

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 دكدك / العدد التاسع : يوليوز 2013

من مواضيع العدد التاسع : يوليوز 2013 :

- النظام القانوني للحق في الحياة الخاصة .
- مفهوم الحرب في الفقه والقانون .
- المضاف الغذائي وأمن المستهلك بالجزائر .
- المتابعة الجزائية لجرائم الفساد .
- المقررات الشرعية لحماية حق الطفل .
- ما جرى به العمل عند فقهاء المالكية .
- الشركة ذات المسؤولية المحدودة في موريتانيا .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

التواصل بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

شركاء بالمجلة

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها الجزاء فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محيوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد

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

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

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

العدد التاسع يوليوز 2013

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفوني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسية 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

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد التاسع : شهر يوليوز 2013

محتويات العدد :

1. مناقشة أطروحة الباحث عبدالله بن محمد آل مضواح بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض.....04
2. النظام القانوني للحق في الحياة الخاصة - دراسة في ضوء التشريع المغربي والمقارن - فضيلة الدكتور - نورالدين الناصري أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.....05
3. مفهوم الحرب في في الفقه والقانون الباحث / عبد السلام حمود غالب الانسي من جامعة : عليكرة الإسلامية الهند.....22
4. المضاف الغذائي وأمن المستهلك وفق أحكام قانون الإستهلاك الجزائري سيما المرسوم التنفيذي 12_214 فضيلة الأستاذ الدكتور حساني علي جامعة ابن خلدون، تيارت - الجزائر.....46
5. المقاومة المسلحة وجريمة الإرهاب (دراسة مقارنة) فضيلة الأستاذ : عمران كمال الدين أستاذ القانون الجنائي بجامعة بشار، الجزائر ومحام معتمد لدى المحاكم والمجالس القضائية منذ سنة 2000.....57
6. دور منظمة الشفافية الدولية في مكافحة الفساد ذ. سليمان خميسي : ماجيستر قانون دستوري طالب باحث جامعة الحاج لخضر باتنة -الجزائر.....72
7. الضريبة على القيمة المضافة و العدالة الإجتماعية من إعداد : محمد بكشوا طالب باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق وجدة.....83
8. المتابعة الجزائية لجرائم الفساد والعقوبات المقررة لها (في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته) راحيمية عماد الدين طالب باحث بصف الدكتوراه قسم القانون الخاص جامعة مولود معمري الجزائر.....102
9. إصلاح جامعة الدول العربية من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات أستاذ القانون الدولي العام المساعد بقسم القانون بكلية إدارة الأعمال بجامعة الجمعة بالملكة العربية السعودية.....114
10. المقررات الشرعية لحماية حق الطفل في النسبأيوب المومني : طالب باحث (ماستر أحكام الأسرة في الفقه والقانون كلية الشريعة فاس.....133
11. ما جرى به العمل عند المالكية من إعداد الأستاذ : إبراهيم والعيز باحث في الدراسات الإسلامية - المغرب.....146
12. معنى تأديب العمال و المؤسسة الاقتصادية الجزائرية بن بدرة عفيف أستاذ مؤقت بالمركز الجامعي غليزان باحث بصف الدكتوراه، جامعة تلمسان ، الجزائر.....152

13. دور المجتمع المدني لتحقيق التوازن البيئي في إطار الحفاظ على التنمية المستدامة : الأستاذ بن صغير عبدالمومن أستاذ مساعد قسم "ب" كلية الحقوق والعلوم السياسية سيدي بلعباس.....164
14. الحالات التي يسأل فيها الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة الأستاذ : بن قادة محمود أمين أستاذ مساعد "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم الجزائر.....181
15. نفقة الابن والمكفول-اوجه التشابه والاختلاف- الدكتوراة : فتيحة الطلحاي باحثة في القانون الخاص تخصص القانون المدني المعمق بالرباط.....195
16. الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون الموريتاني عبد الوهاب محمد حاصل على ليصانص قانون خاص مسلك قانون الأعمال والمؤسسة من جامعة نواكشوط.....204
- 17.CADRE GENERAL DES SERVICES PUBLICS : QUELQUES ELEMENTS DE DEFINITION ET HISTOIRE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC : Article réalisé par : - Mr Mohamed CHAOUI, Doctorant à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociale de Salé,Laboratoire : évaluation des politiques publiques,Formation Doctorale : Droit Public et Sciences Politiques Université Mohamed V- Rabat-MAROC / - Mlle. Amina BOUTAKBOUT, Doctorante à l'ENSA d'Agadir, Laboratoire : Génie Industriel et Informatique-ENSA-Formation Doctorale : Sciences et Techniques de l'Ingénieur-CED Université Ibn Zohr –Agadir- MAROC.....216
- 18.Maroc : Regard sur l'organisation de la gestion des affaires publiques locales : Solimani Mohammed : Docteur en Droit public ; Académie de Montpellier.....231

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

مناقشة أطروحة الباحث عبدالله بن محمد آل مضواح بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض



بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، يسعدنا إخباركم بأن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض منحت الباحث عبدالله بن محمد آل مضواح (الثالث ابتداء من اليمين/ الصورة أعلاه)، من منسوبي قيادة حرس الحدود بمنطقة عسير، درجة (دكتوراه الفلسفة في العدالة الجنائية) عن أطروحته المعنونة : (التطبيقات المعاصرة لعقد الأمان في المملكة العربية السعودية - دراسة تأصيلية مقارنة بالقانون الدولي)، وقد تمت المناقشة في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، مساء الأحد 1434/7/9 هـ ، الموافق 2013/5/19م، بمشاركة المشرف على الرسالة أ.د. علي محمد حماد، وأ.د. عبدالرحمن السند عميد المعهد العالي للقضاء، مناقشاً خارجياً، وأ.د. جلال الدين محمد صالح عضو هيئة التدريس في الجامعة ، ممثلاً للجامعة. وقد أشاد المشرف بجهود الطالب، وشجاعته في اقتحام هذا الموضوع الذي يحتاج إلى مجموعة من الرسائل، كما أشاد المناقشان بمستوى الرسالة، وأكد أن ملحوظاتهما لا تنقص من القيمة العلمية الأصيلة لهذه الدراسة، وانتهت الجلسة بإقرار منح الطالب درجة دكتوراه الفلسفة في العدالة الجنائية. وتعدُّ الدراسة إضافة علمية في مجال تطبيقات الأنظمة السعودية المتعلقة بالمقيمين على أراضي المملكة، تضمنت أفكاراً وتوصيات عملية باتجاه تطوير تلك الأنظمة. وبهذه المناسبة السعيدة تتقدم مجلة الفقه والقانون إلى أئينا الباحث عبدالله بن محمد آل مضواح بأحر التهاني ، سائلة العلي القدير أن يمتعه بالصحة والعافية وبمزيد من النجاحات العلمية.

النظام القانوني للحق في الحياة الخاصة - دراسة في ضوء التشريع المغربي والمقارن -



فضيلة الدكتور- نورالدين الناصري
أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات

من المسلم به فقها¹، أن تعريف الحياة الخاصة هو أمر عسير وصعب، وذلك لاختلاف مضمون هذه الحياة، بالإضافة إلى اختلاف نطاقها من شخص لآخر، فهناك من يجعل حياته الخاصة كتابا مفتوحا. وهناك من يجعلها سرا غامضا². أضف إلى كل هذا أن مضمون هذه الحياة يتغير بتغير ثقافة وتقاليد وأخلاق كل مجتمع على حدة.

ولما كان الأمر كذلك سوف نحاول في بادئ الأمر تحديد ماهية هذه الحياة من خلال الوقوف عند تعريفها، وإعطاء الطبيعة القانونية للحق فيها. ثم ننتهي عند تحديد نطاقها، وصور حمايتها.

وعليه سنقسم دراستنا إلى فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : ماهية الحق في الحياة الخاصة.

الفرع الثاني : نطاق الحق في الحياة الخاصة وصورها.

الفرع الأول : ماهية الحق في الحياة الخاصة.

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الحق في الحياة الخاصة (المبحث الأول) من خلال الإشارة إلى بعض آراء الفقهاء، ولما كانت طبيعة هذا الحق محل خلاف يتوجب علينا بحث الاتجاهات والآراء الفقهية بهذا الخصوص (المبحث الثاني).

¹ أسامة عبد الله قايد. "الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات" دراسة مقارنة. ط II 1989. دار النهضة العربية ص 9.

² Lindon(R) "LA CREATION PRETORIENNE EN MATIER DE DROITS DE LA PERSONALITE DALLOZ PARIS -1974.N 30.P13. أو ده الأستاذ أسامة عبد الله

قايد مرجع سابق.ص 9

المبحث الأول: تعريف الحق في الحياة الخاصة:

إن البحث عن إيجاد تعريف للحق في الحياة الخاصة ينصرف إلى ما تحمله هذه الكلمة من معانٍ مختلفة، ليس على صعيد الفقه والتشريع فحسب، بل لما يمكن التوصل إليه من خلال البحث في المعاجم اللغوية في معنى هذا الحق. وعليه سنقدم في هذا المبحث على تعريفه لغة واصطلاحاً (المطلب الأول)، ثم الوقوف على تعريفه في بعض القوانين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي:

الفقرة الأولى: التعريف اللغوي:

لما كان الخلاف عندنا هو في معرفة كلمة الحياة الخاصة (لأن كلمة الحياة معروفة)، كانت هي مناط هذا التعريف، وعليه يرجع أصل هذه الكلمة إلى الفعل خص، فيقال خص فلاناً بالشيء بمعنى فضله به وأفرده. ويقال كذلك خصه بالود أي حبه دون غيره. وخاصة الشيء ما يختص به دون غيره. أي ينفرد به ومنه "الله يختص برحمته من يشاء" ¹.

والخصوص نقيض العموم والخاصة ما تخصه لنفسك. ويقال فلان يخص فلان. أي خاص به. وله به خصية

2

وتعني لفظة الحياة الخاصة في اللغة الإنجليزية (privacy) ³، أي أنها حالة العزلة. والانسحاب من محبة الآخرين كما تستخدم لمعان قد تعبر بشكل أو بآخر عن مظاهر معنى هذه الكلمة بأن لم يكن مرادفاً لها، لتدل على الطمأنينة والسلم والوحدة والانسحاب من الحياة العامة للفرد ⁴.

الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي:

في الحقيقة لم يرد لهذا التعبير تعريف في الدستور أو التشريع فضلاً عن أنه لم يتم رسم الحدود المنطقية له من جانب فقه القانون والقضاء على حد سواء على الرغم من وجود النصوص القانونية التي تحمي مظاهره وكثرة الأحكام التي تتعلق بالاعتداء عليه. ومن ثم فإنه من الصعب جداً تحديد أبعاد هذا الحق بصورة جلية ودقيقة وخصوصاً أنه لا يزال محل نقاش.

ولعل مرد هذه الصعوبة يكمن بالشكل المتزايد لمحاولة إيجاد تعريف دقيق أو منطقي يجمع شتات ما تعنيه هذه الكلمة أو يحدد بشكل شامل وواضح تعريفاً يتسع للاستعمال القانوني لها. ولربما كان ذلك لاعتبارات تتجلى في أن هناك ثمة أشياء يشعر البعض بالحاجة إلى الحفاظ عليها بعيداً عن معرفة الآخرين وإطلاعهم عليها، وهذه حالة نسبية، فنطاق الحق في الحياة الخاصة بالنسبة إلى فرد معين قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى فرد آخر ⁵ هذا من جانب، ومن جانب آخر قد يكون نطاق الحق في الحياة الخاصة محكوماً إلى درجة معينة بالمجتمع وما يسوده من أوضاع، وعادات وتقاليد. ومن هنا يتسع مفهوم الحياة الخاصة تبعاً لاختلاف المجتمعات ⁶.

¹ ينظر لويس معلوف "المنجد في اللغة" الطبعة الجديدة، المطبعة الكاثوليكية - لبنان 1896 ص 181.180.

² بنظر "المعجم الوسيط" الصادر من مجمع اللغة العربية. ج 1 القاهرة 1960 كلمة "خصص"

³ "معجم أكسفورد" ط. 2 مطبعة أكاديميا. بيروت 2000 ص 454.

⁴ ينظر متيري الياس. "قاموس الجيب". دار الجيل بيروت 2000 ص 156.

⁵ نعيم عطية. "حق الأفراد في حياتهم الخاصة" مجلة إدارة قضايا الحكومة. العدد 4 1977 ص 84

⁶ نعيم عطية. مرجع سابق ص 86

علاوة على ما سبق ذكره. قد تعد صعوبة إيجاد تعريف للحق في الحياة الخاصة ذات أهمية بالغة في مجال حماية الحياة الخاصة عموماً إذ تقتضي ابتداء بيان ما يعد داخلاً فيها. بمعنى آخر قد تكون هناك صعوبة في وضع حد فاصل بين ما يعد من المصالح العامة وما يعد من الخصوصيات، وفي اعتقادنا المتواضع يعد هذا أمر عسيراً، إذا ما نظرنا إلى عصر يزداد فيه التقدم العلمي والتكنولوجي شيئاً فشيئاً. حتى أضحت انعكاساته عميقة الأثر على الحقوق والحريات الفردية¹.

المطلب الثاني: تعريف الحق في الحياة الخاصة في بعض القوانين المقارنة.

الفقرة الأولى: القانون المغربي:

إن الملاحظ قبل صدور قانون 09.08، أن المشرع المغربي لم يقدم على إعطاء تعريف للحياة الخاصة، وعليه يكون سار على نفس خطا التشريعات الأخرى. وفعلة هذا يعد أمراً طبيعياً بالنظر إلى كون التعريف هو من اختصاص الفقه والقضاء، ثم إن هذا المصطلح أو هذا الحق يصعب تعريفه، كونه متجدد وغير محصورة حدوده، ويتأثر بتغير مجموعة من المعطيات "الدين" "الثقافة" "العادات" "التقاليد".

وعدم تعريف المشرع المغربي للحق في الحياة الخاصة لا يعني عدم اعترافه به كحق موجود قائم بذاته، بل على العكس من ذلك، ودليلنا ما يلي:

"إن المادة 108 من ق م ج حولت لقاضي التحقيق إصدار الأمر بالتقاط المكالمات الهاتفية دونما حاجة إلى ملتص الوكيل العام للملك بشأنها ودون التقييد بأنواع الجرائم المنصوص عليها في المادة المذكورة ما دامت قد ثبت له حالة الضرورة انطلاقاً من وقائع وظروف القضية والطريقة التي ارتكبت بها أفعال موضوع التحقيق."²

انطلاقاً من القرار أعلاه نلاحظ إذا ما نظرنا إليه من الزاوية التي نخدمنا أن المشرع يجرم كل اعتداء على الحق في المحادثات الشخصية للفرد ما عدا الحالات المنصوص عليها في القانون، ومنها ما ورد في المادة 108 أعلاه. وبما أن الحق في المحادثات الشخصية هو من صور الحق في الحياة الخاصة يظهر أخذ المشرع بهذا الحق.

لكن يبقى أهم شيء يمكن الاستدلال به في هذا المجال هو قانون 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حيث يمكن الاعتماد عليه والقول بأن المشرع المغربي نوعاً ما عرف ضمناً الحق في الحياة الخاصة وذلك عندما نص في البند 1 من المادة الأولى على ما يلي: "يراد بما يلي لأجل تطبيق هذا القانون:

1. "المعطيات ذات طابع شخصي": كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعوتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه...".

وإذا ما صدق قولنا هذا يكون المشرع المغربي قام بالفعل خالف فيه جميع التشريعات.

¹ نعيم عطية، مرجع سابق ص 86.

² قرار رقم 3/1817 المؤرخ في 2007/07/11. الملف الجنحي عدد 07/6/6638. منشور في "قرارات المجلس الأعلى في المادة الجنائية" الجزء الأول. مطبعة الأمنية، الرباط-2007-ص253 وصدر عن المجلس الأعلى أيضاً قراراً آخر يشبه إلى حد ما القرار السالف ذكره. أنظر القرار رقم 3/1826، المؤرخ في 2007/07/11. الملف الجنحي عدد 07/6/7294 منشور في نفس المرجع.

الفقرة الثانية : القوانين المقارنة :

أولاً : الحق في الحياة الخاصة في القانون الفرنسي : نص المشرع الفرنسي في المادة التاسعة من القانون المدني. على احترام الحق في الحياة الخاصة. كما نص في التشريع الصادر في 17 يونيو 1980 على ذلك، وجرم أفعال الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة. ومع ذلك لم يتضمن هذا التشريع تعريفا للحياة الخاصة، جريا على نهج جميع التشريعات في ترك ذلك للفقه والقضاء.

وبالرجوع إلى الفقه والقضاء الفرنسيين نجد أنهما لم يذهبا إلى تعريف موحد، بل إن الفقه نفسه اختلف فيما بينه وحتى القضاء.

الفقه : عرف البعض من الفقه " Martin " 1 الحق في الحياة الخاصة بأنه الحق في الحياة الأسرية والشخصية والداخلية والروحية للشخص عندما يعيش وراء باب المغلق. وقال البعض الآخر Carbonnier 2 بأن الحق في الحياة الخاصة هو حق الفرد في استبعاد الآخرين من نطاق حياته الخاصة، والحق في احترام ذاتيته الشخصية الخاصة، أي الحق في أن يترك شأنه. وذهب Nerson 3 في تعريفه للحق في الحياة الخاصة بأنه حق الشخص في أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادة صاحب الشأن، والتي تتعلق بصفة أساسية بحقوقه الشخصية. ويقرر أن الحق في الحياة الخاصة يقع في دائرة الحقوق الشخصية للفرد وإن كان لا يشملها كلها.

في حين ذهب فريق آخر من الفقه إلى تعريف الحياة الخاصة تعريفا سلبيا بقوله إن الحياة الخاصة للفرد، هي كل ما لا يعد من حياته العامة 4.

يظهر باستقراءنا للتعريفات أعلاه، أنها لم تضع تعريفا محددًا لفكرة الحياة الخاصة، وإنما اقتصر على إعطاء مبررات لحماية الحياة الخاصة، ودارت جميعها حول فكرة واحدة. هي أن يتمتع الإنسان بالهدوء والراحة دون تدخل في حياته الشخصية. ولم تحدد الأحوال التي يجب فيها عدم التدخل في حياة الشخص، فهي لم تعط معنى محددًا أو تعريفا واضحا للحياة الخاصة 5. أما فيما يخص التعريف السلبي للحياة الخاصة. فهو أصلا ينبني على الغموض إذ كيف يعقل أن نأخذ به في حين نحن لا نعرف معيارا نميز به بين الحياة الخاصة والحياة العامة.

القضاء : لم يضع القضاء الفرنسي تعريفا محددًا للحياة الخاصة واتجه إلى بحث كل حالة على حدة كي يستطيع أن يوفر الحماية القانونية للحق في للحياة الخاصة، ولا يحصر نفسه في نطاق محدود.

وبالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن هذا القضاء نجد أنه يعتبر من الأمور التي يشملها نطاق الحياة الخاصة للفرد، حالة الشخص العائلية والعاطفية والجسمانية والنفسية والعقلية والمعتقدات الدينية والفلسفية، والصحية 6.

والملاحظ على أن القضاء الفرنسي لم يستطع وضع حدود فاصلة بين الحياة الخاصة والعامة. وهذا أمر طبيعي لأنه من الصعب القول أين تنتهي الحياة الخاصة وأين تبدأ الحياة العامة.

¹ MARTIN " LE SECRET DE LA VIE PRIVEE " 1959 p.230

² Carbonnier " Droit civil " 1965 p.239.

³ Nerson " la protection l'intimité " journal des tribun aux 1959.p.713

⁴ ينظر أسامة عبد الله فايد. مرجع سابق ص 12.

⁵ أسامة عبد الله فايد مرجع سابق ص 13.

⁶ لمعرفة موقف القضاء الفرنسي بتفصيل يرجى الرجوع إلى عبد الله إبراهيم محمد المهدي "ضوابط التجريم والإباحة في جرائم الرأي" مكتبة دار النهضة العربية القاهرة ط1

ثانيا: الحق في الحياة الخاصة في القانون الأمريكي : ضمن المشرع الأمريكي المدونة الثانية الصادرة في عام 1977 صور التعدي على الحق في الحياة الخاصة. فنص في المادة 602 على أن من يعتدي على حق شخص آخر في الخصوصية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يصيب مصالحه نتيجة هذا الاعتداء. وما يعاب على المشرع وإن كانت حسنة تحسب له، أنه لم يقدم تعريفا للحق في الحياة الخاصة وإنما نص على صور للاعتداء عليه قائلا :

✓ إظهار الغير بمظهر كاذب يسيء إلى وضعه أمام الجمهور.

✓ تدخل غير مشروع في عزلة الغير.

✓ استخدام اسم أو صفة للغير دون رضائه.

✓ إفشاء أسرار الحياة الخاصة للغير.

الفقه : إن من أشهر التعريفات في هذا الصدد هو التعريف الذي وضعه المعهد الأمريكي للقانون والذي يستند ضمنا إلى الفقرة 876 من مشروع قانون أفعال الخطأ الذي وضعه المعهد سنة 1930. المتضمن " إن كل شخص ينتهك بصورة جديّة، وبدون وجه حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، يعد مسؤولا أمام المعتدى عليه.¹ وذهب البعض من الفقه الأمريكي ليقول بأن الاعتداء على الحق في الخصوصية ينقسم إلى 4 أقسام نعرضها على النحو الآتي:

1- التدخل في الحياة الخاصة للفرد كالتجسس على حياته الخاصة أو التصنت.

2- النشر العلني للوقائع الخاصة بالفرد، كنشر صورة زوجته المريضة، أو نشر وقائع تتعلق بمركزه المالي، بغض النظر عن وسيلة الحصول على هذه المعلومات.

3- الإساءة إلى سمعة الشخص في نظر الجمهور كاستخدام اسمه على نحو يسيء إلى سمعته دون إذنه.

4- استخدام بعض العناصر الشخصية للشخص بقصد الحصول على كسب مالي مادي، مثل الاسم أو الصورة أو الصوت. فلا يجوز استخدام صورة شخص في إعلان للدعاية دون الحصول على إذنه.²

وما يؤخذ على كلا الموقفين أن الأول لو أردنا الأخذ به سنجد صعوبة في التفريق بين ما يمكن إعلانه للجمهور وبين ما يمكن أن يبقى خفيا عنهم. في حين الملاحظ أن الموقف الثاني أهتم كثير بذكر أمثلة لصور الاعتداء على الحياة الخاصة دون أن يلي اهتماما بالتعريف.

القضاء : كان للقضاء الأمريكي منذ قرن من الزمن السبق في تسيير نظرية الحق في الحياة الخاصة، إلا أنه لم يضع تعريف محددًا , لفكرة الحق في الحياة الخاصة، مع أنه توسع في تفسير الخصوصية³، والملاحظ أن القضاء الأمريكي يعتمد على التقسيمات التي قال بها الفقيه Prosser.

ونخلص مما سبق أنه لم يستطع لا القانون المغربي⁴ ولا القانون الفرنسي ولا القانون الأمريكي. أن يقدموا تعريفا موحدا و وجيها وشاملا أو كما يقال جامع مانع، لأن من الصعب وضع تعريف محدد للحياة الخاصة. لارتباطها بالتقاليد والقيم الأخلاقية والدينية والثقافية والنظام السياسي والاجتماعي السائد في كل مجتمع ومن تم فهو يختلف

¹ -الملاحظ أن هذا التعريف لقي قبولا من العديد من الفقه حيث أنهم تبناه ونذكر على سبيل المثال (برتيان وليون وايفجنر) أورده الدكتور مرجع سابق ص 119.

² Prosser. Low of torts. 1965. p.637

³ -أسامة عبد الله قايد مرجع سابق ص 16.

⁴ ولو أنه كان الأقرب إلى تعريف الحق في الحياة الخاصة.

