قبول قول الأمناء في تلف الأمانة، لو لم يشرع لزهد الأمناء في قبول الأمانات، ولفاتت المصالح المبنية على حفظ الأمانات.

المثال الثانى : قبول قول الحكام فيما يدعونه من الجرح والتعديل، وغيرهما من الأحكام، لو لم يُقبل لفاتت مصالح تلك الأحكام لرغبة الحكام عن ولاية الأحكام.

¹ نفسه، 55/2 - 56.

² قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 56/2.

³ نفسه، 66/2 - 67.

المثال الثالث : قبول قول المدعي رد الأمانة على مستحقها...¹.

ثالثا : رفع ضرورة خاصة: «فكالغاصب يدعى تلف المغصوب، فالقول قوله مع يمينه؛ لأننا لو رددنا قوله لأدى إلى تَخْلُده في الحبس إلى موته. ويجب طَرْدُ هذا في كل يد ضامنة كيد المستعير والمُسْتَأَم»².

واستثنى المالكية من هذه القاعدة - على خلاف الحنفية والشافعية - كل من لا تجمععه مع المدعى مخالطة أو ليس معه ما يقوي دعواه لضعف التهمة، فهذا لا يمين عليه، فليس كل من أنكر تجب عليه اليمين، بل لا بد من وجود معنى يزيد على مجرد الدعوى يستوجب هذا اليمين.

والمقصد من ذلك هو دفع المفسدة عن المدعى عليه، بسد الذرائع المفضية إليها، «وهي منع المباح إذا قُوِيَتْ التهمة في التطرق به إلى المنوع، وذلك موجود في مسألتنا؛ لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الديانات وذوى الأقدار والمروءات لئلا يسبق إليهم ظنُّه، فلو أحلفنا مدعى عليه بنفس الدعوى لتطرق بذلك لكل من يريد إيذاء غيره وإغرامه شيئا أن يدعى عليه شيئا، فإذا أنكره أحلفه لتهمته بذلك، أو تدعوه الضرورة إلى أن يصانعه على شيء يفتدي به يمينه، فوجب حسم الباب بأنَّ له الضرر بالمنع منه، إلا أن يكون مع الدعوى شيء يقويها لضعف التهمة»³. وفي هذا المعنى قال الإمام النووي - رحمه الله عليه -: «قال مالك وجمهور أصحابه والفقهاء السبعة، فقهاء المدينة: إن اليمين لا تتوجه إلا على من بينه وبينه خلطة لئلا يبتذل السفهاء أهل الفضل بتحليفهم مرارا في اليوم الواحد، فاشتربت الخلطة دفعا لهذه المفسدة»⁴.

الخلاصة :

هذا ما يسرَّ الله سبحانه وتعالى كتابته في هذا البحث المتواضع، فما كان فيه من توفيق فمن الله تعالى، وما كان فيه من تقصير فمني ومن الشيطان.

وقد خلصت في نهاية هذه الدراسة المتواضعة إلى عدة نتائج، منها :

أولا : إن القاعدة موضوع الدراسة تقصد إلى جلب مصالح المدعى والمدعى عليه ودرء المفساد عنهما في العاجل والآجل معا، شأنها في ذلك شأن سائر القواعد الفقهية.

ثانيا : إنها قاعدة توجب على القاضى معرفة المدعى من المدعى عليه والتمييز بينهما؛ ليتسنى له إلزام المدعى بالبيئة ويكتفي المدعى عليه باليمين؛ لأن المدعى عليه قد يمثل دور المدعي والعكس؛ فتضيع بذلك مصالح المظلومين.

ثالثا : إنها قاعدة تسعى إلى تحقيق مقصد المساواة بين الأطراف المتنازعة؛ وذلك بإلزام من ضعف جانبه (المدعى) بأقوى دليل (البيئة)، وإلزام من قوي جانبه (المدعى عليه) بأضعفها (اليمين).

¹ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام. 67/2.

² نفسه، 68/2.

³ الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص: 958.

⁴ شرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، 223/6.

فهرس المصادر والمراجع :

- 1- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
- 2- التعريفات للشريف الجرجاني اعتنى به مصطفى أبو أيوب، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.
- 3- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، ودون تاريخ.
- 4- الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم بن عبد الله ابن الشاط، ومجاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.
- 5- جامع الترمذي اعتنى به أبو عبد الرحمن عماد الدين بن زين العابدين بن علي، مضافا إليها تعليقات وتخریجات أهل العلم، ومرقمة على المعجم المفهرس لألفاظ الحديث، دار الكلمة، مصر، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م.
- 6- رسالة ابن أبي زيد القيرواني ومعها إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، كتبها أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، دون طبعة، ودون تاريخ.
- 7- شرح الأربعين حديثا النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية للإمام يحيى بن شرف الدين النووي، تأليف الإمام ابن دقيق العيد، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1416هـ/1996م.
- 8- شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شركة القدس، القاهرة، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.
- 9- صحيح البخاري بمجاشية السندي، تحقيق عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دون طبعة، ودون تاريخ.
- 10- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، راجع ضبطه وخرج أحاديثه وعلق عليه الدكتور محمد محمد تامر، دار الفجر للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية، 1425هـ/2004م.
- 11- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام للقاضي لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، حققه وقدم له الدكتور محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ/2002م.
- 12- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي، تحقيق الدكتور نزيه كمال حماد والدكتور عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة 1431هـ/2010م.
- 13- قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، للدكتور محمد الروكي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.
- 14- كشف اصطلاحات الفنون والعلوم للباحث العلامة محمد علي التهانوي، تحقيق علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م.
- 15- لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، القاهرة، تحقيق عبد الله على الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دون طبعة، ودون تاريخ الطبع.
- 16- نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للدكتور محمد الروكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.

نمية الموارد البشرية العاملة في ضوء تطبيق نظام إدارة الجودة الشاملة في الجامعات



عبد العزيز خنفوسي : أستاذ مساعد قسم (أ) كلية الحقوق
والعلوم السياسية- جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة، الجزائر
البريد الإلكتروني : azizkhanfouci@yahoo.fr

المقدمة :

يرتكز مفهوم الجودة الشاملة إلى أحد المفاهيم الإدارية الحديثة الموجهة، وهي تمزج بين الوسائل الإدارية والأعمال الابتكارية من جهة أخرى، وبين المهارات الفنية ذات التخصص الدقيق وذلك من أجل إرساء مستوى جيد للإدارة⁽¹⁾. وقد حظيت إدارة الجودة الشاملة بالاهتمام الشديد ووجدت معظم الدراسات أن تضيق إدارة الجودة الشاملة ينعكس بشكل ايجابي على أداء أي منظمة تطبقها، وذلك عبر انخفاض التكاليف وتحسن الأداء، وتحسين العلاقة بين العاملين وارتفاع مستوى الرضا الوظيفي⁽²⁾. وبسبب الاهتمام بإدارة الجودة الشاملة تم دراسة هذه الجودة لدى بعض الشركات الاستشارية، حيث شككت في مساهمة إدارة الجودة الشاملة في مواجهة التحديات والصعوبات، ونشر هذه الدراسات في مجلات علمية محكمة أو في دوريات علمية، وقد جعلت هذه الدراسة مفهوم الجودة مفهوما يحاول كل باحث أن يدعى أن له الماما ومعرفة به، وهو في الوقت نفسه زائف ليس له تأثير حقيقي في التحسين⁽³⁾.

ومن مهمات إدارة الجودة الشاملة في أداء الأعمال رفع الكفاية في أداء أي مؤسسة أو منظمة سواء كانت جامعية أم إدارة حكومية أم شركة أو غير ذلك، ومن هنا لابد لهذه المؤسسات أن تواجه الصعوبات والتحديات التي تقف عائقا أمام التطوير والتحسين ويكون ذلك بتطبيق مفهوم إدارة الجودة، وتتميز هذه المؤسسة عن غيرها من المؤسسات المشابهة لها، وذلك بواسطة تحقيق زيادة الإنتاج وتخفيض التكلفة في الأداء وتحسين مستوى الجودة للخدمة المقدمة.

في ضوء ذلك كان هناك أثر بليغ في مؤسسات التعليم العالي بسبب ارتباط هذه المؤسسات وجودتها مع المجتمع ونموه الاقتصادي والاجتماعي والثقافي التعليمي. وبسبب زيادة أعداد الطلبة الملتحقين بمؤسسات التعليم العالي

وازدیاد المطالب العالمية على مستوى المنظمات والهيئات العالمية لتحسين الخدمات المقدمة للمواطنين بشكل عام وللدارسين بشكل خاص، ثم ازدياد التنافس بين الجامعات في استقطاب الطلبة وارتباط الدول بالاتفاقيات الدولية والمنظمات العالمية على مستوى التعليم العالي.

وعليه تؤدي الثورة المعرفية الهائلة وظيفية رئيسية في إحداث تطوير سريع في تغيير النظرة إلى المكتبات في العالم لما لها من أهمية في النشاطات الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والثقافية لأي مجتمع، وهذه المكتبات تقوم بجمع المعلومات وتنظيمها وحفظها وتسهيل تدفقها للجهات أو المؤسسات أو الأفراد، وتعد من أحد المعايير الرئيسية التي يتم بها تقويم المؤسسات التابعة لها كالجامعات، فالتقنية الحديثة بكل مجالاتها من الأسباب الرئيسية التي جعلت الجامعات تهتم بالجودة وإدارتها وما يتعلق بها من تقويم للمستفيدين من الخدمات وتحسين العاملين وتحسين الزيادة التي تقود هذه المؤسسات.

وعليه فإن الإشكالية التي نود معالجتها في هذه الورقة البحثية تكمن ملاحظها فيما يلي :

إلى أي مدى يمكن لنظام إدارة الجودة الشاملة من خلال تطبيقه في الجامعات أن يساهم في إعداد وتخريج الموارد البشرية العاملة المتميزة ؟

ولحل هذه الإشكالية ارتأينا مناقشتها وفق المحاور التالية :

أولا : مفهوم إدارة الجودة الشاملة.

01- إدارة الجودة الشاملة في الجامعات.

02- معايير تطبيق إدارة الجودة الشاملة في الجامعات.

ثانيا : الجودة والتميز في الجامعات.

01- تجارب الجامعات في العالم في تطبيق إدارة الجودة الشاملة.

02- تجارب جامعات العالم العربي والإسلامي.

ثالثا: أثر مبادئ الجودة الشاملة في تنمية الموارد البشرية في الجامعات.

01- الآثار الاقتصادية.

02- الآثار الاجتماعية.

03- الآثار الثقافية والتعليمية.

أولاً : مفهوم إدارة الجودة الشاملة :

لوحظ عبر مراجعة الأدبيات التي تتحدث عن إدارة الجودة الشاملة وإدارتها أنها تعتمد على مصادر أجنبية لعلماء مشهورين أدوا دوراً مهماً في تأسيسها وبيان وظائفها وفلسفتها ومبادئها. فإدارة الجودة الشاملة تعبر عن العديد من التراكيب المختلفة، فبعضهم تناول هذا التركيب عنصراً عنصراً، فعرف الإدارة بأنها التطوير والحفاظ على إمكانية المؤسسة من أجل اسئاء متواصل للجودة، وأما الجودة فهي تحقيق رغبات المستفيد ومتطلباته، وأما الشاملة فيعنى بها البحث عن الجودة في مظاهر العمل كلها، ابتداءً من حاجات المستفيد وانتهاءً بتقويم رضاه عن الخدمات التي تقدمها له المؤسسة.

وعرفها المعهد الفدرالى الأمريكى بأنها القيام بالعمل بشكل سليم من أول مرة والاعتماد على تقييم العمل أو المستفيد فى معرفة مدى الاسئاء فى الأداء وغيرها من التعريفات التي تركز إلى مبادئ الجودة الشاملة بتركيزها على المستفيد والعمل على تحسين المنتج باستمرار لضمان الميزة التنافسية وإلى كيفية أداء الجودة الشاملة وإلى الأهداف والنتائج⁽⁴⁾. فالمؤسسات التي تتعامل فى ظل إدارة الجودة الشاملة تستند إلى فلسفة إدارية حديثة تنطلق فى إدارتها وإجراءات- عادة- بعض الأساليب التي تعتمد عليها إدارة الجودة الشاملة ومن هذه الأساليب:

01- أسلوب حل المشكلات ويكون ذلك عن طريق تكوين فرق لمناقشة المشكلات فى الجامعة والعمل على حلها، ومن مهام هذه اللجان تحسين الجودة⁽⁵⁾.

02- المقارنة المرجعية، وهى تعتمد على البحث عن أفضل الممارسات التي تقوم بها مؤسسات منافسة تؤدي إلى التفوق فى الأداء، ومن ثم تقوم بقياس هذا الأداء بالمقارنة مع الجامعات الأخرى وتطبيق التغيير المطلوب لتحقيق الأحسن وهذه المقارنة تهدف إلى تحديد توقعات الدارسين فى الجامعات واحتياجاتهم وإيجاد أهداف واضحة من اسئاء الجودة⁽⁶⁾.

03- أنظمة الاقتراحات، ويكون بوضع نظام الاقتراحات للموظفين بالجامعة الذين يجب عليهم القيام بدراساتها⁽⁷⁾.

04- أنظمة التوقيت المناسب، وهو أسلوب يساعد على تقنين المخزون الفعلى للمواد وطلب الكمية فى الوقت المناسب⁽⁸⁾.

05- رقابة العمليات الإحصائية، حيث تساعد البيانات وبرمجيات الحاسوب على تطبيق الأساليب الإحصائية التي تزود لجان تحسين الجودة ببيانات تساعد على حل مشكلة ما، أو اتخاذ قرار ما⁽⁹⁾ من خلال الاشتراك مع العاملين.

1-1 إدارة الجودة الشاملة فى الجامعات: يؤدي النظام فى إدارة الجودة الشاملة إلى تفاعل بين مدخلات التعليم المتمثلة فى الأفراد والأساليب للأجهزة، وهى: المناهج الدراسية والطلبة والموظفون الإداريون والهيئة التدريسية وبين المخرجات المتمثلة فى الكوادر المتخصصة من الخريجين والمستفيد من نظام التعليم كالمؤسسات فى بعض المفاهيم ومنها: النظام والعملية التعليمية والهيكل الجامعى والأساليب والتركيز على المستفيدين (الطلبة واعتبار الجودة جزءاً من الإستراتيجية)، والتركيز على مشاركة العاملين والتركيز على الاستمرارية لتحسين كل عضو فى الجامعة مسئولاً فى الجودة⁽¹⁰⁾. فإدارة الجودة الشاملة فى الجامعات تتطلب منا تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بها، وهى: النظام والعملية التعليمية والهيكل الجامعى والأساليب، وهى عناصر تركز على الدارسين والمستفيدين وحاجاتهم وتعد

الجودة جزءا رئيسيا من إستراتيجية الجامعة وتركز على الاستمرارية في التحسين وتعد عضوا في الجامعة ومسئولة عن الجودة، أي أن إدارة الجودة الشاملة نظام قيم عبر التفاعل بين المدخلات والمخرجات للنظام التعليمي.

1-2 معايير تطبيق إدارة الجودة الشاملة في الجامعات : من أهم هذه المعايير ما يأتي⁽¹¹⁾ :

أ.توفر المصادر المادية لدعم التعليم والتعلم.

ب.توفر الموظفين المؤهلين لدعم التعليم والتعلم.

ج. توفر الأهداف المفهومة من الهيئة التدريسية والطلبة.

د.ارتباط محتوى الموضوعات الدراسية بأهداف البرنامج وغاياته.

هـ. تشجيع الطلبة على المشاركة الفاعلة وتحملهم المسؤولية في التعليم.

و. معايير البرنامج ومناسبته للبرنامج.

ز. التقييم الصادق والموضوعي والعاقل.

ح. التقييم الذي يغطي أهداف المساق وغاياته بشكل واسع.

ط. تلقي الطلبة للتغذية الراجعة المفيدة من التقييم.

ي. حصول الطلبة على مهارات ومعرفة قابلة للانتقال إلى الجامعة.

ولكى تقوم الجامعة بتطبيق هذا النظام لابد أن تقوم بخطوات معينة من أجل تحقيق ما ترجو إليه من رفع مستوى الأداء لدى العاملين وتحسين نوعية الخدمات وتخفيض التكاليف وتحسين طرائق التدريس وزيادة الولاء لدى العاملين للمؤسسة واستمرارية الجامعات على المناقشة وغيرها من هذه الفوائد التي يجنيها الأفراد العاملون في الجامعة، ومن أهم الخطوات :

*تشكيل اللجان المتعددة ذات الكفاية.

*تدريب العاملين والمديرين في الجامعة.

*إعداد دليل الجودة.

*تحديد عناصر إدارة الجودة.

في ضوء هذه الخطوات يمكن الاستفادة منها في بدء برنامج الجودة الشاملة في أي جامعة كما يأتي⁽¹²⁾ :

1- كتابة أهداف الجامعة بشكل واضح للعاملين، ويسبقها رؤية عامة للجامعة تحدد مسار الجامعة في المستقبل، بمعنى ما تم انجازه بالتساؤل : أين نحن الآن ؟ وأين نريد أن نكون ؟ وكيف نصل إلى ما نريد ؟ و من أجل تفعيل ذلك يكون الهدف العام للجامعة هو (الالتزام بالتميز) في كل جوانب الأداء العلمي الإداري. وقد يكون التميز مثلا

لجامعة ما في البحوث والدراسات العلمية أو يكون في عملية إنتاج الدارسين المؤهلين لسد حاجات السوق بكفائية عالية.

2- القيام ببناء إستراتيجية للتغيير تركز على التطوير المستمر، وذلك بمراجعة الأهداف والهيكل الإداري للجامعة ونظام القيم وأساليب التميز بنقل المعرفة وإبداعها وخدمة المجتمع، وهذه من وظائف الجامعة الأساسية.

ثانيا : الجودة والتميز في الجامعات :

لضمان نجاح إدارة الجودة الشاملة لابد من تحسين أداء الأساتذة والمحاضرين في الجامعات وتحسين مرونة الأنظمة وسهولة الإجراءات وقصرها. وكما ذكرنا سابقا بأن العوامل التي تساعد على تحقيق هذه المطالب في إدارة الجودة الشاملة تكمن في أن يتم التحسين بشكل مستمر عبر التخطيط وتحليل المعلومات حول إجراءات العمل وأساليبه وتنفيذ الخطط. فالجودة الشاملة في الجامعات تحقق فوائد جمة في حالة تطبيقها، بحيث أنها تحقق ما يأتي⁽¹³⁾ :

1- ضبط الجودة وتقييمها للمناهج الدراسية وتطويرها ومراجعتها.

2- تقييم الأداء في النظام التعليمي الجامعي وتطوير معايير قياس الأداء.

3- تقديم الخدمات للطلبة.

4- تغيير السلوك الثقافي بين الموظفين.

5- تسويق الجامعات ومنحها القدرة التنافسية.

6- تطوير أسلوب العمل الجماعي.

7- إيجاد هياكل تنظيمية تركز على جودة التعليم في الجامعات.

في ضوء هذه الفوائد الجمة لإدارة الجودة الشاملة في الجامعات سوف يكون هناك أثر على بناء هيكل وسلوكيات تستطيع مواجهة تحديات القرن الواحد والعشرين ، كالعولمة والتكتلات الاقتصادية وثورة التقنية الحديثة . ومن ناحية أخرى قد يواجه تطبيق إدارة الجودة الشاملة في الجامعات بعض المعوقات التي تقف حائلا دون تحقيق هذه الفوائد، واختلفت الآراء حول هذه العوائق فبعضهم أشار إلى الصعوبات التي تواجه التطبيق في التعليم الحكومي والأهلي، ويمكننا تتبع بعض هذه العوائق كما يأتي⁽¹⁴⁾ :

- ضعف نظام المعلومات وعدم توفر البيانات اللازمة لتحقيق متطلبات العملية التعليمية.

- عدم توفر الكادر التدريسي المؤهل.

- المركزية في وضع سياسات التعليم العالي.

- نقص الخبرة في عملية التدريس لدى بعض أعضاء الهيئة التدريسية، وعدم قبولهم للأساليب الحديثة في التدريس.

- عدم دقة المعلومات الصحيحة في بعض الجامعات بسبب تسويقها للجامعة لاستقطاب الطلبة، وانعدام المصداقية

في الجودة.

- تعجل توقع النتائج السريعة لتطبيق إدارة الجودة.

- الاعتقاد بأن أجهزة الحاسوب هي التي تؤدي إلى تحسين الجودة.

- التدريس غير الواعي للطرق الإحصائية الذي يؤدي إلى نتائج خاطئة ومضللة.

- مقاومة التغيير من الإدارة والعاملين.

- اعتماد برامج الجودة الشاملة على خبراء بالجودة أكثر من اعتمادها على الأشخاص العاديين في المؤسسة.

- التركيز على أساليب معينة في إدارة الجودة، وليس على النظام كله.

فالتغلب على هذه العوائق يتطلب أن يكون هناك إدارة عليا للجامعة تفهم عملية تحسين الجودة، ويشارك في هذا العمل الموظفون سواء كانوا إداريين أم مدرسين، والتخطيط والإعداد لهذه العملية بما يلزم من مهارات قيادية وأساليب تقنية حديثة لضمان نجاحها.

1.2 تجارب الجامعات في العالم في تطبيق إدارة الجودة الشاملة :

بدأ تطبيق إدارة الجودة الشاملة في بداية الأمر بالولايات الأمريكية المتحدة، إذ كان ذلك عبر ما قامت به بعض المدارس الثانوية والكليات والجامعات بعملية إصلاح للتعليم، فمثلا بادرت مدرسة (ماونت ايدج) بولاية ألاسكا الأمريكية إلى تطبيق إدارة الجودة الشاملة، وأصبحت مثالا يحتذى به على المستوى الوطني، كما تبنت هذا التوجه مدارس أخرى في ولاية (ديترويت)، وفي بريطانيا حصلت مدرسة (تينى دراى) بمقاطعة ويلز على جائزة ويلز في الجودة عام 1995.

أما على مستوى الجامعات فقد طبقت جامعة أريغون نظام إدارة الجودة الشاملة، وتم تحديد مجموعة من الأهداف لتطبيق نظام إدارة الجودة وخلصت النتيجة إلى أن النهج الأفضل لتطبيق نظام الجودة الشاملة في جامعة أريغون هو نهج التخطيط الاستراتيجي. أما جامعة بنسلفانيا فقد استطاعت إنجاز تحسينات واضحة في نوعية الخدمات الإدارية في الجامعة عام 1993، وقامت الجامعة بصياغة استراتيجيات وأهداف لدعم البحث والتعليم في الجامعة، وركزت على خدمة الزبائن بأقل تكلفة وقامت بتطبيق إدارة الجودة الشاملة على مستوى المرحلة الجامعية الأولى (البكالوريوس)، ومرحلة الدراسات الجامعية العليا (المجستير) والإجازة العالية (الدكتوراه) في قسم إدارة الأعمال.

وهناك جامعات أمريكية أخرى قامت بتطبيق إدارة الجودة الشاملة، والتركيز على الجوانب الإدارية والأنظمة المالية أكثر من الجوانب التعليمية والبحث العلمي، وفي جامعة (نورث ويست ميسوري ستايت) عام 1986، وقد قامت بتطوير ثقافتها النوعية⁽¹⁵⁾. هذا بالإضافة إلى تجارب أخرى عديدة يمكن الرجوع إليها من المصادر والمراجع المذكورة أدناه.

تجارب اليابان : نشأت فكرة الجودة الشاملة باليابان ولاسيما في الجامعات في المجال الصناعي، وهذا المفهوم أطلق

عليه بيت الجودة ، إذ يشير إلى مفاهيم تسهم إسهاما حقيقيا في تحقيق الجودة الشاملة وهذه المفاهيم تركز إلى مرتكزات، ومنها: البنية الفوقية ، وهي تتكون من النظام الاجتماعي والنظام الإداري والنظام التقني، وثانيها ركائز الجودة من حيث خدمة العمل واحترام البشر والإدارة بالحقائق والتحسين المستمر، وثالثها الأصول والأحكام الحجرية التي يركز إليها السقف أو الأعمدة، ورابعها إنسانية الإدارة، وخامستها الأركان والمهمة والرؤية والقيم⁽¹⁶⁾. وثمة مفهوم إداري له علاقة بالجودة اشتهر في اليابان، وكان من الأسباب التي جعلت اليابانيين يتفوقون على غيرهم من الشعوب بالمعرفة والخبرات الإدارية، ومن النظريات المشهورة في هذا المجال ما يسمى بنظرية (ح) بوصفها علاجا لمشكلات الإنتاج، وهي نظرية تقوم على أساس أن العامل السعيد والملتزم هو مفتاح حل المشكلة زيادة الإنتاجية ، ولهذه النظرية ثلاثة عناصر، وهي: الثقة والمهارة أو الحلق والمودة والألفة⁽¹⁷⁾.

2.2 تجارب العالم العربي والإسلامي : بدأت الجامعات العربية والإسلامية بتطبيق معايير الجودة الشاملة فيها، وقد تنوعت المعايير لدى هذه الجامعات وكان هناك نماذج عدة لجامعات عربية ، وصنفت لنا هذه المعايير وإيجابياتها وسلبياتها والمشاكل التي واجهتها أثناء التطبيق وبعده، ومن أمثلة الجامعات التي قامت بتطبيق هذه المبادئ ما يأتي:

أ- تجربة جامعة السلطان قابوس بدولة عمان : إذ تشير دراسة أحد المعاصرين⁽¹⁸⁾ إلى تجربة كلية التربية بجامعة السلطان قابوس في تطبيق أنظمة الجودة وضبطها على الخدمات البحثية وخدمة المجتمع، حيث أكدت هذه التجربة على سعي كلية التربية للحصول على الاعتماد العلمي (الأكاديمي) لبرامجها المطروحة، وقامت بتشكيل لجان بدأت بمراحل عدة ، وهي :

- المرحلة الأولى : زيادة اللجان إلى كليات وجامعات حصلت على الاعتماد العلمي والاطلاع على تجربتها، ولاسيما جامعة الإمارات العربية المتحدة وقطر.

- المرحلة الثانية : تشكيل لجان من أعضاء هيئة التدريس لإعداد دراسة ذاتية للقسم الذي ينتمون إليه تتضمن الدراسة بنودا شتت، وهي : التعريف بالقسم والمباني والمساحات الخاصة بالقسم، والقدرات العلمية لكل قسم وأساليبها، والبرامج التي يطرحها القسم (تعليمية وبحثية) والتخصصات العلمية في القسم، وطبيعة النشاط البحثي في القسم ودور القسم في خدمة المجتمع، ومصادر التعليم والتعلم والموارد البشرية والمادية في القسم وخريجو القسم وأعضاء هيئة التدريس، وبعد ذلك أرسلت الدراسة إلى متخصصين من الخارج.

- المرحلة الثالثة : وضع برنامج لزيارة המתحنيين الخارجيين للاطلاع على أعمال الأقسام في الكلية، وخلصت التجربة بهذه الكلية إلى حصول الكلية على الاعتماد الأكاديمي بعد هذه المراحل الثلاث.

ب- تجربة جامعة أم القرى بالملكة العربية السعودية : إذ قامت وزارة التعليم العالي وجامعة أم القرى بالسعودية في تطبيق الجودة والنوعية في مؤسسات التعليم العالي بالملكة، وذلك عبر مراحل تطويرية للجودة تبين عناية الجامعة بتأهيل موظفيها من الإداريين والأكاديميين عبر إتاحة الفرصة أمامهم لحضور الدورات التدريبية وورش العمل المصاحبة، وكانت هذه خطوة رائدة في تحسين الأداء لدى الهيئات التدريسية وتطويره، ووفرت الجامعة لكل عضو تدريس جهاز حاسوب متصل بشكل دائم بشبكة الانترنت، ووضعت لهم فرصا لتحسين الأداء في التعليم والبحث باستخدام الحاسوب⁽¹⁹⁾.

ثالثا: أثر مبادئ الجودة الشاملة في تنمية الموارد البشرية في الجامعات.

قبل البدء ببيان مبادئ الجودة الشاملة وأثرها في تنمية الموارد البشرية في الجامعات، فإنه يجب علينا أن نبدأ بتحديد مفهوم الموارد البشرية، وفي هذا الصدد تشير الأدبيات الغربية والعربية إلى أنها تعنى النظر إلى الإنسان نظرة مجتمعية ترى فيها الغابة وليس الشجرة وتفصيلها⁽²⁰⁾. وهذا يعنى أن البشر أداة التنمية وغاياتها حيث تستخدم إدارة الجودة الشاملة من أجل تنمية البشر، ويقصد بمفهوم موارد الحشد والتعبئة والحصص⁽²¹⁾، وأي تنمية حقيقية لابد أن تعتمد على الإنسان الحر الذي يتمتع بكامل حقوقه، وقد أخذت قضية العناية بتنمية الموارد البشرية مكانة واسعة من الاهتمام بوصفها من أعلى درجات الاستثمار، وكان ذلك على المستوى العالمي والمحلي.

و لقد أخذت العناية بتنمية الموارد البشرية أبعادا عدة، ومنها: الأبعاد الاقتصادية والأبعاد الاجتماعية والثقافية والتعليمية.

01- الآثار الاقتصادية: في هذا الجانب اهتمت الدول بالتنمية الاقتصادية عبر تحقيق التقدم لها وتوفير الموارد البشرية المؤهلة والمدرّبة، فالموظف المؤهل تأهيلا تعليميا في ضوء الجودة الشاملة وبجودة عالية وتدريب مستمر سيحافظ على الدقة في العمل ويزيد من فرص التعليم الجيد ويحافظ على الوقت، مما يسمح لهذا الفرد أن يجد فرص عمل بوصفه مواطنا ينتج ويحقق قيمة مضافة تساهم في تنشيط الاقتصاد المحلي، وأما البعد الثقافي لتنمية الموارد البشرية فيتمثل في تزايد نسبة المثقفين من الموارد البشرية في التنمية الحضارية للمجتمع، ويزيد من معرفة الفرد وتمسكه بهويته الثقافية من حيث التراث واللغة والفلكلور، ويزداد مستوى الوعي لديه لما يدور من حوله من تحديات عولمة الأسواق المحلية والعالمية وعولمة تقنيات الاتصالات وعولمة المعلومات والتغيرات التي تحدث ديمغرافيا ونظرة القياديين تجاه العوامل المؤثرة في فاعلية العمل والبيئات الإدارية والتنظيمية التي تتسم بسرعة التحول والتغير وغيرها من التغيرات.

02- الآثار الاجتماعية: إن البعد الاجتماعي لتنمية الموارد البشرية يكون في التعليم الذي ينمي قدرات الفرد العقلية والفكرية ويكسبه الأنماط السلوكية وقيمتها المتوازنة، مما يؤدي به إلى تفهم المشكلات الاجتماعية وترسيخ الروابط الأسرية. ويمكن أن نضيف بعدا آخر يتعلق بتنمية الموارد البشرية وهو البعد الأمني، إذ إن عناية الدولة أو المؤسسة التعليمية بتعليم الفرد وتدريبه يؤدي إلى تخفيض نسبة البطالة التي تتناقص مع التعليم مما يساهم في الاستقرار الأمني للمجتمع. وهذه الموارد البشرية لها دور مهم في عمليات التنمية في الدول النامية خصوصا، حيث تشير إحصائيات منظمة العمل الدولية إلى أن العمل يعد من أهم العناصر الإنتاجية المؤثرة في المجتمع والتنمية، وكذلك قرارات منظمات الأمم المتحدة العاملة في هذا المجال التي أشارت إلى أهمية العنصر البشري وتنميته أكثر من التركيز على رأس المال المادي⁽²²⁾.

ويلاحظ أن ارتباط بعض العناصر بالموارد البشرية يمكن لنظام الجودة الشاملة وتطبيقه في الجامعات أن يؤثر على تنميتهم، ومن هذه العناصر، أولا- قلة الاهتمام في الإسهام في النشاط الاقتصادي، حيث ضعف الإسهام في العالم الإسلامي قياسا إلى العالم الغربي بشكل عام، ويعود ذلك إلى أسباب من أهمها ارتفاع الشرائح العمرية الشابة وضعف نشاط المرأة الاقتصادي، ثانيا- ظاهرة الاكتفاء عن العمل كالتكافل الاجتماعي، ثالثا- البطالة التي تأخذ مساحة واسعة في العالم الإسلامي والعربي خصوصا، ويعود ذلك لسوء التوزيع للبعد الاجتماعي والسياسي، رابعا- الهجرة للكفاءات العلمية في البلاد الفقيرة والعربية خاصة، بسبب انخفاض الخدمات في بلادهم واتساع

الفجوة التقنية بين العالم الثالث والغرب، وبيئة العمل من حيث قلة الأجر وعدم إعطاء الحقوق للعاملين⁽²³⁾.

ولذلك كان الاستثمار في رأس المال البشري ذا فائدة عظيمة للدولة ولل فرد، إذ يقدم لل فرد معارف ومهارات تزيد في دخوله المادية وتعزز بيئة العمل في المؤسسات التي يعمل فيها الفرد وتساعده على استغلال التقنية الحديثة واستخدامها بما ينفع، وقد يكون الإنفاق على تعليم الفرد وتدريبه عاملا مساعدا في إظهار الفرد لقدراته ومهاراته في المجال الذي يقوم فيه، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى زيادة التنمية البشرية. ولذلك يمكننا أن نعد الفرد الذي أهل في الجامعات التي طبقت مفاهيم الجودة الشاملة بكل عناصرها عنصرا مفيدا من أجل القيام بما يطلبه سوق العمل من قدرات وكفاية والمنافسة في سوق العمل المحلي والعالمي.

03- الآثار الثقافية والتعليمية : بسبب التغيرات التقنية في السوق نجد أنها تؤدي نقلة نوعية في التعليم، حيث أن التعليم والتنمية عنصرا مهما في عالم المعرفة، كما أن الاقتصاد القائم على المعرفة يعنى اقتصادا قائما على التعليم، وهذا لأن العنصر البشري من أهم مقوماته بلا جدال. والتعليم بمحذاته عامل رئيسى في التغيير، فهو مصدر التقدم الاجتماعى والمعرفة هى طريق الوصول إلى غايات الإنسان فى الحرية و العدالة والكرامة و الإنسانية، والمعرفة محرك المجتمع والتعليم وقودها، لذلك عندما توارت أهمية المصادر الطبيعية والمادية برزت المعرفة بوصفها مصدرا من مصادر القوة، وأصبحت عملية تنمية الموارد البشرية هى العامل الحاسم فى تحديد مستقبل المجتمع والفرد، ولاسيما فى اقتصاد المعرفة الذى من أهدافه تطبيق التقنية الحديثة فى كل المجالات. فعلى سبيل المثال أصول البرمجيات وبراءات الاختراع وقواعد المعارف ومنتجات صناعة المحتوى من نشر طباعى والكرونى وإنتاج تلفزيونى وإعلامى وغيرها، وإبداع الأفكار الجديدة واستغلالها بما يحقق الفائدة⁽²⁴⁾.

ومن أعمدة التعليم التعلم الذى يختلف عن التعليم فى كونه أوسع من التعليم، وذلك لأنه يشمل بجانب التعليم جميع أشكال اكتساب المعرفة والخبرات والمهارات من الطفولة إلى مرحلة الشيخوخة، ومن حيث مراعاة الفروق الفردية كون التعليم عملية نسخ مكرر لتعليمه يمنعهم أحيانا من الإبداع ويقتل موهبة النابغين. ونتيجة لهذا التوجه نحو التعلم فقد فرض على المجتمع أن يكون المتعلم حائزا على مهارات عالية وربط المعرفة بالممارسة والعمل، وقد أدى التوسع فى المعرفة الاقتصادية والقاعدة المعرفية إلى الفرض على المؤسسات التعليمية إعطاء الأولوية للمهارات العقلية على المهارة اليدوية، وهذا بدوره ربط للإعداد التعليمى بالعمل الذى فرضه سوق العمل، ولذلك كانت أدبيات تنمية الموارد البشرية فى الجامعات تقترن كثيرا بالتدريب والتعليم المهنى والتقنى والتنمية، وهذا ما أشار إليه مفهوم الجودة الشاملة فى إعداد الفرد أو الطالب وعضو هيئة التدريس بحضور الدورات وتحسين فاعلية المعلم وتحسين كفايته وأن يكتسب الطلبة المهارة الكافية والأساسية التى تعزز أهدافهم التربوية.

وقد يتم التساؤل هنا عن موقف الإسلام من مفهوم رأس المال البشري فى مجال التعليم والجامعات، إذ إن ما ذكرناه من مفاهيم الجودة الشاملة ومبادئها ما هو إلا غرض إجرائى لسياسات الجودة التى من ضمنها آراء ديمج الأربعة عشر، وكان من ضمنها التنمية البشرية عبر توعية العاملين فى الجامعات خصوصا على أهمية الجودة بوصفها سلوكا حياتيا، وعلى وجود قيادة تقوم بالتعامل مع الجودة وتهيئ مناخا تنظيميا يتصف بالعمل الجماعى والثقة بين العاملين وتفعيل اللجان وتفعيل الشفافية بين القيادة والعاملين والتعلم الذاتى المستمر. ونحن بدورنا نرى أن ثمة جوانب وأدبيات وأخلاقيات فى الإسلام لها علاقة مباشرة بمفاهيم الجودة، وذلك مثل المنافسة على عمل

الخير لقوله تعالى: "...فاستبقوا الخيرات..." - الآية 148 من سورة البقرة-، حيث تؤكد الآية على استباق الخير لا الربح مثلاً أو المنفعة الذاتية. والقيادة التي تقوم على التكليف لا التشريف بدورها سوف تكون قيادة متفاعلة مع العاملين ومحركة لهم ومنفتحة في كل المجالات، ولن تكون سبباً في التنافس غير الشريف القائم على إنهاء الآخر بل على المؤازرة والحث على العمل والبر والعمل الصالح، وهذه تتوافق مع معطيات الجودة التي ترنو كما ذكرنا إلى تحقيق التعاون والشفافية والاستمرارية والثقة المتبادلة ليكون الإنتاج له جودة وفاعلية بعد المخرجات.

في ضوء ما ذكر نأخذ مثلاً على تطبيق الجودة في الجامعات وأثرها في تخريج طلبة ومعلمين ذوي جودة عالية وكفاية في المعرفة واستخدام التقنية الحديثة بماليزيا، حيث تعبر الجامعة الإسلامية عن نموذج مقبول في المؤسسات الحكومية والماليزية والشركات العامة والخاصة، وذلك لأن الحكومة الماليزية ركزت في خطتها الإستراتيجية على أهمية الموارد البشرية كي تصبح ماهرة ومبدعة، وذلك عبر التنمية الاقتصادية لماليزيا حيث وضعت الحكومة خططاً لتحقيق رؤية في أفق 2020 عبر سياسة اقتصادية تقوم على أساس تخفيض الفقر والتباينات الاقتصادية والاجتماعية، وهذا بتشجيع الاستثمار وإعانات الائتمان المالية والإعفاءات الضريبية، وجذب الاستثمارات الأجنبية. وقد اشتهرت الصناعة بماليزيا في أواخر الثمانينات، وفي بداية التسعينات بدأت بتطبيق المرحلة الثانية لتصبح دولة متقدمة، وهي مرحلة التنمية القومية وركزت على الفقر والاعتماد على القطاع الخاص وتقوية الموارد البشرية، وفي هذه المرحلة توجهت الدولة نحو المعرفة وتوليد النمو بشكل ذاتي عبر تقوية الاستثمار الوطني وتنمية القدرات الوطنية وجذب الاستثمار في المجالات الإستراتيجية وإعادة تشكيل الموارد البشرية لدعم المجتمع المعتمد على المعرفة.

وهذه النقطة التي توضح أهمية الجودة الشاملة وتطبيقها في التعليم ولاسيما الجامعات، ولتقوية مفهوم اقتصاد المعرفة قامت ماليزيا باتخاذ إجراءات من شأنها تسهيل التطوير، ومن مبادراتها إطلاق أجنحة تقنية المعلومات الوطنية والنفوذ المتميز للوسائط المتعددة، وذلك لتضع نفسه في خارطة الاقتصاد المعرفي على المستوى العالمي، ولذلك اهتمت بالتعليم العالي وتدريب القوى العاملة الماهرة والواسعة الاطلاع وشجعت الدولة العمال بشكل عام على التعليم الجامعي الثلاثي، والحصول على الأقل على معاهد التعليم التقني والمهني عبر معاهد البولوتكنيك، وغيرها من الفرص للتطوير كالبرامج التي تعطى في مجالات الهندسة والاقتصاد والتقنية ولمدة سنتين ويحصل بعدها الدارس على شهادة تؤهله للعمل، وتعطى فرصا كبيرة للعاطلين من خلال التدريب ودفع العلاوات، وهذا نوع من أنواع تقوية رأس المال البشري لدعم تطوير اقتصاد المعرفة وتحويل الطلب من أجل المهارات والخبرات التقنية، وهذا ما قامت به الجودة في عملية التحسين والتطوير في المدارس والإدارة⁽²⁵⁾.

الخاتمة: فى ضوء ما ذكرناه حول أثر الجودة الشاملة فى بناء الفرد وتطويره وإعداده إعداداً سليماً من أجل المنافسة والنوعية التى يتميز بها لسد حاجة السوق والطلب، نرى أن مفهوم الجودة الشاملة وتطبيقها على الجامعات لها أثر كبير فى تنمية الموارد البشرية، والتى من أهم عناصرها الإنسان أو المعلم أو الطالب الذى يهياً ويدرب، ويصبح مفهوم الجودة جزءاً من حياته من أجل الإبداع وحل المشكلات واستخدام التقنية الحديثة بكل أنواعها والتعامل مع العالم الخارجى، ولاسيما الغرب بكل ما يحمل من تطورات هائلة فى كل المجالات. ولذلك يقترح البحث أن يتم استخدام الجودة الشاملة ومفهومها فى كل مستويات الحياة حتى فى مجال أماكن العبادة والصحة والوظائف المهنية من أجل التجديد والإبداع والعطاء، وما لذلك من أثر فى تحسين الوضع المادى للفرد وتحسين مستوى المعيشة للمجتمع وتقليل النفقات فى مجال التعليم والصناعة والإنتاج.

الإحالات والمراجع :

(1)- أنظر في تعريفات الجودة في :

-Frederick. W. Taylor. 1911. The principles of scientific Management. New York: Horper and Brothers; Shewhart, W.A. 1931. Economic Control; Juran, J. 1988. Juran on planning for Quality. New York: Free press.

(2)- أنظر ما ذكره أحد الغربيين في هذا الأمر:

Mathews, J. 7 Katel, 1992. Cost of quality: faced with hard - business course on total quality management (TQM), News Week, PP. 48-49.

والترتوري، محمد عوض، وأغادير عرفان جويحان، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي والمكتبات ومراكز المعلومات، ط1، دار المسيرة للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص20، وطعيمة رشدي، ومصطفى أحمد عبد الباقي، وسعيد أحمد سليمان، وعبد الرحمن النقيب، ومحسن المهدي سعيد، ومحمد بن سليمان النذري، الجودة الشاملة في التعليم بين مؤشرات التمييز ومعايير الاعتماد، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2006، ص12 وما بعده، والسلوم، حمد بن إبراهيم، أحاديث عن التعليم: أداء وجودة، ط1، دار الوراق للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، 2005، ص20.