من دولة لأخرى، بل داخل نفس الدولة من زمن لآخر، ولذلك فالأوفق علمياً أن يترك ذلك للفقه والقضاء، وفقاً لظروف كل مجتمع، وفي نظرنا حتى ولو قام مشرع ما بتعريف الحق في الحياة الخاصة فإنه يكون قد فعل الخطأ، كونه سيحصره، وكما نعلم نحن نعيش زمن المتغيرات والتطور التكنولوجي وغيرهما. وهذه الأشياء وغيرها لا يمكن أن تمر على الإنسان دون أن يكون لها وقع على حياته الخاصة لهذا يستحسن سكوت المشرع حتى يستطيع الفقه والقضاء أن يكيف كل حالة حتى ولو كانت جديدة على أنها تدخل أو لا تدخل في الحياة الخاصة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الحياة الخاصة:

لم يقتصر الخلاف على إعطاء تعريف جامع مانع موحد للحق في الحياة الخاصة، بل تعداه إلى مسألة تحديد الطبيعة القانونية له. ولا نستغرب لأن الطبيعة القانونية لهذا الحق لا تقل أهمية عن تحديد مفهومه، لكونها تؤثر تأثيراً مباشراً في تحديد الأشخاص الذين يتمتعون به، مما يقتضي منا البحث في هذا السياق، من خلال دراسة أهم الاتجاهات في تحديد التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة من جانب (المطلب الأول)، ومن جانب آخر بيان الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الحق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة:

بعد الاعتراف من قبل التشريعات بوجود الحق في الحياة الخاصة. بدأ التساؤل يثار حول طبيعة هذا الحق القانونية، وللإجابة على هذا التساؤل ظهر اتجاهان، الأول يرى أن الحق في الحياة الخاصة يعد من حقا من حقوق الملكية، ومقتضاه أن الشخص يعد مالكا لهذا الحق. أما الثاني فيرى أن هذا الحق يعد من قبيل الحقوق الشخصية أو الحقوق الملازمة لصفة الإنسان، وأمام هذا التضارب، لا يمكن إلا أن نبحت في الموضوع ولو أنه يحمل الصبغة المدنية أكثر منها جنائية.

الفقرة الأولى: الحق في الحياة الخاصة حق ملكية:

يذهب اتجاه في الفقه والقضاء والمقارن¹ إلى أن الحق في الحياة الخاصة هو من قبيل حقوق الملكية، ومن ثم يعد الإنسان مالكا لهذا الحق، فلا يجوز الاعتداء على حق الملكية، وأسس هذا الاتجاه رأيه على أساس فكرة الحق في الصورة، لكونها تخضع لما يخضع له حق الملكية من أحكام، فكانت الفكرة السائدة آنذاك أن للإنسان حق ملكية على جسده وشكله جزء من هذا الجسد، والصورة ما هي إلا تجسيد لهذا الشكل، ومن ثم تعمقت الفكرة لتشمل الحق في الحياة الخاصة بكافة مظاهره.

وعليه يترتب عن قول أنصار هذا الاتجاه نتائج أهمها أنه من حق الشخص وقف الاعتداء على حقه دون حاجة إلى إثبات. إذ أن القانون منح الشخص الحق في استغلال أو استعمال أو التصرف في ملكه، فعلى سبيل المثال يجوز للشخص أن يبيع صورته أو شكله، ومن ثم لا يجوز تصوير الشخص واستغلال صورته إلا برضانه².

وبما أن هذا الاتجاه يؤسس هذا التكييف على أساس الحق في الصورة فأقدم النظريات بهذا الشأن تبناها القضاء الفرنسي³ صراحة على أساس أن "الملكية غير قابلة للتقادم والتي لكل شخص على وجهه وعلى صورته

¹ ينظر ممدوح خليل. ص 269

² ينظر أسامة عبد الله فايد مرجع سابق ص 29 وما بعدها.

³ ففي 10 فبراير 1905 قضت محكمة النقض الابتدائية في فرنسا. وفي حكم آخر جاء في التعليل: "للشخص الذي التقطت صورته، له على هذه الصورة حق ملكية لا يسمح لغيره بأن يستخدمها دون موافقته".

تعطيه الحق في منع عرض صورته "1، وعليه كان أقرب السبل إلى تكييف حق الصورة هو اعتباره حق ملكية، بوصفه أكثر الحقوق انتشارا ورسوخا في الفكر القانوني، ويستطرد هذا الاتجاه مقررا أنه كما يجوز للإنسان التصرف في ملكه، فإنه يجوز له التصرف في صورته منى كانت قابلة للتداول، أي أن الشخص يبيع جزء من نفسه، وعناصر الشخصية تعد في هذه الحالة بمثابة شرائع في حق الملكية الذي لكل إنسان على جسمه. وبمعنى آخر إن صاحب الحق يملك نفسه، ومن يصوره خلصة، فإنما قد سرق شكله على حد تعبير أحد الفقهاء 2.

بالإضافة إلى الحق في الصورة، فقد استخدم سرية المراسلات أيضا، فأعتبر بأن حق المرسل إليه على الرسالة وقت تسلمها هو حق ملكية، فيكون له وحده حفظ كيانه المادي، وله على مضمونها حق الملكية الأدبية والنفسية 3. ويكون منوطا بقيد يتمثل بعدم المساس بحق الشخص المرسل وغيره في الحياة الخاصة 4.

الفقرة الثانية: الحق في الحياة الخاصة حق من حقوق الشخصية:

هجر الفقه والقضاء الرأي القائل بأن الحق في الحياة الخاصة حق ملكية، وذهب إلى القول بأنه من قبيل الحقوق الشخصية، وهذا ما نص عليه صراحة المشرع الفرنسي في المادة التاسعة من القانون المدني. والتي مفادها أن للشخص الحق في احترام حياته الخاصة.

كما اعترف المشرع المصري في المادة 50 من القانون المدني بأن الحق في الحياة الخاصة من الحقوق الشخصية.

أما فيما يخص القانون المغربي، فلم نعثر على نص قانوني يصرح بذلك، لكن وبالرجوع إلى الفقه المغربي نجد أغلبه إن لم نقل كله يجمع على أن الحياة الخاصة هي من الحقوق الشخصية. وبالضبط في الحقوق الخاصة بالمقومات المعنوية للشخصية 5، ويذهب الدكتور الأزهر إلى كون أن هذا الحق من الحقوق الشخصية كونه يثبت للأشخاص كافة فلا يختص بها شخص دون غيره 6.

وينتج على أن الإقرار بالحق في الحياة الخاصة من الحقوق الشخصية، نتائج عدة أهمها أنه يمنح صاحبه حق اللجوء للقضاء لوقف الإعتداء أو منعه دون الانتظار إلى حدوث ضرر أو الإلتزام بإثبات خطأ المعتدي والضرر الناتج عن اعتدائه، كما يفرض على الكافة إلتزام عام باحترام هذا الحق.

ويعتبر من الحسنات التي تحسب لهذا الإتجاه، هو الاعتراف بحماية الحياة الخاصة مباشرة ضد أي اعتداء حيث أعطى للشخص الحق في اللجوء إلى القضاء لإتخاذ الإجراءات اللازمة لوقفه أو منعه دون التقيد بأحكام المسؤولية المدنية التي تتطلب إثبات عناصرها الثلاث الخطأ والضرر والعلاقة النسبية بين الخطأ والضرر. فضلا على أن إثبات المسؤولية لا يوفر إلا الحماية اللاتقة للحق. أي بعد الإعتداء عليه. وبهذا لا يوفر الحماية الفعلية التي تكون عن طريق الوقاية من الاعتداء على الحياة الخاصة. وهذه الأخيرة -الوقاية- لا تكون إلا إذا اعترفنا بأن الحق في الحياة الخاصة هو من الحقوق الشخصية.

¹ ينظر سعيد حبر "الحق في الصورة". دار النهضة العربية، القاهرة، 1986. ص 107

² حسام الدين الهواثي " الحق في احترام الحياة الخاصة" دار النهضة العربية القاهرة 1978 ص 144

³ والذي أطلق عليه المشرع المغربي بمقتضى قانون 00.2 بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

⁴ سعيد حبر. مربع سابق ص 108 ومابعدا.

⁵ خالد عبد الله قويد، مدخل لدراسة القانون. دار الأمان -الرباط ص 248 وما بعدها وينظر أيضا جميع كتب المخل لدراسة القانون، أو نظرية الحق في القانون المدني لعبد الحي حجازي أو عيد الرزاق السنهوري.

⁶ محمد الأزهر "الحق في الصورة" مقاربة أولية ص 14

المطلب الثاني: الأشخاص الذين لهم حق التمتع بالحق في الحياة الخاصة.

إن البحث في نطاق الحق في الحياة الخاصة من حيث الأشخاص يركز على أساس الحماية التي يوفرها القانون بصرف النظر عن عنصر المصلحة في التجريم. ولتكن الحياة الخاصة للإنسان محلا للحماية القانونية ضد كل اعتداء وتقع عليها من الآخرين، باعتبار أن الحياة الخاصة للشخص الطبيعي تعد النقطة الأساس في المسألة التي نحن بصدد حلها. فالبدأ توفير هذه الحماية لكل من يقيم بدولة ما، دون الإعتداد بالجنسية وبعبارة أخرى تتقرر الحماية لكل مواطن أو أجنبي سواء بسواء¹.

فإذا كانت الحماية الجنائية أو المدنية مقررة لهذا الحق وصوره لكل من يقيم على إقليم دولة بصرف النظر عن جنسيته، فإن هناك بعض الحالات التي يثار بشأنها التساؤل حول تحديد من لهم الحق في ممارسة الحق في الحياة الخاصة. ومن ذلك حالة الشخص المعنوي، وحق الأسرة في ممارسة هذا الحق.

الفقرة الأولى: مدى تمتع الشخص المعنوي بالحق في الحياة الخاصة:

في الواقع لم تتفق كلمة الفقهاء حول هذه المسألة، وتباينت آراؤهم بين مؤيد والمعارض. وذلك على النحو الآتي بيانه:

أولاً: الفقه المعارض: يذهب هذا الاتجاه إلى إنكار تمتع الشخص المعنوي بالحق في الحياة الخاصة على أساس أن الشخص المعنوي ليس له ما يسمى بهذا الحق أصلاً. لأن هذا الحق يقتصر التمتع به على الأشخاص الطبيعيين. ودليلهم، أن الحقوق الشخصية من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهذه الحقوق لا تثبت إلا للإنسان، ومن ثم لا تدخل حماية الشخص المعنوي في نطاق هذا الحق. بل في نطاق الحماية المقررة في قوانين أخرى، كقانون الشركات التجارية، وغيره من القوانين التي تنظم أحكام الشخصية المعنوية، وإذا كان للشخص المعنوي حق ما يشبه الحق في الحياة الخاصة، وهو ما يعرف بالحياة الداخلية، فإنها تحتاج إلى قواعد حمايتها تختلف عن القواعد التي تحكم الحياة الخارجية. وعليه لا يجوز الكشف عما يدخل في نطاق الحياة الداخلية للشخص المعنوي، ولا يجوز أن تكون محلا للتحريات، ولكن حماية الحياة الداخلية للشخص المعنوي لا تدخل في نطاق الحق في الحياة الخاصة.

أما بالرجوع إلى العنوان الذي خص به المشرع المغربي حماية هذه الحقوق الخاصة نجده يعنونه بقانون رقم 08-09 يتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. وبالتالي فهو ينزع هذا الحق عن الأشخاص المعنوية وغيرها.

ثانياً: الفقه المؤيد: يرى أنصار هذا الاتجاه² أنه لا مانع يمنع من تمتع الشخص المعنوي أيضاً بهذا الحق شأنه شأن الشخص الطبيعي، مستندين في ذلك إلى ضرورة التفرقة بين الحياة الخاصة وألفة الحياة الخاصة، فإذا كانت الحماية الجنائية أو الإجراءات المدنية الوقائية ترتبط بألفة الحياة الخاصة³ فإن الحماية القانونية بصفة عامة تشمل الحياة الخاصة كلها، وعليه إذا لم يكن للشخص المعنوي ما يسمى بألفة الحياة الخاصة، إلا أنه توجد له أيضاً حياة

¹ حسام الأهواني . مرجع سابق ص 146.

² من أنصار هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي "بير كايزر".

³ وهو ما تؤكد المادة 2/ الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي

خاصة. ولما كانت الحياة الخاصة تشمل سرية الأعمال، فالحماية المدنية لحق الخصوصية تمتد لتشمل سرية أعمال الشخص المعنوي 1.

ويضيف أنصار هذا الرأي مبررا أن استخدام أي مشروع عبارة "مواطن" لا يشكل عقبة في سبيل الاعتراف للشخص المعنوي بهذا الحق، وتأكيدا لذلك ما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص وقضاؤه من تمتع الشخص المعنوي بالجنسية مثله في ذلك مثل الشخص الطبيعي، وبناء على ما أقر المشرع في الدول المختلفة إمكانية تمتع الشخص المعنوي بالجنسية وفقا لشروط وضوابط معينة، من تم فإن كل من يتمتع بالجنسية يمكن اعتباره مواطنا، سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنوي 2.

وفي محاولة منه لترجيح رأي أحد الإتجاهين نجد الدكتور علي أحمد عبد الزعبي يفضل الرأي المؤيد كونه يتماشى مع الواقع العملي للشخص المعنوي، إذ يكون له فعلا حياة داخلية متميزة يجب حمايتها عن طريق الحماية المقررة لهذا الحق وبالتالي تتحقق الحماية الفعالة لأسراره التي ربما لا تحققها القواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية المدنية التقليدية، أو تلك التي تكفلها نصوص قانون الشركات التجارية أو غيره من القوانين ذات الصلة، ومما يعزز ذلك أنه إذا كان المشرع قد اعترف للشخص المعنوي بالشخصية القانونية المستقلة بما يترتب عليها من آثار من أجل تسهيل الغرض الذي وجد من أجله وتحقيقه. فإن الإقرار بهذا الحق للشخص المعنوي يعد مكملا لما قرره المشرع، بل لا يقل عنه أهمية هذا من جانب.

ومن جانب آخر إذا كان الحق في الحياة الخاصة من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإن هذا لا يمنع من الإقرار للشخص المعنوي بهذا الحق بما ينسجم مع طبيعته وخصوصا أن كلمة "شخص" في لغة القانون لم تعد مقصورة على الشخص الطبيعي وإنما أضحت تشمل الشخص المعنوي، ولذلك اعترف المشرع للشخص المعنوي بمجموعة من الحقوق اللازمة لتحقيق الهدف الذي وجد من أجله والقول أن هذا الحق لا يتفق مع طبيعة الشخص المعنوي من شأنه التضييق من نطاق هذا الحق. ويقصره على فكرتين الألفة والسكينة وهذا ما لا نتفق معه البتة، فهذا الحق يشتمل على عنصر السرية الذي يعد بمثابة الروح من الجسد، وعليه لا بد من تمتع الشخص المعنوي بهذا الحق 3.

الفقرة الثانية: مدى تمتع الأسرة بالحق في الحياة الخاصة.

الأصل عندنا أنه لما يتعرض حق أي شخص وكيفما كان هذا الحق للمسيس، فإن القانون حول له الحق في اللجوء إلى القضاء 4 طالبا الحماية القانونية، كما يجوز لمن ينوب عنه قانونا أن يطلب هذه الحماية. ونفس الأمر فيما يخص الحق في الحياة الخاصة. لكن هناك أمر يفرض نفسه في هذا الخصوص، وهو عبارة عن مجموعة من التساؤلات يبقى أهمها تلك التي مفادها ما يلي:

✓ هل يعد كشف خصوصيات أحد أفراد الأسرة اعتداء على حق خصوصية 5 الأسرة؟.

✓ هل يحمي القانون ما يسمى بخصوصية الأسرة أم الحماية تقتصر على خصوصية الفرد؟.

1 وهذا على خلاف الرأي السابق الذي يذهب إلى أن حياة الأعمال تخرج عن نطاق الحياة الخاصة
2 أحمد قسمت الجداوي " الوجيز في القانون الدولي الخاص " ج 1 دار نشر القاهرة. 1978، ص 46-256. أورده على أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص 155
3 - علي أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص 155 ومابعدھا.
4 - راجع بهذا الخصوص كتب الشرح قانون المسطرة المدنية
5 الخصوصية والحق في الحياة الخاصة هما مصطلحان لمعنى واحد.

✓ وإذا كان للأسرة مثل هذا الحق لأحد أفرادها حال حياته فهل ينتقل إليها هذا الحق بعد وفاة صاحبه؟¹.

للإجابة على هذه الأسئلة يقتضي منا أولاً البحث عن مدى اعتراف الفقه والقضاء بثبوت الحق في الحياة الخاصة للأسرة وحدود هذا الاعتراف، ثم بعد ذلك ندرس إمكانية انتقاله بعد وفاة الشخص المعني².

أولاً: هل للأسرة حق في حياتها الخاصة وما هي حدوده؟

على اعتبار أن المشرع الفرنسي كان سابقاً في الموضوع، فإننا لا نرى مانعاً وأمام غياب موقف لفقهاء مغاربة في الموضوع، اعتماد رأي الفقه³ والقضاء الفرنسي، وبالرجوع إليهما نجدهما يقران بعدم اقتصار هذا الحق على حماية الفرد فقط بل يتعداه إلى أسرته في حياته أو مماته⁴. فالتعدي على الحق في الحياة الخاصة بشخص يعتبر تعدي عليه وعلى أسرته⁵ كما تعد الأسرة بوضعها أساس الحياة الاجتماعية عنصراً أساسياً من عناصر حياة الفرد، ومن تم فإن العلاقات بين الفرد وأفراد أسرته تدخل في نطاق الحياة الخاصة عموماً، وعليه فقد توصلت محكمة مارسيلا إلى وجود ما يعرف بالحق في الحياة الخاصة لعائلة⁶.

وقد لقي هذا الحكم تأييداً من محكمة النقض الفرنسية عندما أكدت ما ذهب إليه محكمة الإستئناف من أن الاعتداء على الحياة الخاصة لامرأة متزوجة يعد اعتداء صارخاً على حق الزوج في حياته الخاصة. وقضى كذلك بأن الكشف في الحياة العاطفية لإحدى القتيات لا يعد اعتداءً على حياتها الخاصة فحسب، وإنما يعد اعتداءً على حرمة الحياة الخاصة للأسرة التي تنتمي إليها. وعليه فمن حق هذا الأسرة أن تدافع عن هذا الحق في أثناء حياتها⁷.

وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن الفقه والقضاء⁸ يجمع على الاعتراف للأسرة بهذا الحق، فالحماية لا تعني الفرد بذاته بل بجميع أفراد أسرته أيضاً. ولكن هذا الاعتراف يجعلنا نتساءل عن حدوده، يقل الدكتور حسام الدين كامل الأهواني أن المساس بهذا الحق يكون مباشراً في كلا الحالتين. ولكن في الحالة الثانية يكون الضرر بطريق الإرتداد⁹.

والضرر المرتد الذي يصيب أقارب المعتدى عليه هو ضرر شخصي مباشر أيضاً، وحق الأقارب يعد حقاً فردياً وليس عائلياً¹⁰. فالشخص لا يمارسه بوصفه ممثلاً للأسرة، وإنما بوصفه صاحب الحق المتعرض للمساس.

وحتى يعتد بدعوى الشخص الذي تعرض قريبه للمساس في حياته الخاصة، يجب أن تتوفر بعض الظروف ومنها عدم رضاء الجني عليه¹¹ فالمساس بطريق الإرتداد يعني وجود نوع من الاستقلال بين دعوى كل طرف هذا من

¹ ينظر على أحمد عبد الزعي مرجع سابق ص 156.

² -الشخص المعني حسب المادة الأولى من قانون 08-09 هو ذلك الشخص الداتي المعرف أو قابل للتعرف عليه والذي معطيته ذات الطابع الشخصي محل المعالجة.

³ ومن الفقهاء نجد "نيرسون" و"ليندون" ينظر مصطفى أحمد حجازي "الحياة الخاصة مسؤولية الصحفي" -دار الفكر العربي. القاهرة. 2001 ص 126.

⁴ أسرة الشخص هم ذوي قراباه. ويعد قرابه كل من يجمعهم أصل مشترك وهي نوعان مباشرة وقرابة حواشي - للتوسع أكثر راجع بالخصوص محمد رياض علم الفرائض...

⁵ ففي قضية تتلخص وقائعها في أن أحد المصورين تسلل إلى غرفة طفل مريض في مستشفى والتقط له صورة ونشرها في إحدى المجلات، فما كان أمام والدته الطفل إلا رفع دعوى على المصور باسمها لا باعتبارها وصية علي ابنها القاصر وإنما على أساس أن هناك اعتداء على حق الأسرة في حياتها الخاصة مطالبة من المحكمة منع صدور المجلة ومصادرة النسخ المطبوعة منها، وعليه قررت المحكمة ذلك. قرار صادر عن محكمة باريس في 16 مارس 1965. أشار له حسام الدين الأهواني مرجع سابق ص 156

⁶ ينظر على أحمد عبد الزعي مرجع سابق ص 157.

⁷ نقض مدني فرنسي في 26 فبراير 1975. راجع علي أحمد عبد الزعي ص 158.

⁸ في فرنسا

⁹ الضرر المرتد هو الذي يصيب شخصاً آخر غير المضرور الأصلي نتيجة ما لحقه من ضرر ارتداداً وانعكاساً، لذا يسميه البعض بالضرر النعكس. فهو ضرر أدبي مادي يميزه أنه يرتد أو ينعكس على آخرين غير المعتدى عليهم، إذ تربطه بهم مصلحة مادية أو أدبية تسوغ ارتداد الضرر أو انعكاسه عليهم. للتوسع أكثر يرجى الرجوع إلى إبراهيم الدسوقي أبو الليل "المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب مؤسسة دار الكتب الكويت ط 1- 1990- ص 103 وما بعدها.

¹⁰ -وهذا لا يتعارض مع ما جاء به الحكم الصادر عن محكمة مارسيلا والذي أشرنا إليه سابقاً، حيث أنه فعلاً أن الحق ولو أنه يدخل في نطاق الحق في الحياة الخاصة للعائلة، إلا أنه من حق كل فرد الإدعاء بتضرره إذا توفرت شروط ذلك بمعنى أنه حق فردي.

¹¹ ذلك لكون الضرر المرتد من طبيعة تبعية وليس أصلية، فهو يتبع الضرر الأصلي ينظر علي أحمد عبد الزعي مرجع سابق ص 159.

جهة، ومن جهة أخرى وجود قدر من الصلة. فإذا كان محل الدعوى المطالبة باتخاذ الإجراءات الوقائية، فإن الحماية التي تتقرر لأحدهما يستفيد منها الآخر مباشرة.¹

ثانيا: انتقال الحق في الحياة الخاصة في حالة وفاة صاحب الحق :

لقد أدرجنا عند حديثنا عن طبيعة الحق في الحياة الخاصة، أن جل الفقه الحديث يسير في اتجاه أنها حقوق شخصية ملازمة للإنسان. ولما كانت هذا الحق كذلك، فإنه يعتبر في لغة القانون حقا مطلقا يحتج به على الجميع، ولا يقبل الحجز عليه أو التصرف فيه من الغير كقاعدة عامة. كونه ليس من طبيعة مالية. ويخرج في النهاية عن دائرة التعامل المالي من حيث المبدأ.² كما لا يسقط بعدم الإستعمال مهما طال الزمن. ولا يكتسب بمضي مدة معينة. كما كما أنه مبدئيا لا يورث.³

إذن فالمبدأ عدم قابلية هذا الحق للإرث، لكن هذا المبدأ ترد عليه بعض من الإستثناءات⁴، كانتقال الحق الأدبي للمؤلف بالوفاة إلى ورثته، وانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة يتوافر بأن يكون هذا الضرر قد تحدد بمقتضى إتفاق أو كان الدائن قد طالب به أمام القضاء، كما أن حق الورثة مقيد في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المصاب نتيجة الفعل الضار. وعليه يقتصر حق المطالبة بهذا التعويض على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية⁵.

ولكن ما يهمنا في هذا الإطار هي هل يقبل الحق في الحياة الإنتقال بالإرث، أم تنطبق عليه قاعدة أن الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان لا تقبل الإنتقال بالإرث، وبعبارة أخرى هل يقضى الحق في الحياة الخاصة بالوفاة وينشأ للأقارب مجرد حق شخص جديد، أم أن الحق في الحياة الخاصة يقبل الإنتقال بالوفاة؟

للإجابة على هذا التساؤل ظهر تياران فقهيان، الأول يرى أنه ينتهي بوفاة صاحبه، وينشأ مجرد حق شخصي جديد للأقارب⁶ ويستند في ذلك على اعتبار أن هذا الحق مجرد حق لصيق بالشخصية، وإذا كانت هي لا تقبل الانتقال بعد الوفاة، فكيف يعقل أن هذا الحق يقبل ذلك. ولما كان وصف هذا الحق بأنه من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان فطبيعي أنه يوجد بوجوده وينعدم بانعدامه أو بمعنى أوفق بوفاته، ثم أن هذا الحق كما قال البعض من الفقه⁷ لا يحمي إلا الأحياء فقط ولا يستفيد منه الأموات.

هذا لا يعني عدم إمكانية الورثة -إذا ما تضرروا من نشر بعض الخصوصيات للموروث- رفع دعوى لحماية شرف واعتبار المورث وليس حماية لخصوصيته أو حقه في الحياة الخاصة، فبعد الوفاة يستطيع الورثة الدفاع باسمهم الشخصي، وليس باسم المتوفى عن المساس بمشاعرهم تجاه المتوفى. كما لا يمكن الإستناد إلى فكرة امتداد شخصية المورث في شخص ورثته⁸ وبناء عليه فالحق الشخصي يتقرر للأقارب أو القريب الذي مست عواطفه

¹ حسام الدين الأهواني مرجع سابق ص 159

² رغم ذلك فهي تقوم عندما تستدعي الضرورة ذلك. مثلا عند تحديد التعويض، فإنه يكون بمثابة قيمة ذلك الحق محل الإعتداء.

³ راجع في هذا الخصوص. كتب المدخل لدراسة القانون. وبالضبط نظرية الحق منه

⁴ وكما يعلم كل دارس للقانون أنه يستحيل -لا نقل مطلقا- أن تجد قاعدة بدون أن تجد استثناءات. والاستثناء كما قال سليمان مرقس "التوازن هو الأصل واللاتوازن هو الإستثناء،

والإستثناء لابد له من مبرر حتى يأخذ حكما مغايرا للأصل"

⁵ عبد الرزاق السنهوري الوسط في شرح القانون المدني ج 1 نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام المجلد الأول. العقد. دار النهضة العربية. القاهرة ز 1981، ص 558.

⁶ من الفقهاء نجد "نيرسون""فيريه" "كايزر" أورده حسام الدين كامل الأهواني مرجع سابق ص 165

⁷ حسام الدين الهواني مرجع سابق ص 166.0 تجاه المتوفى.

⁸ - علي أحمد عبد الزعبي. مرجع سابق ص 161.

ومشاعره عن طريق نشر خصوصيات حياة المتوفى، وذلك دون التقيد بقواعد الميراث أي سواء أكان القريب وارثاً أم غير وارث.¹

ولكن تجدر الإشارة إلى أن المسألة ليس بهذه البساطة، فتقرير الحق الشخصي للأقارب أو القريب يرتبط بشرط أن يكون التضامن والترابط العاطفي بينه وبين المتوفى قويا، فقد لا يثبت هذا الحق لقريب وارث إذا ما كانت صلة الرحم منقطعة بينهما، فمعيار تبوث الحق للقريب هو مدى توافر الصلة العاطفية بين الأقارب وبين الهالك.²

أما التيار الفقهي الثاني فيرى إمكانية انتقال هذا الحق إلى ورثة التركة المعنوية³. مبررا رأيه بمجموعة من الحجج، من بينها، أن عدم قابلية الحقوق الشخصية الملازمة للإنسان للإرث، ليس بقاعدة مطلقة، ذلك أن هناك حقوق تنتقل بعد الوفاة رغم كونها كذلك، كالحق الأدبي للمؤلف، والحق في الشرف والاعتبار⁴. كما أن الحق في الحياة الخاصة كونه يهدف إلى حماية الكيان المعنوي للإنسان في أثناء حياته، ولتأكيد الحماية يجب أن يمتد إلى ما بعد الوفاة، فضلا على أن ضرورة إحترام الموتى وذكرهم توجب حماية حقهم في الحياة الخاصة بعد الوفاة، فإذا لم يكن للموتى حقوق فإن علينا واجبات اتجاههم، لهذا فإن الحق في الحياة الخاصة ينتقل إلى الورثة بالوفاة من حيث المبدأ، بأعتبار أنه عنصر من عناصر التركة المعنوية للهالك، كما أن مضمونه يتغير عما كان عليه إذ يصبح محلا لحماية ذكرى المتوفى وسمعته وهدوء أسرته⁵.

بناء على ماتقدم يلاحظ أن هناك أوجه تشابه يلتقي فيها كلا الرأيين، وهناك أيضا أوجه اختلاف. ومهما يكن من أمر فهذه الدعوى قد يكون ظاهره حماية سمعة المورث إلا أن باطنه الدفاع عن الحق في الحياة الخاصة للورثة. وعدم جعل حياتهم السرية في متناول الجميع⁶ وآخر ما يمكن قوله عن نطاق الحق في الحياة الخاصة بالنسبة للأشخاص، هو أنه رغم أن الفقه اجتهد وله أجره على ذلك فيما يخص الشخص المعنوي، والأسرة، لكن ما غاب عليه هو عدم تطرقه للحياة الخاصة بالنسبة للمجتمع أو الدولة باعتبارهما الأسرة الكبيرة. على اعتبار أن التقدم الحاصل في الحياة العملية يفرض علينا حماية الحق في الحياة الخاصة لهذين الكيانين.

الفرع الثاني: نطاق الحق في الحياة الخاصة وصور حمايتها:

لما كان من الصعب إعطاء تعريف للحق في الحياة الخاصة - كما رأينا - فإنه من البديهيات أن تحديد نطاق هذا الحق سيكون من الصعب بمكان كذلك.

وحتى لو آمنا بوجود هذا الحق فما هي السبل التي كفلتها التشريعات لحمايته،

وعلى أي حال سنحاول في هذا الفرع معالجة هذه النقط من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: نطاق الحق في الحياة الخاصة:

المبحث الثاني: صور حماية الحق في الحياة الخاصة:

المبحث الأول: نطاق الحق في الحياة الخاصة:

¹ - علي أحمد الزعبي مرجع سابق ص 162.

² - ممدوح خليل. ص 297 أورده على أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص 162. وقد أيد هذا القول من طرف محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها عندما قضت بأن الحق في رفع دعوى لحماية الحق في احترام الحياة الخاصة ينتهي بوفاة الشخص المدني فهو الوحيد الذي يملك هذا الحق. "نقض مدني فرنسي في 14/12/1999.

³ ومن أنصار هذا الإتجاه "بادنتير، ليندون"

⁴ عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق ص 558.

⁵ حسام الدين الأهواني مرجع سابق ص 171 وما بعدها

⁶ على أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص 165.

إن الحديث عن نطاق الحياة. يستوجب الاعتراف بصعوبة تحديده. وذلك لعدة عوامل نذكر منها عدم الجرأة على وضع تعريف نعتبره القالب الذي نقيس عليه الحالات، ونقول تدخل في الحياة الخاصة أو لا ندخل. ولعل البعض من الفقه يرى أن هذه الصعوبة مستمدة من كون الركيزة الأساسية في الحرمات الشخصية هي أن الأفراد والجماعات يحددون بأنفسهم إلى أي مدى يرغبون في الاحتفاظ بها شخصية أو يقررون الكشف عنها للغير¹، في حين يرى البعض أن المجتمع تجتذبه مصلحتان أساسيتان هما مصلحة الفرد في سرية أسرار حياته الخاصة، ومصلحة المجتمع في المساس بهذه الأسرار وانتهاكها في بعض الأحوال الموجبة لذلك، والذي يضع حدود نطاق الحق في الحياة الخاصة هو ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى²

إذن نخلص إلى أن ضيق أو اتساع نطاق الحق في الحياة الخاصة مرتبط حسب الرأي الأول برغبة الشخص في ذلك أما الرأي الثاني فيربطها بطبيعة النظام السياسي السائد في الدولة.

لما كان الأمر كذلك، كان لا بد من البحث عن صور هذا الحق وخصوصا عندما أصبح العلم و تطبيقاته عن طريق التكنولوجيا يفتح أمامنا أفقا واسعة للتقدم الاقتصادي والاجتماعي، وما رافقه من تطورات في مجال الإلكترونيات و علم البصريات و السمعيات بما جعل من اليسر غزو الحق في الحياة الخاصة للإنسان والتسلل داخل حصونها، فلم يعد الحائط أو بعد المسافة أو إغلاق النافذة عائقا ضد مراقبة الغير أو الإطلاع على خصوصياته، حتى بات من الممكن فضح كل مكنون و تعرية كل مستور³

أمام غياب مبادرة تشريعية⁴ لتحديد الصور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة. تدخل الفقه والقضاء المقارن المقارن لمحاولة القيام بذلك و نسترشد بهذا الصدد بما آل إليه الفقه و القضاء الأمريكي و الفرنسي محيلين إلى ما قلناه عنهما عند دراستنا في الفرع الأول وبالضبط في تعريف الحق في الحياة الخاصة في بعض القوانين المقارنة.

وبصفتنا دولة إسلامية عربية، لها قيمها وتقاليدها و عاداتها تختلف عن تلك السائدة في الدول التي قام فقهها و قضاؤها بتلك المبادرة، ولعل أهم شيء يمكن أن تستدل به هو جاء به الدكتور على أحمد عبد الزعبي عندما قال "وأخيرا يذهب الفقه و القضاء في فرنسا إلى أن المعتقدات الدينية للشخص من المسائل التي تدخل في الحياة الخاصة، ذلك لأن الإعتقاد الديني يعد من الأمور الداخلية التي تقوم بين الإنسان و خالقه، ومبدأ حرية العقيدة في فرنسا يجب أن يشمل سريتها و حمايتها ضد تطفل الآخرين. ولكن هذا المعطى لا يمكن الأخذ به على إطلاقه في جل الأنظمة القانونية العربية و من بينهم المغرب⁵ إذ تعد هذه النظم دينية و دين الدولة الرسمي هو الإسلام، كما أن تطبيق العديد من القواعد القانونية فيها تستلزم الإفصاح عن الديانة⁶. بل تكتب هذه الأخيرة في بعض الأوراق الرسمية.⁷

¹ على أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص165

² أسامة عبد الله فايد مرجع سابق ص 19. ويضيف قائلا: ولا يمكن القول بأننا بصدد مملحتان متناقضتان أو متعارضتين، بل قد يصدق القول بأننا بصدد مملحتين متوازيتين، يحرص المجتمع على حمايتهما، ولكن ترجيح إحداها على الأخرى يرتبط بطبيعة النظام السياسي والاجتماعي الذي تنهجه الدولة. فالدولة التي تنهج النظام الديكتاتوري لنظامها السياسي ترجح فيها مصلحة الدولة على مصلحة الأفراد، وتعلو كلمة السلطة على الحرية الشخصية، وتجدها مبررا لإنتهاك الحياة الخاصة للأفراد. والوقوف على أسرار حياتهم الخاصة باسم المصلحة الاجتماعية العليا وهنا ينحسر نطاق الحياة الخاصة وتمتدج بالحياة العامة. وتتوارى فيه مصلحة الأفراد أمام المصلحة العامة. أما الدولة التي تعتنق مبدأ سيادة القانون، وتحترم الحرية الشخصية للأفراد في مواجهة السلطة، وتتقدم فيها مصلحة الأفراد عن المصلحة العامة، فإن نطاق الحياة الخاصة فيها يتسع.

³ علي أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص165

⁴ اللهم التشريع الأمريكي وبالضبط المدونة الصادرة في عام 1977. في مادتها 602. راجع تعريف الحق في الحياة الخاصة في بعض لقوانين المقارنة وبالضبط القانون الأمريكي من هذا البحث.

⁵ ينص دستور المملكة على أن المملكة المغربية دولة إسلامية.....

⁶ كما هو الأمر في مسنلا الزولج والإرث.....

⁷ علي أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص 170، وللإشارة فقط فمصر تشهد تضمين الديانة في بطاقة التعريف الوطنية.

و يمكن أن نضيف إلى ما سبق أن حصر صور الحق في الحياة الخاصة على التعدد الذي أتى به الفقه و القضاء الأمريكي و الفرنسي لا يغطي نطاق هذا الحق، خصوصا و أن صور هذا الحق في ازدياد مستمر نتيجة سوء استخدام التطور في علوم التكنولوجيا و المعلوماتية مما يسبب انتهاكا لحق الإنسان في خصوصيته و عليه آثرنا في هذا البحث الإقتصار على الصور المهمة منه والتي لها مساس مباشر بحق الإنسان في حياته الخاصة. وهي الحق في الصورة و سرية المراسلات (المطلب الأول) و الحق في الحوادث الشخصية و السر المهني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحق في الصورة و سرية المراسلات.

الفقرة الأولى: الحق في الصورة:

تعد الصورة انعكاسا لشخصية الإنسان ليس في مظهرها المادي فحسب، بل في مظهرها المعنوي أيضا لأنها تعكس مشاعر الإنسان وأحاسيسه و رغباته. فهي المرآة التي تعبر في كثير من الأحيان عما يخفيه الإنسان بداخله¹. كما أن الأحداث التي يمر بها الإنسان سرعان ما تظهر بصماتها على وجهه، و عليه ترتبط الصورة بشخص الإنسان ارتباطا وثيقا. و من هنا تأتي قيمتها و ضرورة حمايتها². و خصوصا لما أصبح التصوير اليوم فنا من الفنون التي أفرزتها الثورة التكنولوجية الحديثة، و جسم الإنسان أكثر عناصر الشخصية استحقا لأقصى درجات الحماية القانونية ضد العدسات المتصلة بالآلات التصوير الفوتوغرافي و السينما توغرافي³ و النشر⁴.

و أمام هذه الأهمية فقد نادى الفقه بضرورة تدخل القضاء لحماية صورة الإنسان ضد النشر غير المشرع للصورة و الذي يتم دون رضاه صاحبه. و استجابة منه لدعوات الفقه و لمتطلبات الواقع المعاش استقر القضاء على حماية الحق في الصورة⁵. بل أن بعض التشريعات ومنها التشريع المغربي⁶ قد أوردت نصوص صريحة تعترف بالحق بالحق في الصورة و حمايته.

وقد أفرزت مسألة إمكانية اعتبار الحق في الصورة من صور الحياة الخاصة أم أنه حق مستقل يستحق الحماية، ظهور العديد من الإتجاهات في أوساط الفقه⁷ حيث يذهب الاتجاه الأول⁸ منها إلى أنها أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة. كما أن الإعتداء على صورة الفرد يعد اعتداء صارخا على الحق في الحياة الخاصة. فصور الإنسان مظهر من مظاهر خصوصيته شأنها شأن الحياة العاطفية وحياته العائلية، بل تعد أكثر المظاهر قدسية في الحياة الخاصة. فإذا كان من المتصور ألا يكون لشخص ما حياة عائلية أو عاطفية فإنه لا يكون هناك إنسان دون وجه⁹.

أما الاتجاه الثاني¹⁰ فيرى عكس ما يراه الاتجاه الأول. إذ يذهب إلى أن الحق في الصورة هو حق مستقل بذاته و متميز عن الحق في الحياة الخاصة مستندا إلى أن الحق في الصورة يخول لصاحبه حق الاعتراض على تصويره أثناء ممارسته لحياته العامة، و على نشر صورته دون رضاه. وإذا كان الحق في الصورة يصلح غالبا اعتداء على الحق في

¹ ممدوح خليل ص 236 أورو على؛ مد الزعيبي مرجع سابق ص 176

² سعيد جبر مرجع سابق ص 1. وما بعدها.

³ لمعرفة السينما توغرافية. راجع بالخصوص الوريغلي حسن. الحماية القانونية للمؤلفات السمما توغرافية توثيق

⁴ سعيد جبر مرجع سابق ص 5 وما بعدها.

⁵ حكم قضائي

⁶ وكان آخر مبادرة قام بها في هذا الخصوص هو إخراج لقانون 08-09 المتعلق بالأشخاص الاتيين تجاه معالجة المعطيات ذا الطابع الشخصي لجيز الوجود. راجع المادة الأولى من هذا القانون البند 1.

⁷ بالضبط الفقه الفرنسي.

⁸ ويتزعمه الفقيه الفرنسي ليندرون، راجع سعيد جبر مرجع سابق ص 114

⁹ و مما يدل على أهمية ملامح الإنسان أن المتهم في جريمة يحرص غالبا على إخفاء وجهه بيديه حتى لا يمكن تصويره أثناء خروجه من المحكمة، فهو يعد نشر صورته أسوأ حال من اتهامه بوصفه اعتداء على أكثر الجوانب خصوصية في حياته. راجع حسام الدين كامل الأهواني مرجع سابق ص 78.

¹⁰ يتزعمه الفقيه روبرت بادنتير.

الحياة الخاصة فإن ذلك لا يعني الخلط بين الحقين، بل إن للإنسان إمكانية الاعتراض على تصويره حتى لو كان ذلك لا يمثل اعتداء على حياته الخاصة¹ ولهذا فكثيرا ما يعتمد القضاء في فرنسا إلى البحث عن الاعتداء عن الحق في الصورة بصورة مستقلة عن الحق في الحياة الخاصة. فالحق في الصورة يحمي العنصر الجسماني من الشخصية على حين يحمي الحق في الحياة الخاصة العنصر المعنوي في الشخصية.²

وبين هذا الاتجاه وذلك مظهر اتجاه ثالث³ اتخذ موقفا وسطا من سابقه متفاديا الانتقادات التي لقوها. وذلك وذلك حين ذهب إلى اعتبار الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة فهو قد يدخل في خانة الحق في الحياة الخاصة، وقد يكون حقا مستقلا في حالات أخرى.

فأنصار هذا الرأي على ما يبدو، يريدون إسباغ حماية فعالة على الحق في الصورة، ذلك لأن إدماجه في الحق في الحياة الخاصة، يجعل من السهل عند الاعتداء عليه اللجوء إلى القضاء المستعجل⁴ للأمر بالإجراءات التحفظية و الوقائية المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي والتي تحمي الحياة الخاصة.

مما تقدم يرى علي أحمد عبد الزعبي أن الصلة وثيقة جدا بين الحق في الصورة والحق في الحياة الخاصة. والمساس بها يعتبر أخطر أنواع الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة. ومن الناحية العملية غالبا ما يقترن المساس بالحق في الصورة بالحق في الحياة الخاصة، إذ أن حماية الحق في الصورة تقررت بوصف الصورة مظهرا من مظاهر الحق في الحياة الخاصة.⁵

الفقرة الثانية: الحق في سرية المراسلات:

يعتبر الحق في سرية المراسلات جوهر الحق في الحياة الخاصة إن لم يكن وجها لازما لهذه الأخيرة، ويأخذ هذا الحق أهميته أمام الحقوق الأخرى كون أن الرسائل كيفما كان نوعها تعد ترجمة مادية لأفكار شخصية لا يجوز لغير مصدرها ومن توجه إليه الإطلاع عليها.⁶

ويقصد بالحق في سرية المراسلات عدم جواز الكشف عن محتوياتها، لما يتضمنه هذا الكشف من اعتداء على حق الملكية والحق في الحياة الخاصة⁷، فالمرسل إليه يتمتع بحق الملكية من وقت تسلمه الرسالة، فيكون له وحده وحده حفظ كبانها المادي. وله على مضمونها الملكية الأدبية والفنية. وكنتيجة لذلك "ملكيتها للرسالة" يحق له الإنتفاع بها والتصرف فيها شرط عدم المساس بحياة المرسل أو غيره الخاصة⁸

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أنه لا يعتد بشكل المراسلة، فيستوي أن تكون رسالة موضوعة داخل ظرف مغلف أو مفتوح كالبرقية أو التلكس، أو تكون عبر شكل من الأشكال الأخرى التي تستحدثها التكنولوجيا طالما أن الظاهر من قصد المرسل هو عدم إطلاع الغير عليها.⁹

¹ راجع سعيد جر مرجع سابق ص 117.

² مصطفى أحمد حجازي. مرجع سابق ص 90.

³ وينز عمه كاربونييه

⁴ لأخذ فكرة عى فوائد القضاء المستعجل يرجع إلى محمد منقار بنيس "القضاء الإستعجالي" مطبعة المعارف الجديدة الرباط منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية.

⁵ على أحمد عبد الزعبي مرجع سابق ص 180.

⁶ على أحمد عبد الزعبي.

⁷ - ثروت بدوي. "النظم السياسية" دار النهضة العربية القاهرة 1975 ص 386.

⁸ أحمد فتحي مسرور. "الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية" دار النهضة العربية القاهرة ط4 ص 409.

⁹ طارق أحمد فتحي مسرور. "الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر". دار النهضة العربية القاهرة

ويتخذ الاعتداء على المراسلات بالإطلاع عليها شكلين، الأول يتم وهي في طريقها إلى المرسل إليه والثاني ويتم وهي بحوزة من أرسلت إليه. والملاحظ أن جميع التشريعات تعاقب كل من فض رسالة مغلقة، أو إطلع عليها أثناء إرسالها وتعتبر هذا العمل جريمة ترتكب ضد الحق في الحياة الخاصة للإنسان¹ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. حيث أنه يسمح في بعض الأحيان وتقديسا للمصلحة العامة عدم الاعتداء بهذا الحق².

وعليه فلا يحق لا للمرسل ولا للمرسل إليه نشر محتويات الرسالة المتعلقة بالحياة الخاصة لكل منهما إلا بموافقة الطرف الآخر. ونفس الشيء يقال عن الغير على اعتبار أن كلا منهما يملك هذه الأسرار

المطلب الثاني: الحق في المحادثات الشخصية والسر المهني:

الفقرة الأولى: الحق في المحادثات الشخصية:

يقول أحد الفقهاء إن حرية الكلام والتعبير عن الفكر والشعور ترتبط إرتباطا وثيقا بحق الإنسان في حياته الخاصة إذ أنها الوسيلة التي يعبر بها عن خواجه، وهذا التعبير لا ينحصر بداخله بل يمتد إلى العالم الخارجي في صورة المكان المادي أو بواسطة أسلاك الهاتف مما لا يجعل التنصت على هذه المحادثات أو إفشاؤها للغير أمرا جائزا³.

ومع مرور عهد استراق السمع من وراء الباب أو الإختباء في مكان معين ليحل محله عهد الالكترونيات شديدة الحساسية والفاعلية. تزايدت معه مخاطر اقتحام جوانب الحق في الحياة الخاصة. نظرا إلى التطور في علم الإتصالات⁴ وما يمكن أن تنتجه الاستخدامات المتنوعة لأجهزة النقل والتسجيل المسموع إلى إهدار الجانب الجوهري من حرية الإنسان، ما لم تكفل له وسائل حماية فعالة وحقيقية⁵

ولما كان الأمر كذلك فقد فرضت حماية الفرد في محادثاته الخاصة والشخصية نفسها على واقع كل مجتمع، ولهذا أصبحنا نجد جل التشريعات تجرم الاعتداء على هذا الحق، وتعتبره إعتداء على الحق في حياته الخاصة، وعليه لا يجوز تسجيل الأحاديث الشخصية والمكالمات الهاتفية أو التنصت عليه بأية وسيلة كانت بوصفها عملا يهدد الحرية الشخصية للفرد⁶ ومنافيا لروح كل دستور بنوده تنبع من بلاد يسودها احترام الإنسان في حقوقه واقل ما يمكن أن تكون بلادا ديموقراطية.