(3)- أنظر ما ذكرناه في المصادر السابقة نفسها.

(4)- أنظر تعاريف الجودة الشاملة في:

-Juran, J. 1988. Juran on planning for Quality. New York: Free press Crosby. 1979. Quality is free, New York Mc Graw Hill; Deming, W.E. 1993. The new economics for industry, Government, Education. Cambridgemat: Massachusetts Institute of Technology Centre for advances engineering study; Feigenbaum, A.V. 1991. Total Quality Control, 3rd edn. New York: McGraw- Hill.

(5)- أنظر ما تم ذكره في هذا الموضوع :

-Dale. B. G. 1994. Managing Quality, 2nd edu, UK: Prentice Hall International.

وكذلك أبو نبعة، عبد العزيز، دراسات في تحديث الإدارة الجامعية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص8، والمراجع العربية السابقة.

(6)- أنظر: -Oakland, J. S.1993. Total Quality Management, 2nd El, Butterworth Heinemann Ltd Berghout, Abdelaziz. Effective Higher Education: Dynamics & Institutional Autonomy. International Seminar on Higher Education In the Muslim World: Challenges and Prospects. Kuala Lumpur, 24-25 March 2008. P.102

(7)- أنظر:

-Russel, R. S. Tayler B. W.1995. Production and Operation Management: Focusing on Quality Competitiveness, Prenice Hall Inc.

والمراجع السابق نفسه (بالعربية)، ص91.

(8)- أنظر: -Menon, H, G.1992. In New Product Manufacturing- Mc-Grow Hill Inc

(9)- أنظر: المرجع السابق نفسه.

(10)- أنظر: الطويل، هاني عبد الرحمن صالح، الإدارة التعليمية: مفاهيم وآفاق، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، 1999، ص118. وكومبز، ف، أزمة التعليم في علنا المعاصر، ترجمة أحمد خيرى كاظم، وجابر عبد الحميد، دار النهضة، القاهرة، 1971، ص1. مع ملاحظة أن المدخلات أي نظام تعليمي كما ذكر كومبز يكون في المدخلات الآتية: الأهداف والمحتوى والمعلمون والتمويل والعناصر، وأما المخرجات فهي: الأفراد والمعرفة والمهارات العقلية والعملية وقوى المنطق العقلي والنقد والقيم والاتجاهات والدوافع وقوى الابتكار والاختراع والتجديد والتقدير الثقافي.

(11)- أنظر : الترتوري، محمد عوض ، وأغادير جويحان، إدارة الجودة الشاملة، ص81، والسلوم، حمد بن إبراهيم، أحاديث عن التعليم، ص302، وطعيمة،

رشدی وآخرون، الجودة الشاملة في التعليم، ص23. مع ملاحظة أن هذه المراجع قد تناولت المعايير بأساليب مختلفة لكنها تصب في النهاية في النقاط التي ذكرناها أعلاه مع اختلاف في بعض النقاط من حيث الزيادة أو النقصان.

(12)- أنظر :

-Symour.D1992. On Quality: Causing Quality in High education, New York: American Council on Education, Macmillan Publishing
وكذلك: السلوم، محمد

إبراهيم، أحاديث عن التعليم، ص382، والصغير، إبراهيم بن صالح، إدارة الجودة في الجامعات: معايير التصنيف بين الواقع المأمول، ورقة عمل قدمت في المؤتمر العالمي عن التعليم العالي في العالم الإسلامي: تحديات وآفاق، المعهد العالمي لوحدة الأمة، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 24-25 مارس 2007، كوالالمبور، ص7.

(13)- أنظر :

-Mac Robert, I. 1995. Hermeneutics and Human Relations, the Total Quality Review, January/ February.P.45-52. وعليمات، ناصر

صالح، إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات التربوية: التطبيق ومقترحات التطوير، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص97. والعلی، عبد الستار محمد، تطوير التعليم الجامعي باستخدام إدارة الجودة الشاملة، ورقة عمل قدمت في المؤتمر الأول للتعليم الجامعي الإداري والتجاري في العالم العربي، جامعة دولة الإمارات العربية المتحدة، 1996، ص17.

(14)- أنظر: السلوم، حمد بن إبراهيم، الحديث عن التعليم: أداء وجودة، ص316، طعيمة، رشدی، الجودة الشاملة في التعليم، ص45، أبو نبعة، عبد العزيز، دراسة في تحديث الإدارة الجامعية، ص106، سلطان، يوسف حجيم، وحسين فلاح ورد، تباین اتجاهات أعضاء الهيئة التدريسية حول إمكانية تطبيق الجودة الشاملة في كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة القادسية، ورقة عمل قدمت في المؤتمر العالمي عن التعليم العالي في العالم الإسلامي: تحديات وآفاق، المعهد العلمي لوحدة الأمة، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 24-25 مارس 2007، كوالالمبور، ص7.

(15)- أنظر في مجال تطبيق إدارة الجودة الشاملة بالجامعات الأمريكية :

-Fram, E. 1995. Not So Strange Bedfellows marketing & Total Quality Management, Managing Service Quality, Vol5, no. 1, PP. 50-56; Kleindorfer. P.R.1993.TQM at the universities of Pennsylvania, Managing Service Quality, Vol. 6, No. 5. PP.20-23

وكذلك: الترتوري، محمد عوض، إدارة الجودة، ص88، وأبو قبعة، عبد العزيز، دراسات في تحديث الإدارة الجامعية، ص135.

(16)- أنظر مذكره : سعيد وصافو قوي، وبوحنية، تسويق الجامعات عالميا من خلال مدخل الجودة، مؤتمر استشراف مستقبل التعليم، 2005.

(17)- أنظر ما كتب حول النظرية في: أبو نبعة، عبد العزيز، دراسات في تحديث الإدارة، ص43.

(18)- أنظر : العمري، بسام، معايير ضبط الجودة في جامعة السلطان قابوس، ورقة عمل قدمت في المؤتمر العالمي عن التعليم العالي في العالم الإسلامي: تحديات وآفاق، المعهد العالمي لوحدة الأمة، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 24-25 مارس 2007، كوالالمبور.

(19)- أنظر : الأندجاني، نجم الدين عبد الغفور، معايير الجودة الشاملة المعتمدة في مؤسسات التعليم العالي: جامعة أم القرى نموذجاً، ورقة عمل قدمت في المؤتمر العالمي عن التعليم العالي في العالم الإسلامي: تحديات وآفاق، المعهد العالمي لوحدة الأمة، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 24-25 مارس 2007، كوالالمبور.

(20)- أنظر :

-Nankevis alan, Robert Compton, Maria bird. 2005. Human Recourse Management Strategies and Processes, firth Edition, Nelson Austin Pty Limited. P. 10

(21)- أنظر: وديع، محمد عدنان، إدارة الموارد البشرية وتخطيط التعليم والعمالة في الوطن العربي، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، 1994، ص11.

(22)- أنظر: مقالة أحمد جميل حمودي، التربية المقارنة: سياسات تنمية الموارد البشرية في ضوء تجارب بعض دول آسيا(8). مقال مأخوذ من موقع

الكثروني : <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=150373>

(23) - أنظر: مرسى، محمد عبد الحليم، هجرة العلماء من العالم الإسلامى، مركز البحوث، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1984، ص19. وفرجاني، نادر، رحل في أرض العرب: عن الهجرة للعمل في الوطن العربى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1987، ص15 وما بعدها. والعسكري، سليمان إبراهيم، تنمية البشر قبل الحجر، مجلة العربي، العدد(603)، الكويت، فبراير 2009، ص10.

(24) - أنظر : على، نبيل، ونادية حجازي، الفجوة الرقمية: رؤية عربية لمجتمع المعرفة، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، العدد(318)، أغسطس 2005، ص391.

(25) - أنظر :

-shariffudeen, tengku Mohammad Azzam. Information Technology and the knowledge Paradigm in Malaysia development'. In conference on 'Globalism and the Muslim Ummah'. International Islamic University Malaysia. 16-17 October 1996. PP. 1-18.

وقد أشار الكاتب إلى أفكار رؤية 2020، والتوجه نحو اقتصاد المعرفة، واستخدام التقنية الحديثة وتوجهات ماليزيا نحو تنمية الموارد البشرية على مستوى الجامعات والمؤسسات. وكذلك أنظر مقال :

-Charette, Daniel. E. Malaysia in the Global economy Crisis recovery and Road ahead.

[http://www.dai.com/pdf/Malaysia in the Global Eco](http://www.dai.com/pdf/Malaysia_in_the_Global_Eco)

مأخوذ من الموقع الإلكتروني

المحاكم المختلطة نموذج جديد للعدالة الدولية



عادل جدادوة : طالب باحث بالسنة الثانية دكتوراه في القانون العام

تخصص قانون دولي إنساني ، جامعة باجي مختار- الجزائر الشقيقة -

إن انتشار الجريمة الدولية في العقدين الأخيرين بوجه خاص، بشكله الواسع والمعقد، شكل تهديدا صارخا لمصالح الدول منفردة والمجتمع الدولي بأسره على حد سواء، ولقد أضحت الجرائم الدولية سهلة الوقوع بالنظر إلى الوسائل الحديثة والتقنيات المعقدة التي تستخدم في إحداث الدمار والخسائر في أرواح المدنيين. وكذلك في ظل طغيان الحكام واستبدادهم لأسباب سياسية أو دينية أو عنصرية ، وتضارب مصالح الدول فيما بينها على حساب القيم الإنسانية .

وللتصدي لمثل هذه الأفعال ومعاينة مرتكبيها شكلت محاكم جنائية دولية مؤقتة مثل محكمة يوغوسلافيا السابقة ورواندا، كما تم إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة مقرها لاهاي بدأت عملها في جويلية 2002.

وقد اعتمد مجلس الأمن نماذج أخرى لإقامة محاكم جنائية وصفت بأنها ذات طابع دولي، وذلك عن طريق اتفاقيات ثنائية بين الأمم المتحدة وسلطة دولة قامت فيها حرب أهلية أو اضطرابات ارتكبت خلالها جرائم يعاقب عليها القانون الدولي، بالإضافة إلى جرائم يعاقب عليها القانون المحلي كما حصل في كمبوديا وسيراليون وغيرها من الدول، وقد سميت بالمحاكم المختلطة أو الهجينة لأنها مؤلفة من قضاة دوليين وآخرين محليين، و تتولى بصورة رئيسية تطبيق القانون الجنائي الدولي بالنسبة للجرائم التي يعاقب عليها القانون الدولي وهي السبب الأساسي في إنشاء هذه المحاكم، وبعض أحكام القانون المحلي بالنسبة للأعمال التي يعاقب عليها القانون الوطني ولا تعتبر جرائم بنظر القانون الدولي.

ولمعالجة موضوع المحاكم المختلطة سوف نتبع الخطة التالية :

أولاً : مفهوم المحاكم المختلطة.

ثانيا : أهمية المحاكم المختلطة.

ثالثا : بعض النماذج من المحاكم المختلطة.

أولاً : مفهوم المحاكم المختلطة :

لم ينل موضوع تعريف المحاكم المختلطة اهتمام الدراسات القانونية المعنية بدراسة أحكام القانون الدولي الجنائي ولم يتم التركيز على المجالات التأصيلية لفكرة المحاكم الجنائية المختلطة بقدر الاهتمام بدراسة التطبيقات العملية لهذه المحاكم، هذا الأمر يدفعنا للقول بأن الوقوف على تعريف مانع جامع للمحاكم الجنائية المختلطة أمر غير متصور لعدة أسباب منها حداثة هذا الموضوع وتباين الآراء الفقهية بشأنه واختلاف وجهات النظر بخصوص الحدود الفاصلة ما بين هذه المحاكم وغيرها، وكذلك التداخل الذي يقع أحيانا بينها وبين باقى النشاطات القضائية الأخرى ذات الطابع الجنائي الدولي، من هذا المنطلق سنكتفى بعرض جانب من التعريفات التى قيلت حول هذه المحاكم فيما يلي :

عرفها الدكتور عبد الله على عبو سلطان : " بأنها المحاكم المنشأة بموجب معاهدة دولية بين منظمة الأمم المتحدة وحكومة الدولة التى ارتكبت فيها الجرائم الدولية وتتكون من هيئات مشتركة (مختلطة) من القضاة المحليين والدوليين ويتمتعون بسلطة قضائية داخل الدولة التى حصلت فيها انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولى الإنسانى وبموجب هذه السلطة لهم الحق فى محاكمة مرتكبي الجرائم الخطيرة مثل الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب". (1)

وعرفها البعض الآخر بأنها " المحاكم التى تنشئها الأمم المتحدة بموجب اتفاقيات تبرمها مع الدول التى يحصل فيها انتهاكات خطيرة وجسيمة للقانون الدولى الإنسانى والقانون الدولى لحقوق الإنسان" (2)

ومن خلال التعريفان المذكوران أعلاه نخلص للقول بأن أهم عناصر قيام المحاكم الجنائية المختلطة يمكن تشخيصها فيما يلي :

- الأصل فى هذا النوع من المحاكم أنها تنشأ على أساس اتفاقى ما بين طرفين ، الطرف الأول يتمثل بالمنظمة الدولية التى تدفعها مجموعة من المعطيات القانونية والسياسية والدولية باللجوء إلى هذا النوع من الاتفاقيات ، فالمعطى القانونى يتمثل فى رغبتها فى الوفاء بالتزاماتها الدولية و التصدي لشتى الممارسات غير القانونية التى تشكل انتهاكا لأحكام القانون الدولى الإنسانى والقانون الدولى لحقوق الإنسان، والمعطى السياسى يتمثل فى خضوع المنظمة لجملة من الضغوط السياسية من قبل الأطراف الدولية المؤثرة والفاعلة فى عملية صنع القرار داخل منظمة الأمم المتحدة، أما المعطى الدولى فإنه يتمثل فى التماشى مع المتطلبات الدولية وتطور أحكام المسؤولية الجنائية الدولية ووصولها إلى مستوى متميز أصبح معه بالإمكان مسائلة الجناة عن طائفة من الجرائم وفقا لأحكام القانون الجنائى الدولى. أما عن الطرف الثانى فإنه يتمثل فى حكومة إحدى الدول التى تقبل طوعية الالتجاء إلى الأمم المتحدة وآلياتها فى محاكمة الجناة فى فئة معينة من الجرائم إما لأنها ترغب فى أن تبرهن وتثبت حسن نيتها تجاه دول العالم فى أنها حريصة على أعمال قواعد العدالة وإحقاق الحق، أو أنها لا تملك الإمكانيات القضائية الكافية للوصول إلى تغطية تداعيات بعض الموضوعات التى تحتاج إلى عنصر الخبرة الدولية بالاستعانة بالقضاء الدولى.

- إن هذه المحاكم لا تنظر إلا فى الجرائم ذات الطابع الدولى والتى ينص على تجريمها القانون الدولى الإنسانى وبالتالي لا بد من توافر الشروط والعناصر والأركان اللازمة لقيام الجريمة الدولية لكى يؤول إخضاع هذا النوع من الجرائم لاختصاص المحاكم الجنائية المختلطة. (3).

- تمتاز هذه المحاكم بأنها محاكم مختلطة تجمع في ثناياها ما بين القضاة الوطنيين والقضاة الدوليين حيث يمارس هؤلاء مهامهم القضائية بالنظر إلى الموضوعات التي تقع ضمن اختصاصهم وفي الحدود التي يرسمها الاتفاق القائم بين الطرفين .

- تمارس هذه المحاكم مهامها بالفصل في النزاع القائم تحت إشراف ورقابة المنظمة الدولية وبالتنسيق والتعاون مع حكومة الدولة المعنية وصولاً إلى تحقيق الأهداف التي دعت إلى إنشائها.

فالمحاكم المختلطة هي محاكم (هجينة) أو (مطعمة) في تركيبتها، حيث تتضمن عناصر من المقاضاة الداخلية والإجراء الدولي. (4)

ثانياً: أهمية المحاكم المختلطة :

لقد كرس تجارب الأمم المتحدة من خلال فكرة إنشاء محاكم مختلطة الكثير من القناعات حول جدوى هذا الأسلوب في الوصول إلى معالجة بعض المشكلات الناشئة بالاعتماد على القضاء الوطني حصراً أو القضاء الدولي، فكان الوصول إلى حل وسط يجمع ما بين الإثنين بمثابة نظام متميز يضمن الكثير من الإيجابيات وينطوي على مقدار كبير من الأهمية، سوف نتطرق إلى ذكر بعضها فيما يلي :

- وجود الأمم المتحدة كطرف في تشكيل هذه المحاكم يعزز من دور هذه المحاكم كأسلوب حديث ومتطور يضمن المزيد من المزايا في إطار القانون الدولي الجنائي، حيث يشكل عملها مؤشراً حقيقياً على تطور مبادئ القانون الدولي الجنائي وإضفاء المزيد من المرونة عليه بما يضمن حقوق سائر الأطراف الدولية.

- أثبتت التجارب التي تم اعتماد هذه المحاكم فيها، بأنها أكثر قدرة على الاستمرار وعلى تحقيق الأهداف المرجوة منها والوصول إلى نتائج إيجابية بصدد معالجة القضايا التي تأسست لأجلها.

- تعمل المحاكم المختلطة تحت إشراف مشترك من الأمم المتحدة والدولة المعنية وتشكل هذه الطريقة محاولة للمزج بين فوائد المتابعات الوطنية مثل القرب الجغرافي والنفسى إلى الضحايا، والأثر الإيجابي في مؤسسات الدولة المحلية مع فوائد المشاركة الدولية كالموارد والموظفين والأمن.

- زيادة الإعتماد على الخبرة القضائية الدولية في مجال التعامل مع الكثير من الموضوعات التي تنطوي على قدر كبير من الأهمية على المستوى الوطني والإقليمي والدولي، فمن خلال المحاكم المختلطة سيكون هناك نقل للخبرة الدولية القضائية والجنائية للقضاة والمدعين العامين الدوليين إلى داخل الدول، وبما لاشك فيه أن هناك من الدول من هم بحاجة فعلاً إلى تلك الخبرة. (5)

- التقليل من الآثار السلبية الناشئة عن المحاكم الدولية التي لا يسمح فيها للقضاء الوطني أن يشارك ويناقش ويطلع... الخ، حيث يشكك الكثير في عدالة القضاء الأجنبي وقدرته في التعامل بموضوعية مع القضايا المعروضة عليه بعيداً عن أي تدخلات سياسية أو إعتبارات تؤثر في طبيعة الحكم القضائي المتخذ.

- تعتبر هذه المحاكم من الوسائل الناجعة لإنفاذ أحكام القانون الدولي الإنساني (6) .

ولحكمة الجناة عن الجرائم التي تقترب أثناء الصراعات المسلحة وبالتالي فإن الممارسات المجرمة بموجب أحكام اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول والثاني لعام 1977 جميعها يمكن أن تكون محوراً

لنشاط هذه المحاكم من خلال نظرها لجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وغيرها من الجرائم الدولية.

- يسبق تشكيل هذه المحاكم الكثير من الخطوات المهمة التي تدخل في إطار توضيح أبعاد المشكلة القائمة ومن هنا فإن هناك الكثير من المفاوضات والبعثات الدولية والمتابعة والمراقبة للأوضاع الإنسانية القائمة، وصولاً إلى تكوين القناعات الكلية حول جدوى تشكيل هذه المحاكم والأسلوب الأمثل لإدارتها.

- لا تثار أي مشكلات حول القانون الواجب التطبيق لأن بنود الاتفاق تكون حاسمة لهذا الأمر حيث تشير إلى القانون الذي سيجري الاعتماد عليه والذي سيحكم عمل المحكمة.

- كما أن تكلفة إنشاء هذه المحاكم أقل بكثير من المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، فقد بلغت تكلفة ميزانية المحكمة المختلطة لسيراليون خمس الميزانية السنوية للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة الخاصة بيوغوسلافيا، كما تلقى هذه المحاكم دعماً مباشراً من الأنظمة القانونية الوطنية.