وتشتمل اشكال الاعتداء السمعي على الحق موضوع البحث، في مراقبة المكالمات الهاتفية أو المحادثات الشخصية والتنصت والتسجيل السري. وي طرح السؤال لماذا ذلك؟

نقول إن المكالمات الهاتفية تتضمن أدق أسرار الناس وخباياهم، ففيها يهدأ المتكلم إلى غيره ويبت همومه وأسراره ويعرض له أفكاره دون خوف معتقدا أنه في مأمن من فضول استراق السمع، والتنصت عليها يعد كشفا صريحا لستار السرية وحجاب الكتمان⁷

¹ نأخذ مثلا التشريع الفرنسي الذي فرض على موظفين البريد احترام سرية المراسلات. (المادة 1/187) من قانون العقوبات الفرنسي 1991 ص 52.

² وسنأتي على معالجة ذلك في الفصل الثاني من الدراسة وبالضبط في القيود الواردة على الحق في الحياة الخاصة.

³ طارق أحمد مسرور. مرجع سابق ص 50

⁴ نعيم عطية. "حرمة الحياة الخاصة في القانونين المصري والفرنسي" بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة. العدد 4 1977 ص 10 أورده على أحمد عبدالزعيبي ص 182.

⁵ مبدد الوسي. "أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة"، منشأة المعارض. الإسكندرية. إومابدها

⁶ أحمد حامى يوسف "الحماية الجنائية لحق الإنسان في حياته الخاصة". رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنصورة. 1983 أورده على أحمد عبد الزعيبي مرجع سابق ص 183.

⁷ أحمد فتحي مسرور "مراقبة المكالمات التليفونية". المجلة الجنائية القومية ز العدد 6 ص 110 , أورده على أحمد عبد الزعيبي ص 183.

أما فيما يخص المحادثات الشخصية أو الأحاديث الشخصية فهي نوعان: أحدهما أحاديث مباشرة تدور بين الأفراد مباشرة. وهذه ترتبط بطبيعة الحال بالكيان الشخصي للفرد. أما النوع الثاني فهو أحاديث غير مباشرة. وهي تلك التي يتم تبادلها عبر وسائل الاتصال الحديثة السلوكية واللاسلكية. ويتحقق الاعتداء على هذه الأخيرة بمجرد التنصت عليها بصرف النظر عن تحديد مضمونها. أي دون إثبات ما إذا كانت تتعلق بحياة الشخص الخاصة أم لا.¹

والحظر الواقع على الاعتداء السمعي لا يقتصر على منع التنصت على المحادثات السلوكية واللاسلكية، بل يتعداه أيضا ليشمل حظر مراقبة وتسجيل الأحاديث الخاصة المتبادلة بين طرفين أو أكثر بطريقة تعكس مدى الحرص على عدم إفشاء مضمونها. وبأسلوب يوضح مدى الرغبة في عدم قبول نشرها أو وصولها إلى سمع أو علم أحد غيرهما.²

وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن التشريعات الجنائية عاقبت على جريمة إنتهاك حرمة المحادثات الشخصية أو استراق السمع إذا كان الجاني موظف أو مستخدم في دوائر البريد والهاتف. كما نجد أن بعض التشريعات³ اشترط لقيام جريمة المساس بالحياة الخاصة عن طريق التنصت على المحادثات أن يتم بواسطة جهاز من الأجهزة التي أفرزها التقدم العلمي.

¹ للتوسع أكثر راجع يوسف الشيخ يوسف. "حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة". دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الحياة الخاصة. دار الفكر العربي القاهرة 1998م

طارق أحمد مسرور مرجع سابق ص 52.

ومنها التشريع المغربي والفرنسي³

مفهوم الحرب في في الفقه والقانون



الباحث / عبد السلام حمود غالب الانسي

من جامعة : عليكرة الإسلامية الهند

Email : nooraddeen606@yahoo.com

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله الصادق الأمين .

نبين من خلال هذا البحث والذي يتلکم عن مفهوم الحرب في الشريعة الاسلاميه حيث نورد المعنى في اللغة العربية وما ذكره علماء اللغة ثم نرود المعنى الاصطلاحي الذي وضع له مبينين المعنى في القران وكذلك السنة ثم نعرض على أقوال لفقهاء المختلفه حول المعنى وما عبر عنه الفقهاء في المذاهب المختلفه، حرصا من على توضيح المعنى أكثر، ونذكر أيضا خلاصة ما تدل عليه التعريفات المختلفه لتتم الفائدة .

وبعد ذلك كله نذكر ما ورد في القانون عن معنى الحرب في النظرات المختلفه للقانون كالنظرة التقليديه، والنظرة الحديثه في القانون لتوضيح المعنى اكثر، حرصا منا على توضيح الفروق المختلفه بين الحرب والجهاد في الشريعة الاسلاميه والحرب في نظرة اهل القانون الدولي حريصين على ايجاد اوجه الاتفاق ووجه الافتراق وافردنا له مبحث مستقل املين اننا اوجدنا الفروق والمقارنه بين المفهومين ،مبيين الصورة المشرقه للشريعه الاسلاميه واسبقيتها في مراعات ووضع قوانين الحرب والحرص على تضييقها والقيام بها في اضيق الصور خلافا لما هو عليه القانون واصحاب الدول وما يدعونها في ذلك .

وقد جعلت البحث في ثلاثه مباحث مبينه في التالي :

المبحث الأول : مفهوم الحرب في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : مفهوم الحرب في القانون الدولي .

المبحث الثالث : المقارنة بين المفهومين .

الخاتمة والتوصيات .

المصادر والمراجع .

المبحث الأول : مفهوم الحرب في الشريعة والقانون.

المطلب الأول : مفهوم الحرب في الشريعة الإسلامية.

تمهيد وتوطئه .

الحرب ظاهرة اجتماعية قديمة يقدم البشرية وقد تعددت أسبابها ودوافعها على مر التاريخ والعصور.

وقد لمح لذلك ابن خلدون في الفصل السابع والثلاثون في المقدمة¹.

حيث يقول : " اعلم أن الحروب وأنواع المقاتلة لم تزل واقعة في الخليقة منذ رآها الله، وأصلها إرادة الانتقام بعض البشر من بعض ويتعصب في كل منها أهل عصبته ... وسبب هذا الانتقام في الأكثر إما غيرة ومنافسة، وإما عدوان، وإما غضب لله ولدينه، وإما غضب للملك وسعي في تمهيد وبسطة "

فقد عرفت الإنسانية الحرب على مر الدهور والعصور، فالحرب ضرورة إنسانية واجتماعية، فكانت سنوات الحرب في تاريخ البشرية أكثر من سنوات السلام، فعلى مدى خمسة آلاف سنة حدثت (14555) حربا تسببت في موت (25) مليار إنسان تقريبا، وعلى مدى أُل (3400) سنة الأخيرة من حياة البشرية لم تنعم البشرية إلا بمائتين وخمسين سنة سلام فقط.

وفى إحصاء آخر فإن البشرية شهدت (213) سنة حرب مقابل سنة واحدة سلام، وأنه خلال (185) جيلا، لم ينعم بسلم مؤقت، إلا عشرة أجيال فقط.

فمنذ الحرب العالمية الثانية شهد العالم ما يقرب من مائتين وخمسين نزاعا مسلحا دوليا وداخليا بلغ عدد ضحاياها (170) مليون شخص، أي يحدث كل خمس شهور تقريبا نزاعا مسلحا، ينتج عنه خسائر في الأرواح والممتلكات والمعدات².

إذن فالحروب موجودة من القدم تدور رحاها بين الناس، مخلقتاً ورائها الدمار والدماء والأشلاء وكذلك ، تطال حتى الذين لا حول لهم ولا قوة من النساء والأطفال والعجزة وغيرهم .

ما يسمون اليوم بالمدنيين الذين لا يشاركون في الحرب ولكن يكتون بناها . وقد استطاع الإسلام برحمته وعدله أن ينقذ الناس من تلك الحروب والعصبيات الضيقة وقانون الغاب . حيث جعل من الحروب أداة لنشر الخير والعدل وإرجاع الحقوق إلى أصحابها وسن لذلك قوانين وأحكام وجعلها الحل الأخير بعد استنفاد جميع الوسائل السلمية.

ولم يجعل من الحرب أداة انتقام وقتل وسلب ونهب وتوسع وسيطره ، كما وقع في مختلف الحروب عند غير المسلمين . وكما وقع في الحروب العالمية والتي خلفت ملايين القتلى والجرحى والمشردين، وأهلكت الحرث والنسل ومازال الناس يعانون منها إلى الآن وكذلك الطبيعة ومن الشواهد ، على ذلك ما خلفته القنبلة الذرية في اليابان

من دمار هائل وإزهاق الآلاف من الأرواح وتدمير الممتلكات وكل جوانب الحياة الطبيعية إذ لا زلات البيئة تعاني من آثار تلك الاسلحة التي تم استخدامها الى الآن .

ولتوضيح المعنى أكثر نذكر التعاريف المختلفة لمفهوم الحرب عند علماء الشريعة الإسلامية .
مفهوم الحرب في الشريعة .

كلمة الحرب في الإسلام يدور معناه حول مصطلح الجهاد في سبيل الله بأنواعه المختلفة .

التي منها الجهاد باللسان حيث يقول الرسول (ان من أعظم الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر) رواه ابو سعيد الخدري واخرجه الترمذي

الجهاد بالمال (عن زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ « مَنْ جَهَّزَ غَازِيًا فِي سَبِيلِ اللهِ فَقَدْ غَزَا ، وَمَنْ خَلَّفَ غَازِيًا فِي سَبِيلِ اللهِ بِخَيْرٍ فَقَدْ غَزَا).... وغيرها 3.

فلم يقتصر الجهاد على نوع واحد , فهو مصطلح عام ولتوضيح المعنى نذكر تعريف الحرب وكذلك الجهاد ونرى مدى الاتفاق والافتراق بينهما وكيف اقتصر الإسلام على كلمة الجهاد دون الحرب .

مفهوم الحرب في اللغة :

الحرب لفظ جاهلي عرف قبل الإسلام وتداوله الناس في حياتهم اليومية وفي أحاديثهم وثقافتهم حيث ذكر في أشعارهم وسمي بعض أيامهم بأسماء الحروب التي وقعت.

منها حرب داحس والغبراء وحرب البسوس⁴ وكذلك حرب الفجار ودون ذلك في الإشعار الواردة عنهم ومنها المملقات .

وذكر أصحاب المعاجم المختلفة تعاريف متقاربة للحرب ومنها :

وذكر المناوي في كتابه 5

حول معنى الحرب : قال الراغب : المنازلة والمقاتلة، ومنه محراب المسجد لأنه موضع محاربة الشيطان والهوى، أو لأن حق الإنسان فيه أن يكون حريبا من أشغال الدنيا أي مسلوبا عنها ومن توزع الخاطر فيه

فيدور المعنى حول المقاتلة والمنازلة وذكر منه منازلة الانسان في صلواته مع الشيطان الرجيم الذي هو من أعداء الانسان .

وذكر صاحب لسان العرب 6

" حرب: الحَرْبُ: نَقِيضُ السَّلْمِ، أَنْتَى، وَأَصْلُهَا الصِّفَةُ كَأَنَّهَا مُقَاتَلَةٌ حَرْبٌ، هَذَا قَوْلُ السِّيْرَافِيِّ، وَتَصْغِيرُهَا حَرْبٌ بَعْزِ هَاءٍ، رَوَايَةٌ عَنِ الْعَرَبِ، لِأَنَّهَا فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ" .

وذكر صاحب تاج العروس 7

" (الْحَرْبُ) نَقِيضُ السَّلْمِ لِشَهْرَتِهِ، يَعْنُونَ بِهِ الْقِتَالَ، وَالَّذِي حَقَّقَهُ السُّهَيْلِيُّ أَنَّ الْحَرْبَ هُوَ التَّرَامِي بِالسَّهَامِ، ثُمَّ الْمُطَاعَنَةُ بِالرَّمَاخِ، ثُمَّ الْمُجَالِدَةُ بِالسُّيُوفِ، ثُمَّ الْمُعَانِقَةُ، وَالْمُصَارَعَةُ إِذَا تَزَاحَمُوا،

وذكر صاحب معجم لغة الفقهاء 8

الحرب: القتال قتال العدو بالسلاح ومنها دار الحرب: بلاد العدو الكافر المحارب .
فالعبره عنده بالقتال ووجود السلاح وكذلك العداوة هكذا ورد في التعريف.

وذكر صاحب مقاييس اللغة 9

حَرْبٌ : الْحَاءُ وَالرَّاءُ وَالْبَاءُ أُصُولٌ ثَلَاثَةٌ: أَحَدُهَا السَّلْبُ، وَالْآخَرُ دُوبِيَّةٌ، وَالثَّلَاثُ بَعْضُ الْمَجَالِسِ.
فَالأَوَّلُ: الْحَرْبُ، وَاشْتِقَاقُهَا مِنَ الْحَرْبِ وَهُوَ السَّلْبُ. يُقَالُ حَرَبْتُهُ مَالَهُ، وَقَدْ حُرِبَ مَالُهُ، أَي سُلِبَهُ، حَرْبًا. وَالْحَرِيبُ: الْمَحْرُوبُ. وَرَجُلٌ مِحْرَابٌ: شَجَاعٌ قَوُومٌ بِأَمْرِ الْحَرْبِ مُبَاشِرٌ لَهَا. وَحَرِيبَةُ الرَّجُلِ: مَالُهُ الَّذِي يَعِيشُ بِهِ، فَإِذَا سُلِبَهُ لَمْ يَقُمْ بَعْدَهُ.

وَأَمَّا الدُّوبِيَّةُ [ف] الْحَرِبَاءُ. يُقَالُ أَرْضٌ مُحَرِبَةٌ، إِذَا كَثُرَ حَرِبَاؤُهَا. وَبِهَا شَبَهَ الْحَرِبَاءُ، وَهِيَ مَسَامِيرُ الدُّرُوعِ. وَكَذَلِكَ حَرَابِيُّ الْمَتْنِ، وَهِيَ لِحَمَاتُهُ.

وَالثَّلَاثُ: الْمِحْرَابُ، وَهُوَ صَدْرُ الْمَجْلِسِ، وَالْجَمْعُ مَحَارِبٌ. وَيَقُولُونَ: الْمِحْرَابُ الْعُرْفَةُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: {فَخَرَجَ عَلَى قَوْمِهِ مِنَ الْمِحْرَابِ} [مریم: 11]

وذكر صاحب معجم وتفسير الفاظ القرآن 10

- الحرب: المقاتلة والمنازعة وقيل حاربه محاربة وحرابا: أقام عليه الحرب.

وسمي الله قطع الطريق محاربة لله ورسوله لمخالفة أمره .

الحراب وجمعه محارِب يطلق علي معان منها :

أ- صدر المجلس أو أكرم موضع فيه.

ب- الغرفة التي في مقدم المعبد.

ج- القصر.

د- الموضع الذي ينفرد فيه الملك فيتباعد عن الناس.

فاختلف المعنى وتعدد ما بين ، المقاتلة والمنازعة ، وما بين اسم للموضع والمكان كما ذكر سابقا وكذلك ، المخالفة للأوامر كما ورد في حق قطاع الطرق ومخالفتهم لأوامر الله ، ورسوله واعتدائهم على الناس وأموالهم .

وذكر صاحب المصباح المنير 11

حَرْبٌ حَرْبًا مِنْ بَابِ تَعَبٍ أَخَذَ جَمِيعَ مَالِهِ فَهُوَ حَرْبٌ وَحَرْبٌ بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ كَذَلِكَ فَهُوَ مَحْرُوبٌ وَالْحَرْبُ الْمُقَاتَلَةُ وَالْمُنَازَلَةُ مِنْ ذَلِكَ وَلَفْظُهَا أَنْثَى يُقَالُ قَامَتِ الْحَرْبُ عَلَى سَاقٍ إِذَا اشْتَدَّ الْأَمْرُ وَصَعِبَ الْخَلَاصُ وَقَدْ تُذَكَّرُ ذُهَابًا إِلَى مَعْنَى الْقِتَالِ فَيُقَالُ حَرْبٌ شَدِيدٌ وَتَصْغِيرُهَا حَرْبٌ وَالْقِيَاسُ بِالْهَاءِ وَإِنَّمَا سَقَطَتْ كَيِّ لَا يَلْتَبِسُ بِمُصَغَّرِ الْحَرْبَةِ الَّتِي هِيَ كَالرَّمْحِ.

وَدَارُ الْحَرْبِ بِلَادُ الْكُفْرِ الَّذِينَ لَا صَلْحَ لَهُمْ مَعَ الْمُسْلِمِينَ وَتُجْمَعُ الْحَرْبَةُ عَلَى حِرَابٍ مِثْلُ: كَلْبَةٍ وَكِلَابٍ وَحَارِبَتُهُ مُحَارِبَةٌ.

فلا يختلف هذا التعريف عن سابقه وحصر التعريف بين اخذ وسلب المال وكذلك شدة الأمر وصعوبته ، وتطلق على الدار التي يسكنها الكفار وليس بين المسلمين وبينهم صلح فهي دار حرب ، فالمعاني متقاربه فيما بينها .

وذكر صاحب القاموس المحيط 12

"الحرب تجمع على حروب ورجل حرب اي شديد الحرب شجاع ، وأنا حرب لمن حاربي ودار الحرب بلاد المشركين الذين لا صلح معهم الحرب: مؤنث، وقد تُذَكَّرُ " .

وذكر صاحب المعجم الوسيط :

"الحرب القتال بين فئتين وجمعها حروب ويقال قامت الحرب على ساق اشتد الأمر وصعب الخلاص وقيل (الحرب) الويل والهلاك يُقال واحربه عند إظهار الحزن والتأسف "13 يتضح من التعريف ان الحرب القتال بين طرفين وفئتين واطراف في التعريف معني الويل والهلاك وهي من لوازم الحرب هلاك الانفس والممتلكات فيظهر الحزن والاسف لذلك .

ومن التعريفات السابقة للحرب كما نقلها علماء اللغة نرى ونستنتج :

- أنها تندرج تحت المحاربة للعدو وبذل الوسع في ذلك.
- الحرب بين فئتين او جماعتين وتعد وتسمى حرب.
- وإنهاء حالة السلم والأمان، والشروع في الاعتداء والمقاتلة .
- مخالفة الأوامر والعصيان لله ورسوله .
- العداوة والمحاربة جراء تلك العداوة والبغضاء .
- إخافة السبيل وقطع الطريق ، ومصادرة الأموال ، وقتل الأنفس وإزهاقها، والإفساد في الأرض . فهذه من جملة المعاني التي تحملها كلمة الحرب كما وردت في المعنى اللغوي .

مفهوم الحرب في الاصطلاح:

أما في الاصطلاح فان الشريعة عبرت عنها بمعنى اخر . وهو الجهاد في سبيل الله وسنورد تعريفه عند فقهاء الشريعة لاحقا في ذكر تعريف الجهاد لغة واصطلاحا.

وقد ورد ذكر الحرب في القرآن في ستة مواضع :

1- (وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ) سورة التوبة الآية رقم (107) وورد معنى لمن حارب الله ورسوله عند المفسرين فيقول الماوردي في تفسيره¹⁴ وفي محاربة الله تعالى ورسوله وجهان: أحدهما: مخالفتهما. الثاني: عداوتهما. فبين معنى الحرب في الآية هو مخالفة أوامر الله ورسوله صلى الله عليه وسلم وكذلك العداوة لله ورسوله وكذلك الدين وللمسلمين ويقوم باعمال تدل على العداوة وقد تصل الى الحرب .

2- (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ) سورة المائدة الآية (33)

فجاءت كلمة الحرب في الآية ولها معنى ومدلول وصفات يتصف بها المحاربين وذكر المفسرون اصناف المحاربين والذين يستحقون الحكم . فقال الماوردي في تفسيره¹⁵ واختلف في المستحق اسم المحارب لله ورسوله الذي يلزمه حكم هذه الآية على ثلاثة أقاويل: أحدها: أنه الزنى والقتل والسرقة , وهذا قول مجاهد. والثاني: أنه الجاهر بقطع الطريق والمكابرة باللصوصية في المصر وغيره , وهذا قول الشافعي , ومالك , والأوزاعي. والثالث: أنه الجاهر بقطع الطريق دون المكابرة في المصر , وهذا قول أبي حنيفة , وعطاء الخراساني

وذكر صاحب القاموس الفقهي¹⁶

حول معنى الآية ومعنى الحرب فيها حارب الله: عصاه وخالف أوامره و قال سعيد بن جبير والحسن: المحاربة لله: الكفر به. ففسر الحرب لله هنا في الآية بالكفر بالله والقيام بما يقوم به الكفار من اعمال التي منها الافساد في الارض.

وفسرها الجمهور في هذه الآية بالذي يقطع الطريق على الناس، مسلما كان أو كافرا. والحاربة في اتفاق الفقهاء: هي إشهار السلاح، وقطع السبيل، خارج المصر. كما ذكر ابن رشد وعند الشافعية: البروز لأخذ مال، أو لقتل أو إرعاب، مكابرة، اعتمادا على القوة مع البعد عن الغوث. وعند الإباضية: الخروج لاحافة سبيل المال، أو النفس. .

ومما سبق نلاحظ أن معنى الحرب في الآية يندرج تحت المخالفة للأوامر الإلهية وكذلك أحكام الشريعة المحمدية ، وتم إدراج صفات للمحاربين وللمخالفة التي تبدر منهم ليستحقوا الوصف بالمحاربة .

3- (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ (278) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) سورة البقرة الآية (279).

ويذكر الماوردي 17 معنى الحرب في الآية وفيه وجهان :

أحدهما: إن لم تنتهوا عن الربا أمرت النبي بحربكم. والثاني: إن لم تنتهوا عنه فأنتم حرب الله ورسوله , يعني أعداءه. أطلق عليهم صفة العداوة والعداوة لله ورسوله وكذلك حكم بحربهم اذا لم ينتهوا عن ذلك .

وذكر القرطبي في تفسيره: 18 وَقِيلَ: الْمَعْنَى إِنْ لَمْ تَنْتَهُوا فَأَنْتُمْ حَرْبُ اللَّهِ وَلِرَسُولِهِ، أَيِ أَعْدَاءِ، فُورِدَ مَعْنَى الْحَرْبِ فِي الْآيَةِ الْعَدَاوَةُ وَالْعَدَاءُ فَيَصْبِحُونَ أَعْدَاءَ اللَّهِ وَلِرَسُولِهِ .

وذكر الزحيلي 19 حول معنى الحرب الآية بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ بِغَضَبٍ مِنْهُ، وَحَرْبٍ مِنْ رَسُولِهِ: بِمَعَامَلَتِكُمْ مَعَامِلَةَ الْبَغَاةِ وَقِتَالِكُمْ بِالْفِعْلِ فِي عَصْرِهِ، وَاعْتِبَارِكُمْ أَعْدَاءَ لَهُ فِي كُلِّ عَصْرٍ.

4- (فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثَخْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَإِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِنْ لِيَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قَتَلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ) سورة محمد الآية (4)

5- (كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَارًا لِلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللَّهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ) سورة المائدة (64).

6- (فَإِمَّا تَثَقَفَنَّاهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِمْ مَنْ خَلْفَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَدْكُرُونَ) سورة الأنفال الآية (57).

نرى من الآيات السابقة والتي ذكر فيها كلمة الحرب ويراد بها المعنى الوارد في اللغة ومنها العداوة والقتال والمقاتلة .

وخلصنا الى هذا القول من كلام المفسرين حول الموضوع كما بين الماوردي وابن كثير والطبري والزحيلي وغيرهم من المفسرين، حيث ويراد بالحرب قتال الكفار من اجل إعلاء كلمة الله ونشر الدين، وايضا ذكر بعض المفسرين المحاربة لمن حارب الله ورسوله من المنافقين والطاعنين في الدين و قطاع الطرق .