- إن جلوس القضاة المحليين والدوليين معاً كهيئة للنظر في الجرائم الدولية تمثل طريقة جديدة للمجتمع الدولي لمواجهة سياسة الإفلات من العقاب.(7)

ثالثاً: بعض النماذج من المحاكم المختلطة :

- المحكمة المختلطة الخاصة بسيراليون :

لقد تم تأسيس المحكمة المختلطة في سيراليون طبقاً لقرار مجلس الأمن 1315 بتاريخ 2000/07/14، وقد أنشأت في العام 2002 مؤلفة من قضاة سيراليونيين ودوليين للنظر بالجرائم الخطيرة التي حدثت في العام 1996، مع ملاحظة بعض التعديلات أيضاً على القوانين الوطنية بما تتوافق والمعايير الدولية لإجراءات المحاكم والأحكام.(8)

- المحكمة المختلطة الخاصة بكمبوديا :

المحكمة المختلطة في كمبوديا الخاصة بمحاكمة الخمر وقادتهم الذين ارتكبوا جرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والإبادة والانتهاكات الخطيرة للقانون الجنائي الكمبودي، والقانون والأعراف الإنسانية الدولية والاتفاقيات الدولية التي تعترف بها كمبوديا وذلك أثناء الحرب الأهلية الكمبودية بين عام 1975 و 1979 (09). وقد صدر قرار عن الأمم المتحدة بتاريخ 2003/5/13 يتضمن الموافقة على الاتفاق الموقع بينها وبين الحكومة الكمبودية على شكل المحكمة وما يتعلق بها من إجراءات، ونص الاتفاق على إنشاء غرفة قضائية أولية غير عادية، مؤلفة من ثلاثة قضاة كمبوديين يعينون بقرار من مجلس القضاء الأعلى الكمبودي ومن قاضيين دوليين، وكذلك إنشاء محكمة عليا تنظر كمحكمة استئناف وكمراجع أخير وتعتبر غرفة من غرف محكمة التمييز وتتشكل من أربعة قضاة كمبوديين يعينون أيضاً من قبل مجلس القضاء الأعلى ومن ثلاثة قضاة أجنبية. ويعهد إلى هذا القضاء الخاص أمر المحاكمة، وتوكل مهمات الملاحقة الجزائية والاثبات إلى هيئة اتهامية مختلطة مؤلفة من نائب عام كمبودي ومن نائب عام دولي يختاره مجلس القضاء الأعلى الكمبودي من بين لائحة مؤلفة من شخصيتين متخصصتين يرفعها الأمين العام للأمم المتحدة إلى الحكومة الكمبودية. كما أن تعيين القضاة الأجانب يتم من قبل المجلس العدلي الكمبودي بناء على لائحة مقدمة من الأمين العام للأمم المتحدة، واللائحة في هذه المحاكم صدور القرارات بالإجماع في المستويين وإذا تعذر بالغالبية شرط وجود قاض دولي بين المؤيدين على الحكم ضماناً للعدالة والمصادقية. إضافة

إلى أن الإجراءات ستتبع قانون العقوبات الكمبودي مع إجراء بعض التعديلات عليه بما يتوافق مع بعض معايير المحاكمات الدولية كعدم الأخذ بأي حصانة قضائية أو أي عفو عام أو خاص. (10)

- المحكمة المختلطة الخاصة بتيمر الشرقية :

بعد استقلال تيمور الشرقية وانسحاب القوات العسكرية الاندونيسية أنشأ مجلس الأمن بموجب القرار رقم 1272 الصادرة في 25 أكتوبر 1999 إدارة مؤقتة لتيمور الشرقية أوكلت لها مهمة إعادة بناء وأعمار تيمور الشرقية وكذا إعادة هيكلة وتأسيس النظام القضائي.

استنادا إلى قرار مجلس الأمن السابق ذكره تم تأسيس جهات قضائية متخصصة أطلق عليها "الغرف الجنائية المتخصصة لتيمور الشرقية" (11)، وتم ذلك في شهر مارس 2000 و حصر مجال عمل هته الأخيرة لمحاكمة الجرائم الخطيرة المتمثلة في جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، تطبق هذه الغرف القانون الجنائي التيموري والقانون الجنائي الدولي، حيث عملت إلى غاية 2005. (12)

وعليه فالطابع المدول لهذه المحاكم يستدل عليه من القانون الواجب التطبيق، من تشكيلة القضاة ومن القانون الذي أنشأها وهو القانون الدولي.

- المحكمة المختلطة الخاصة بلبنان :

لقد تم إنشاء المحكمة الخاصة بناء على قرار مجلس الأمن رقم 1757 في 30 ماي 2007 وهي محكمة مختلطة أو (هجينة) تهدف لمحاكمة جناة مزعومين كانوا وراء سلسلة من محاولات اغتيال وجرائم قتل استهدفت شخصيات سياسية وإعلامية لبنانية بارزة منذ عام 2004. تطبق المحكمة القانون اللبناني ولكن مقرها في هولندا، وتتكون المحكمة من قضاة لبنانيون ودوليون فضلا عن موظفين لبنانيين و دوليين، ويتم تمويل المحكمة من تبرعات طوعية للدول الأعضاء في الأمم المتحدة وبمساهمة من لبنان. (13)

تمثل المحكمة الخاصة بلبنان في كل من لبنان ولاهلي نموذج فريد من نوعه، محكمة أنشأت للتعامل مع جرائم سياسية بما فيها " الإرهاب".

ولدت المحكمة الخاصة بلبنان وسط حالة من عدم الاستقرار السياسي الحاد الذي سيطر حينها على المشهد اللبناني، وتمثل بسلسلة من الاغتيالات السياسية، وبحرب شاملة مع إسرائيل، وأشهر طويلة من الشلل السياسي تخللها جولات من العنف تذكر بشبح الحرب الأهلية اللبنانية التي استمرت زهاء 15 عاما.

لقد تم دمج المعايير الدولية لحقوق الإنسان في النظام الداخلي للمحكمة، كما في المحاكم التي سبقتها، على أن يحظى جميع المشتبه بهم (المادة 15) والمتهمين (المادة 16) بالضمانات الأساسية الدنيا للحصول على محاكمة عادلة. وتراعى مواد النظام الأساسي القانون الدولي لحقوق الإنسان وبالأخص المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتتمثل هذه الحقوق في اعتبار المتهم بريئا حتى تثبت إدانته، وأن يكون على معرفة تامة بالتهمة الموجه إليه، والحق في محاكمة علنية أمام محكمة مستقلة ومحيدة بلا تأخير غير مبرر، والحق بالطعن في قانونية وظروف الاعتقال بما في ذلك أي تغيير طرأ على هذه الظروف منذ الاعتقال ، والحق في التمثيل القانوني من خلال محام. إن ضمان احترام جملة هذه الحقوق أمر بغاية الأهمية لضمان مصداقية المحكمة الخاصة بلبنان.

بالإضافة إلى ما سبق، وشأنها شأن جميع المحاكم التي ساهمت في إنشائها الأمم المتحدة، لا يمكن للمحكمة الخاصة بلبنان تطبيق عقوبة الإعدام على الرغم من أن العديد من الجرائم الواقعة ضمن ولايتها تعاقب بعقوبة الإعدام بموجب القانون اللبناني.

وعلى الرغم من أوجه التشابه التي سبق ذكرها بين المحكمة الخاصة بلبنان وغيرها من المحاكم الدولية، فإن اختصاص المحكمة الخاصة بلبنان يجعل منها نموذجا فريدا، واختصاصها أضيق من المحاكم الدولية الأخرى، وولايتها لا تشمل على محاكمة انتهاكات القانون الدولي الإنساني أو الجنائي، وتعرف المادة الأولى من النظام الداخلي للمحكمة ولايتها على أنها "تطال الأشخاص المسؤولين عن الهجوم الذي وقع في 14 فيفري 2005 وقتل فيه رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري كما قتل وجرح فيه أشخاص آخرون"، كما أن ولايتها تمتد لهجمات أخرى إذا كانت على صلة بذلك الهجوم بحسب قواعد العدالة الجنائية وإذا ما كانت من نفس الطبيعة أو بحجم الهجوم الذي أستههدف الحريري.

إن المحكمة الخاصة بلبنان تتعامل مع مجموعة محددة من الاغتيالات السياسية وقعت في فترة محددة، وهي بالحد الأدنى سوف تعمل على محاسبة الأشخاص المسؤولين، عن الهجوم الذي قتل الحريري من خلال محاكمة عادلة ومحايدة في لبنان الذي شهد إغتيالات سياسية كثيرة، بما في ذلك اغتيال رئيسى جمهورية وثلاثة رؤساء حكومات، يمكن أن تشكل المحكمة في حال نجاحها بداية مرحلة من المساءلة حول أعمال العنف هذه. (14)

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن المحاكم المختلطة تعد نموذج جديد للعدالة الدولية فهي بطبيعتها توأم بين القوانين الدولية والوطنية بهدف الوصول إلى الحقيقة والعدالة، خاصة وأن ميلادها يتم بموجب اتفاقية بين الدولة المعنية والأمم المتحدة ممثلة في مجلس الأمن تحدد فيها كل الأمور المتعلقة بالمحكمة لجهة تشكيلها والقوانين التي تلجأ إليها، إضافة إلى قواعد الإجاء والتنفيذ. وبالرغم من بعض الانتقادات التي وجهت إليها إلا أنه من المحتمل أن يصبح النموذج المختلط أكثر انتشارا خلال السنوات القليلة المقبلة، باعتباره يوفر حلاً للأنظمة الوطنية التي تعاني من قلة الخبرات و التجهيزات والرافضة لأي تدخل أجنبي، مما سيحد من ظاهرة الإفلات من العقاب ويساهم في تعزيز إرساء دعائم العدالة الدولية.

➤ قائمة المراجع :

- 1- د عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الانسان، دار دجلة، ط1، الاردن 2008، ص247.
- 2- جون ماري هنكرتس و لويز دوزوالد، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول (القواعد)، مطبوعات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2007، ص532.
- 3- انظر د. إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي، دار المستقبل العربي، القاهرة 2003، ص 27.
- 4- See Suzannah linton: Cambodia, East timor and sierra leone: Experiments in international justice.
<http://www.jsmp. Mini bub. Org>
- 5- د خليل حسن، سوابق المحاكم المختلطة ومتطلبات جريمة اغتيال الرئيس الحريري، مقال منشور على الانترنت، 2008/02/13.
- 6- عرفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر القانون الدولي الإنساني : " بأنه مجموعة القواعد الدولية الموضوعة بمقتضى معاهدات أو أعراف، والمخصصة بالتحديد لحل المشاكل ذات الصلة الإنسانية الناجمة مباشرة عن النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، والتي تحد لإعتبارات إنسانية

من حق أطراف النزاع في اللجوء إلى ما يختارونه من أساليب أو وسائل للقتال، وتحمي الأشخاص والممتلكات التي تصاب بسبب النزاع."

7- د محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2007، ص، 426.

8- PHOTINI PAZARTZI, Tribunaux Pénaux Inetrnationalisés, une nouvelle approche de la justice pénale internationale. A.F.D.I., édition 2003, Paris, pp 643-646.

9- تقرير مجموعة الخبراء من أجل كمبوديا، وثيقة الأمم المتحدة رقم 231 / A/53/ 850-21999 /

10- مقر المحكمة مدينة بنوم بنه عاصمة كمبوديا، وبدأت أولى محاكماتها في فيفري 2009

11- أنظر قرار مجلس الأمن رقم 1272، الصادر بتاريخ. 25/11/1999.

12- د خليل حسن، مرجع سابق.

13- سعد العجمي، مجلس الأمن والمحكمة الخاصة بجرمة إغتيال رئيس الوزراء اللبناني الأسبق رفيق الحريري، مجلة الحقوق، العدد 34، لبنان ، جويلية 2010، ص 108-109.

14- أنظر تقرير منظمة العفو الدولية، المحكمة الخاصة بلبنان عدالة إنتقائية أو محفز للمساءلة، مارس 2010.

النقادم الضريبي وفق القانون الجزائري



إعداد: مسعودي عبد الرؤوف

طالب باحث بصف الدكتوراه

جامعة الجزائر - كلية الحقوق

الملخص:

يتمثل التقادم الضريبي في انقضاء المدة القانونية للمطالبة بالحقوق من طرفي العملية الضريبية سواء المكلف بالضريبة أو الإدارة الضريبية، حيث حدد المشرع الجزائري انقضاء الطلبات والحقوق وفقا لآجال ثابتة بين تاريخ سيرانها وإيقافها، لا يمكن بعدها للمكلف من المطالبة باسترجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية نتيجة أخطاء تعود للإدارة كما لا يمكن للإدارة الضريبية بعدها ممارسة امتيازات الخزينة العمومية، و بالتالي فالتقادم سبب من أسباب انقضاء الدين و تحريره، ونذكر أن التقادم في مجال الجباية هو تقادم مسقط، يسقط الدين المستحق مع مرور الفترة له، عكس التقادم المكسب الموجود في الميادين الأخرى حيث تصير مع مرور المدة المقررة له الأشياء المحازة مكتسبة.

يتعلق التقادم القانوني وفقا لفقهاء القانون " بفعل أو امتناع عن فعل يوجب القانون، ويعاقب على تركه، ومع ذلك، وبانقضاء المدة القانونية المقررة، يتقادم الفعل ويسقط الحق في تتبعه ومعاقبة المطالب به"¹.

ويقصد بالتقادم الضريبي "بمرور مدة معينة وانقضائها على دين معين، ينقضي تبعاً له ذلك الدين ويسقط

¹ أحمد خليفي، التشريع الجبائي وأنظمة الأداءات الضريبية بالجزائر، ص 37.

الحق في المطالبة به".

كما يمكن تعريفه على أنه "إنقضاء أجل معين وفقا لتاريخ سيران وإيقاف محدين قانونا على ديون أحد طرفي العملية الجبائية، يسقط ويتحرر الدين بعده".

وباعتبار العملية الضريبية عملية معقدة من حيث مادتها التقنية من جانب وتشعب تنظيمها القانوني من جانب آخر، فإن المشرع الجزائري من خلال مختلف القوانين الضريبية وبخاصة قانون الإجراءات الجبائية وتجنبنا لما قد تعرفه إجراءات الفرض الضريبي من خرق والتي هي مقيدة بفترة زمنية محددة وكذا خلقا لنوع من التكافؤ بين الإدارة الضريبية والمكلفين فقد قنن تقادم العمليات المتعلقة بالفرض الضريبي من جانب الإدارة من جانب وتقدم طلبات المكلفين من الجانب الآخر.

حيث أسهب المشرع ضمن قانون الإجراءات الجبائية والذي يعدل سنويا مع قوانين المالية السنوية والتكميلية، من خلال مواد أفردتها الأخير لعمليات التقادم الضريبي والتي كانت قبل صدور قانون الإجراءات الجبائية موزعة ضمن مختلف القوانين الضريبية.

وتكمن أهمية الموضوع من جانبين أساسيين، الأول يتعلق بمدى خطورة عدم معرفة المكلف بالضريبة للمدة القانونية لتقدم طلبه أمام الإدارة مما قد يتسبب في ضياع حقه المكتسب، والثاني في تعقد تقدم المادة الضريبية والذي يختلف على حسب طبيعة الضريبة والفرض الضريبي.

وعليه نطرح الإشكالية التالية : كيف عالج المشرع الجزائري التقادم في المادة الضريبية؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة نعالج الموضوع في فرعين، نتناول في الفرع الأول لتقدم طلبات وحقوق المكلفين بالضريبة أمام الإدارة الجبائية ونتناول في الفرع الثاني لتقدم دعاوى الإدارة الجبائية أمام المكلفين بالضريبة.

الفرع الأول : تقدم طلبات وحقوق المكلفين بالضريبة أمام الإدارة الجبائية.

الفرع الثاني : تقدم دعاوى الإدارة الجبائية أمام المكلفين بالضريبة.

الفرع الأول : تقدم طلبات و حقوق المكلفين أمام الإدارة الجبائية :

رغم ما وضعه المشرع من قواعد لفض المنازعات القائمة بين الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة ومنحه للمكلف ضمانات متعددة و خاصة، إلا أنه يحصرها في آجال محددة تتقدم من خلالها حقوقهم و طلباتهم والتي

تختلف حسب طبيعة الضريبة.

أولاً: أجل تقادم طلبات المكلفين بالضريبة :

تختلف آجال التقادم بالنسبة لطلبات المكلفين حسب نوع وطبيعة الضريبة المفروضة محل النزاع، وعليه نجد ما نصت عليه المادة "109" من قانون الإجراءات الجبائية¹، على أن أجل التقادم بالنسبة لدعاوى استرجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية نتيجة أخطاء تعود للإدارة والمتعلقة بالضرائب المباشرة تقدر بثلاث 03 سنوات.

وبالنسبة للضرائب الغير مباشرة فإن نص المادة "137" من قانون الإجراءات الجبائية ينص على أن أجل التقادم بالنسبة لدعاوى استرجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية نتيجة أخطاء تعود للإدارة يقدر بأربع 04 سنوات. وتتقادم دعوى استرداد المبالغ المقبوضة في مجال الرسوم على رقم الأعمال، نتيجة ذلك بأجل أربع 04 سنوات وفق المادة "114" من قانون الإجراءات الجبائية².

كما تتقادم دعوى استرداد المبالغ المقبوضة في مجال حقوق التسجيل والطابع، نتيجة أخطاء الإدارة، بدون حق، وبصفة غير قانونية بأجل أربع 04 سنوات وفق المادة "126" بالنسبة لحقوق التسجيل و المادة "130" بالنسبة لحقوق الطابع من قانون الإجراءات الجبائية.

وعليه نلاحظ أن تحديد المشرع للأجل يختلف حسب نوع الضريبة المفروضة محل النزاع وذلك طبعاً يعود لطبيعة العملية التقنية للضريبة حيث تكون اعقد مع الضرائب الغير مباشرة عكس المباشرة.

ثانياً : سريان أجل تقادم طلبات المكلفين بالضريبة :

وبالنسبة لسريان أجل التقادم فإننا نجد المشرع يذهب لكون التاريخ ومهما كانت طبيعة الضريبة المفروضة محل النزاع بين المكلف و الإدارة فإنه يكون اعتباراً من تاريخ الدفع، أما إذا أصبحت الحقوق قابلة للاسترجاع

¹ تنص المادة 109 على أنه " تتقادم دعوى استرجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية ، نتيجة خطأ ارتكبه الأطراف أو الإدارة ، بمرور أجل مدته ثلاث (03) سنوات، اعتباراً من تاريخ الدفع وعندما تصبح هذه الحقوق قابلة للاسترجاع بسبب حدث لاحق لدفعها ، يؤجل تاريخ سريان مفعول الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى اليوم الذي وقع فيه هذا الحدث. ويوقف التقادم بالطلبات المبلغة بعد منح الحق في التسديد. كما يوقف بطلب معلل يوجهه المكلف بالضريبة إلى مدير الضرائب بالولاية، برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام."

² تنص المادة 114 على أنه " تتقادم دعوى استرداد المبالغ المقبوضة في مجال الرسوم على رقم الأعمال، بدون حق أو بصفة غير قانونية، نتيجة خطأ ارتكبه الأطراف أو الإدارة ، بمرور أجل أربع (04) سنوات ، اعتباراً من يوم الدفع."

بسبب لاحق لدفعها، فإنه يؤجل تاريخ سريان الأجل إلى اليوم الذي وقع فيه الحدث.

وفيما يتعلق بوقف التقادم فحسب قانون الإجراءات الجبائية يتم بواسطة ثلاث طرق قانونية والتي تتمثل في :

- الطلبات المبلغة .

- أو بعد منح الحق في التسديد.

- أو بطلب معلل يوجهه المكلف بالضريبة إلى مدير الضرائب بالولاية، برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

وعليه فالتقادم الذي تعرضنا له والمتعلق بمجمل أنواع الضرائب و الرسوم يسقط جميع الحقوق و الطلبات المكتسبة للمكلفين وعليه فهو تقادم مسقط و ليس مكسب.

بالإضافة لتقادم طلبات وحقوق المكلفين بالضريبة أمام الإدارة الجبائية سواء ما تعلق بالوعاء أو التحصيل الضريبي عن طريق مختلف الاعتراضات التي يتقدمون من خلالها طالبن بحق أو جبر ضرر، فإن دعاوى الإدارة الجبائية أمام المكلفين بالضريبة في المقابل عرضة للتقادم القانوني مما يجعلها غير قادرة على ممارسة امتيازاتها الضريبية تجاه المكلفين وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : تقادم دعاوى الإدارة الجبائية أمام المكلفين المدينين :

يتمثل تقادم دعاوى الإدارة أمام المكلفين في سقوط الحقوق المكتسبة للخزينة العمومية المتمثلة في الضرائب المستحقة الواجبة الدفع بعد مرور المدة القانونية المحددة لاستيفائها.

يعتبر الأصل في مدة التقادم بأربع سنوات غير أن هذا الأجل يختلف حسب طبيعة الضرائب المفروضة، والتي تطالب بها الإدارة لدى المدينين، من جهة وتبعا للحالات الخاصة بنشوء الدين ومختلف الممارسات التابعة لتحصيله، كما أن سريان أجل التقادم وإجراءات أحوالات إيقافه هي الأخرى تختلف من ضريبة لأخرى، وسنحاول أن نبين هذه الآجال وبديهة سريانها وكذا حالات إيقاف التقادم بصفة محددة وفق ما يأتي.

ولقد أردنا من خلال هذا التعريف للتقادم توضيح أمرين الأول تبيان المدة التي ينقضي فيها حق الإدارة في منازعة المكلف وبالتالي نشوء حق لدى الأخيرة وكذا التفريق بين الآجال حسب الضرائب و الرسوم المفروضة

وهو الأمر الذي يخلط فيه كثير من الباحثين حيث يعتبرونها 04 سنوات.

أولاً : تعدد آجال تقادم دعوى الإدارة الجبائية :

يتباين أجل تقادم دعوى الإدارة أمام المكلفين المدينين بالضريبة كما هو الشأن مع تقادم طلبات المكلفين أمام الإدارة حسب نوع وطبيعة الضريبة المفروضة محل النزاع والتي تكون في الحالة مطلب الإدارة، حيث يحدد المشرع وفق المادة "106/1" من قانون الإجراءات الجبائية الأجل الممنوح للإدارة للقيام بتحصيل جداول الضريبة التي يقتضيها استدراك ما كان محل سهو أو نقص في وعاء الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة أو تطبيق العقوبات المترتبة عن تأسيس الضرائب المباشرة بأربع 04 سنوات.

وبالنسبة لتقادم دعوى الإدارة لتحصيل الاقتطاع من المصدر و المطبق على مداخيل رؤوس الأموال المنقولة فقد حدده المشرع هو الآخر بأربع 04 سنوات وفق المادة "108" من قانون الإجراءات الجبائية؛ أما بالنسبة لدعوى استرجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية، نتيجة خطأ ارتكبه الأطراف أو الإدارة فالتقادم يكون بمرور أجل ثلاث 03 سنوات وفق المادة "109" من قانون الإجراءات الجبائية.¹

ووفقاً لأحكام المادة "138" من قانون الإجراءات الجبائية ، والمادة "568" من قانون الضرائب الغير مباشرة فإن أجل تقادم دعوى الإدارة في مجال الضرائب الغير المباشرة محدد بأربع 4 سنوات واستثناء 5 سنوات بالنسبة للعقوبات الواردة في القرارات و الأحكام و يسري الأجل فيها على تاريخ القرار أو الحكم الصادر بصفة نهائية، أما بالنسبة للعقوبات الصادرة عن المحاكم فالأجل يسري ابتداء من يوم اكتساب الأحكام قوة الشيء المقضي به.