مفهوم الجهاد لغة واصطلاحاً :

الجهاد في اللغة :

ذكر صاحب لسان العرب 20 حول معنى الجهاد فقال :

الْجُهْدُ وَالْجُهْدُ: الطَّاقَةُ وَالْمَشَقَّةُ، وَالْجِهَادُ، وَجَاهَدَ الْعَدُوَّ مُجَاهِدَةً وَجِهَادًا قَاتِلَهُ وَجَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَهُوَ الْمَبَالِغَةُ وَاسْتِفْرَاغُ مَا فِي الْوَسْعِ وَالطَّاقَةِ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ

وذكر صاحب مختار الصحاح 21

الْجُهْدُ بفتح الجيم وضمها الطاقه وقرئ بهما قوله تعالى { والذين لا يجدون إلا جهدهم } والجهد بالفتح المشقة يقال جهد دابته و أجهدَهَا إِذَا حَمَلَ عَلَيْهَا فِي السَّيْرِ فَوْقَ طَاقَتِهَا وَجَهَدَ الرَّجُلُ فِي كَذَا أَي جَدَّ فِيهِ وَبَالِغٌ وَبَابُهُمَا قَطَعَ وَجُهَدَ الرَّجُلُ عَلَى مَا لَمْ يَسْمُ فَاعِلُهُ فَهُوَ مَجْهُودٌ مِنَ الْمَشَقَّةِ وَجَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مُجَاهِدَةً وَجِهَادًا وَالْاجْتِهَادُ وَالتَّجَاهُدُ بِذَلِكَ الْوَسْعِ وَالْمَجْهُودُ وَكَلِمَا سَبَقَ يَدُورُ حَوْلَ الْقِتَالِ وَاسْتِفْرَاغِ الْجُهْدِ وَالطَّاقَةِ فِي ذَلِكَ .

وذكر صاحب الكليات 22

الْجِهَادُ: الدُّعَاءُ إِلَى الدِّينِ الْحَقِّ، وَالْقِتَالُ مَعَ مَنْ لَا يَقْبَلُهُ.
والجهد، بِالضَّمِّ وَالْفَتْحِ: الطَّاقَةُ وَالْفَتْحِ فَقَطُّ: الْمَشَقَّةُ وَيَفْتَحُ الْهَاءُ: مِنْ أَسْمَاءِ الْجَمَاعِ.
وَجَهْدُ الْبَلَاءِ: هِيَ الْحَالَةُ الَّتِي يُخْتَارُ عَلَيْهَا الْمَوْتُ، أَوْ كَثْرَةُ الْقِتَالِ وَالْفَقْرِ.

وذكر بن الأثير "يقال جهد الرجل في الشيء: أي جد فيه وبالغ، وجاهد في الحرب مجاهدة وجهاد"

- وقال بن الأثير: الجهاد: بالكسر مُحَارَبَةُ الْكُفَّارِ وَهُوَ الْمُبَالِغَةُ وَاسْتِفْرَاغُ مَا فِي الْوُسْعِ وَالطَّاقَةِ مِنْ قَوْلِ أَوْ فَعْلٍ . يُقَالُ جَهَدَ الرَّجُلُ فِي الشَّيْءِ : أَيْ جَدَّ فِيهِ وَبَالَغَ وَجَاهَدَ فِي الْحَرْبِ مُجَاهِدَةً وَجِهَادًا²³

وذكر صاحب انيس الفقهاء: 24

الجهاد: مصدر جاهدت العدو إذا قابلته في تحمل الجهد، أو بذل كل منكما جهده أي: طاقته في دفع صاحبه ثم غلب في الإسلام على قتال الكفار كذا في المغرب.

ومما سبق من التعريفات اللغوية للجهاد نرى انها تدور حول المعاني التالية :

- 1- بذل الوسع والمجهود قد يكون الوسع المبذول فعلاً أو غير ذلك قول او مال .
- 2- إستفراغ الوسع والطاقة من قول أو فعل في المدافعة بين طرفين ولو تقديراً.
- 3- يطلق على الجهد الذي فيه مبالغة في الشيء وزيادة كما في صيغ المبالغة مجاهدته.
- 4- وغلب في العرف على جهاد الكفار ومحاربتهم.

مفهوم الجهاد في القران والسنة :

وقبل ان نحوض في اراء وأقوال فقهاء الإسلام حول مفهوم الجهاد عندهم نذكر مفهوم الجهاد في القران والسنة .

مفهوم الجهاد في القران :

ورد ذكر كلمة الجهاد في القران وما يتصرف منها في كثير من المواضع وورد بمعاني مختلفة ومتقاربة نذكر بعضها.

- يطلق القران لفظ الجهاد ويراد منه استفراغ الوسع في قتال الكفار لا علاء كلمة الله حيث يقول تعالى :

(لَا يَسْتَأْذِنُكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يُجَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِالْمُتَّقِينَ) سورة التوبة
الاية رقم (44)

قال أبو جعفر : وهذا إعلامٌ من الله نبيه صلى الله عليه وسلم سيمًا المنافقين: أن من علاماتهم التي يُعرفون بها تخلفهم عن الجهاد في سبيل الله، باستئذانهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في تركهم الخروجَ معه إذا استنفروا بالمعاذير الكاذبة. 25

- وقد يرد اللفظ بمعنى استفراغ الوسع في الانفاق في سبيل الله حيث يقول تعالى { إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ لَمْ يَرْتَابُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ (15) } سورة الحجرات

يقول الطبري في شرح الايه 26 : جاهدوا المشركين بإنفاق أموالهم، وبذل مهجهم في جهادهم، على ما أمرهم الله به من جهادهم، وذلك سبيله لتكون كلمة الله العلية، وكلمة الذين كفروا السفلى.

- وقد يطلق اللفظ ويراد به استفراغ الوسع في الدفاع عن الاسلام باللسان واليد والغلظة على اهل النفاق حيث يقول تعالى { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَمَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَيَسَّرَ الْمَصِيرُ (9) } سورة التحريم وروى الطبري 27 عن سعيد، عن قتادة، قوله: (يَأَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ) قال: أمر الله نبيه عليه الصلاة والسلام أن يجاهد الكفار بالسيف، ويغلظ على المنافقين بالحدود (وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ) يقول: وأشدد عليهم في ذات الله.

- ويرد معنى الجهاد في مواضع أخرى حول إتعاب النفس في طاعة الله ومحاربة النفس الأمارة بالسوء والهوى والشيطان . حيث يقول تعالى في الآية (وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ) سورة الروم الآية رقم (69).

ورى القرطبي حول المعنى 28 : وَقَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ الدَّارَانِيُّ: لَيْسَ الْجِهَادُ فِي الْآيَةِ قِتَالُ الْكُفَّارِ فَقَطْ بَلْ هُوَ نَصْرُ الدِّينِ، وَالرَّدُّ عَلَى الْمُبْطِلِينَ، وَقَمْعُ الظَّالِمِينَ، وَعِظْمَةُ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَمِنْهُ مُجَاهَدَةُ النَّفْسِ فِي طَاعَةِ اللَّهِ وَهُوَ الْجِهَادُ الْأَكْبَرُ.

ونلاحظ من خلال كلام المفسرين حول معنى الجهاد في الآية السابقة، اطلاقه بشكل عام، من جهاد الكفار وقتالهم، وكذلك نصره الدين والامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإضافة الى ما سبق، جهاد النفس وترويضها على طاعة الله سبحانه والعمل بمرضاته والتوجه بالجهد والوسع الى ذلك .

وأثناء التأمل للجهاد والقتال من خلال الآيات التي وردة في القران، نرى ان الجهاد والقتال أيضا كان عند الأمم السابقة مع الأنبياء والمرسلين كما بينت الآيات ومنها جهاد موسى مع قومه للقوم الجبارين قال تعالى: (قَالُوا يَا مُوسَى إِنَّ فِيهَا قَوْمًا جَبَّارِينَ وَإِنَّا لَن نَدْخُلُهَا حَتَّى يَخْرُجُوا مِنْهَا فَإِن يَخْرُجُوا مِنْهَا فَإِنَّا دَاخِلُونَ قَالَ رَجُلَانِ مِنَ الَّذِينَ يَخَافُونَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمَا ادْخُلُوا عَلَيْهِمُ الْبَابَ إِذَا دَخَلْتُمُوهُ فَإِنَّكُمْ غَالِبُونَ وَعَلَى اللَّهِ فَتَوَكَّلُوا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ قَالُوا يَا مُوسَى إِنَّا لَن نَدْخُلُهَا أَبَدًا مَا دَامُوا فِيهَا فَادْهَبْ أَنْتَ وَرَبُّكَ فَقَاتِلَا إِنَّا هَاهُنَا قَاعِدُونَ) سورة المائدة الآية (22)- (24)، حيث كتب الله عليهم القتال ولكنهم فرو وتركوا موسى عليه السلام فعاقبهم الله بالتية في الأرض، ونصر الله موسى ومن صبر معه على عدوهم وذكر ذلك في القران عبرة للناس وان النصر من عند الله وهو القادر على كل شيء .

وكذلك بني اسرائيل من بعد موسى كتب الله عليهم القتال وطلبوا ان يعث الله لهم من يقاتلوا تحت رايته فقال تعالى :

(أَلَمْ تَرَ إِلَى الْمَلَأِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ مِنْ بَعْدِ مُوسَى إِذْ قَالُوا لِنَبِيِّ لِهْمُ ابْعَثْ لَنَا مَلِكًا نُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَالَ هَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ أَلَّا تُقَاتِلُوا قَالُوا وَمَا لَنَا أَلَّا نُقَاتِلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَقَدْ أُخْرِجْنَا مِنْ دِيَارِنَا وَأَبْنَانَا فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ تَوَلَّوْا إِلَّا قَلِيلًا مِّنْهُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِالظَّالِمِينَ) سورة البقرة (الآية 246)

إلى قوله تعالى : (فَهَزَمُوهُمْ بِإِذْنِ اللَّهِ وَقَتَلَ دَاوُدُ جَالُوتَ وَآتَاهُ اللَّهُ الْمُلْكَ وَالْحِكْمَةَ) ووردت آية تدل على وجود القتال والجهاد فيمن سبقنا من الأمم مع الأنبياء والمرسلين فقال تعالى : (وَكَأَيِّن مِّن نَّبِيِّ قَاتَلَ مَعَهُ رِيبُونَ كَثِيرٌ فَمَا وَهَنُوا لِمَا أَصَابَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَمَا ضَعُفُوا وَمَا اسْتَكَانُوا) (سورة آل عمران : الآية 146). فكان القتال موجود منذ القدم فالحق والباطل في صراع الى أن تقوم الساعة وقاتل الانبياء ومن صبر وامن معهم ونصرهم الله على الأعداء وختما مع خاتم الأنبياء والمرسلين نبينا محمد صلي الله عليه وسلم .

مفهوم الجهاد كما ورد في السنة النبوية :

ورد لفظ الجهاد في الأحاديث النبوية في مواضع كثيرة يدور حول معنى عديدة نوردتها ونذكر بعض الأحاديث الدالة على بعض معاني الجهاد .

-منها حديث ابن عمر ((أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ويسيروا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله)) 29 .

ورد المعنى في الحديث الشريف أن قتال الناس وجهادهم من اجل الإسلام وإدخال الناس الى دين الله افواجا .

وورد حديث آخر يحدد من المجاهد الذي ينطبق عليه الاسم والصفه مجاهد

عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله رواه ، والبخاري، ومسلم، أحمد وأبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه 30 .

ولفظ مسلم عن أبو موسى الأشعري، أَنَّ رَجُلًا أَعْرَابِيًّا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، الرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِلْمَعْنَمِ، وَالرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِيُذَكَّرَ، وَالرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِيُرَى مَكَانَهُ، فَمَنْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ قَاتَلَ لِيَتَكُونَ كَلِمَةَ اللَّهِ أَعْلَى، فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»

فذكر في الحديث ان الصفة تنطبق على من كان الغرض من قتاله وجهاده لإعلاء كلمة الله وتطبيقاً لأحكامه ونشرا لدينه فذلك في سبيل الله بعيد عن أطماع الدنيا والتوسع والتسلط والإفساد في الأرض.

-وورد الجهاد بمعنى طاعة الوالدين كما روى بن عمر (جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنه في الجهاد فقال (أحي والداك) . قال نعم قال (ففيهما فجاهد) اخرجه البخاري ومسلم 31 فحثه الرسول ان يقوم على خدمة والديه فهو جهاد وهو محمول على جهاد الطلب دون جهاد الدفع .

-ورد الجهاد في حق النساء الحج كما ورد في حديث عائشة :

عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت : استأذنت النبي صلى الله عليه وسلم في الجهاد فقال (جهادكن الحج) رواه البخاري 32

فبين الرسول في الحديث عن جهاد النساء وان الحج نوع من انواع الجهاد لما فيه من بذل الجهد واستفراغ الطاقة وبذل المال ومجاهدة النفس خاصة للنساء.

- وورد من معاني الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر .

عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (أفضل الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر) 33 .

ومما سبق يتضح ان الجهاد في السنه النبوية كما ورد في معظم الأحاديث يدور حول عدت معاني ولم يقتصر على معنى واحد حيث اعتبر من الجهاد :

-قتال الكفار لإعلاء كلمة الله .

- وبذل الأموال في سبيل الله .

- وإتباع الأنفس في طاعة الله وإتباع أوامره واجتناب نواهيه جهاد النفس .

- ويكون سواء باليد او اللسان او القلب .

- وكذلك قول كلمة الحق فهي من أعظم أنواع الجهاد كما ورد في الحديث

- وجهاد النساء الحج .

ويتضح ان الاسلام ليس فيه النزعة العدوانية والتوسع والإكراه للآخرين بالقوه ولكن كان الجهاد قد فرض دفاع عن الحق ونصرة المظلومين وإرجاع الحقوق الى أصحابها وحماية الدوله الإسلامية.

مفهوم الجهاد في اصطلاح الفقهاء :

عرفه الفقهاء بتعاريف مختلفة تدور حول معاني متقاربة فنسرد ما ذكره فقهاء المذاهب المختلفة:-

- وقد عرفه الأحناف :

تعريف الكاساني في البدائع :

"ان الجهاد بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله ،بالنفس والمال واللسان او غير ذلك او المبالغة في ذلك " 34

فجعل الكاساني القتال في سبيل الله بشكل عام ولم يذكر البدء بدعاء الناس الى الدين كما سنورد لاحقا من علماء الأحناف من ذكر ذلك وجعل انواع للجهاد المال واللسان وبذل الوسع في ذلك والطاقة والجهد .

تعريف ابن نجيم وسعدى افندي: 35

"الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال " فالجهاد يكون بعد البدء بتبليغ الدين والدعاء اليه فهو الدين الحق الذي جاء من عند الله وامر رسوله بتبليغه ويأتي القتال لمن امتنع عن

القبول له ومنع غيره من الدخول فيه وفتنهم هذا ما يمكن تخريج التعرف عليه لان القتال عند الاحناف ليس مجرد الكفر وانما الحاربة والمقاتله .

ما ذكره بن عابدين في حاشيته 36 :

الدُّعَاءُ إِلَى الدِّينِ الْحَقِّ وَقِتَالُ مَنْ لَمْ يَقْبَلْهُ . وَعَرَفَهُ ابْنُ الْكَمَالِ بِأَنَّهُ بَدَلُ الْوَسْعِ فِي الْقِتَالِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مُبَاشَرَةً أَوْ مُعَاوَنَةً بِمَالٍ، أَوْ رَأْيٍ أَوْ تَكْثِيرِ سَوَادٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.

وتوسع ابن عابدين بالتعريف وكذلك بن الكمال فجعل للقتال نوع اخر وهو القتال الغير مباشر ويكون بالمال او الرعي والمشوره وتكثير السود بالحضور والحض عليه ولم يقصره على القتال المباشر للكفار فقط . ولكن كل ذلك بعد الدعاء الي الدين وتبليغه كما عرفه ابن نجيم وغيره بعد الدعاء الى الدين .

ومما سبق من تعريف علماء الأحناف للجهاد اتضح ان التعريف متقاربة الى حد كبير وتدور حول القتال في سبيل الله الذي هو الطريق الموصل الى مرضات الله سبحانه ويحفظ الدين وتضان الأعراض والحقوق فالتعريفات السابقة تدور حول المعنى السابق . ومنهم من اشترط الدعاء الى الدين وقتال من امتنع عن الاستجابة او منع الاخرين من تلبية نداء الايمان بالله .

تعريف الجهاد عند المالكية :

تعريف ابن عرفة : 37 :

الجهاد في اللغة التعب والمشقة مأخوذ من الجهد، وفي الشرع قال ابن عرفة قتال مسلم كافرا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله، أو حضوره له، أو دخول أرضه فيخرج قتال الذمي المحارب على المشهور أنه غير نقض، وقول ابن هارون هو قتال العدو لإعلاء كلمة الإسلام غير منعكس بالأخيرين، وهما جهاد اتفاقا. وقول ابن عبد السلام هو إتعاب النفس في مقاتلة العدو كذلك وغير مطرد بقتاله لا لإعلاء كلمة الله، انتهى.

ما نقله العدوي في حاشيته 38 :

نقل العدوي في حاشيته عن الفاكهاني قال: ما نصه والجهاد مأخوذ من الجهد، وهو التعب فمعنى الجهاد في سبيل الله المبالغة في إتعاب النفس، في ذات الله، وإعلاء كلمته التي جعلها الله طريقا إلى الجنة.

تعريف ابن رشد : 39 :

"الجهاد مأخوذ من الجهد وهو التعب فالجهاد: المبالغة في اتعاب النفس في ذات الله فكل من اتعب نفسه في ذات الله فقد جاهد في سبيله غير ان الجهاد في سبيل الله اذا اطلق انصرف الى مجاهدة الكفار بالسيف حتى يدخلوا في الاسلام او يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون " ثم ذكر انواع من الجهاد فقال : والجهاد ينقسم على أربعة أقسام: جهاد القلب، وجهاد باللسان، وجهاد باليد، وجهاد بالسيف.

فجهاد القلب جهاد الشيطان ومجاهدة النفس عن الشهوات المحرمات. قال الله عز وجل: {وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ} سورة النازعات الاية رقم 40: {فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَىٰ} [النازعات: 41] .

وجهاد اللسان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ومن ذلك ما أمر الله به نبيه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - من جهاد المنافقين، لأنه عز وجل قال :

(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَأَوْاهُمْ جَهَنَّمَ وَيُسَّ الْمَصِيرُ) [التوبة: 73] فجاهد - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الكفار بالسيف، وجاهد المنافقين باللسان، لأن الله تعالى نهاه أن يعمل علمه فيهم فيقيم الحدود عليهم لئلا يتحدث عنه أنه يقتل أصحابه على ما روي عنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -. وكذلك جاهد - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - المشركين قبل أن يؤمر بقتلهم بالقول خاصة.

وجهاد اليد زجر ذوي الأمر أهل المناكر عن المناكر والأباطيل والمعاصي المحرمات، وعن تعطيل الفرائض الواجبات، بالأدب والضرب على ما يؤدي إليه الاجتهاد في ذلك. ومن ذلك إقامتهم الحدود على القذفة والزناة وشربة الخمر. وجهاد السيف قتال المشركين على الدين.

كما سبق من تعريف علماء المالكية للجهاد نرى انها متقاربة ولا يوجد خلاف كبير داخل المذهب ولكن تعددت القيود في ذلك .

فالجهاد عند المالكية هو القتال الدائر بين المسلمين والكفار الذين لا عهد لهم لغرض إعلاء كلمة الله وسيادة الحق والعدل لا مجد ولا شهره ولا لمغنم من غير تسلط وتوسع ومن كان قصده ذلك لا يعد مجاهدا ولا يعطى من الغنيمة عند البعض ، ويكون الجهاد دفعا لعدو غاز أو نشر لرسالة الإسلام إذ صد العدو الناس عنها ومنع الدعاة من الوصول إليهم أو فتن المؤمنين بقوة الحديد والنار.

وجعل البعض الجهاد بالمشاركة الفعلية وكذلك المشاركة المعنوية بالراى والمال واللسان والبعض توسع في ذلك وجعل من الجهاد إتعاب النفس في مرضات الله تعالى بشكل عام وعمل ما يرضيه سبحانه فهو مجاهد للنفس والهوى كما ذكر بن رشد سابقا .

مفهوم الشافعية الجهاد :

تعريف زكريا الأنصاري للجهاد :

وَالْجِهَادُ مُسْتَقٌّ مِنَ الْجَهْدِ يَفْتَحُ الْجَيْمَ أَي الْمَشَقَّةَ لِمَا فِيهِ مِنْ ارْتِكَائِهَا أَوْ مِنَ الْجَهْدِ بِالضَّمِّ وَهُوَ الطَّاقَةُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدَلَ طاقته فِي دَفْعِ صَاحِبِهِ وَهُوَ فِي الْبَصْطِ لِحَالِ الْقِتَالِ الْكُفَّارِ لِنُصْرَةِ الْإِسْلَامِ وَيُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى جِهَادِ النَّفْسِ وَالشَّيْطَانِ وَالْمُرَادُ بِالتَّرْجَمَةِ الْأُولَى اهـ" 40 فتناول التعريف قتال الكفار لسبب وهو نصره الدين ونشره ومحاربة من يقف في وجه الدعوة الإسلامية هذا ما يمكن فهمه من التعريف ، وتناول أيضا ذكر أنواع من الجهاد جهاد النفس والشيطان .

تعريف الباجوري :

"الجهاد أي القتال في سبيل الله مأخوذ من المجاهدة وهي المقاتلة لإقامة الدين وهذا هو الجهاد الأصغر وأما الجهاد الأكبر هو مجاهدة النفس " 41

كما سبق انحصرت تعريف الجهاد عند علماء الشافعية في قتال الكفار وكذلك جهاد النفس على الطاعات وترك المنكرات فأصبح الجهاد عندهم بشكل عام ،

" هو بذل الوسع لإعلاء كلمة الله " ويدخل في التعريف معظم انواع الجهاد منها قتال الكفرا والمرتدين والبلغا وناقضي العهد فقتال الفئات السابقة هو إعلاء لكلمة الله ودرء الفتنة في الدين والحفاظ على هوية الأمة الإسلامية .

تعريف الجهاد عند الحنابلة :

ما ذكره صاحب الشرح الممتع على زاد المستقنع 42

الجهاد مصدر جاهد الرباعي، وهو بذل الجهد في قمع أعداء الإسلام بالقتال وغيره؛ لتكون كلمة الله هي العليا. وينقسم الجهاد إلى ثلاثة أقسام: جهاد النفس، و جهاد المنافقين، و جهاد الكفار المبارزين المعاندين .

فجعل الجهاد بذل الجهد لقمع أعداء الإسلام بالقتال وجعل الغاية منه ان تكون كلمة الله هي العليا . ثم عرج على انواع الجهاد في نظرة فكانت ثلاثة اقسام جهاد النفس وكذلك جهاد المنافقين والكفار وحصرهم بالمبارزين للعداوة والمعاندين للإسلام والمسلمين واغفل جهاد الشيطان الا انه يمكن ادراجه في جهاد النفس فلا باءس في ذلك .

تعريف ابن مفلح : "الجهاد عبارة عن قتل الكفار خاصة "

وعرفه بن تيمية :

للجهاد تعريفين عند ابن تيمية بمفهومين عام وخاص .

المعنى الخاص للجهاد عند ابن تيمية :

" يقول ابن تيمية- (43)رحمه الله : - كما أن من قاتل الكفار من المسلمين بسيف أو رمح أو حجارة أو عصي فهو مجاهد في سبيل الله "

حيث جعل الجهاد بهذا المعنى قتال الكفار بكل الوسائل المتاحة والممكنه واعطلق عليه وصف مجاهد في سبيل الله .

المعنى العام للجهاد عند ابن تيمية 44

" هو جهاد النفس والشيطان في طاعة الله - عز وجل - وترك معصيته ، كما يشمل جهاد الكفار والمنافقين بالحجة والبيان ، و جهاد أهل البدع والمنكرات باليد واللسان أو القلب حسب الاستطاعة. "

فعدد ابن تيمية في التعريف أنواع متعددة للجهاد ولم يقتصر على جهاد الكفر فقط

ونرى أن ابن تيمية يوضح معاني جانبية في تعريف الجهاد وجوهرية واوسع في المقصود من الجهاد . وخلص من ذلك ان الجهاد "حقيقته الاجتهاد في حصول ما يجب الله من الإيمان والعمل الصالح ومن دفع ما يبغضه الله من الكفر والفسوق والعصيان "

ما ذكره بعض العلماء المحدثين حول تعرف الجهاد :

مانقله الشوكاني في نيل الاوطار45

قَالَ فِي الْفَتْحِ: الْجِهَادُ بِكَسْرِ الْجِيمِ أَصْلُهُ لُغَةٌ الْمَشَقَّةُ، يُقَالُ: جَاهَدْتَ جِهَادًا: أَيِ بَلَغْتَ الْمَشَقَّةَ، وَشَرَعًا: بَدَلُ الْجُهْدِ فِي قِتَالِ الْكُفَّارِ وَيُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى مُجَاهَدَةِ النَّفْسِ وَالشَّيْطَانِ وَالْفُسَّاقِ.

فَأَمَّا مُجَاهَدَةُ النَّفْسِ فَعَلَى تَعَلُّمِ أُمُورِ الدِّينِ ثُمَّ عَلَى الْعَمَلِ بِهَا ثُمَّ عَلَى تَعْلِيمِهَا. وَأَمَّا مُجَاهَدَةُ الشَّيْطَانِ فَعَلَى دَفْعِ مَا يَأْتِي بِهِ مِنَ الشُّبُهَاتِ وَمَا يَزِينُهُ مِنَ الشَّهَوَاتِ، وَأَمَّا مُجَاهَدَةُ الْكُفَّارِ فَتَقَعُ بِالْيَدِ وَالْمَالِ وَاللِّسَانِ وَالْقَلْبِ، وَأَمَّا الْفُسَّاقُ فَبِالْيَدِ ثُمَّ اللَّسَانِ ثُمَّ الْقَلْبِ،

وهبة الزحيلي في كتابة الفقه الاسلامي وادلته:46:

وأنسب تعريف للجهاد شرعاً أنه: بذل الوسع والطاقة في قتال الكفار ومدافعتهم بالنفس والمال واللسان. فالجهاد يكون بالتعليم وتعلم أحكام الإسلام ونشرها بين الناس، وببذل المال، وبالمشاركة في قتال الأعداء إذا أعلن الإمام الجهاد.

اختيار شيخنا الدكتور عبد الكريم زيدان في اصول الدعوة حول تعريف الجهاد 47

حيث يقول الجهاد في اللغة: بذل الإنسان جهده وطاقته،

وفي الاصطلاح الشرعي: بذل المسلم طاقته وجهده في نصرته الإسلام ابتغاء مرضاة الله، ولهذا قيّد الجهاد في الإسلام بأنه في سبيل الله؛ ليدل على هذا المعنى الضروري؛ لتحقيق الجهاد الشرعي، وبهذا جاءت الآيات القرآنية معلنة أنّ جهاد المسلمين ومنه القتال، إنّما هو جهاد في سبيل الله،

بخلاف الكافرين فإنّ جهادهم وقتالهم في غير سبيل الله، أي: في سبيل الشيطان، قال تعالى: {الَّذِينَ آمَنُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ} ، وقد يعبر عن المعنى الذي بينه بعبارته: القتال لتكون كلمة الله هي العليا، كما جاء في الحديث الشريف: سئل رسول الله -صلى الله عليه وسلم: الرجل يقاتل شجاعة، ويقاتل حمية، ويقاتل رياء، فأيّ ذلك في سبيل الله؟ فقال -صلى الله عليه وسلم: "من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله"؛ لأنّ المقصود بكلمة الله الإسلام، وجعلها هي العليا أي: هي النافذة الظاهرة، ولا شك أنّ إظهار دين الله ما يرضي الله تعالى.

ويرى احد الباحثين من الابعث المعاصرة تعريف الجهاد بالمعنى العام والخاص كالتالي48

الجهاد بمفهومه العام : هو إعمال الرأي والتدبير في نشر الإسلام بإقامة الحجة ودفع الخطر الذي يتهدهه .

الجهاد بمفهومه الخاص : بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله في حصول مقصوده .

ومع اختياره لهذا التعريف نرى بعض الاحترازاات التي راعاها التعريف وهي ثلاثة احترازاات وقيود : بذل الوسع في القتال ، وأنها في سبيل الله ، وكذلك حصول المقصود منه، ويمكن توضيحها كالتالي :

-ببذل الوسع والطاقة في القتال اخرج الجوانب الأخرى من أنواع الجهاد كجهاد النفس والشيطان وجهاد الكلمة والمال وطاعة الوالدين وحج النساء ولكن اغفل المعاهدين مع الدوله الإسلامية فلفظ القتال اورده عام فلم يستثنيهم .

-وقيد في سبيل الله اخرج القتال تحت راية سوى راية الإسلام وراية لا اله الا الله وكذلك القتال الغير مؤذون به والذي يكون بغير راية او مخالفا لاحكام الدين

-وقيد في حصول مقصوده ، حيث ان الجهاد له أهداف ، وغايات سامية كنشر الإسلام ،واعلاء كلمة الله ، والدفاع عن الإسلام والمسلمين ، ونصرة المظلومين وغيرها ، من الأهداف واخرج ما سواها من الأهداف الغير مشروعه كالتسلط وسلب الاموال والتوسع كما هو الحاص عند بقية الامم في دوافعهم للقتال .

اختيار الموسوعه الفقهية وهو ما نراه راجحا ونختاره 49 :

" قِتَالٌ مُسْلِمٌ كَافِرًا غَيْرَ ذِي عَهْدٍ بَعْدَ دَعْوَتِهِ لِلْإِسْلَامِ وَإِبَائِهِ ، إِعْلَاءٌ لِكَلِمَةِ اللَّهِ " .

حيث تم توضيح معظم الشروط الجامعة والممانعة حول تعريف الجهاد بالمفهوم الاصطلاحي :

فهو قتال المسلم للكافر ، حيث خرج قتال البغاه وقطاع الطرق وغيرهم واخرج الأنواع الأخرى من انواع الجهاد وهي جهاد الكلمة والمال وكذلك جهاد الشيطان فلم يتناولها التعريف الاصطلاحي مثلما تناوله التعريف اللغوي .

والغير معاهد خرج منه المعاهد والذمي ومن له عهد مع الدوله الاسلاميه فلا يقاتل. وزاد قيذا آخر الدعوة الى الإسلام او الدخول في عهد المسلمين وسلطانهم فاذا رفض ذلك قوتل و حورب . والغرض من الجهاد هو اعلاء كلمة الله سبحانه ونشر الدين دون الفساد في الارض او التوسع و حب التسلط واجبار الناس واخذ ممتلكاتهم . وهذا التعريف هو الذي نراه راجحا ونختاره للأسباب التي ذكرناها والقيود التي اوجدها التعريف فكان جامعا مانعا متمثلا لابرز ما يحويه الجهاد وما تحمله الكلمه من معاني بعد الاطلاع والبحث بين اقوال الفقهاء واختياراتهم .

وبدراسة التعريفات السابقة بقليل من النظر والتأمل نجد ان هناك ما يجمعها حول معاني ومقاصد واضحة وبينه وجلية نذكر منها :

1- ان الحرب والجهاد في مفهوم الإسلام ياتي كوسيلة للدعوة الى الله والإيمان به ونشره في أنحاء المعمورة ، وإعزاز الدين والدفاع عنه، ولم ياتي لبسط النفوذ والتوسع الاقتصادي والسياسي كما هو عند غير المسلمين حيث يسبق ذلك الدعوه الى الدين او الانضمام الى سلطان المسلمين فحينئذ لا يقاتلوا دليل على قيم الإسلام ومبادئه .

2- ايضا تكون الحرب لقتال الكفار الذين يعتدون على المسلمين او يمنعون المسلمين من نشر الدعوه وكذلك قتال ناقضي العهد من الكفار تاديبا لهم.

3- ان الجهاد مصطلح عام يدور حول عدت معاني منها ،الجهاد بالنفس والمال ، وكذلك جهاد الشيطان والنفس بالابتعاد عن المنكرات والمعاصي ،وكذلك بقول كلمة الحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ويكون ايضا بصور غير مباشرة ،بالراي والمشورة ،بالكلمة الهادفة والمعبرة عن الحق ،

4- و هناك من ادرج قتال البغاة والخارجين عن قانون ونظام الدولة الإسلامية حيث هو امثال لأوامر الله كنا ورد في الاية بقتال الفئة الباغية فيندرج في معنى الجهاد ايضا لما فيه من تثبيت الدوله الإسلامية والمحافظة على الدين والأمن والأمان في الدولة الإسلامية 50 .

5- لم يقتصر الجهاد على قتال الكفار فحسب بل كان منه جهاد النفس والهوى والشيطان واتعاب الأنفس في الطاعات والقربات وبذل الوسع والجهد في طاعة الله سبحانه والعمل بما امر حيث يقول تعالى (والذين جاهدو فينا لنهدينهم سبلنا) وقال (وجاهدوا في الله حق جهاده)

هذا ما يمكن استنباطه من تعريفات الفقهاء المختلفة للجهد حيث تقاربت المعاني ولم تتعد كثيرا فاختلقت الألفاظ ولكن المعنى متقارب .

المطلب الثاني : مفهوم الحرب في القانون الدولي.

الحرب في القانون :

مفهوم الحرب في القانون نورد عدة تعاريف لفقهاء القانون حتى يتبين التعريف المختار الجامع المانع .

1- ماذكره الدكتور محمد بشير ان الحرب في القانون الدولي :

"صراع مسلح بين الدول بقصد فرض وجهة نظر سياسة وفقا للوسائل المنظمة بالقانون الدولي " والمتأمل للتعريف السابق يرى انه شمل امور معينه منها :

-ان الحرب بين دولتين او اكثر وعبر عنه بدول ولا يندرج القتال الدائر داخ اقليم الدوله والنزاعات الداخليه فقد اغفله هذا التعريف .

-كذلك عبر عنه بصراع مسلح بغرض البحث عن مصلحة الدوله العليا ونظرياتها السياسية وغيره.

-وزاد على ذلك استخدام الوسائل المنظمة للحرب في القانون الدولي رغم انها حبر على ورق ولا يتم العمل بها الا حسب مصلحة الدول العظمى المكونه للأمم المتحدة وراعية القانون الدولي 51 .

2- ما اختاره وهبة الزحيلي :

"ان تعريف الحرب عند رجال القانون لها تعريف تقليدي وهو ان الحرب صراع مسلح بين دولتين او اكثر او بين فريقين من الدول ويكون الغرض منه الدفاع عن حقوق ومصالح الدول المحاربه " 52 .

3- وهناك نظرة غير تقليدية لتعريف الحرب في القانون ما تسمى النظرية الحديثة حيث يتم التوسع في معنى الحرب ولا ينحصر بين دولتين فاكتر حيث تعد الحروب الداخلية في الدولة والاقليم حرب وكذلك الحروب الاهلية وايضا الحروب التي تقوم بها الامم المتحدة تحت اشراف القانون الدولي ومن هذه الحروب حرب العراق وكوريا وغيرها .

4- ما نقله الدكتور اسماعيل ابو شريعة :

"ان الحرب عبارة عن الحالة القانونية التي تتولد عن نشوب كفاح مسلح بين القوات المسلحة لدولتين او أكثر مع توفر نية انهاء العلاقات السلمية بين احدى هذه الدول او لذيها جميعا " فنلاحظ ما شمله هذا التعريف للحرب في القانون .

- إن الحرب حاله قانونية تندرج في إطار القانون
- تتولد من نشوب قتال مسلح بين القوات المسلحة فيخرج منه النزاعات الداخلية فليست قوات نظامية مسلحة وانما مجموعات داخل الدوله لها مطالب نعيه أحيانا .
- أضاف ان الحرب تنشب وأفرادها الدول لا المجموعات وغيرها وانما بين دول .

- وجود نية انتهاء حالة السلام واستبدالها بالحرب .

5- عرفها الدكتور عبد العزيز سرحان :

" نضال مسلح بين الدول بقصد تحقيق غرض سياسي "

6- وعرفها شارل روسو :

"تقوم الحرب على قتال مسلح بين الدول بهدف تغليب وجهة نظر سياسية وفقا لوسائل نظمها القانون الدولي " 53 .

7- تعريف سوزيشوبر :

" عبارة عن صراع بين دولتين او اكثر تستخدم فيها قواتها المسلحة في اعمال عنف متبادله وهدف الحرب هو هزيمة الطرف الاخر وفرض شروط السلام التي تستهدف الطرف الاخر اقرارها بشأن الحرب " 54

8- تعريف الجمعية العامة للأمم المتحدة :

"استخدام القوه المسلحة من قبل دولة ضد سيادة وسلامة ارضي دولة اخري واستقلالها السياسي او على وجه اخر لا يتفق وميثاق الامم المتحده " 55

أضاف التعريف من القيود على الحرب انها لا تتفق مع ميثاق الامم المتحده اما اذا كانت متفقه مع بنود ميثاق الامم المتحده فهي حرب مشروع .

9- الحرب هي الوسيلة الأخيرة التي تلجأ اليها الدول عند العجز عن استخدام الوسائل الاخرى وهي نضال بين قوتين مسلحتين لدولتين متنازعتين وتخضع الأعمال الحربية لقواعد الحرب الدولية 56

10- الحرب في الاصطلاح الدولي هي 57 :

" صراع مسلح بين دولتين أو فريقين من الدول ينشب لتحقيق مصالح وطنية وهي حالة قانونية معترف بإمكانية قيامها الحرب بمفهومها البسيط:هي استخدام للقوة والعنف المسلح المنظم بين الجماعات الإنسانية" (31) .

مما سبق من التعريفات السابقة للحرب في القانون الدولي و هذا ما تيسر جمعه من التعاريف وهناك تعاريف أخرى لكنها متقاربة هذه أهمها.

يتضح للباحث مما سبق من التعريفات القيود التالية :

1- ان الحرب في القانون الدولي أطرفه الدول وهو جانب شكلي للدول كاملة السيادة وما يحدث داخل الدول من حروب لا يعد من الحرب في القانون فقد اغفل احكامها والحد منها بحجة عدم التدخل في السيادة للدول .

2- الحرب الدولية هي التي تقوم وفق المبادئ التي يحددها وينظمها القانون الدولي وميثاق الامم المتحده وما دون في معاهدة لاهاي 1899.

- 3- ونجد ان الحرب تتجه نحو إكراه الخصم على تنفيذ إرادة المنتصر بمعنى اخر ان الحرب ذات هدف تسعى الدول المتحاربة لتحقيقه بالقوه وذلك لبطس النفوذ وابرار عظمة الدول مثل احتلال ليبيا والحبشة من قبل ايطاليا .
- 4- ان قيام الحرب يودي الى انتهاء حالة السلام بين الدول وابدالها بحالة الحرب وسيطرة المنتصر والقوى على مجريات الاحداث 58.

ويمكن ايضا ان نلاحظ من التعريفات السابقة الآتي 59 :

[1] إنَّ الحرب صراع مسلح بين الدول, وهذا ما يُميزها عن غيرها من الأنشطة المسلحة والتي لا تتعدى حدود الدولة الواحدة (الحرب الأهلية) او النزاعات الداخليه .

كما يخرج من مفهوم الحرب كذلك ما تقوم به أية دولة ضد المتمردين أو القراصنة. فالحرب: (لا تمثل على الإطلاق علاقة إنسان بإنسان, لكنها علاقة دولة بدولة, ولا يكون للأفراد فيها أعداءً إلا مصادفة لا كبشر, وإنما كمواطنين, لا كأعضاء في الوطن وإنما كمدافعين).

[2] إنَّ الوسائل التي تُدار بها الحروب ينظمها القانون الدولي, حيث تلتزم الدول أطراف النزاع وكذلك الدول المحايدة بتطبيق قواعد قانونية دولية تنظم الأعمال الحربية وتجعلها أكثر إنسانية.

[3] إنَّ الحرب وسيلة للسياسة الوطنية, تهدف إلى إعلان أو فرض وجهة نظر وطنية. وقد اختلف شُراح القانون الدولي في النظرة إلى الحرب, فبالرغم من أنها الوسيلة الأخيرة من وسائل الإكراه التي تلجأ إليها الدول لحل ما بينها من نزاع, اتخذها البعض موقفاً وسطاً, فكانوا يرون الحرب شراً لا بد منه في بعض الأحيان.

والفقهه الذين أيدوا الحرب قالوا إنَّها خدمت المجتمع الدولي في غايتين أساسيتين هما :

[1] إنَّها وفّرت وسيلة فعّالة للاعتماد على النفس في تنفيذ الحقوق في حالة غياب محاكم دولية مختصة.

[2] إنَّ الحرب قد زوّدت الدول بوسيلة من وسائل الاعتماد على النفس لتغيير قواعد القانون الدولي وتكييفها مع الظروف المتغيرة.

والواقع أن الحرب ظاهرة لا يمكن إنكارها في المحيط الدولي, بل قد تشكّل حالات الصدام المسلح - كما يرى بعض شُراح القانون - أصل العلاقات الدولية, في الوقت الذي أصبح السلم استثناءً مما دعا للاهتمام بها, وأن يُتعرّض لها بالتنظيم حتى يُتمكن من تخفيف الحروب والتقليص منها حفاظاً على الارواح والممتلكات .

اختيار التعريف المناسب للحرب في القانون الدولي :

التعريف الذي نراه مناسباً بعد النظر في التعريفات السابقة والذي جمع معظم القيود في ذلك ويقل عليه الاعتراض هو :

"ان الحرب صراع عن طريق استخدام القوة المسلحة بين الدول بهدف تغلب بعضها على بعض سواء كان الغرض سياسي او اقتصادي او ديني سواء كانت وفق قواعد القانون الدولي ام لا"

فنعناصر التعريف جمعت معظم القيود الشاملة لمسمى الحرب ومنها :

- صراع بين دول وخرج منه الصراع الداخلي والاضطرابات الداخليه

- انتهاء حالة السلم وإعلان الحرب ولو بالمباشره دون الاعلان الرسمي وإبلاغ العدو بذلك خلافا لما تتمثل به الشريعة من وجوب اعلام العدو وخاصة المعاهد منهم

- استخدام القوة والسلاح في تنفيذ الهجوم وإخضاع الخصم لاملات المنتصر والقوى .

- وجود الهدف والغاية من الحرب سواء هدف سياسي او اقتصادي او ديني او رد للعدوان او خلق نوع من التوازن الدولي ابان الحرب البارده مثله.

- حيث يغيب تغليب القانون والمضي تحت قواعد القانون المنظم للحروب وفق ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي والأعراف الدولية .

الا ان مسمى الحرب في القانون يتجه الى النظرية الحديثة فيتم إضافة الحروب والنزاعات الداخلية بين الدول والأقاليم المتناحرة فتندرج تحت ما يسمى الحرب.

وقد يتم التدخل من قبل الأمم المتحدة وجعلها حرب دوليه تشرف عليه كما وقع في كوريا الشمالية وحرب العرق ضد الكويت وغيرها مما يتم التدخل فيه من قبل الدول العظمى بإشراف الأمم المتحدة .

المبحث الثالث : مقارنة بين مفهوم الجهاد في الشريعة والحرب في القانون الدولي.

المقارنة بين المصطلحين نأخذ من خلال التعريفات السابقة ونبين جوانب الاتفاق والافتراق بين التعريفين ثم الخلاصة .

نواحي الاتفاق بين التعريفين تعريف الحرب والجهاد :

- 1- الاتفاق بين التعريفين حول ان كل منهما يعتبر المصلحة العامة للدوله وسيادتها .
- 2- تكون لهما أحكام خاصة توضح مجمل التفاصيل والأمور المتعلقة بهما .
- 3- انهما توجه نحو عدو خارجي مسلح سواء بين قوتين او كثر ولا تعتبر الحروب الداخلية والنزاعات من قبيل الحرب في نظر الفقه والقانون .

نواحي الافتراق بين مصطلح الجهاد في الإسلام والحرب في القانون :

- 1- الحرب من خلال التعريف الذي اتضح لنا انها تكون لهدف سياسي او سعيا وراء هدف اقتصادي بحت .
- اما الجهاد فلا يسعى الى التوسع الاقتصادي او السياسي في أهدافه وانما ردا للعدوان ونشرا للعدل ودرء للفتنه فهذا خلاف جوهرى بين الحرب والجهاد .
- 2- النزاع في الحرب بين دولتين فالنزاع الداخلي لا يشمل القانون الدولي المنظم للحرب ولا علاقة له بالحروب الاهلية والنزاعات الداخلية او تمرد احد الأقاليم ، اما الجهاد فهو اعم بين فئتين سواء داخل

الإقليم الإسلامي او خارجه فالجهاد اعم من الحرب وله قوانين تنظم ذلك فتشمل محاربة قطاع الطرق والبغاة والمرتدين وكذلك ناقضي العهد مع الدولة الإسلامية، من اجل تثبيت الأمن والأمان داخل الدولة الإسلامية ونشره بين الناس والدفاع عن الحقوق وله قوانين واحكام خاصه .
و الان وجدت النظرة الحديثة للحرب النظرة غير التقليدية والتي يسعى رجال القانون الى إدراج الحروب الداخلية والنزاعات الى مفهوم الحرب .

وسن لذلك قوانين وتدخلات بعد ان كان عاجزا عن التدخل عند اصحاب النظرة التقليدية للحرب واقتداء بالإسلام في التشريع للحروب الداخليه وغيرها . ويكون الاسلام له السبق في هذا المجال فهو جاء شامل وكامل لجميع جوانب حيات الانسان في السلم والحرب.

الخلاصة :

نخلص مما سبق من المقارنة بين التعريفين وذكر اوجه الاتفاق والافتراق :

ان الجهاد في الاسلام هو بذل الجهد والكفاح بجميع الوسائل السلمية اولا ولا يتعداها الا عند العجز والضرورة من اجل المحافظة على الدين وتحصين البلاد لتحقيق الامن ونشر السعادة للبشرية وكل ما يبذل من جهد بجميع الوسائل السلمية ابتداء وانتهاء بالحرب فهو في سبيل الله ومن اجل اعلاء كلمة الله وكل ذلك بدون كبر او غطرسة و تسلط على الآخرين .

والعبث والافساد في الارض كما هو الحاصل عند غير المسلمين اثناء الحروب فلا يحكمهم شرع ولا دين ولا قانون حيث نرى الآلاف من القتلى المدنيين والدمار في العمران والفساد في الأرض .

اما الحرب فيمكن القول عنها :

- الحرب هي أقصى صور التنافس البشري، فهي صراع دموي بين إرادتين تبغي كلا منها التغلب على الأخرى وتحطيم مقومتها وحملها على التسليم لها بما تريد. وبهذا المعنى يمكن ان تكون الحرب عادلة وغير عادلة

ولفظ الحرب يدل على معنى الصراع والاستيلاء على كل ما يمكن بعد انتهاء الحرب وفوز احد الطرفين

أما الجهاد فلا يوصف بالصفات السابقة لاختلاف الدوافع أساسا والمنطلقات ومن كانت له غايات مشبوهة فليس مجاهدا فالغاية منه إعلاء كلمة الله ودفع الظلم ورد العدوان ونصرة المستضعفين في الأرض - الحرب مقصورة على العمليات العسكرية القتالية البحتة

أما الجهاد فيطلق على كل مجهود خيري يقصد به وجه الله، فجهاد النفس بترويضها على التزام الحق والشرع ، ومجاهدة الشيطان في عدم الرضوخ لتزليله واتباع سبيله، وهناك انواع للجهاد غير السيف. كالجهاد بالكلمة، و تغيير المنكر باللسان، والقلب .

قال الإمام ابن قيم : في زاد المعاد 60 :

فَالْجِهَادُ أَرْبَعُ مَرَاتِبَ: جِهَادُ النَّفْسِ، وَجِهَادُ الشَّيْطَانِ، وَجِهَادُ الْكُفَّارِ، وَجِهَادُ الْمُنَافِقِينَ. فالجهاد هو مصطلح اسلامي له مميزاته وخصائصه بخلاف الحرب في القانون .