فما هي الأسس التي تتقادم فيها دعوى الإدارة بأربع 4 سنوات ؟

حسب المادة "138" السابقة الذكر، فإن الأسس التي تتقادم دعوى الإدارة فيها على أساس أربع سنوات تشمل ما يلي :

- تأسيس الضرائب و الرسوم وتحصيلها.

¹ تنص المادة 108 " تخضع دعوى الخزينة قصد تحصيل الاقتطاع من المصدر ، المطبق على مداخيل رؤوس الأموال المنقولة ، للتقادم بمرور أربع (04) سنوات ، كما تنص عليه المادة 159 أدناه . و يسري هذا الأجل اعتباراً من تاريخ استحقاق الرسوم والغرامات " .

وتنص المادة 109 " تتقادم دعوى استرجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية ، نتيجة خطأ ارتكبه الأطراف أو الإدارة ، بمرور أجل مدته ثلاث (03) سنوات ، اعتباراً من تاريخ الدفع .وعندما تصبح هذه الحقوق قابلة للاسترجاع بسبب حدث لاحق لدفعها ، يؤجل تاريخ سريان مفعول الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى اليوم الذي وقع فيه هذا الحدث. ويوقف التقادم بالطلبات المبلغة بعد منح الحق في التسديد. كما يوقف بطلب معلل يوجهه المكلف بالضريبة إلى مدير الضرائب بالولاية، برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

- قمع المخالفات المتعلقة بالقوانين و التنظيمات المسيرة للضرائب الغير المباشرة حدد المشرع أجل تقادم دعوى الإدارة في مجال الرسم على رقم الأعمال بأربع سنوات والتي تمس بالتحديد :

- تأسيس الرسم على القيمة المضافة وتحصيله.

- قمع المخالفات المتعلقة بالقوانين و التنظيمات المسيرة للرسم.¹

- العقوبات الواردة في القرارات و الأحكام الصادرة .

كما أن المشرع منح للإدارة حق تمديد الأجل للتقادم بسنتين 02 إضافيتين وذلك في حالة ما يتبين للإدارة أن المكلف بالضريبة قام باستعمال طرق تدليسية ورفعت ضده دعوى قضائية.

وفيما يخص أجل التقادم بالنسبة لطلب حقوق التسجيل فإننا نميز حسب المادة "118" من قانون الإجراءات الجبائية بين حالتين :

- الحالة الأولى ويكون فيها أجل التقادم أربع 04 سنوات بالنسبة لتسجيل العقود والوثائق و التصريحات و التي لا تستدعي اللجوء فيها إلى تحريات لاحقة². كما يطبق الأجل نفسه على الغرامات الجبائية المنصوص عليها في قانون التسجيل.

- الحالة الثانية و يكون فيه التقادم خلال عشر 10 سنوات بالنسبة للإغفال للأموال في التصريحات بالتركة، وكذا التركات الغير مصرح بها.

أما ما يتعلق بحقوق الطابع فحسب المادة "127" من قانون الإجراءات الجبائية ، فإنه تتقادم دعوى الإدارة، في مجال حقوق الطابع بأربع 04 سنوات، والمتعلقة بالعمليات التالية :

- تأسيس حقوق الطابع وتحصيلها.

- قمع المخالفات المتعلقة بالقوانين و التنظيمات المسيرة لهذه الحقوق.

ما نلاحظه هو تعدد واختلاف الآجال المتعلقة بتقادم دعوى الإدارة للمطالبة بديونها أمام المكلفين بالضريبة،

¹ في حالة ما كان مرتكب المخالفة في حالة إيقاف فإن التكاليف بالحضور أمام المحكمة المختصة لإصدار الحكم ضده يجب أن يتم وفق المادة 110 من قانون الإجراءات الجبائية في أجل شهر واحد، اعتبارا من تاريخ غلق المحضر.

² غير أن المادة 124 من قانون الإجراءات استثنت بعض أنواع الوثائق و العقود و التصريحات من التقادم في أجل أربع 04 سنوات و جعلت تقادمها بعشر 10 سنوات والتي تتمثل في: 1- عقد الهبة بين الأحياء 2- تصريح بنقل الملكية عن طريق الوفاة لرابطة أو درجة القرابة بين الواهب والمورث والموهوب لهم أو الورثة أو الموصى لهم 3- لكل بيان غير صحيح لعدد أولاد المورث أو الوارث أو الموهوب له أو الموصى له . ويسري الأجل فيها ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح.

حيث يعتبر أجل أربع سنوات كمبدأ عام، إلا أنه يختلف من نوع لآخر حيث نجد الحد الأدنى فيه يصل لثلاث سنوات فيما يخص استرجاع المبالغ المقبوضة من غير حق أو بصفة غير قانونية في دعوى الإدارة لتحصيل الاقتطاع من المصدر و المطبق على مداخيل رؤوس الأموال المنقولة، وكذا استثناء 5 سنوات بالنسبة للعقوبات الواردة في القرارات و الأحكام بالنسبة للضرائب الغير مباشرة ويصل كحد أقصى له لعشر سنوات بالنسبة للإغفال للأموال في التصريحات بالتركة، وكذا التركات الغير مصرح بها في مجال حقوق التسجيل؛ وهذا مراعاة لمصلحة الخزينة العمومية وهو ما يطلب توضيحه للمكلفين المدينين بالضريبة.

ثانيا : تعقيد سريان أجل تقادم دعوى الإدارة الجبائية :

إن المشرع في تحديده لمدة التقادم لمختلف أنواع الضرائب لتقادم دين الخزينة نجده يفرق في سريان الأخير، حسب طبيعة الضريبة كذلك، كما نجده يسمح للإدارة بتمديد الأجل الممنوح في حالات استثنائية وفق ما يلي :

بالنسبة للضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة فرق في بداية أجل التقادم بين العديد من الحقوق كالآتي:

- بالنسبة لوعاء الحقوق البسيطة والعقوبات المتناسبة مع هذه الحقوق، فيبدأ أجل التقادم اعتبارا من اليوم الأخير من السنة التي اختتمت أثناءها الفترة التي تم فيها فرض الرسوم على المداخيل.
- بالنسبة لوعاء الغرامات الثابتة ذات الطابع الجبائي ، يبدأ أجل التقادم اعتبارا من اليوم الأخير من السنة التي ارتكبت أثناءها المخالفة المعنية.

ويمكن للإدارة الجبائية تمديد أجل التقادم المحدد بأربع سنوات كما ذكرنا بسنتين إضافيتين وذلك في حالتين و هما:

- الحالة الأولى: بعد تأكد الإدارة من أن المكلف بالضريبة عمد إلى طرق تدليسية وذلك برفع دعوى قضائية ضده.

- الحالة الثانية: وهي إذا ما ألزمت الإدارة على إدراج الجداول الإضافية الموضوعة في مجال الرسوم المحصلة لفائدة الجماعات المحلية وبعض المؤسسات في التحصيل.¹

كما أقر المشرع في نفس الوقت بإمكانية تمديد أجل التقادم وفق حالات استثنائية أخرى حسب الحالة كما يلي :

- حالة تدارك الأخطاء المرتكبة سواء تعلق الأمر بنوع الضريبة أو بمكان فرضها وذلك بالنسبة لأي ضريبة أو رسم من الرسوم المؤسسة عن طريق الجداول، وحدد الأجل حتى السنة الثانية التي تلي السنة التي صدر فيها

¹ يبدأ سريان الأجل في هذه الحالة اعتبارا من أول جانفي من السنة التي تفرض الضريبة بعنوانها.

القرار القاضي بالإعفاء من الضريبة الأولى.

- حالة اكتشاف أي إغفال أو نقص في الضريبة، إما بدعوى أمام المحاكم الجزائية، أو على إثر فتح تركة المكلف بالضريبة أو تركة زوجته، إلى غاية انقضاء السنة الثانية التي تلي السنة التي صدر فيها القرار الذي أنهى الدعوى أو التي تم فيها التصريح بالتركة.¹

وفيما يخص الدعاوى المتعلقة بتحصيل الاقتطاع من المصدر لرؤوس الأموال المنقولة، فيبدأ سريان التقادم اعتباراً من تاريخ استحقاق الرسوم و الغرامات، أما بالنسبة لدعوى استرجاع المبالغ المقبوضة بصفة غير قانونية فيبدأ اعتباراً من تاريخ الدفع.

وبالنسبة لسريان أجل التقادم في الضرائب الغير مباشرة فتميز بين حالتين وفق ما يلي :

- ابتداء من تاريخ استحقاق الحقوق بالنسبة لتأسيس الضرائب وتحصيلها.
- ابتداء من التاريخ الذي ارتكبت فيه المخالفات، من أجل قمع المخالفات المتعلقة بالقوانين والتنظيمات التي تسير الضرائب الغير مباشرة وهذا عندما تكون تلك المخالفات قد ارتكبت بعد تاريخ استحقاق الضريبة.

أما بالنسبة للرسم على القيمة المضافة فيسري أجل التقادم المعد بالسنة المدنية، اعتباراً من أول جانفي للسنة التي تنجز فيها العمليات الخاضعة للرسم، وهذا المبدأ العام إلا أنه وفي حالة استعمال الطرق التدليسية من طرف المدين بالضريبة قصد إخفاء استحقاق الحقوق فإن التقادم يسري ابتداء من اليوم الذي يتمكن فيه أعوان الإدارة من معاينة استحقاق الحقوق و المخالفات.

ويسري أجل التقادم بالنسبة للعقوبات الواردة في الأحكام و القرارات الصادرة اعتباراً من تاريخ القرار أو الحكم الصادر نهائياً، واعتباراً من اليوم الذي اكتسبت فيه قوة الشيء المقضي به بالنسبة للعقوبات التي أقرتها المحاكم المختصة في مادة قمع المخالفات.

وفيما يتعلق بسريان الأجل لتقادم العناصر المتعلقة بحقوق التسجيل فتسري كما يلي :

- ابتداء من يوم تسجيل العقد أو الوثيقة أو التصريح والتي لا تحتاج إلى تحريات لاحقة.
- ابتداء من اليوم الذي يتمكن فيه الأعوان من إثبات المخالفات، بعد الإطلاع على كل عقد خاضع

¹ المادة 107 من قانون الإجراءات الجبائية.

للتسجيل، بالنسبة للغرامات الجبائية المنصوص عليها في قانون التسجيل.

- ابتداء من يوم تسجيل التصريح بالتركة، بالنسبة للإغفال المتعلقة بتصريح التركة.¹
- ابتداء من يوم فتح التركة بالنسبة للتركات الغير المصرح بها.

أما ما يتعلق بسريان أجل تقادم دعاوى الإدارة في مجال حقوق الطابع فهو يسري :

- ابتداء من يوم استحقاق الحقوق من أجل تأسيسها وتحصيلها.
- ابتداء من اليوم الذي ارتكبت فيه المخالفات فيما يخص قمع المخالفات ووعاء الحقوق التي تنطبق عليها، وذلك عندما تكون هذه المخالفات قد ارتكبت بعد تاريخ استحقاق الضريبة.²

ثالثا: إيقاف التقادم الضريبي :

بالنسبة لرؤوس الأموال المنقولة وحسب نص المادة "109" من قانون الإجراءات الجبائية، فإنه توجد حالتين يتم بموجبهما إيقاف التقادم و هما :

- إذا كانت الطلبات مبلغة بعد منح الحق في التسديد.
- إذا طلب المكلف بالضريبة ذلك وفق طلب معلل إلى مدير الضرائب بالولاية، بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

ويوقف التقادم في مجال الضرائب المباشرة بموجب مجموعة من الحالات وفق المادة "140" من قانون الإجراءات الجبائية و التي تتمثل في :

- دفع تسبيقات على الحساب.
- المحاضر المعدة حسب القواعد الخاصة بكل إدارة من الإدارات المؤهلة لذلك.
- الاعترافات بالمخالفات الموقع عليها من طرف مرتكبيها.
- إيداع عريضة قصد الحصول على تخفيض العقوبات.
- كل عمل آخر موقوف للتقادم وخاضع للقانون العام.

¹ حسب الفقرة الثالثة من المادة 118 من قانون الإجراءات الجبائية، فإن التقادم المتعلق بإغفال أموال في تصريح بالتركة و التركات الغير مصرح بها والمقدر بـ 10 سنوات يخفض إلى أربع 04 سنوات ابتداء من يوم تسجيل محرر أو تصريح يبين بالضبط تاريخ ومكان وفاة المورث وكذا اسم وعنوان أحد ذوي الحقوق على الأقل.

² أما في حالة ما قام المكلف أو المدين بالضريبة بمحاولة يقصد من ورائها إخفاء استحقاق الحقوق فان التقادم لا يسري إلا ابتداء من اليوم الذي يتمكن فيه أعوان الإدارة من معاينة استحقاق الحقوق أو المخالفات.

أما بالنسبة لوقف التقادم في مجال الرسم على رقم الأعمال فإنه يوقف بما يلي :

- دفع التسبيقات على الحساب
- المحاضر المعدلة وفقا للقواعد الخاصة بكل إدارة من الإدارات المؤهلة لذلك.
- إيداع طلب تخفيض العقوبات.
- تبليغ النتائج المتحصل عليها إثر إجراء تحقيق في الحاسبة.

وبالنسبة لحقوق الطابع يوقف التقادم بالطلبات المبلغة ودفع التسبيقات على الحساب، وكذا المحاضر و الاعتراف الموقع من قبل المخالفين، وإيداع عريضة بتخفيض العقوبات .

خلاصة :

من خلال التعرض لمختلف الآجال التي يتم فيها تقادم سواء طلبات وحقوق المكلفين بالضريبة تجاه الإدارة الجبائية أو دعاوى الإدارة أمام المكلفين من حيث آجالها و سريان آجالها و إيقافها، يتبين أن كل من حقوق الكلف و امتيازات الخزينة لا يمكن ممارستها متى صار الدين متقادما، و بالتالي فالتقادم سبب من أسباب انقضاء الدين و تحريره، ونذكر أن التقادم في مجال الجباية هو تقادم مسقط، يسقط الدين المستحق مع مرور الفترة له، عكس التقادم المكسب الموجود في الميادين الأخرى حيث تصير مع مرور المدة المقررة له الأشياء المحازة مكتسبة.

نقارير جامعیه :

نقير عن مناقشة أطروحة في القانون الخاص بعنوان : عدالة القرب بالمغرب محاولة في وضع المقومات ونقييم الحصيلة



الطالب الباحث : عبد الرحيم الأمين مدير الدراسة بجامع القرويين العامر
الأستاذ المشرف : الدكتور عبد الحميد أخريف أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تتشرف مجلة الفقه والقانون بنشر تقرير عن مناقشة أطروحة في القانون الخاص ، وحدة التكوين والبحث / نوع ، إنصاف ، تنمية ، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة محمد بن عبد الله بفاس، بعنوان : " عدالة القرب بالمغرب محاولة في وضع المقومات وتقييم الحصيلة "وهي للطلاب الباحث : عبد الرحيم الأمين مدير الدراسة بجامع القرويين العامر ، بإشراف فضيلة الأستاذ الدكتور عبد الحميد أخريف أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس ، وقد تكونت لجنة المناقشة من : الدكتور محمد بوزلافة أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس، الدكتور ادريس اجويلل أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس، والدكتور محمد بخنيف أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس.

وقد انطلقت هذه المناقشة المباركة يوم الجمعة 2013/10/4 في الساعة الرابعة مساء بحضور منقطع النظير حيث امتلأ المدرج 5 بكلية الحقوق بفاس عن آخره ، بحضور نوعي متميز حيث حضر المناقشة الدكتور محمد الروكي رئيس جامعة القرويين، والعلامة عبد الحى عمور رئيس المجلس العلمي الحلى لفاس، والسيدة رشيدة حلیمی رئيسة

الحكمة الابتدائية بصفرو، بالإضافة إلى مجموعة كبيرة من الأساتذة الجامعيين، والقضاة والأطر والطلبة الباحثين.



وترأس هذه المناقشة الدكتور عبد الحميد أخريف الذي قدم العمل وصاحبه، وتحدث عن ظروف إنجاز العمل وأثنى عليه وعلى جدية الطالب الباحث، ثم أعطى الكلمة للطالب ليقدم ملخصا عن عمله، وبعد ذلك تناول الكلمة الأساتذة المناقشون، ليجمعوا على قيمة العمل وجديته، وليقدموا ملاحظاتهم وانتقاداتهم واقتراحاتهم بخصوصه، وقد تخلل هذه المناقشة تدخلات رئيس الجلسة الدكتور عبد الحميد أخريف الذي كان يدافع باستماتة عن عمل الطالب الباحث، وينصح الطالب الباحث بالأخذ ببعض الملاحظات التي تفضل بها الأساتذة المناقشون، في حين يعتبر بعضها مجرد وجهات نظر لم تغب عن بال الطالب الباحث حين إنجاز العمل إلا أنه كانت له اختيارات أخرى اقتضتها طبيعة العمل.

وبعد المداولة أعلنت لجنة المناقشة قبول الأطروحة ومنح الطالب الباحث عبد الرحيم الأمين دكتوراه في الحقوق بميزة مشرف جدا مع تنويه لجنة المناقشة بالعمل، والتوصية بطبع الأطروحة. وبهذه المناسبة السعيدة تتقدم مجلة الفقه والقانون بأحر التهاني للأستاذ الكريم عبد الرحيم الأمين راجية من العلى التقدير أن يتمتع بالصحة والعافية ويكرمه بمزيد من الإنجازات العلمية التي تخدم الأمة .

❖ وفي ما يلي ملخص لمداخلة الطالب الباحث بخصوص الأطروحة :

اسمحوا لي بداية أن أتقدم بخالص شكري، وفائق تقديري لفضيلة الأستاذ الدكتور عبد الحميد أخريف على تفضله بقبول الإشراف على هذا العمل، وتتبعه بكل عناية واهتمام، بالتوجيه والتصويب، والتقويم والتسديد، طيلة مدة إنجازها. فله مني كل المودة والتقدير. كما أتوجه بجزيل الشكر والامتنان للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة المحترمين على تحملهم عناء قراءة هذا العمل، وجهدهم في تصحيحه وتسديده، وتحية مودة ومحبة واحترام لكل أساتذتي

بكلية الحقوق بفاس ، ولكل السادة الأفاضل الذين شرفوني بحضور هذه المناقشة.

➤ السياق العام للموضوع :

تم تسجيل هذا الموضوع سنة 2008 تحت عنوان "قضاء القرب وإشكالية الولوج إلى العدالة بالمغرب" وهي فكرة جادت بها قريحة أستاذنا الدكتور نور الدين التجكاني، فتلقفتها بموافقة ومباركة أستاذنا الدكتور عبد الحميد أخريف وكان ذلك قبل صدور قانون قضاء القرب بثلاث سنوات.

وبعد صدور القانون 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته في 17 غشت 2011 والذي لا يتطابق في مفهومه ومقاصده مع موضوع الأطروحة التي أعطى للقرب مفهوما واسعا، أصبح من اللازم تغيير العنوان بما يتلاءم ومستجدات الموضوع.

وبتوجيهات من الأستاذ المشرف الدكتور عبد الحميد أخريف تم تعديل الموضوع ليصبح : "عدالة القرب بالمغرب، محاولة في وضع المقومات وتقييم الحصيلة".

وقد جاء الموضوع في إطار مواكبة البحث الأكاديمي والفقه القضائي للحراك المستمر الذي تعرفها منظومة العدالة منذ الاستقلال وإلى يومنا هذا، حيث إن عجلة الإصلاح لم تتوقف طيلة هذه المدة، خاصة في المخطات الإصلاحية الكبرى وهي :

إصلاحات 1965 : التي تعتبر فترة تأسيسية تهدف إلى تحرير جهاز القضاء من النفوذ الأجنبي وتوحيد هيكله ومغربتها وتعريبها، والتخلص من الناشز منها، وإضفاء طابع السيادة على المجال القضائي.

إصلاحات 1974 : التي كانت تهدف إلى إعادة صياغة التنظيم الهيكلي للقضاء، وتقريب مؤسسات العدالة من المتقاضين، وتبسيط الإجراءات والمساطر، والاقتصاد في الأطر والنفقات القضائية.

إصلاحات فترة التسعينات (1993 – 1997) : والتي كانت تهدف إلى مواكبة التطور النوعي والكمي الحاصل في بنية القضايا المعروضة، والدخول في تجربة القضاء المتخصص ومحاولة تكسير طابع الوحدة الذي ظل ملازما للنظام القضائي المغربي.

إصلاحات بداية الألفية الثالثة (2002 – 2008) : التي جاءت على إثر إطلاق مسلسل الإنصاف والمصالحة، وما تلاه من تعزيز ضمانات حقوق الإنسان والحريات.

وأخيرا إصلاحات 17 غشت 2011 : التي جاءت بعد إقرار دستور جديد للمملكة في فاتح يوليوز 2011، وتضمنت تغيير وتتميم مجموعة من القوانين، أهمها : قانون التنظيم القضائي والمساطر المدنية والجنائية. وإصدار القانون المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته، بعد إلغاء محاكم الجماعات والمقاطعات.

ويلاحظ على كل هذه الإصلاحات القضائية في عمومها أوران أساسيان :

الأمر الأول : أنها غالبا ما يكون هاجسها تحقيق القرب الجغرافي للقضاء من المتقاضين، وتعميم المحاكم والمراكز القضائية لتغطي جميع تراب المملكة، وهو الأمر الذي أدى إلى وفرة المحاكم وسوء توزيعها بسبب إهمال القرب

الوظيفي لهذه المحاكم.

الأمر الثانى : أنها فى غالب الأحيان تكون إصلاحات جزئية ومرحلية، تعالج جوانب وتترك أخرى، مما يفرغ عملية الإصلاح من محتواها نظرا لكون منظومة العدالة منظومة متكاملة تتطلب إصلاحا شاملا لكل جوانبها، وفى مختلف أبعادها.

وإدراكا من الدولة بأهمية إصلاح هذه المنظومة إصلاحا شاملا أطلقت وزارة العدل سنة 2012 حوارا وطنيا يهدف إلى إصلاح شامل وعميق لمنظومة العدالة تـوج بإصدار ميثاق إصلاح منظومة العدالة فى يوليوز 2013.

وقد جاء مشروع الإصلاح هذا فى سياقات وطنية ودولية فرضت القيام بتغييرات جوهرية على تدبير الشأن العام، أهمها :

إصدار دستور جديد سنة 2011، وما تضمنه من مقتضيات تهـم الشأن القضائى، والحكامة الجيدة، ومحاربة الفساد الإدارى والمالى، وتعزيز دولة المؤسسات، وقيم حقوق الإنسان والحريات، علما بأن القضاء هو الساهر على حماية هذه الحقوق للأشخاص والجماعات. وأن إصلاح القضاء هو المدخل الأساسى لإصلاح باقى المؤسسات.

أن حالة مؤسسة العدالة فى أى بلد ما هى إلا مرآة عاكسة لحقيقة حال وأوضاع مختلف السلطات الأخرى، بحيث إذا ما صلح القضاء واستقام عوده، صلحت واستقامت سائر السلطات، لخشيتهـا من سيف العدالة وحتمية المساءلة.

ويتعرض القضاء المغربى لانتقادات شديدة وقوية من طرف الحركة الحقوقية، والأحزاب السياسية وجملة من التقارير الأجنبية الرسمية وغير الرسمية، التى وقفت على مناطق الفساد، واعتبرت قطاع العدالة بالمغرب من القطاعات التى تعرف انتشار الفساد، وضعف النجاعة ومحدودية الفعالية وهو ما يحول دون تحقيق الانتقال الديمقراطى الفعلى ببلادنا.

أن جلالة الملك محمد السادس ومنذ توليه العرش سنة 1999، ما فتى يولى أهمية كبيرة لإصلاح منظومة العدالة وخاصة فى خطابه الشهير لـ 20 غشت 2009 والذى خصصه: "لإطلاق الإصلاح الشامل والعميق للقضاء، تعزيزا لأوراش التحديث المؤسسى والتنموى، الذى يقوده جلالته". حيث حدد ستة محاور رئيسية للإصلاح، هى: دعم ضمانات الاستقلالية، وتحديث المنظومة القانونية، وتأهيل الهياكل القضائية والإدارية، وتأهيل الموارد البشرية، والرفع من النجاعة القضائية، وتخليق القضاء، ليسهم بدوره فى تخليق الحياة العامة، بالطرق القانونية.

ويستهدف الإصلاح الشامل والعميق تقريب العدالة من المتقاضين، وإزالة كل العوائق التى تحول دونها، ومعالجة كل الإشكالات والاختلالات التى تعاني منها العدالة، وبالتالي تحقيق المفهوم الشامل لعدالة القرب، وتكريس شعار القضاء فى خدمة المتقاضين.

➤ التعريف بالموضوع :

يثير مفهوم العدالة فى نفس الإنسان إحساسا عميقا بالمثل العليا والقيم السامية، وتعنى منح كل ذي حق حقه بمنتهى النزاهة والموضوعية والحياد.

ولذلك كان الحق فى العدالة من الحقوق الطبيعية الأساسية للصيقة بالإنسان، أقرته التشريعات السماوية، وأكدت

عليه المواثيق والعهود الدولية، وتضمنته مختلف الدساتير والقوانين الوضعية.

وإذا كان الحق في العدالة قد تضمنته التشريعات السماوية، وأقرته المواثيق الدولية، ودستراته وقننته التشريعات الوطنية، فإن على الدولة أن توفرها لكافة المواطنين كسائر الخدمات العمومية الأساسية، حتى يتمكنوا من اللجوء إليها والاستفادة من خدماتها بكل يسر وسهولة، ودون عوائق مادية، وصعوبات مسطرية، وموانع إجرائية.

ولا يمكن للمواطن أن يتمتع بممارسة حقه في العدالة إلا إذا كانت مؤسساتها قريبة منه، يلجأ إليها بكل يسر وسهولة، ومن ثم كانت جل الشعارات التي رفعت في محاولات إصلاح منظومة العدالة بالمغرب تركز على عنصر القرب وتقريب العدالة من المتقاضين، وكون العدالة في خدمة المواطنين، علما بأن هذا القرب، لا ينصرف فقط إلى القرب الجغرافي، وإنما يتجاوز ذلك إلى القرب الوظيفي والخدمي.

وكل ذلك تتحمله كلمة القرب من الناحية اللغوية التي تعني نقيض البعد، وهو قد يكون في المكان، ومنه قوله تعالى: "واستمع يوم ينادي المنادي من مكان قريب". وقد يكون في الزمان، ومنه قوله تعالى: "اقتربت الساعة وانشق القمر"، والمقربة طريق صغير ينفذ إلى طريق كبير، وذلك لما فيه من التيسير على عامة الناس، والقرب: البئر القريبة الماء التي يسهل الانتفاع من مائها، ويطلق القرب أيضا على الاقتصاد في الأمور، وتجنب الغلو فيها، مصداقا للحديث الشريف: "سدودا وقاربوا".

وانطلاقا من هذه المعاني التي يحملها مفهوم القرب من الناحية اللغوية، ندرك أن القرب كما يتخذ بعدا مكانيا، يتخذ بعدا زمانيا، وكما يكون حسيا، يكون معنويا، وإذا كان اللفظ يحتمل هذه المعاني اللغوية المتعددة، وأمكن حمله على جميعها إما على سبيل البدل، أو على سبيل المجموع، فإن حمله على ذلك أولى، وهو مذهب جمهور الأصوليين، وبالتالي فإننا لا نعني بعدالة القرب قرب مؤسسات العدالة ومقراتها جغرافيا من المتقاضين في مواطنهم ومحال إقامتهم، ومقرات أعمالهم فقط، وإنما نعني قربا أوسع من ذلك وأشمل.

فعدالة القرب التي يحتاجها المواطن هي العدالة القريبة منه مكانيا، بمعنى قرب مرافقها وأجهزتها الفعلية ومواردها البشرية المسؤولة والكفأة من المواطن في جميع أنحاء المملكة، حتى يتمكن من الانتفاع من مختلف خدماتها الإدارية والأمنية والاجتماعية دون عناء التنقل ومشاق الطرقات.

وهي القريبة منه زمانيا حتى يستطيع قضاء أغراضه القضائية في وقت معقول، يمكنه من حسن تدبير وقته وتجنب تضيقه في مرفق العدالة لقضاء بعض الأغراض حتى ولو كانت بسيطة.

وهي القريبة منه مسطريا، بتقريب المساطر وبساطتها ويسرها على المواطن، حتى يستطيع اللجوء إلى مؤسسات العدالة وممارسة الدعوى القضائية، وفق إجراءات بسيطة وغير معقدة وواضحة وشفافة.

وهي القريبة منه ماديا، ليمارس حقه الدستوري دون تكاليف مالية مرهقة.

وهي القريبة منه إجرائيا بإزالة كل المعوقات التي تحول دون الوصول إلى القضاء، حتى تقصر عليهم مسافة الوصول إلى مبتغاهم وإلى هدفهم.

وهي القريبة منه على مستوى التواصل وجودة الخدمات، وذلك بقربها من المواطن بحسن الاستقبال والمعاملة

الطبية للمرتفق، وجودة في الأحكام ونجاعة الخدمات.

وهي القرية منه نفسيا ومعنويا بثقة المواطن في مؤسساتها، حتى يحس المواطن بالطمأنينة والأمن القضائي.

➤ أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية موضوع هذه الأطروحة في ما يلي :

أولا : يكتسب الموضوع أهميته من أهمية البحث في الفقه القضائي الذي يحتل مكانة متميزة بين العلوم في القديم والحديث، قال ابن فرحون : "ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدرا، وأعزها مكانا، وأشرفها ذكرا، لأنه مقام على، ومنصب نبوي، به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم، ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب، مخوفة العواقب، والحجاج التي تفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القط، وتقصر فيها الخطأ، كان الاعتناء بتقرير أصوله، وتحرير فصوله، من أجل ما صرفت له العناية، وحمدت عقبه في البداية والنهاية". ولذلك أثنى الله سبحانه وتعالى على داود عليه السلام باجتهاده في الحكم، وأثنى على سليمان عليه السلام باجتهاده وفهمه وجه الصواب في قوله تعالى: "وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم، وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها سليمان، وكلا آتينا حكما وعلما"، وروي عن الحسين رضي الله عنه في قوله تعالى: "وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب" قال: هو علم القضاء.

من هنا كان للبحث في القانون القضائي والمساطر القضائية أهمية كبيرة باعتباره الأداة الأساسية لتطبيق القانون، وأن مختلف فروع القانون هي نصوص جامدة، والذي يبعث فيها الروح هو التنزيل القضائي من خلال أجهزته المختلفة وتنظيماته ومساطره المتعددة، خاصة في ظل دستور جديد، يعمل الجميع من أجل تنزيل مقتضياته على أرض الواقع، وتأويل بنوده تأويلا سليما يستجيب لطبيعة المرحلة، ويتجاوب مع مطالب الشارع التي تحمل بين ثناياها قسطا من عدم الرضى على دور القضاء في تخليق الحياة والحد من كل مظاهر الفساد والاستبداد.

ثانيا : جلة هذه الدراسة من حيث إعطاؤها لعدالة القرب مفهوما واسعا يتجاوز المفهوم التقليدي لتقريب القضاء من المتقاضين الذي يركز على القرب الجغرافي لمؤسسات العدالة، وانتشارها في ربوع التراب الوطني، مما أدى إلى تضخم في عدد الوحدات القضائية، إلى مفهوم حديث لعدالة القرب يقوم على القرب الوظيفي من خلال سهولة الولوج إلى القضاء، وبساطة المساطر، وشفافية الإجراءات، وجودة الخدمات، وفعالية وإيجابية القاضى، وتعزيز صلاحياته وتوسيع نطاق وظائفه.

ثالثا : تركيب الموضوع وتجميعه لجوانب متعددة في المجال القضائي ضمن منظومة شاملة لمقومات عدالة القرب على المستوى التنظيمي والإجرائي، وتقييم مختلف القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي ومساطر التقاضى، ورصد مظاهر القوة ومكامن الخلل في محتوى هذه القوانين، وتجميع ومناقشة الحلول والاقتراحات المطروحة في هذه المجالات، انطلاقا من فكرة الموضوع التي تهدف إلى تقريب العدالة من المتقاضين على جميع المستويات المادية والمعنوية.

رابعا : أن هذه الدراسة من شأنها أن ترصد الاختلالات ، واستقصاء مختلف صعوبات ومعوقات ممارسة الحق في التقاضى، والولوج إلى العدالة في مختلف مراحل مسار النزاعات: قبل عرضها على القضاء، وفي مرحلة تقديم المقل، وسير الدعوى إلى حين إنهاء النزاع، إما بإجراء صلح قضائي يرضى أطراف النزاع، أو بصدر حكم قضائي

وصيرورته حكما نهائيا، حائزا لقوة الشيء المقضى به، وتقترح في كل هذه الخطات عددا من الحلول لمجموعة من القضايا والإشكالات التي تهم منظومة العدالة وتقريبها من المتقاضين.

➤ إشكالية الموضوع :

إذا كان الجميع يسلم أن العدالة بالمغرب ليست على ما يرام، وذلك ما يؤكد الواقع الملموس، وكذا التقارير الوطنية والدولية حيث خلص تقرير جمعية عدالة لسنة 2011 حول وضعية القضاء بالمغرب، على أن "القضاء المغربى ليس على ما يرام"، كما خلص التقرير الذي أعدته كل من الجمعية المغربية لمحاربة الرشوة والمركز العربى لتطوير حكم القانون والنزاهة إلى أن وضعية القضاء بالمغرب "من الأوضاع التي يكاد يجمع مختلف الفاعلين على اتسامها بطابع التردى والاختلال العميق"

أما البنك الدولى فمن أهم مآخذ على النظام القضائى المغربى حسب تقاريره المتوالية (1992-1996-1998-2004....) هو ضعف استقلاليته، واستشراء الفساد فى دواليه، وتعقيد مساطرم، وبطء البت فى القضايا المعروضة عليه، والتأخير فى تنفيذ احكامه، وضعف البنيات التحتية للمحاكم، وتدهور الأوضاع الاجتماعية للعاملين فى قطاع العدل، وضعف التكوين والتخصص.

وفى ضوء هذه المعطيات تكون الإشكالية المحورية التي نحاول الإجابة عنها فى هذه الأطروحة هى: ما هى المقومات التنظيمية والإجرائية الكفيلة بتحقيق المفهوم الشامل لعدالة القرب بالمغرب ؟ وما هى جوانب القوة فى منظومتنا القضائية، ومكامن الخلل التي ما زالت تعاني منها مؤسسات العدالة بالمغرب، والتي تحول دون تحقيق المفهوم الشامل لعدالة القرب وتقريب العدالة من المتقاضين، على الرغم من المجهودات التي قام بها المغرب عبر محطات تاريخية متعددة من أجل إصلاح القضاء وتقريبه من المتقاضين ؟

➤ المنهج والمعالجة :

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدت أساسا على المنهج الاستدلالي الاستنباطي الذي يقوم على الانطلاق من المبادئ العامة للعدالة إلى القواعد الخاصة، ومن القواعد الكلية للتقاضى إلى المقتضيات الجزئية، من خلال الإجابة عن إشكالية البحث الرئيسية وذلك بتحديد المقومات التنظيمية والإجرائية لعدالة القرب، معتمدا فى ذلك على المبادئ العامة والقواعد الكلية للعدالة المنصوص عليها فى المواثيق الدولية، والتي تبناها الدستور المغربى الجديد، من قبيل، حق الولوج إلى القضاء، ومجانية القضاء، والحق فى الحصول على حكم فى أجل معقول، واستقلالية السلطة القضائية، باعتبارها مقدمات منطقية مسلمة.

وعلى ضوء تلك المبادئ العامة والقواعد الكلية، نقوم بتحليل واقع التشريع القضائى والمسطفى المغربى وتقييمه، لتوصل فى النهاية إلى خلاصات واقتراحات وتوصيات جزئية عملية تهم مختلف المجالات التي تسهم فى تحقيق عدالة القرب، وتقريب القضاء من المتقاضين.

ومن خلال استحضار إشكالية الموضوع، ووفقا للمنهجية المتبعة فى معالجته، كانت مقارنة تقريب العدالة من المتقاضين هدفا رئيسيا نسعى للتوصل إلى كل النظم والإجراءات والمساطر التي يمكنها تحقيقه، من خلال مقومات تنظيمية التي خصصت لها القسم الأول من البحث، ومقومات إجرائية ووظيفية التي تناولتها فى القسم الثانى منه.

➤ الخلاصات والاقتراحات :

خلصت الأطروحة إلى مجموعة من الخلاصات والاقتراحات أهمها :

أولا : الخلاصات :

- أن منظومة العدالة بالمغرب، تعاني من اختلالات عميقة، أدت إلى وجود هوة شاسعة بين المواطن ومؤسسات العدالة، مما أثر بشكل سلبي على تقريب القضاء من المتقاضين، ومنها على الخصوص:
- أن الخريطة القضائية المغربية لم تبني على أسس سليمة ومعايير واضحة، وأن الإصلاحات التي عرفتتها الخريطة القضائية دوما تركز على القرب الجغرافي مما أدى إلى تضخم عدد الوحدات القضائية وسوء توزيعها، ولم يسبق أن تم حذف أي محكمة من المحاكم على أساس عدم أهميتها، أو قلة نشاطها.
- أن العدالة بالمغرب تعاني من صعوبات على مستوى ولوج الخدمة القضائية، من خلال ضعف الاستقبال والإرشاد بجل المحاكم وانعدام المساعدة القانونية، وارتفاع تكاليف التقاضي وهشاشة نظام المساعدة القضائية، وعدم توفر الدولة على سياسة تشريعية واضحة في هذا المجال.
- وسائل العمل ما زالت في أغلبها تقليدية لا تسير التطور الذي عرفه المجتمع المغربي ولا تستغل الإمكانيات التي أصبحت توفرها التكنولوجيا الحديثة بالشكل المطلوب.
- محدودية استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية استقلالا حقيقيا، وكذا عن التأثيرات الخارجية بمختلف صورها وأشكالها والتي أصبحت تتزايد يوما عن يوم، كتأثير الإعلام والرأي العام ومنظمات المجتمع المدني والمال الحرام وغير ذلك.
- أن التنظيم القضائي المغربي يعاني من تحبط واضح في توزيع الاختصاص بين الأجهزة القضائية، من محاكم عادية، ومحاكم تجارية وإدارية، وعدم تعميم هذه المحاكم المتخصصة، أو إلغائها وإسناد اختصاصها بشكل كلي لأقسام أو غرف بالمحاكم الابتدائية، وكذا توزيع الاختصاص الداخلي بين الأقسام والغرف بالإضافة إلى الجبل الجديد من المحاكم المسماة محاكم مصنفة. كل هذا يؤدي إلى مزيد من التيه لدى المواطن، ويحول دون معرفته الجهة القضائية التي يقصدها لعرض نزاعه.
- أن منظومتنا القضائية تعاني من بطء شديد في تصرف القضايا بسبب التعقيدات الإجرائية والمسطرية، وعدم فعاليتها، خاصة على مستوى مؤسسة التبليغ، وإجراءات التحقيق، وطرق الطعن، وترشيد الزمن القضائي، ومحدودية صلاحيات ودور القاضي في إدارة الدعوى وتجهيزها.
- أن المنظومة القضائية المغربية لم تعط للقضاء صلاحيات واسعة في أعمال وتفعيل وظائفه الأخرى الموازية للوظيفة التقليدية المتمثلة في الوظيفة القضائية، وخاصة الوظيفة الولائية الإسعافية، والوظيفة التصالحية التوفيقية، حيث ينبغي إعطاء صلاحيات واسعة للقضاء بمقتضى هاتين الوظيفتين حتى يستطيع إعمالهما في أبعد مداهما.

ثانيا : الاقتراحات :

- التعجيل بتنزيل الإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة والمضمن كتوصيات ضمن ميثاق إصلاح منظومة العدالة على أرض الواقع، في إطار الالتزام بالمبادئ والقواعد العامة للتقاضى التى نجد الكثير منها فى تراثنا القضائي الإسلامي، وتضمنتها المواثيق الدولية.
- التنزيل السليم للدستور الجديد والتأويل الديمقراطي لبنوده حيث جاء بمقتضيات متقدمة لتقريب العدالة من المتقاضين ضمن الباب السابع المخصص للسلطة القضائية تهم استقلال القضاء، والجلس الأعلى للسلطة القضائية، وحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة.
- إعادة النظر فى الخريطة القضائية، وتوزيع الوحدات القضائية بشكل عقلانى وعادل، مبنى على معايير حقيقية، ومعطيات علمية دقيقة، ترتبط بمؤشرات واضحة وملاءمة الخريطة القضائية للتقسيم الإداري للمملكة، فى أفق تنزيل الجهوية المتقدمة المرتقبة.
- إعادة النظر فى وضعية العنصر البشري العامل فى مؤسسة العدالة، من قضاة، وكتاب ضبط، ومسؤولين قضائيين، ومحامين، ومفوضين قضائيين، وخبراء، وتراجم، وعدول، وموثقين، وضباط للشرطة القضائية، وذلك عن طريق وضع قوانين أساسية، وأنظمة مهنية، تتسم بالأريحية المهنية، والعدالة الاجتماعية، والتحفيزات المادية، من أجل المزيد من الجهد والعطاء، كما تتسم بفعالية أجهزة المراقبة والزر لآي إخلال يمس بأخلاقيات المهنة.
- تطوير المساطر وتبسيط الإجراءات القضائية، عن طريق إعادة النظر فى مؤسسة التبليغ، وضمان فعاليتها، من خلال اتخاذ مجموعة من الإجراءات، من قبيل تكليف الطرف المستفيد من التبليغ بالسهر على التبليغ بواسطة المفوض القضائي، وإمكانية التبليغ بواسطة وسائل الاتصال الحديثة من هاتف وفاكس وبريد إلكتروني وغير ذلك من الوسائل السريعة، مع ضبط عناوين المواطنين، وإلزامهم بإشعار الجهات المعنية بتغيير العنوان، وإلا فإن التبليغات وسائر المراسلات التى تصل إلى العنوان الأخير للمواطن، تعتبر صحيحة ومنتجة لكل آثارها القانونية،
- إعطاء صلاحيات واسعة وسلطات حقيقية للقاضى فى إدارة الدعوى والتحقيق فيها، من أجل التسريع بإنهاء هذه المرحلة وتجهيز القضية للحكم فى أقرب وقت ممكن، مع تحديد آجال قانونية للقيام بالإجراءات، وتجهيز القضايا للفصل فيها والتحكم فى طرق الطعن، ووضع جزاءات صارمة لمن ثبت تقاضيه بسوء نية من أجل إطالة أمد النزاع والإضرار بخصمه، مستفيدا مما توفره المساطر القضائية من ضمانات.
- التعجيل بالمكننة الشاملة للمنظومة القضائية والاستفادة من التقنيات التكنولوجية الحديثة لمواكبة التطور الذى يعرفه المجتمع المغربى فى هذا المجال وكذا ما توفر هذه المكننة من تيسر للاستفادة من الخدمات القضائية خاصة وأن المغرب قد قطع أشواطاً لا بأس بها فى مكننة الإدارة فى بعض القطاعات الأخرى.
- توسيع نطاق الوظيفة الولائية والتصلحية، وذلك عن طريق تعزيز الدور الولائي للقضاء، وتقوية صلاحياته فى هذا المجال، وكذا تعزيز وظيفته التصلحية، وتوسيعها وتقويتها ومعالجة كل المعوقات التى تحول دون نجاعة هذه الوظيفة، وذلك من خلال توسيع نطاق إجبارية إجراء محاولة الصلح، وإنشاء قضاء متخصص فى إجراء الصلح

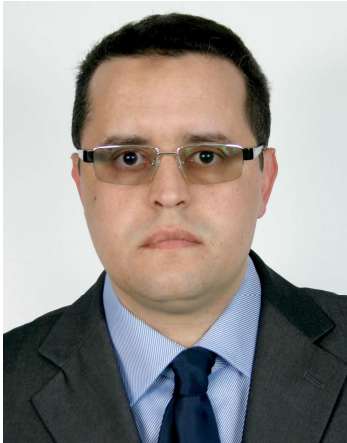
بين المتقاضين، يتوفر قضاؤه على مواصفات وتكوينات مناسبة، وكفيلة بإنجاح هذه المسطرة، حتى يمكن التغلب على تعقيدات المساطر القضائية التقليدية، وتجاوز الآثار النفسية والاجتماعية التي يخلفها الفصل بحكم قضائي على الفرد والمجتمع.