وايضاً له جانب الزام وملزم لمن يقوم به من معرفة الاحكام وتطبيقها على افراد الجيش اما الحرب فلا قيم لها في القانون واقانون يحكمها وليس لها قوة الزامية تلزم الجانبين المتنازعين بتنفيذها وانما لا تنفذ الا على الضعيف كما هو حاصل اليوم .

الفهارس والمراجع :

1. مقدمة ابن خلدون ص 145.
2. مستقبل الحروب لمصطفى أحمد ابوالخير اترك للنشر الطبعة الاولى عام 2008 ص 12 وما بعدها .
3. اخرج البخاري برقم 2843
4. وَ (الْبُسُوسُ) يَفْتَحُ الْبَاءِ اسْمُ امْرَأَةٍ مِنَ الْعَرَبِ هَاجَتْ بِسَبَبِهَا الْحَرْبُ أَرْبَعِينَ سَنَةً بَيْنَ الْعَرَبِ فَضُرِبَ بِهَا الْمَثَلُ فِي الشُّؤْمِ فَقَالُوا: أَشْأَمُ مِنَ الْبُسُوسِ وَبِهَا سُمِّيَتْ حَرْبُ الْبُسُوسِ. مختار الصحاح ص34
5. التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص 137 . وترجمته كما نقل الزركلي في الاعلام هو محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، زين الدين(952 - 1031 هـ = 1545 - 1622 م) : من كبار العلماء بالدين والفنون ،انزوى للبحث والتصنيف، وكان قليل الطعام كثير السهر، فمرض وضعفت أطرافه، فجعل ولده تاج الدين محمد يستلم منه تأليفه له نحو ثمانين مصنفا، منها الكبير والصغير والتام والناقص عاش في القاهرة، وتوفي بها.
6. لسان العرب لابن منظور ج1 ص 302 دار صادر بيروت الطبعة الثالثة 1414هـ.
7. تاج العروس للزبيدي ج2 ص249 ، ومن ترجمته: هو محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، أبو الفيض، الملقب بمرتضى(1145 - 1205 هـ = 1732 - 1790 م): علامة باللغة والحديث والرجال والأنساب، من كبار المصنفين. أصله من واسط (في العراق) ومولده بالهند (في بلجرام) ومنشأه في زيد (باليمن) رحل إلى الحجاز، وأقام بمصر، فاشتهر فضله وانمالت عليه الهدايا والتحف، وكتبه ملوك الحجاز والهند واليمن والشام والعراق والمغرب الأقصى والترك والسودان والجزائر. وتوفي بالطاعون في مصر، من كتبه (تاج العروس في شرح القاموس - ط) عشرة مجلدات، و (إتحاف السادة المتقين - ط) في شرح إحياء العلوم للغزالي، عشرة مجلدات، طبعة مصر، وغيرها
8. معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلنجي وحامد صادق قنبي ص178 دار النفائس للطباعة والنشر الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
9. مقاييس اللغة لابن فارس ج2 ص48 تحقيق عبد السلام محمد هارون دار الفكر عام النشر: 1399هـ - 1979م. ومن ترجمته كما في الاعلام للزركلي هو أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (329 - 395 هـ = 941 - 1004 م) : من أئمة اللغة والأدب. قرأ عليه البديع الهمداني والصاحب ابن عباد وغيرهما من أعيان البيان. أصله من قزوين، وأقام مدة في همدان، ثم انتقل إلى الري فتوفي فيها، وإليها نسبتها. من تصانيفه (مقاييس اللغة - ط) ستة أجزاء، و (المجمل - خ) طبع منه جزء صغير، و (الصاحبي - ط) في علم العربية، ألفه لخزانة الصاحب ابن عباد.
10. معجم وتفسير لغوي لكلمات القرآن لحسن عز الدين الجمل ج1 ص378 وما بعدها، الهيئة المصرية العامة للكتاب الطبعة: الأولى، 2003 - 2008 م
11. المصباح المنير ج1 ص127 لأحمد بن محمد بن علي الفيومي الناشر: المكتبة العلمية - بيروت ومن ترجمته كما نقل الزركلي في الاعلام :هو احمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس: لغوي، اشتهر بكتابه (المصباح المنير - ط) ، وهو كتاب لغة، رتب المؤلف على حروف المعجم، شرح فيه ألفاظ الفقه على المذهب الشافعي، وأكثر فيه من الاستشهاد بالأحاديث النبوية. وأبرز المعاني الفقهية إلى جانب المعاني اللغوية، ولد ونشأ بالفيوم (مصر) ورحل إلى حماة (بسورية) فقطنها. ولما بنى الملك المؤيد إسماعيل جامع الدهشة قرره في خطابه. قال ابن حجر: كأنه عاش إلى بعد 770 هـ.
12. القاموس المحيط للفيروز ابادي ج1 ص73 مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي بيروت - لبنان الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م
13. المعجم الوسيط ج1 ص164 مجمع اللغة العربية بالقاهرة اشراف (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) الناشر: دار الدعوة.
14. تفسير الماوردي ج2 ص401 تحقيق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان
15. تفسير الماوردي ج2 ص33 تحقيق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم دار الكتب العلمية - بيروت .
16. القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م.
17. تفسير الماوردي ج1 ص352 تحقيق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم دار الكتب العلمية - بيروت.
18. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج3 ص364.
19. التفسير المنير للزحيلي ج3 ص84 دار الفكر المعاصر - دمشق الطبعة : الثانية ، 1418 هـ

20. لسان العرب لابن منظور ج3 ص 133 دار صادر بيروت الطبعة الأولى.
21. مختار الصحاح ل محمد بن أبي بكر ص119 ، مكتبة لبنان ، الأولى عام 1995 تحقيق محمود خاطر.
22. الكليات لأبي البقاء الحنفي ص354.
23. النهاية في غريب الأثر لابن الأثير ج1 ص848 المكتبة العلمية - بيروت ، 1399هـ - 1979م تحقيق طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي
24. انيس الفقهاء لقاسم بن عبد الله القونوي الحنفي (المتوفى: 978هـ) المحقق: يحيى حسن مراد دار الكتب العلمية عام 2004م-1424هـ
25. تفسير الطبري ج14 ص274 مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى عام 2000م تحقيق احمد شاكر
26. تفسير الطبري ج22 ص318 مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى عام 2000م تحقيق احمد شاكر
27. تفسير الطبري ج23 ص497 مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى عام 2000م تحقيق احمد شاكر
28. الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج13 ص365
29. البخاري ج1 ص17 حديث رقم 25 دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت الطبعة الثالثة ، 1407 - 1987م تحقيق : د. مصطفى ديب البغا.
30. جامع الأحاديث للسيوطي ج21 ص110 برقم 23091 ورواه البخاري برقم 7020 ومسلم برقم 1904
31. البخاري (3/1094، رقم 2842) ، ومسلم (4/1975، رقم 2549)
32. رواه البخاري (3/1054، رقم 2720)
33. سنن بن ماجه (2/2329 برقم 4011) وقال الالباني صحيح 0
34. بدائع الصنائع للكاساني ج9 ص4299 .
35. البحر الرائق شرح كتر الدقائق ج5 ص76.
36. حاشية ابن عابدين ج4 ص121 ومن ترجمته ابن عابدين هو : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي: (1198 - 1252 هـ / 1784 - 1836 م) فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. له رد المحتار على الدر المختار خمس مجلدات، يعرف بحاشية ابن عابدين، وغيرها .
37. مواهب الجليل للحطاب ج3 ص347 دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م
38. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لأبو الحسن، علي الصعدي العدوي ج2 ص3 تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي دار الفكر - بيروت تاريخ النشر: 1414هـ - 1994م.
39. المقدمات لابن رشد الجد ج 1 ص342 وما بعدها .
40. حاشية الحمل على شرح المنهاج ج5 ص179 .
41. حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج2 ص261 .
42. الشرح المتمتع على زاد المستقنع لابن عثيمين دار ابن الجوزي الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ
43. الفتاوى لابن تيمية ج28 ص316
44. احكام الجهاد عند ابن تيمية لحسن عبد الرحمن حسين وهدان رسالة جامعية ص46 عام 2006
45. نيل الاوطار للشوكاني ج7 ص246.
46. الفقه الاسلامي وادلته للزحيلي ج8 ص5846.
47. اصول الدعوة لعبد الكريم زيدان ص272
48. ¹ مراحل تشريع الجهاد وأبعادها المعاصرة دراسة فقهية مقارنة لعلي الرواحن، وجابر الحجاجحة مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية المجلد ٢٣ سنة 2009 ص657
49. الموسوعة الفقهية الكويتية ج16 ص124
50. نظرية الحرب في الاسلام ضوء مفتاح ص48 دار الكتاب الوطنية بني غازي الطبعة الاولى عام 1426هـ
51. الحرب في الشريعة والقانون الدولي العام لعبد الله بن صالح العلي رسالة دكتوراه اشراف الدكتور محمد شعبان عام 1406هـ ص55
52. اثار الحرب في الاسلام للزحيلي ص35
53. نظرية الحرب في الاسلام ضوء مفتاح ص63
54. جعفر عبد السلام قواعد العلاقات الدولية ص694
55. نظرية الحرب في الاسلام ص64 نقلا عن اسماعيل الغزان ص161 القانون الدولي

56. الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ل علي علي منصور ص 233 طبعة المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية عام 1964م.
57. مقدمة في العلاقات الدولية لعبد المولى طشطوش ص102 .
58. نظرية الحرب في الاسلام لمفتاح غمق ص65 وما بعدها بتصرف وكذلك مشروعيه الحرب لفض النزاعات .
59. النظام الدولي للحرب بين النظرية والتطبيق لتاج السر عبد المطلب مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد السادس عام 1426 ص 150 وما بعدها بتصرف .
60. زاد المعاد لابن القيم ج3ص9.

المُضاف الغذائي وأمن المستهلك وفق أحكام

قانون الإسئهلاك الجزائري سيما المرسوم التنفيذي 12-214



فضيلة الأستاذ الدكتور حساني علي
جامعة ابن خلدون، تيارت - الجزائر

ملخص :

إن التطور السريع للتكنولوجيا والتقنية المطبقة في صناعة الغذاء وتوضيب المواد الغذائية وحفظها، فرض واقعاً جديداً حيث أصبح استعمال المُضافات الغذائية في هذه المواد في تزايد مستمر قصد ضمان خصيات متنوعة لهذه المنتجات، وتحسينها من حيث الشكل والذوق والتلبس وغيرها من الإدخالات المختلفة.

المشروع الجزائري تدخل في هذا الإطار من أجل مواكبة هذه التطورات السريعة فتم إعداد المرسوم التنفيذي 214-12 المؤرخ في 2012.05.15 تطبيقاً لأحكام المادة 8 من القانون رقم 03-09 الصادر في 2009.02.25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بحيث تحيل أحكام هذه المادة إلى نص تنظيمي يحدد شروط وكيفيات استعمال المُضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري. حيث يهدف هذا المرسوم إلى سد النقائص القانونية الملحوظة في إطار ضمان حماية صحة وأمن المستهلك، لاسيما الرضع باعتبارهم الفئة الحساسة في المجتمع ومن جهة أخرى تدعيم إجراءات الرقابة وقمع الغش في هذا المجال.

إن هذا التنظيم القانوني قد فرض نفسه اليوم نظراً لانفتاح الجزائر على الاقتصاد العالمي والحرية الاقتصادية التي يشهدها المتعاملين والتجار والمتدخلين في مجال التبادل والتعامل التجاري ودخول اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي حيز التنفيذ والانضمام المرتقب للجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة.

يرتكز هذا المرسوم الجديد و الذي يدخل حيز التنفيذ في ماي 2013 على مجموعة من الأحكام لأساسية والقواعد التنظيمية تتمثل في تحديد شروط وكيفيات استعمال المضاف الغذائي المُوجه للاستهلاك البشري.

من المؤكد أننا نتناول كلنا المواد الغذائية حتى نستطيع أن نصمد ونعيش ونستطيع أن نعمل، وكلنا نبدي رغبتنا بأن تكون هذه المواد صالحة ونظيفة وآمنة من أي خطر يهدد صحتنا ولا نصاب بالأمراض والأوبئة، لكن التطور التكنولوجي المبهر الذي نعيشه في هذا العصر جعل مأكلا ومشربنا لا يخلو من الإضافات الغذائية. فنجد هذه الإضافات تقريبا في كل غذاء، حيث تملأ حصوننا لتكامل غذائنا اليومي، لما تحتويه على مواد حافظة ومثبتة للمادة الغذائية أو لخصائصها الذوقية العضوية.

من هذا الجانب ازدادت رغبتنا في البحث عن الإطار القانوني الخاص بضمان أمن وصحة المستهلكين فيما يتعلق بالإضافات الغذائية، كما أن الأوان في الجزائر أن تحرص على تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المؤرخ في 15.05.2012 الذي يحدد شروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستعمال البشري الذي يكون ساري المفعول بعد سنة تاريخ نشر هذا التنظيم .

جانب المشرع الجزائري الواقع المعاش للمستهلك واهتم بأمنه وسلامته الصحية، فقد قام بإلغاء القانون 02/89 وأبقى على نصوصه التطبيقية، فأصدر القانون 03/09 المؤرخ في 25.02.2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، تلى بعد ذلك أول نص تطبيقي له في 06.05.2012 الصادر بالمرسوم التنفيذي رقم 12-203 الذي يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، فالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23.02.2012 المتضمن المصادقة على النظام التقني الجزائري الذي يحدد خصائص وشروط وكيفيات عرض المستحضرات الموجهة للرضع، ثم المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المؤرخ في 15.05.2012 المحدد لشروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري، وهو موضوع دراستنا في هذا البحث المتواضع.

مثل باقي المواد الاستهلاكية، فإن الإضافات الغذائية تحتاج إلى إطار قانوني محدد يحيط بها من خلال التعريف والتكوين ومختلف البيانات والوظائف والخصائص، وكذا إعلام المستهلكين، عملية وضع هذه المواد للاستهلاك، المراقبة الصحية وغيرها....

ففي فرنسا مثلاً تم تنظيم هذه القواعد عن طريق المرسوم 2006-352 المؤرخ في 20.03.2006 المتعلق بالمضافات الغذائية المنبثق عن التوجه الأوروبي رقم 46/2002 المؤرخ في 10.06.2002 المتعلق بتقريب التشريعات للدول الأعضاء والخاص بالمضافات الغذائية المرتبط بأمن المنتجات وصحة المستهلكين.

بداية لا بد أن نحرص جميعا على ضمان أمن المنتج الموضوع للاستهلاك، تطبيقاً للمادة 10 من القانون 03/09، سواء من خلال مميزات المنتج وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته، وكذا تأثير هذا المنتج على المنتجات الأخرى وعرضه ووسمه وكل المعلومات الصادرة عن المنتج، وفئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتج خاصة الأطفال.

في هذا السياق جاء القانون الجزائري ليحدد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات بناء على المرسوم التنفيذي رقم 12-203، سواء أكانت هذه المنتجات سلع أو خدمة موضوعة للاستهلاك، ومهما كانت تقنيات وطرق البيع المستعملة.

وحيثما ندرس هذا المرسوم التنفيذي الصادر في ماي 2012 نجد أن هناك علاقة وطيدة بين الإضافات الغذائية وموضوع المستحضرات الموجهة للرضع، الذي تم تنظيمه بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 فبراير من نفس السنة. فنجد أن هناك أحكام تتعلق بالأطفال ومنهم الرضع الذين يقل سنهم عن اثني عشر (12) شهرا، وصغار السن الذين يتجاوز سنهم اثني عشر (12) شهرا ويقل عن ثلاث (3) سنوات.

المُضَافَات الغِذَائِيَّة Additifs alimentaires :

إن المُضَافَات الغِذَائِيَّة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأمن المنتج وصحة المستهلك، وهذا ما أكدته المادة 8 من القانون 03/09 من إمكانية إدماج المُضَافَات الغِذَائِيَّة في المواد الغذائية للاستهلاك البشري والحيواني. من هنا يتطلب منا البحث لتوضيح الإطار القانوني للمُضَافَات الغِذَائِيَّة والقواعد المحددة لاستعمال هذه المواد وكيف يتم تسويقها مع مراعاة الشروط المطبقة لإعلام المستهلكين .

لغرض حماية المستهلك والمحافظة على صحته وأمنه، حرص المشرع وفق ما جاء به المرسوم التنفيذي 12_214 على إعطاء مدلول حقيقي للمُضَافَات الغِذَائِيَّة حتى يتفادى أي خلط في التكييف، وقد قام بتحديد القواعد المنظمة لتركيب المنتج والكيفيات الخاصة بتسويقه.

ومن أجل دراسة ذلك ارتأينا أن نقسم هذا البحث المتواضع إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول : التنظيم القانوني للمُضَافَات الغِذَائِيَّة :

الفرع الأول : تعريف المضاف الغذائي :

عرف المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي المشار إليه في السابق بأن المضاف الغذائي هو كل مادة :

- لاتستهلك عادة كمادة غذائية في حد ذاتها ولا تستعمل كمكون خاص بالغذاء، سواء كانت تحتوي على قيمة غذائية أم لا.

- تؤدي إضافتها قصداً إلى المادة الغذائية لغرض تكنولوجي أو ذوقي عضوي في أي مرحلة من مراحل الصناعة أو التحويل أو التحضير أو المعالجة أو التوضيب أو التغليف أو النقل أو التخزين لهذه المادة، إلى التأثير على خصائصها وتصبح هي أو أحد مشتقاتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، مكوناً لهذه المادة الغذائية.

- لاتعتبر الملوثات Les contaminants والمواد المضافة للمواد الغذائية لغرض تثبيت الخصائص الغذائية أو تحسينها إضافات غذائية¹.

نشير هنا بأن نفس التعريف للمُضَافَات الغِذَائِيَّة جاء به أيضاً المرسوم التنفيذي الخاص بوسم المواد الغذائية².

¹ م 3 من المرسوم تنفيذي 484-05 المؤرخ في 2005.12.22 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها (ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 83 في 2005.12.25) المعدلة للمادة 2 من المرسوم التنفيذي 367-90 المؤرخ في 1990.11.10 .
² م 3 من م ت 214-12 المؤرخ في 2012.05.15 (ج ر 30 في 2012.05.16) أيضاً: م 3 من م ت 484-05 المشار إليه أعلاه المعدل والمتمم).

الفرع الثاني : خصائص المضاف الغذائي :

من خلال التعريفات القانونية السابقة نستطيع الاستنتاج بأن للمضاف الغذائي خصائص تتمثل في ما يلي:

أولاً : خاصية طبيعة المضاف الغذائي :

أول خاصية يمتاز بها المضاف الغذائي هي أنه يعتبر مادة غذائية *Denrée alimentaire* وقد جاء في تعريف للمادة الغذائية بناءً على المادة 03 من القانون 03-09¹ بأنها: " كل مادة معالجة أو معالجة جزئياً أو خام، موجهة لتغذية الإنسان أو الحيوان... وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية وتحضيرها ومعالجتها...".

وإذا اعتبرنا أن المضاف الغذائي هو مادة غذائية فإن هذا لا يعني أنه صالح للاستهلاك لوحده مثل ما يتم استهلاك المواد الغذائية، بل لا تستهلك في حد ذاتها.

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا المضاف الغذائي المدمج في المواد الغذائية لا بد أن لا يكون مضرًا بالصحة، وأن يكون مطابقاً لمتطلبات والمواصفات الهادفة إلى ضمان إلزامية الأمن².

كما أنها أيضاً لا تستعمل كمكون خاص للمواد الغذائية، حيث لا تعتبر عنصراً من عناصرها ولا جزءاً منها، فقد تتكون المادة الغذائية من مواد أولية طبيعية ذات قيمة غذائية معتبرة تنمي جسم الإنسان، لكن لا يمكن أن تكون المضافات الغذائية عنصراً من هذه المادة.

ورغم ذلك فقد يحتوي المضاف الغذائي على قيمة غذائية معينة أو قد يكون خال من أي نفع أو فائدة غذائية.

ثانياً : خاصية الهدف من استعمال المضاف الغذائي :

الهدف من المضاف الغذائي كما توحى التسمية، يؤدي إضافته قصداً إلى المادة الغذائية لغرض تكنولوجي أو ذوقي *L'Adjonction à une denrée alimentaire dans un but technologique ou organoleptique* في أي مرحلة من مراحل الصناعة أو التحويل أو التحضير أو المعالجة أو التوضيب أو التغليف أو النقل أو التخزين لهذه المادة.

ثالثاً : خاصية التأثير على المادة الغذائية :

تتأثر المادة الغذائية بالمضاف الغذائي بشكل ظاهر، نظراً لما يحتويه هذا الأخير من مركبات بيولوجية ومواد حافظة ومساعدة مركزة وغير مركزة، فتأثر هذه المضافات على خصائص المادة الغذائية وتصبح هي ذاتها أو أحد مشتقاتها مكوناً لهذه المادة الغذائية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

التوجه الأوروبي لسنة 2002 المشار إليه سابقاً يعرف المضاف الغذائي بأنه: " مواد غذائية تهدف إلى تكملة النظام الغذائي العادي، والتي تكون عنصر مركز لقيمة غذائية أو لمواد أخرى لها تأثير غذائي أو فيزيولوجي موحد أو

¹ القانون 03-09 المؤرخ في 2009.02.25 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج ر 15 في 2009.03.08).

² م ت 12- 203 في 2012.05.06 يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات (ج ر 28 في 2012.05.09).

مركب، يتم تسويقه على شكل عينات Doses كأقراص أو كبسولات أو ماشبه، أيضاً كعلب صغيرة وإبر سائلة.....".

يحدد التوجه الأوروبي خصائص المضاف الغذائي بأن طبيعته هي مادة غذائية التي تم تحديد تعريفها وفق مجاءت به المادة R.112_1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث نجد أن المضاف الغذائي غايته تهدف أساساً إلى تكملة النظام الغذائي العادي، ولها أيضاً تأثير غذائي وفيزيولوجي.

وعليه فإنه بعد قراءتنا للتعريف الذي جاء به القانون الفرنسي نجد أن هناك اختلاف بين بينه وبين التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، فالمضاف الغذائي عند المشرع الفرنسي له خاصية تتمثل في "القصد من استعماله" (Destination) فيأخذ كمادة للاستهلاك "la prise" Critère de، ويفرق بين تأثير هذا المضاف فيما كان له تأثير غذائي وفيزيولوجي وبين ما إذا كان له تأثير شفائي curatif أو وقائي دوائي، حتى وأن الأدوية تكون مُستثناة من مجال تطبيق المرسوم 352_2006 المشار إليه في السابق¹.

2. le complément alimentaire comme un produit « destiné à être ingéré ».

المشرع الجزائري استثنى من مجال تطبيق هذا النص القانوني المضافات الغذائية التي تدمج في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك الحيواني. حيث أكد على شروط وكيفيات استعمال المضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري، وعليه فإن التشريع الجزائري لازال اهتمامه منصباً على المحافظة على أمن وصحة المستهلك، ولم نصل بعد للاهتمام بصحة الحيوان الذي هو أيضاً جزءاً لا يتجزأ من حياتنا وعنصر من عناصر غذائنا، ناهيك عن مبدأ المحافظة على الحيوان باعتباره عنصر من عناصر بيئتنا الإجتماعية التي نحياها.

الفرع الثاني: شروط استعمال المضاف الغذائي :

للمضاف الغذائي شروط معينة لا بد من استيفائها حينما يدمج في المواد الغذائية، هذه الشروط تتمثل فيما يلي :

- أن يحافظ المضاف الغذائي على القيمة الغذائية *Qualité nutritionnelle* للمادة التي استعمل فيها المضاف.