وفي ختام كلمة الطالب الباحث جدد شكرى للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تحملهم عناء قراءة وتصحيح هذا العمل، المتسم بالتقصير، والمعرض للأخطاء كسائر الأعمال البشرية، معربا عن استعداده لتسجيل ملاحظاتهم واقتراحاتهم وتصويباتهم. والسلام عليكم.



دراسات وأبحاث بالفرنسية :

L'image des personnes physiques et le droit



**EL Haji Hamid / chercheur en droit
public et relations internationales
Email : elhajiamid@hotmail.com**

Introduction :

Juridiquement, la notion de vie privée était, jusqu'au XIX^{ème} siècle, inexistante. En France, par exemple, la vie privée du roi lui-même et sa famille ne bénéficiait pas, à cette époque, de la protection. Cependant, avec Napoléon, le Code civil apporte à la France des règles très liées à la protection des personnes¹. Par exemple, l'article 1382 qui prévoit que «tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»², a représenté une source de base pour la jurisprudence pour conclure à l'existence du droit à l'image.

La jurisprudence a reconnu le droit à l'image depuis 1855. Ainsi, le président du Tribunal civil de la Seine, par une ordonnance en référé du 11 avril 1855, interdit d'exposer publiquement un tableau représentant la directrice des Sœurs de la Providence³. Trois ans plus tard, le Tribunal civil de la Seine, en 1858, dans l'affaire Rachel, a condamné le peintre qui a reproduit l'actrice célèbre sur son lit de mort, sans aucune autorisation de la famille⁴. De surcroît, le même Tribunal consacrait le 10 février 1905 le principe de «la propriété

¹ Marguerite-Marie IPPOLITO, *Image, droit d'auteur et respect de la vie privée*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 167.

² Code civil, art. 1382.

³ Tribunal civil de la Seine, ordonnance en référé, Sœur Mélanie c/ Fougère, 11 avril 1855.

⁴ Tribunal civil de la Seine, 1^{re} ch., 16 juin 1858, affaire Rachel, le tribunal dans cette affaire a condamné la fixation de l'image humaine, en déclarant que «nul ne peut, sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort». L'interdiction de la diffusion de l'image a été obtenue par la sœur de la défunte.

imprescriptible que toute personne a sur son image»¹.

Effectivement, suite aux affaires, Gérard Philippe, qui a obtenu réparation pour la reproduction de l'image de son fils à l'hôpital², et Brigitte Bardot, qui a obtenu réparation du dommage subi au nom du respect de la vie privée³, la France a adopté la loi du 17 juillet 1970 qui représente la vraie relance du droit à l'image en France car cette loi a posé les bases du droit en matière de respect de la vie privée.

Ainsi, l'atteinte à l'image d'une personne constitue une violation de son droit au respect de sa vie privée, un droit souligné en grande pompe par l'article 9 du Code civil, introduit par la loi de 1970.

Concernant le Maroc, le législateur prenant conscience de l'importance capitale que revêtent les données personnelles des personnes physiques, a adopté «la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel»⁴. Cette loi a défini les «données à caractère personnel» comme étant «toute information, de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image, concernant une personne physique identifiée ou identifiable»⁵.

Pour clarifier les contours de l'image des personnes physiques et le droit, nous allons d'abord jeter la lumière sur la protection de l'image des personnes par le droit civil (**I**). Puis, nous allons clarifier les grands principes visant à protéger l'image des personnes par le droit pénal (**II**).

I) La protection de l'image des personnes par le droit civil

Le droit à l'image trouve son fondement spécifique dans la notion du «droit au respect de la vie privée» consacré par l'article 9 du Code civil français institué par la loi du 17 juillet 1970. Ainsi, pour se conformer aux exigences de l'article 9 et celles de la jurisprudence, l'exploitation de l'image individualisée d'une personne, d'une façon régulière, nécessite une autorisation (**A**). En plus, l'article 9 du Code civil prévoit, en cas d'atteinte au droit au respect de la vie privée, le recours au juge de fond, et en cas d'urgence suite à une atteinte à l'intimité, le recours au juge des référés (**B**).

¹ Tribunal civil de la Seine, 10 février 1905.

² Cour d'appel de Paris, 14^e ch., 13 mars 1965, dame Philipe c/ France Editions Publications.

³ Tribunal de grande instance de la Seine, 3^e ch., 24 novembre 1965, Bardot Brigitte c/ soc. Marcel Dassaut. Dans la décision de ce Tribunal on lit «Attendu qu'en l'espèce, les photographies de dame Bardot, artiste de cinéma, publiées par le journal «Jours de France» ont été prises à son insu grâce à l'emploi d'un téléobjectif alors que ladite dame ne se livrait à aucune activité professionnelle et était dans l'intimité de son existence et sans qu'elle ait donné son consentement».

⁴ Loi n°09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Bulletin officiel, n° 5717 – 7 rabii I 1430 (5-3-2009).

⁵ *Ibid.*, art. 1^{er}, para. 1.

A) Les conditions générales de l'autorisation

Pour exploiter l'image d'une personne d'une façon légale, le droit exige une autorisation de la personne concernée (1). Dans le cas du mineur, l'autorisation émane du représentant légal (2).

1) Formalités de l'autorisation

Dès 1855, dans l'affaire du tableau de sœur Rosalie, par une ordonnance en référé, le président du Tribunal civil de la Seine a déclaré «qu'un artiste n'a pas le droit d'exposer un portrait, même au Salon des Beaux-arts, sans le consentement et surtout contre la volonté de la personne représentée ou du propriétaire du portrait»¹.

Par la suite, le principe de l'autorisation a été souligné de manière constante par la jurisprudence qui déclare souvent que «toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif et peut s'opposer à sa diffusion sans son autorisation»². En cas de contestation, la preuve de l'existence de l'autorisation revient à l'auteur de la publication³.

Pour ce qui est de la forme que doit revêtir l'autorisation, la jurisprudence observe que le consentement de la personne photographiée ne peut être présumé⁴. En clair, l'autorisation doit être écrite et précise. Dans le cas contraire, les juges considèrent qu'elle est inexistante⁵. La Cour d'appel de Paris en 1998, a judicieusement mis l'accent sur ces formalités en rappelant que: «même si le cliché a été pris au vu et au su de l'intéressé, il ne peut en être déduit que celui-ci a tacitement autorisé la publication alors qu'il n'est établi par aucun document ou autre élément que l'intéressé connaissait le statut de professionnel du photographe et son intention de publier la photographie»⁶.

Il convient de noter qu'une autorisation précise est celle qui prend en considération plusieurs paramètres:

i) Diffusion dans l'espace: dans ce cas l'autorisation doit préciser les limites liées à la publication de l'image dans l'espace. Par exemple, il faut préciser si la diffusion se limitera à la France (niveau national), ou peut être diffusée en Europe ou dans le monde⁷.

¹ Tribunal civil de la Seine, ordonnance en référé, Sœur Mélanie c/ Fougère, 11 avril 1855.

² CA Paris, 1^{re} ch. B, 19 juin 1998, D. 1998, IR, p. 204.

³ Céline HALPERN, *Le droit à l'image*, Paris, Éditions De Vecchi S.A., 2003, p. 11; voir aussi MASSON (J.-P.), «Le droit à l'image», in RENCHON (J.-L.) (S/dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du X^e Colloque de l'Association «Famille & Droit», Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 237-247, p. 238.

⁴ Tribunal de grande instance de Paris, 23 octobre, Gazette du Palais, 13/14 mars 1989, p. 18.

⁵ Emmanuel PIERRAT, *REPRODUCTION INTERDITE? Le droit à l'image expliqué aux professionnels et à ceux qui souhaitent se protéger*, Paris, Maxima, 2002, p. 37.

⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, B, 29 mai 1998, Éditions du triangle rose c/ Mendiboure, Légipresse, n° 155, octobre 1998, III-140.

⁷ Marguerite-Marie IPPOLITO, *op.cit.*, p. 170.

ii) Diffusion dans le temps: dans ce cas l'autorisation doit prendre en compte la variable du temps, par exemple, il faut noter si l'exploitation est prévue pour 1 an ou plus¹. En outre, une autorisation imprécise ne permet pas de conclure qu'elle est illimitée². À cet égard, le Tribunal de grande instance de Paris, en 1997, a jugé que: «celui qui a communiqué son image pour une publication dans un livre n'a pas pour autant consenti à la voir publier indéfiniment. Il appartient à la société chargée de la mise en page de l'ouvrage de s'assurer, lors de chaque édition, qu'elle dispose des autorisations utiles à la publication des photographies»³.

iii) Exploitation ad hoc: dans ce cas l'autorisation doit préciser s'il s'agit d'un sujet prévu ou non, il en va de soi qu'une autorisation donnant plus de liberté au photographe, est une autorisation qui bénéficie plus financièrement pour le sujet représenté⁴.

Il importe de noter que celui qui utilise une photographie ne peut se prévaloir du caractère posé des clichés. En fait, le consentement accordé à la réalisation d'une photographie ne correspond pas automatiquement au consentement de son utilisation⁵. Dans ce cas aussi, le consentement exigé, doit être spécifique et ne doit pas servir à un emploi autre que celui qui a été décidé⁶.

Ajoutons que l'autorisation donnée par une personne à la publication de son image doit être interprétée strictement et ne peut excéder les limites de l'utilisation envisagée. Toute utilisation détournée est constitutive d'une atteinte au droit à l'image.

Concernant la portée de l'autorisation, il est exigé qu'elle soit appréciée sur la base des informations qui sont connues pour l'intéressé au moment où il a donné son consentement, surtout sur la teneur de l'article, son contexte et les commentaires destinés à accompagner la photographie⁷.

Au Maroc, la loi 09-08 exige le consentement de la personne concernée pour que le traitement des données à caractère personnel, dont l'image est une composante capitale, soit conforme à la loi⁸. Ainsi, l'article 4 de ladite loi observe que «le traitement des données à caractère personnel [y compris l'image des personnes] ne peut être effectué que si la personne

¹ Ibid.

² Emmanuel PIERRAT, *op.cit.*, p. 38.

³ Tribunal de grande instance de Paris, 30 avril 1997, F. Santini c/ société Philippe éditions et autres, *Légipresse*, juillet-août 1998, n° 153, I-86.

⁴ Marguerite-Marie IPPOLITO, *op.cit.*, p. 170.

⁵ TGI Nanterre, 1^{ère} chambre, 26 octobre 1999.

⁶ MASSON (J.-P.), «Le droit à l'image», in RENCHON (J.-L.) (S/dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du X^e Colloque de l'Association «Famille & Droit», Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 237-247, p. 238.

⁷ CA Paris, 10 décembre 1996, LE FIGARO c/ AIADI, *Gazette du Palais*, 1997, I, Sommaire, p. 260.

⁸ Loi n°09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Bulletin officiel, n° 5717 - 7 rabii I 1430 (5-3-2009), art. 1^{er}, para. 9.

concernée a indubitablement donné son consentement à l'opération ou à l'ensemble des opérations envisagées»¹. En plus, cette loi prévoit que «les données à caractère personnel objet du traitement ne peuvent être communiquées à un tiers que pour la réalisation de fins directement liées aux fonctions du cédant et du cessionnaire et sous réserve du consentement préalable de la personne concernée»².

Il importe de souligner qu'en matière de droit à l'image, la jurisprudence reconnaît le droit de repentir. En effet, ce droit permet à la personne qui a donné son autorisation de revenir sur celle-ci³. Toutefois, l'exercice du droit de repentir est limité, c'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a observé que: «est justifié l'exercice du droit de révocation dès lors que les photographies ont un caractère intime et que depuis les activités professionnelles du modèle se sont orientées vers une carrière dont elle entend exclure la complaisance manifestée naguère»⁴.

2) Le consentement des mineurs

Les mineurs ont aussi un droit sur leur image. Ce droit trouve son fondement dans l'article 9 du Code civil qui met en exergue le principe de respect de la vie privée reconnu à toute personne notamment au mineur. Récemment, le droit des mineurs sur leur image a été réaffirmé par la Première Chambre civile de la Cour de cassation dans les termes suivants:

«doit être cassé l'arrêt qui a rejeté la demande d'indemnisation du préjudice résultant de la publication et de l'exploitation d'une photographie d'un enfant mineur, en retenant qu'il s'agissait d'un cliché d'information pris lors d'une fête folklorique à laquelle participait l'intéressé, alors que l'image était isolée de la manifestation au cours de laquelle elle avait été prise et que le photographe avait procédé à une publication de cette image sans l'autorisation des parents»⁵.

En application du principe de respect de la vie privée, le mineur a droit à la protection de sa sphère privée. En conséquence, il est nécessaire, avant la publication d'une image d'un mineur, d'obtenir l'autorisation de ses représentants légaux. La Cour d'appel de Paris a jugé en 1999 qu'il est nécessaire d'obtenir l'autorisation des deux parents. À cet égard, elle a souligné que:

«en application des dispositions de l'article 372-2 du Code civil aux termes desquelles

¹ *Ibid.*, art. 4, para. 1.

² *Ibid.*, art. 4, para. 2.

³ Emmanuel PIERRAT, *op.cit.*, p. 167.

⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, 7 juin 1988, Mizon c/ Jeanneret, Dalloz, 1988.

⁵ Première Chambre civile de la Cour de cassation, 12 décembre 2000, Astier c/ B.J. photo, *Légipresse*, n°179, mars 2001, p. 21.

chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant, l'autorisation donnée par Mme F. aux prises de vue litigieuses représentant aussi son fils ne nécessitait pas d'être accompagnée de l'approbation de son mari alors absent du domicile en raison d'une hospitalisation»¹.

Ainsi, il convient de noter que le principe exigeant que l'autorisation soit obtenue auprès des parents ou tuteurs s'applique aussi pour le majeur incapable.

Enfin, en cas d'atteinte à la vie privée ou à l'intimité de celle-ci, l'article 9 du Code civil donne aux tribunaux civils le soin de sanctionner les violateurs.

B) Le droit au respect de la vie privée

Le respect de la vie privée est garanti par les juges du fond (1). Ainsi, en cas d'atteinte à l'intimité, le Code civil prévoit la possibilité de recourir au juge des référés (2).

1) La protection de la vie privée par le juge du fond

Concernant la protection de la vie privée par le juge du fond, l'article 9, alinéa 1 introduit par la loi du 17 juillet 1970, donne aux tribunaux civils compétents le droit de condamner les violations du droit au respect de la vie privée². En effet, en application de cette règle, le juge du fond a développé une jurisprudence développée et abondante sur le plan qualitatif et quantitatif. Là où, auparavant, il était fait appel au droit commun des obligations et à la responsabilité quasi délictuelle, les juges du fond peuvent, aujourd'hui, assurer le devoir de la protection de la vie privée au titre du «patrimoine moral»³. Cette notion a été appuyée par d'autres mesures, dont notamment la protection de l'individu et de l'intimité de la vie privée⁴.

2) La protection de l'intimité par le juge des référés

En ce qui concerne la protection de l'intimité, l'article 9, alinéa 2 confie aux juges de «prescrire toutes mesures, [...] propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée»⁵. Il s'agit ici, d'augmenter le pouvoir de coercition du juge et ce «sans préjudice préjudice de la réparation du dommage subi».

¹ CA Paris, 10 septembre 1999, MAF et Mme C.S. épouse F. c/ société nationale de télévision France 2, SA Canal Plus, SCP PB et FM, Sarl VF Films Productions, Communication commerce électronique, juillet-août 2000.

² Code civil, loi du 17 juillet 1970, art. 9, al. 1.

³ Daniel BECOURT, Image et vie privée, p. 87.

⁴ *Ibid.*, p. 88.

⁵ Code civil, loi du 17 juillet 1970, art. 9, al. 2.

L'article 808 du Code de Procédure Civile dispose que le juge des référés peut ordonner «toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend»¹.

Selon l'article 809 du Code de Procédure Civile le juge des référés peut «même en présence d'une contestation sérieuse», prescrire «les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite»².

Désormais, la mise en œuvre de l'article 9, alinéa 2 permet aux juges des référés, en cas d'urgence, «de prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres», afin d'«éviter que soit causé dans l'immédiat un préjudice difficilement réparable par le jugement à intervenir»³. Par exemple, en plus de la saisie prévue par l'article 9, alinéa 2, le juge des référés peut, en cas de publication dans la presse d'une photographie transgressant l'intimité d'une personne, ordonner le retrait de la vente de la publication ou son interdiction de diffusion⁴.

Il importe de noter que le recours du juge des référés à la saisie n'est qu'une mesure exceptionnelle «qui ne peut être justifiée que par une atteinte intolérable à la vie privée insusceptible de réparation par l'allocation ultérieure de dommages-intérêts»⁵. En conséquence, les juges recourent rarement à la saisie de revues et d'ouvrages dès lors qu'une telle mesure «illusoire dans son exécution serait disproportionnée eu égard à la nature du trouble et au caractère fondamental de la liberté d'informer»⁶.

En général, les mesures prises par le juge des référés sont caractérisées par l'urgence et la coercition. Dans ce cadre, la Cour de cassation a jugé en décembre 2000 que:

«la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation». Ainsi, elle a observé que:

«la forme de cette réparation est laissée à la libre appréciation du juge qui tient [...] le pouvoir de prendre en référé toutes mesures propres à empêcher ou à faire cesser l'atteinte ainsi qu'à réparer le préjudice qui en résulte: que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a accordé des provisions à valoir sur l'indemnisation du préjudice résultant des

¹ Code de Procédure Civile, art. 808.

² Code de Procédure Civile, art. 808.

³ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

⁴ Daniel BECOURT, *op.cit.*, p. 88.

⁵ TGI Paris, Ordonnance de référé, X. c/ SEPA, 4 février 1984.

⁶ TGI Paris, Ordonnance de référé, Érignac c/ Hachette, 12 février 1998.

atteintes constatées et a ordonné la publication de sa décision afin de limiter les effets de ces atteintes en informant rapidement les lecteurs du journal, au moyen d'une mesure en proportion avec l'importance des atteintes retenues [...]»¹.

Au sujet des «événements historiques», une ordonnance de référé observe en 1996, que «s'il est de principe que chacun possède sur son image, et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu dont nul ne peut disposer sans son consentement, cette protection s'efface cependant lorsque la publication s'inscrit dans l'actualité». En l'espèce, le tribunal atteste que:

«la photographie litigieuse, extraite d'un passeport dont l'authenticité apparaît contestée, a déjà été largement diffusée, pour illustrer tant la couverture de maints ouvrages édictés en langues étrangères, et leurs annexes iconographiques, que des articles d'information. [...] la reproduction des traits de Carlos pour illustrer l'ouvrage de Bernard Violet, consacré à celui qui "fut mêlé à l'histoire contemporaine" et qui est sujet d'un événement judiciaire à la suite de son arrestation au Soudan en 1994, ne saurait dans ces conditions suffire à caractériser l'atteinte manifeste alléguée, seule susceptible d'ouvrir droit en référé à sanction et à réparation»².

Pour mieux renforcer les droits des personnes contre les atteintes à leur vie privée, le Code pénal a sanctionné plusieurs délits violant le respect de l'image des personnes.

II) Le droit à l'image dans le droit pénal

La loi de 1970 a introduit dans le Nouveau Code pénal français des principes d'une grande importance précisant le droit des victimes atteintes dans leur vie privée. Le Nouveau Code pénal français a puni plusieurs délits résultant du mauvais usage de l'image des personnes **(A)**. Ainsi, d'autres peines sont prévues pour protéger l'image des mineurs et d'autres catégories de personnes **(B)**.

A) La pénalisation de l'usage illégal de l'image des personnes

Le Code pénal prévoit des sanctions sous forme d'emprisonnement et d'amende pour sanctionner le délit de fixation, de conservation et de publication sans consentement **(1)**. Ainsi, d'autres sanctions sont prévues pour réprimer l'utilisation des appareils illicites et le délit de montage **(2)**.

¹ 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, 12 décembre 2000, consorts Smet c/ Hachette Filipacchi, Légipresse, n° 179, mars 2001, p. 31.

² Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 31 octobre 1996, Ilich Ramirez sanchez c/ Editions du Seuil et B. Violet, Légipresse, mai 1997.

1) Délit de fixation, de conservation et de publication

L'article 226-1 du Nouveau Code pénal français prévoit un premier principe: sera puni pénalement celui qui aura «volontairement» porté «atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui» en fixant sans son consentement «l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé»¹.

Le principe dégagé de l'article 226-1 vise essentiellement, la protection de l'image de la personne et l'intimité de sa vie privée dans un lieu privé. Dans ce cas, la réalisation de l'image est sanctionnée d'un an d'emprisonnement et 45000 euros d'amende, parce que sa fixation implique une immixtion dans la vie privée de la personne concernée².

La Cour d'appel de Paris a précisé que «L'intimité à la vie privée au sens de l'article 226-1 du Code pénal doit s'entendre de toute situation dans laquelle la personne s'estime à l'abri au regard des tiers. L'atteinte est donc commise dès lors que l'image d'une personne a été prise sans son consentement ou à son insu»³.

Le nouvel article 226-2 du code pénal français, envisage un autre principe: «sera puni quiconque aura volontairement conservé, porté à la connaissance du public, utilisé ou exploité l'image d'une personne sans son accord en violant son intimité». En général, ces faits amènent aux deux délits, à savoir «le délit de conservation et le délit de publication»⁴.

2) Appareils illicites et délit de montage

Le nouvel article 226-3 du code pénal français punit celui qui procède à la captation d'images par «des appareils jugés illicites»⁵, tel est le cas sans doute de l'appareil dit téléobjectif⁶. Mais, dans le fait, l'application de cet article est dépendante de l'apparition d'un décret qui fixera la liste de ces appareils.

En réalité, l'utilisation de ces appareils constitue sans aucun doute une intrusion dans la vie privée de la personne concernée. Maître Céline Halpern a bien souligné cet aspect de chose en constatant que: «Toute photographie prise à l'insu du sujet et exploitée sans son consentement est susceptible de justifier une condamnation sur le terrain de l'article 9 du Code civil, que la personne soit célèbre ou non, qu'elle ait été prise dans un lieu public ou privé»⁷.

¹ Nouveau Code pénal français, art. 226-1.

² Céline HALPERN, *op.cit.*, p. 14.

³ CA de Paris, 11^e chambre, 7 novembre 1996, B. Cohen, 1997.

⁴ Marguerite-Marie IPPOLITO, *op.cit.*, p. 183.

⁵ Nouveau Code pénal français, art. 226-3.

⁶ Marguerite-Marie IPPOLITO, *op.cit.*, p. 184.

⁷ Céline HALPERN, *op.cit.*, pp. 14-15.

Par ailleurs, l'article 226-8 du code pénal punit «d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec [...] l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention»¹. En effet, c'est le cas d'une photographie de couverture de l'hebdomadaire Paris Match qui a montré en utilisant la technique du montage, côte à côte, la Princesse Caroline de Monaco et le Prince de Hanovre avant la communication de leur futur mariage. Mais, Paris Match, dans cette affaire, n'était pas mis en cause, parce qu'il avait signalé qu'il s'agissait d'un montage².

La Cour de Toulouse a précisé que «le montage [d'images] ne constitue pas nécessairement une manipulation ou un trucage de la photographie, mais se trouve réalisé dès lors que l'insertion de cette photographie dans un *contexte* [d'images], de dessins ou de légendes, en a modifié la valeur artistique, la portée ou la signification»³.

En ce qui concerne les caméras de surveillance, elles sont licites, qu'elles soient installées dans un lieu ouvert ou fermé, à condition que leur visibilité soit possible. À cet égard, l'article 8 de la loi belge du 21 mars 2007, réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, précise que «le fait de pénétrer dans un lieu où un pictogramme signale l'existence d'une surveillance par caméra vaut autorisation préalable»⁴.

B) Protection de l'image d'autres catégories de personnes

Le Code pénal prévoit des mesures répressives pour protéger l'image du mineur **(1)**. Ainsi, pour renforcer la protection de l'image d'autres catégories de personnes, d'autres lois sont intervenues depuis l'adoption de la loi de 1970 **(2)**.

1) Les atteintes à l'image du mineur

L'article 227-23 du Code pénal punit «le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique»⁵. Dans ce cas, ces actes sont punis «de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende»⁶. Ainsi, le même article prévoit que «le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire

¹ Nouveau Code pénal français, art. 226-8.

² Marguerite-Marie IPPOLITO, *op.cit.*, p. 184.

³ Cour de Toulouse, 26/02/1974-D 1974-736, cité par Daniel BECOURT, *op.cit.*, pp. 92-93.

⁴ Loi réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance (21 mars 2007), Chapitre IV, art. 8. Notons que ladite loi est entrée en vigueur le 10 juin 2007.

⁵ Nouveau Code pénal français, art. 227-23.

⁶ *Ibid.*

exporter, est puni des mêmes peines»¹. En outre, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'un réseau de télécommunications a été employé pour diffuser l'image du mineur.

L'article 227-24 du Code pénal, prévoit que «le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur»².

Le Professeur Agathe Lepage a noté que «la portée de la prohibition n'est pas la même dans les deux cas. La première de ces incriminations a pour objet de lutter contre les abus sexuels dont peuvent être victimes les mineurs, alors que la seconde tend à préserver leur moralité»³.

L'article 39 bis de la loi de 1881 punit le fait de diffuser de quelque manière que ce soit, des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification d'un mineur ayant quitté ses parents, ayant été délaissé ou victime d'une infraction ou s'étant suicidé.

En application de l'article 321-1 du Code pénal, le recel d'images de pornographie infantile est sanctionné de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende⁴. À cet égard, il convient de relever que le terme recel veut dire «le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un délit»⁵.

2) Autres lois visant à protéger l'image des personnes

Il convient de souligner que depuis la loi de 1970, trois lois ont été adoptées en France:

La première est la loi du 2 février 1981, dite Loi «Peyrefitte». Cette loi interdit de photographier dans un tribunal; mais «selon une tendance récente peut être referra-t-on des photos dans un tribunal»⁶. A cet égard, constatons que dans la pratique les photographes de presse cherchent souvent à prendre des photos pour des personnes inculpées, voire même pour ceux qui ne sont que des suspects;

¹ *Ibid.*

² Nouveau Code pénal français, art. 227-24.

³ Christophe CARON *et al.*, *L'image*, Journée nationale tome VIII/ Grenoble, DALLOZ, 2005, p. 32.

⁴ Nouveau Code pénal français, art. 321-1.

⁵ *Ibid.*

⁶ Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

La deuxième est la loi du 15 juin 2000¹, dite Loi «Guigou»² (modifiée par la loi n° 2002-0-307 du 4 mars 2002). La loi «Guigou» a introduit deux nouveaux articles dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse:

Le premier est l'article 35 ter qui punit «la diffusion de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation». A la condition de «faire apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire»³. En conséquence, il est strictement interdit de diffuser l'image d'une personne qui porte des «menottes ou entraves», avant que le tribunal ne prononce la décision finale de condamnation.

Le second est l'article 35 quater qui sanctionne «la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière»⁴. Toutefois, la conformité de la loi française avec la Convention européenne des Droits de l'Homme avait été contestée, suite au procès intenté à Paris-Match pour la publication de clichés représentant les victimes de «l'attentat du RER» à la station St Michel⁵.

La troisième est la loi du 7 mars 2007 qui punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende: le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme tel en utilisant un moyen de communication électronique comme l'Internet. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 Euros d'amende lorsque les propositions ont été suivies d'une rencontre⁶.

En termes de conclusion de cette seconde partie, nous remarquons qu'à l'inverse de l'article 9 du Code civil qui a consacré le droit à la vie privée sans mentionner le terme image, les lois pénales ont souvent mentionné le terme image. Effectivement, ce terme a été utilisé dans le Nouveau Code pénal. Ainsi, il a été employé par d'autres lois dont la loi du 29 juillet 1881 sur la presse est l'exemple le plus important.

¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

² Cette loi est l'œuvre de la ministre de la Justice Élisabeth Guigou du gouvernement Lionel Jospin.

³ Loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, art. 35 ter de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴ Loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, art. 35 quater de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁵ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 20 février 2001, Dalloz, jurisprudence, informations rapides, 2001, n° 11, p. 908, cité par Emmanuel PIERRAT, *op.cit.*, p. 141; voir aussi Christophe CARON *et al.*, *L'image*, Journée nationale tome VIII/ Grenoble, DALLOZ, 2005, p. 24.

⁶ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, après l'art. 227-22 du code pénal, il est inséré l'art. 227-22-1.

Conclusion :

En guise de conclusion, on ne peut que confirmer l'idée selon laquelle le droit à l'image est une construction prétorienne. Effectivement, les décisions rendues par les différentes juridictions ont joué un rôle fondamental dans la concrétisation de ce droit, surtout, depuis la première décision du Tribunal civil de la Seine dans l'affaire Rachel et avec d'autres décisions dans divers contextes.

Toutefois, le rôle de la jurisprudence dans la naissance et le développement du droit à l'image ne peut en aucune manière cacher ou nier le rôle de la loi qui a manifesté une grande contribution dans l'effort continu pour la formalisation et l'actualisation de ce droit. Ainsi, nous ne pouvons pas fermer cette parenthèse sans souligner encore une fois le rôle incontournable de la loi du 17 juillet 1970 dans la création d'un fondement idéal au droit à l'image qui est la notion du respect de la vie privée introduite par l'article 9 de ladite loi qui restera à notre sens l'épine dorsale de ce droit au niveau normatif.

Il convient de relever que d'autres lois, depuis l'adoption de celle du 17 juillet 1970, sont intervenues dans la matière, notamment la loi du 15 juin 2000 introduite par la ministre de la Justice Élisabeth Guigou.

Il va sans dire que la loi 09-08, adoptée par la Chambre des représentants et la Chambre des conseillers du Royaume du Maroc, et qui a été promulguée et publiée au Bulletin officiel à la suite du Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009), représente un atout d'une grande importance qui va, sans aucun doute, permettre au juge marocain d'établir une protection renforcée aux «données à caractère personnel» dont bien évidemment le droit à l'image des personnes physiques.

Enfin, tous ces développements qu'a connus le droit à l'image des personnes ne peuvent cacher la réalité dont doivent faire face tous les juristes, c'est que le droit à l'image doit encore continuer à lutter pour préserver sa place qui se trouve aujourd'hui plus qu'hier menacée par la concurrence d'autres droits notamment le droit du public à l'information.

Conséquences de non délivrance du certificat de travail en droit du travail marocain



Par : docteur Khalid BOUKAICH¹

Table des matières

A. Délivrance du certificat de travail

- a- Caractère obligatoire de la remise
- b - Moment de la remise
- c - Modalités de la remise.
- d - Sanctions en cas de non-délivrance ou de délivrance tardive.

B. Contenu du certificat de travail

- a - Mentions obligatoires
 - Date d'entrée et date de sortie
 - Nature des emplois occupés

¹ Docteur en Droit

Inspecteur Divisionnaire du Travail

Enseignant Vacataire à la Faculté de Droit et à l'Institut National de l'Action Sociale, Tanger

b - Mentions interdites

c - Mentions facultatives

C. Effets du certificat de travail

Lors de la rupture du contrat de travail, l'employeur doit délivrer à tout salarié un certificat de travail. Cette obligation est contenue dans l'article 72 du code du travail qui dispose : « L'employeur doit délivrer au salarié un certificat de travail, à la cessation du contrat de travail, dans un délai maximum de huit jours, sous peine de dommages-intérêts. Le certificat de travail doit exclusivement indiquer la date de l'entrée du salarié dans l'entreprise, celle de sa sortie et les postes de travail qu'il a occupés. Toutefois, par accord entre les deux parties, le certificat de travail peut comporter des mentions relatives aux qualifications professionnelles du salarié et aux services qu'il a rendus. Le certificat de travail est exempté des droits d'enregistrement même s'il comporte des indications autres que celles prévues au deuxième alinéa ci-dessus. L'exemption s'étend au certificat portant la mention de : « libre de tout engagement » ou toute autre formule établissant que le contrat de travail a pris fin de manière ordinaire.

A - Délivrance du certificat de travail

a - Caractère obligatoire de la remise

L'obligation de délivrer un certificat concerne tous les salariés, peu important la nature de leur contrat : VRP, concierge, employé de maison. Il suffit qu'ils aient la qualité de salarié. Cette obligation concerne tous les contrats de travail, peu important leur nature à durée déterminée ou à durée indéterminée. L'employeur doit délivrer un certificat de travail quelle que soit la cause (licenciement, arrivée du terme, démission, fin de l'essai) ou le motif de la rupture, faute grave du salarié par exemple¹.

C'est en principe l'employeur qui doit délivrer le certificat. Mais cette formule ne doit pas être interprétée littéralement ; elle n'impose pas la signature personnelle de l'employeur. Le certificat peut être établi par le salarié et signé par l'employeur. Peut délivrer le certificat au nom de l'employeur son représentant régulièrement habilité : par exemple un directeur

¹ En France l'employeur est tenu de délivrer un certificat de travail même si le contrat est nul (Cass. soc. 26 janv. 1983, *Bull. civ. V*, n° 33). Il en est ainsi lorsqu'il a embauché un salarié étranger en situation irrégulière (CA Paris, 6 déc. 1990, *RJS* 2/1991, n° 262, 2^e esp.).

d'établissement ou un chef du personnel.

En cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ou dans la forme juridique de l'entreprise, notamment par succession, vente, fusion ou privatisation, tous les contrats en cours au jour de la modification subsistent entre les salariés et le nouvel employeur. Ce dernier prend vis-à-vis des salariés la suite des obligations du précédent employeur, notamment en ce qui concerne le montant des salaires et des indemnités de licenciement et le congé payé¹. Celui-ci devra délivrer un certificat de travail mentionnant tant la durée du travail effectuée sous sa subordination, que la durée du travail effectuée sous celle de son prédécesseur. Le travailleur est en droit d'exiger un seul certificat pour le temps de travail accompli dans l'entreprise quels qu'aient été le nombre des employeurs ou les formes juridiques de l'entreprise. Il en va différemment dans le cas de mutation d'un salarié au sein d'un même groupe : dans la mesure où chacune des sociétés du groupe avait, à la fin de chaque période d'emploi, délivré un certificat régulier au salarié, la dernière société n'était pas tenue de délivrer un certificat faisant état de la totalité des services accomplis au sein du groupe.

b - Moment de la remise

Conformément à l'article 72 du code du travail, c'est à l'expiration du contrat de travail que l'employeur est tenu de délivrer au salarié un certificat.²

c - Modalités de la remise

Le certificat est quérable et non portable. C'est au salarié à aller chercher le certificat : il ne peut pas exiger de son employeur qu'il lui soit envoyé à domicile. En cas de litige, c'est donc au salarié de prouver le défaut de remise du certificat s'il désire obtenir des dommages-intérêts en raison du préjudice subi par le défaut de remise du certificat.

Si l'employeur ne remet pas le certificat de travail, le salarié peut agir en justice.

il va sans dire que l'employeur peut être condamné sous astreinte à remettre au salarié le

¹ Art 19 du code du travail marocain.

² On se demande si l'inobservation du préavis n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin. Interpréter littéralement ce texte conduit à dire que le salarié n'a droit au certificat qu'à l'expiration du délai de préavis, même s'il n'est pas effectué. La règle, dans cette hypothèse, n'est pas sans inconvénient : le salarié peut avoir besoin de son certificat pour chercher et commencer un nouveau travail. Aussi l'Administration a-t-elle depuis longtemps conseillé à l'employeur d'établir, si le salarié en fait la demande, une attestation précisant que l'intéressé sera libéré de ses liens contractuels à une date déterminée (celle de la fin légale du préavis) et que, jusqu'à cette date, toute liberté lui est laissée pour occuper un autre emploi. Certaines conventions collectives prévoient, de la même manière, la délivrance d'un certificat de travail provisoire.

certificat de travail qu'il est tenu de lui délivrer. Le juge dispose d'un pouvoir souverain pour assortir ou non d'une astreinte la condamnation à la délivrance d'un certificat de travail. Lorsque le juge ordonne la remise du certificat, au besoin sous astreinte, la notification de cette décision rend le certificat portable, car elle constitue une mise en demeure. Si le jugement condamnant l'employeur à remettre au salarié un bulletin de salaire, un certificat de travail et diverses attestations ne contient aucune précision quant aux modalités d'exécution de cette décision, c'est à l'employeur de faire parvenir ces documents à l'intéressé.

Il n'y a pas lieu de liquider l'astreinte qui a un caractère provisoire à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif, dans la mesure où aucune faute de l'employeur n'est relevée et qu'il n'est pas établi que ce dernier ait fait preuve de mauvaise volonté, d'inertie ou de refus lors de la réclamation du certificat de travail.

d - Sanctions en cas de non-délivrance ou de délivrance tardive

Le retard dans la délivrance du certificat peut faire condamner l'employeur à des dommages-intérêts, s'il y a faute de sa part et si ce retard fautif a porté préjudice. C'est au salarié de prouver la faute de son ancien employeur, en établissant par exemple la mauvaise volonté, l'inertie ou le refus. C'est à lui aussi de prouver que ce retard lui a causé un préjudice soit en raison de la difficulté à retrouver un emploi, soit en raison des multiples tracasseries et frais entraînés par le refus de l'employeur de remplir son obligation. Dans certains cas, les juges peuvent considérer que le préjudice, sans être formellement démontré, apparaît dès l'instant où il y a retard dans la délivrance du certificat et besoin de rechercher un nouvel emploi.¹

Les dommages-intérêts auxquels est condamné l'employeur pour ne pas avoir remis le certificat de travail sont dus non pas en exécution du contrat de travail, mais en raison de sa négligence.

En définitive, il va sans dire que l'article 78 du code du travail est d'une grande précision « *le défaut de mise à la disposition du salarié du certificat de travail prévu à l'article 72 ci-dessus ou le défaut de mention dans le certificat de l'une des*

¹ Par ailleurs on se demande si, faute de justifier d'un quelconque préjudice du fait du léger retard apporté à la remise du certificat, le salarié ne peut pas prétendre à des dommages-intérêts.

indications prescrites par ledit article ou le défaut de délivrance dudit certificat dans le délai fixé audit article ».

B - Contenu du certificat de travail

Aucune condition n'est prévue par la loi quant à la présentation du certificat. Celui-ci peut être écrit sur papier libre ou papier à en-tête de l'établissement, à la main ou à la machine. Le certificat peut être établi par le salarié et signé par l'employeur.

L'article 72 prévoit des mentions obligatoires. Toutefois, il est inséré parfois dans le certificat des mentions, non prévues par les textes, mais inspirées par la pratique. Certaines sont acceptées par la jurisprudence ; d'autres sont, en revanche, interdites.

a - Mentions obligatoires

L'article 72 du code du travail prévoit deux catégories de mentions obligatoires.

- Date d'entrée et date de sortie

Le certificat doit mentionner la date d'entrée dans l'entreprise, c'est-à-dire la prise effective de fonctions, y compris la période d'essai et la date de sortie à l'expiration de la période de préavis, que celui-ci soit ou ne soit pas effectué.

En cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, la date d'entrée est celle d'entrée dans l'entreprise, quels qu'aient pu être par la suite les changements d'employeur ou de forme juridique de cette entreprise.

La date de sortie correspond au jour où les relations entre les parties ont cessé. La date de sortie du salarié, au sens de l'article 72 code du travail, étant celle à laquelle le contrat de travail prend fin.

- Nature des emplois occupés

Le certificat de travail doit mentionner aussi la nature de l'emploi ou, le cas échéant, des emplois successivement occupés et les périodes y afférentes. Le certificat de travail devra donc faire mention de l'emploi effectivement exercé par l'intéressé de manière précise.

Lorsque divers emplois ont été successivement occupés, l'employeur doit préciser sur le certificat de travail les périodes pendant lesquelles ils l'ont été

b- Mentions interdites

Un certificat de travail ne peut jamais indiquer les mesures disciplinaires dont le salarié a fait l'objet, car ça risque de le priver de sa chance et de son droit de trouver un autre travail.

Cependant, la jurisprudence, désireuse de favoriser le reclassement du salarié, interdit que figurent sur le certificat de travail des indications défavorables à l'intéressé pouvant lui porter préjudice, ou simplement tendancieuses. Le salarié peut obtenir des dommages-intérêts s'il estime en avoir subi un préjudice et faire condamner son ancien employeur à lui délivrer un certificat conforme¹.

c- Mentions facultatives

Assez souvent, par accord entre les parties, le certificat de travail comprend des indications non prévues par le code du travail et concernant la cause de la rupture, la compétence et la qualité des services rendus. Ces indications ne doivent pas être défavorables au salarié. Elles supposent en outre l'accord des deux parties.

En sens inverse, l'employeur peut refuser d'introduire dans le certificat de travail d'autres mentions que celles prévues par la loi. Il ne saurait lui être imposé de formuler dans le certificat de travail une appréciation sur la qualité des services rendus.

Parmi les mentions facultatives, est insérée très souvent la formule « libre de tout engagement ». Cette clause a soulevé des difficultés d'interprétation.

C - Effets du certificat de travail

L'attestation ainsi délivrée par l'employeur est principalement destinée à informer les employeurs éventuels. Par suite, risque d'engager sa responsabilité le nouvel employeur qui commet l'imprudence de ne pas s'assurer que le salarié se trouve libre de tout engagement. La mention « libre de tout engagement » ne permet pas au nouvel employeur concurrent du

¹ Force est d'observer que l'employeur pourrait engager sa responsabilité à l'égard de tiers qui auraient été trompés par des appréciations élogieuses ou attribuant au salarié une qualification supérieure à celle que celui-ci avait en fait.

précédent d'éluder les conséquences de sa complicité dans la violation de non-concurrence.

Le certificat de travail constitue, en outre, un véritable aveu que peut invoquer le salarié. C'est ainsi que le salarié peut se prévaloir de la qualification professionnelle mentionnée sur le certificat. De même, il peut invoquer les mentions élogieuses pour contester la faute grave reprochée par l'employeur pour justifier le brusque renvoi sans préavis.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615-2336