- لا بد أن يستعمل المضاف الغذائي كـ ³مكون ضروري في الأغذية الخاصة بالحمية. *Aliments diététiques*

- تُحسن من حفظ أو تثبيت للمادة الغذائية أو خصائصها الذوقية العضوية.

¹ D. n° 2006-352, 20 mars 2006, art. I 1°. L'article 2 du décret interdit, lui, d'inclure dans la composition des compléments alimentaires : « des substances possédant des propriétés exclusivement pharmacologiques » et « des plantes ou des préparations de plantes possédant des propriétés pharmacologiques et destinées à un usage exclusivement thérapeutique » (art .2. 3° et 4°).

² Adeline CERATI-GAUTHIER et Stéphanie BRUNENGO-BASSO, Complément alimentaire et sécurité des consommateurs, LA SEMAINE JURIDIQUE, HEBDOMADAIRE, No 26, 28 Juin 2007, p19.

³ **المكون: ingrédient** هو كل مادة بما فيها المواد المضافة الغذائية، المستعملة في صناعة مادة غذائية أو تحضيرها والتي هي باقية ضمن المنتج النهائي وربما في شكل معدل. (م 3 من م ت 484-05 في 2005.12.22 المشار إليه سابقاً).

- أن لا تغير بأي حال من الأحوال من طبيعة المادة الغذائية أو نوعيتها بصورة من شأنها تغليط المستهلك أو خداعه¹.
- أن يستعمل كمادة مساعدة في مرحلة معينة من عملية الوضع للإستهلاك².
- أن لا يكون استعماله لغرض إخفاء مفعول استعمال المادة الأولية ذات نوعية رديئة أو مناهج تكنولوجية غير ملائمة.
- لا تعتبر مضافات غذائية ولا يمكن أن تدمج في المادة الغذائية إلا المضافات المحددة بالملحقات المذكورة والمرفقة بالمرسوم المشار إليه أعلاه.
- يجب أن يستوفي المضاف الغذائي مواصفات التعريف والنقاء Spécifications d'identité et de pureté المحددة في المقاييس الجزائرية إذا كانت موجودة وإلا تُطبق المقاييس المعمول بها على المستوى الدولي.
- لا بد أن تكون هذه المضافات الغذائية حلال، بمعنى أنها يباح استهلاكها حسب الشريعة الإسلامية الغراء.
- لا بد أن يستعمل المضاف الغذائي بالكمية المرخص بها قانوناً، بحيث لا تتجاوز الكمية التي أدمجت عن طريق استعمال المواد الأولية أو المكونات الأخرى ضمن الشروط التكنولوجية الملائمة أو بمراعاة الطرق الحسنة للصنع³.
- لا يمكن أن يحول المضاف الغذائي بواسطة مادة أولية أو مكون آخر ليدخل في تكوين مستحضرات والأغذية المكملة للرضع والأطفال صغار السن والمستحضرات الموجهة للاستعمالات الطبية الخاصة⁴.

المطلب الثاني: إعلام المستهلك ببيانات الوسم:

بداية فإن التشريع الجزائري أكد من خلال القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁵ على إلزامية إعلام المستهلك، حيث أعتبر ذلك من المبادئ الأساسية وكقاعدة عامة في نظرية إعلام المستهلك، حيث ذكرت المادة 17 من هذا القانون على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

وعليه فإن العناصر التي يلتزم بها المتدخل لتقديم المعلومات من أجل إعلام المستهلك بالمنتج المعروض للبيع هي ثلاث: الوسم، وضع العلامات، أو أية وسيلة أخرى مناسبة.

¹ هناك نصوص قانونية تسلط العقاب على كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأي وسيلة أو طريقة كانت، منصوص عليه في قانون العقوبات والقوانين الخاصة بالاستهلاك التي سنعالجها خلال البحث في عنصر الجزاء.

² عملية الوضع للاستهلاك: **Le processus de mise à la consommation** هي مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالجزئية (م 3 من م ت 214-12 المشار إليه سابقاً).

³ الطرق الحسنة للصنع: **La bonne pratique de fabrication (BPF)** وجوب استعمال المضافات الغذائية بأقل مقدار ممكن للحصول على المفعول المرجو، عند عدم وجود أي تحديد للكمية القصوى.

⁴ جاء القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2012.02.23 (ج ر 49 في 2012.09.09) ليحدد خصائص وشروط وكيفيات عرض المستحضرات الموجهة للرضع، من خلال وضع جهاز تنظيمي يحدد الخصائص التقنية التي تسمح بعرض منتج سليم في السوق يستجيب لحاجيات التغذية للرضع. حيث لم يثبت من خلال هذا ملحقات هذا القرار أن المتطلبات التقنية في تركيب المستحضرات الموجهة للرضع تتكون من مضافات غذائية.

⁵ ق 03-09 المشار إليه سابقاً.

هذه البيانات المتعلقة بالوسم وطريقة ودليل الاستعمال وكذا شروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى لا بد أن توضع على المنتج وتحرر باللغة العربية أساساً، ثم يمكن أن تكتب بلغة أخرى أو أكثر تكون إضافية ومفهومة وسهلة القراءة، وبطريقة مرئية ومتعذر محوها¹.

وتطبق قواعد الوسم على المواد الغذائية المعبأة مسبقاً، أو غير المعبأة مسبقاً المعروضة على حالها على المستهلكين، وتلك الموجهة للإطعام والمستشفيات والمطاعم الجماعية والجماعات الأخرى المماثلة².

ويقصد بالوسم Etiquetage كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة³، الذي يرفق بالمنتج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع⁴.

ويشمل الوسم العديد من البيانات المنصوص عليها في المادة 7 من المرسوم التنفيذي المشار إليه سابقاً من بينها، تسمية البيع، الكمية الصافية المعبأة مسبقاً، اسم الشركة، بلد المنشأ، طريقة الاستعمال، تاريخ الصنع وتاريخ الصلاحية الدنيا والتاريخ الأقصى للاستهلاك وغيرها من البيانات.....

المشروع الجزائري ومن خلال المادة الثانية عشر من المرسوم التنفيذي 12-214 أكد على إعلام المستهلك من خلال ضرورة تقديم كل بيانات الوسم اللازمة للمستهلك حينما تحوي الإضافات الغذائية المدججة في المواد الغذائية والمواد الموجهة إلى البيع.

هذه البيانات لا بد أن تكون مقروءة وواضحة على أغلفتها. حيث ذكرها المشروع على سبيل الحصر، فهناك مضافات غذائية مدججة في المواد الغذائية، وأخرى معبأة مسبقاً التي تباع بالتجزئة.

الفرع الأول: المضافات الغذائية المدججة في المواد الغذائية Additifs alimentaires incorporés dans les denrées alimentaires

في هذه الحالة يتطلب أن يتم إعلام المستهلك من خلال ما يلي :

- اسم كل مضاف غذائي يجب أن يكون خاصاً غير جنيس non générique و/أو رقمه في النظام الدولي للترقيم (SIN) متبوعاً بوظيفته التكنولوجية.

- عبارة "لأغراض غذائية" أو أية إشارة أخرى مماثلة.

- الكمية القصوى لكل مضاف غذائي أو مجموعة مضافات غذائية المعبر عنها بما يأتي:

- قياس الوزن بالنسبة للمضافات الغذائية الصلبة.
- قياس الوزن أو الحجم بالنسبة للمضافات الغذائية السائلة.
- قياس الوزن أو الحجم بالنسبة للمضافات الغذائية شبه الصلبة أو اللزجة.

¹ م 18 من القانون أعلاه. أيضاً: م 5، م 5 مكرر من المرسوم التنفيذي 484-05 في 2005.12.22 المعدل والمتمم والمشار إليه سابقاً.

² م 1 من م ت 484-05 المشار إليه أعلاه.

³ يقصد بالبطاقة كل استمارة أو علامة أو صورة أو مادة وصفية أخرى، مكتوبة أو مطبوعة أو مصقولة أو موضوعة أو موسومة أو مطبقة على تعبئة المادة الغذائية أو مرفقة بها. (م 3 من م ت 484-05 المشار إليه أعلاه).

⁴ م 2 من م ت المشار إليه أعلاه.

- حسب مبدأ الطرق الحسنة للصنع¹.

- عند وجود مضافين غذائيين أو أكثر في المادة الغذائية فإنه يجب أن تبين أسماءهم في قائمة مرقمة بالترتيب التنازلي حسب كتلتها بالمقارنة مع المحتوى الإجمالي للمادة الغذائية.

- في حالة استعمال مزيج من المواد المعطرة فإن إظهار اسم كل معطر ليس ضرورياً ويمكن استعمال التسمية الجنيسة، "عطر" أو "معطر" بشرط أن تكون مصحوبة ببيان طبيعة العطر.

يمكن أن تتبع عبارة "عطر" أو "معطر" بأوصاف مختلفة ولاسيما "طبيعي" أو "اصطناعي" أو الاثنين معاً حسب الحالة.

- عبارة "لاينصح بتناوله من طرف الأطفال" في حالة استعمال المحليات L'utilisation d'édulcorants.

- عبارة "لاينصح بتناوله من طرف الأشخاص ذوي الحساسية و/أو الحساسية المفرطة من المضافات الغذائية".

الفرع الثاني: المضافات الغذائية المعبأة مسبقاً التي تباع بالتجزئة Additifs alimentaires préemballés vendus au détail

يجب أن تحوي المضافات الغذائية المعبأة مسبقاً التي تباع بالتجزئة على البيانات التالية:

- اسم كل مضاف غذائي يجب أن يكون خاصاً وغير جنيس ويكون رقمه في النظام الدولي للترقيم متبوعاً بوظيفته التكنولوجية.

- طبيعة المضاف الغذائي.

- عبارة "لأغراض غذائية" أو أية إشارة أخرى مماثلة.

- الكمية القصوى لكل مضاف غذائي أو مجموعة مضافات غذائية معبر عنها بما يأتي:

- قياس الوزن بالنسبة للمضافات الغذائية الصلبة غير تلك التي تباع في صفائح.
- قياس الوزن أو الحجم بالنسبة للمضافات الغذائية السائلة.
- قياس الوزن أو الحجم بالنسبة للمضافات الغذائية شبه الصلبة أو اللزجة.
- قياس الوزن مع بيان عدد الصفائح المعبأة، بالنسبة للمضافات الغذائية في شكل صفائح.

- عند وجود مضافين غذائيين أو أكثر في مزيج من المضافات الغذائية، فإنه يجب أن تبين أسماءهم في قائمة مرقمة بالترتيب التنازلي حسب كتلتها بالمقارنة مع المحتوى الإجمالي للمزيج.

- في حالة استعمال مزيج من المواد المعطرة، فإن إظهار اسم كل معطر ليس ضرورياً، ويمكن استعمال التسمية الجنيسة، "عطر" أو "معطر" بشرط أن تكون مصحوبة ببيان طبيعة العطر.

- عبارة "حلال".

¹ طالع تعريف ذلك فيما سبق.

- عبارة "لا ينصح بتناوله من طرف الأطفال" بالنسبة لمخليات المائدة.

- عبارة "لا ينصح بتناوله من طرف الأشخاص ذوي الحساسية و/أو الحساسية المفرطة من المضافات الغذائية".

وبالنسبة للمضافات الغذائية الموجهة للصناعات الغذائية، يمكن أن تظهر البيانات "حلال" و"طبيعة المضاف الغذائي" على غلاف التوضيب أو في الوثائق المرفقة بالمنتج.

هذه البيانات الخاصة بالمضافات الغذائية والمذكورة في السابق وغيرها من البيانات جعلها المشرع إلزامية، وقد حدد هذه المضافات المرخص بها وتعريفاتها ووظائفها التكنولوجية وكذا أرقامها في النظام الدولي للترقيم وفق قائمة محددة في الملحق الأول من هذا المرسوم¹.

أما أصناف الأغذية التي يمكن أن تدمج فيها المضافات الغذائية فقد حددت وفق ما جاء به الملحق الثاني المرفق².

وفي الملحق الثالث من هذا المرسوم تم تحديد قائمة المضافات الغذائية التي يمكن دمجها في المواد الغذائية، وكذا حدودها القصوى المرخص بها³.

المطلب الثالث: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بأمن المنتج وإعلام المستهلك:

المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك⁴ أحالنا إلى أحكام قانون العقوبات والمادة 429 منه والتي تعاقب كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول تصرفات كثيرة من بينها، ما يقع في طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج.

وترفع هذه العقوبة إلى خمس (5) سنوات حبساً وغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار (500.000 دج)، إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة:

- الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى مزورة أو غير مطابقة.

- طرق ترمي إلى التغليف في عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتج.

- إشارات أو ادعاءات تدليسية.

- كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى⁵.

ويعاقب كل من يخالف إلزامية سلامة المواد الغذائية بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج).

¹ م 13 من م ت 214-12 المشار إليه سابقاً.

² م 14 من المرسوم أعلاه.

³ م 15 من م ت أعلاه.

⁴ م 68 من ق 03-09 المشار إليه سابقاً.

⁵ م 69 من ق 03-09 المشار إليه في السابق.

أما المادة 77 من القانون 09-03 فقد جاءت لتقرر الجزاء الخاص بكل مخالفة تتعلق بإلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص: مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته، تأثير المنتج على المنتجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتجات، عرض المنتج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج، فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتج، خاصة الأطفال. ومن ثم فإنه يعاقب كل من يخالف هذه الإلزامية بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج).

أما ما يتعلق بإلزامية إعلام المستهلك ووسم المنتج فقد نصت المادة 78 من القانون ذاته على معاقبة كل من يخالف الإلزامية وسم المنتج بغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، حيث نصت المادتين 17، 18 من قانون الاستهلاك رقم 09-03 على أنه يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

كما تمنع الحيازة من أجل البيع والوضع للبيع والبيع أو التوزيع المجاني للمواد الغذائية ذات وسم غير مطابق، وأيضا المخزنة في ظروف غير مطابقة لتلك المحددة في وسمها¹.

بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها، فإنه يجوز لأعوان قمع الغش القيام بالبحث ومعاينة المخالفات والقيام بالرقابة القانونية اللازمة وتحرير المحاضر والقيام باقتطاع العينات والتحليل اللازمة والاختبارات والتجارب قصد حماية المستهلك وقمع الغش، كما يمكن للجهة القضائية المختصة التدخل في ذلك².

كما يجوز للأعوان المرخص لهم بقمع الغش أن يقوموا بكافة الإجراءات التحفظية اللازمة قصد حماية المستهلك وصحته وسلامته ومصالحه، كالإيداع والحجز والسحب المؤقت أو النهائي للمنتجات أو إتلافها والتوقيف المؤقت للنشاطات.

كما يمكن لأعوان قمع الغش فرض غرامة صلح على مرتكب المخالفة، وإذا لم تسدد غرامة الصلح في الأجل المحدد في القانون يرسل المحضر إلى الجهة القضائية المختصة³.

فتحدد مبلغ غرامة الصلح فيما يخص انعدام أمن المنتج بثلاثمائة ألف دينار (300.000 دج)، غياب بيانات وسم المنتج بمائتا ألف دينار (200.000 دج)⁴.

خاتمة :

يعد المرسوم التنفيذي المنظم للمضافات الغذائية بمثابة لبنة جديدة في صرح الهرم القانوني لقواعد حماية المستهلك، ذلك من عدة نواحي مهمة، تتعلق بشروط استعمال المضاف الغذائي، وإلزامية إعلام المستهلك ببيانات الوسم سواء تعلق الأمر بالمضاف الغذائي المدمج في المادة الغذائية أو تلك المعبأة مسبقاً التي تباع بالتجزئة، وقد كانت مسألة تحديد قائمة المضافات الغذائية من أهم العناصر التي أحتواهم هذا المرسوم، سواء تلك المرخص بها

¹ م 15 من م ت رقم 484-05 المشار إليه أعلاه.

² م 25 وما يليها من ق 03-09.

³ م 86 من القانون أعلاه.

⁴ م 88 من القانون المشار إليه أعلاه.

وظائفها البيولوجية وكذا أرقامها في النظام الدولي للترقيم، أو أصناف الأغذية التي يمكن أن تدمج فيها المضافات الغذائية، أو قائمة هذه المضافات التي يمكن دمجها في المواد الغذائية وكذا حدودها القصوى المرخص بها.

جاء المرسوم التنفيذي لسد الفراغات القانونية الموجودة في مجال استعمال المضافات الغذائية في المواد الغذائية ودعم إجراءات الرقابة و قمع الغش، وكذا ضمان مطابقة جميع المواد الغذائية المقدمة للمستهلك في جميع مراحل العرض للإستهلاك و تعزيز إجراءات حماية صحة المستهلكين و أمنهم بتحديد الكميات القصوى لإستعمال المضافات الغذائية في المواد الغذائية.

للإشارة فإنه من بين مبادئ هذا المرسوم الأساسية تحديد شروط استعمال المضافات الغذائية قصد حفظ القيمة الغذائية للمادة الغذائية وأن لا يكون استعمالها سببا في غش المستهلك أو تغطيته حول الخصائص الذوقية للمادة الغذائية، هذا كله في مجال إعلام المستهلك بالبيانات اللازمة للمضاف الغذائي من خلال ما يعرف بالوسم.

لكن يبقى أمر تطبيق هذا المرسوم منوط أساساً بأعوان الرقابة و قمع الغش، هؤلاء الذين تتوقف عليهم مهمة المطابقة والرقابة وتتبع حركة السلع أو الخدمة واتخاذ كل التدابير التي من شأنها تطبيق التعليمات التنظيمية في مجال أمن وصحة المستهلكين و حمايتهم. ويبقى من المهام المنوطة بالدولة توفير الوسائل والأجهزة اللازمة لحماية الحدود من أي تجاوزات تتعلق باستيراد هذه المضافات المحظورة وتسويقها، كما يجب عليها الحرص على لتنفيذ العقوبات القانونية على كل مخالف لأحكام هذا التنظيم طبقاً للتشريع المعمول به.

قائمة المراجع :

- القانون 03-09 المؤرخ في 25.02.2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج ر 15 في 08.03.2009).
- المرسوم التنفيذي 484-05 المؤرخ في 22.12.2005 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 10.11.1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها .
- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 في 06.05.2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات (ج ر 28 في 09.05.2012).
- المرسوم التنفيذي 12-214 المؤرخ في 15.05.2012 يحدد شروط وكيفيات استعمال المضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستعمال البشري. .
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23.02.2012 يتضمن المصادقة على النظام التقني الجزائري الذي يحدد خصائص وشروط وكيفيات عرض المستحضرات الموجهة للرضع.
- Décret n° 2006-352 du 20 mars 2006 relatif aux compléments alimentaires a transposé la directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant les compléments alimentaires. Axé sur la sécurité du produit et la santé du consommateur.
- Adeline CERATI-GAUTHIER et Stéphanie BRUNENGO-BASSO, Complément alimentaire et sécurité des consommateurs, LA SEMAINE JURIDIQUE, HEBDOMADAIRE, No 26, 28 Juin 2007, p19.

المقاومة المسلحة وجريمة الإرهاب (دراسة مقارنة)



فضيلة الأستاذ : عمرانى كمال الدين

أستاذ القانون الجنائي بجامعة بشار، الجزائر

ومحام معتمد لدى المحاكم والمجالس القضائية منذ سنة 2000.

مقدمة.

إنّ الإنسان ومنذ وجوده على الأرض كثير الميول إلى الأنانية بطبعه وحريص على حب التملك، وتبعاً لذلك فإنّ العنف وليد العصور القديمة عرفه الإنسان ومارسه دفاعاً عن نفسه، وعن وجوده، بل مارسه الإنسان في الاعتداء على الآخرين لتحقيق أهداف قد تكون دنيئة، من ذلك عمليات الاستعمار التي قامت بها الدول والقوميات القوية عبر التاريخ والتي قوبلت بعمليات دفاعية على درجة كبيرة من العنف قامت بها جماعات واجهت المعتدين على أراضي الغير، والتي عُرِفَت فيما بعد بحركات التحرير الوطني، هذه الحركات التي اكتسبت بعد فترة معينة مشروعية الدفاع عن أراضيها وحَقّها في تقرير مصيرها، إلاّ أنه وبالرغم مما سبق ذكره عن مشروعية المقاومة إلاّ أنّنا نجد الدول الغربية ووسائل إعلامها تعودت على وصف المقاومة التي تقوم بها حركات التحرر خاصة العربية والإسلامية منها بالإرهاب من ذلك المقاومة الفلسطينية، ولا عجب في هذا الوصف باعتبار أن تلك الحركات وأنشطتها تمثل تهديداً لمصالح تلك الدول، وذلك محاولة منها نزع طابع المشروعية عن تلك الحركات وعن نشاطها.

إذاً فالإشكال يثور حول رؤية الدول لهذا الحق وبخاصة الدول التي يُمارَس ضدها هذا الحق أو ضد مصالحها، حيث كثيراً ما يحدث خلط بين الإرهاب وحق الكفاح المسلح من أجل حق تقرير المصير، ويعود هذا الخلط لتباين المصالح الدولية بين الدول، حيث يرى بعض الدول في عمل ما أنه إرهاب يجب مقاومته، في حين يرى البعض الآخر أنه عمل مشروع يجب مساندته وتأييده، ومن يُعتبر عند البعض إرهابياً يُعتبر عند البعض الآخر مناضلاً من أجل الحرية، ولعلّ أوضح مثال على هذا الوضع الدولي الراهن الكفاح المسلح للشعب الفلسطيني من أجل تحرير وطنه، فيرى كلّ من الكيان الصهيوني (إسرائيل) و الو م أ أن هذه المقاومة تُعد إرهاباً يحقّ لدولة الاحتلال أن تقاومه وتقضي عليه بكافة وسائل العدوان، وعلى العكس من ذلك يراه الكثير من الدول وعلى رأسها الدول العربية والإسلامية مقاومة مشروعية ضد مُحتل، وحق قانوني أقرّه المجتمع الدولي.

وعليه سنتعرض لكلّ من الإرهاب والكفاح المسلح من خلال تعريفهما، من حيث الفقه من خلال ذكر آراء بعض الفقهاء والمختصين، ومن حيث التشريع مُقتصرين على بعض القوانين فقط (بالنسبة لجريمة الإرهاب)، هذا إضافة

إلى تعريفهما في إطار المجتمع الدولي، وهذا ليتضح مفهومهما حتى تسهل عملية التمييز بينهما وتظهر الحدود الفاصلة بينهما. فما المقصود بكلّ من جريمة الإرهاب، والكفاح المسلح؟، وما أوجه الاختلاف بينهما؟، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب بداية بالتعرض لجريمة الإرهاب (المطلب الأول)، ثم عمليات المقاومة المسلحة (المطلب الثاني)، وأخيراً نتعرض لمسألة التمييز بينهما (المطلب الثالث).

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 من ذلك حركات التحرر، هذا إضافة إلى وسائل الإعلام حيث لعبت دور كبير في هذا المجال، من ذلك ما قامت به الو م أ من اللعب على أوتار الإعلام بكافة صورته ببراعة من أجل تشويه صورة العرب والمسلمين. وفي المقابل للأعمال التي قد توصف بالإرهاب بالرغم من بعدها وبعده 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 ضد الآخرين.

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 و هي:

* 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 وليسوا إرهابيين.

* و من ناحية ثانية، فإن تعدد دوافع و أسباب الأعمال الإرهابية ما بين دوافع سياسية، اقتصادية واجتماعية، و عرقية... الخ، و محاولة تعريف الإرهاب استنادا إلى أي من هذه الدوافع سيؤدي حتما إلى تعدد التعريفات و عدم الاتفاق حول أي منها. بل و يجعل الأمر شاقا و مثير للجدل آخذين في الاعتبار أنه لا يمكن بأي حال حصر دوافع و أسباب 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.

* و من ناحية ثالثة، يوجد اختلاف كبير في وجهات النظر بين غالبية الدول الغربية و بعض الدول الاستعمارية (كإسرائيل) من جهة و دول العالم الثالث بصفة من جهة أخرى حول التكييف القانوني لأعمال العنف التي تقوم بها الشعوب خلال حروبها المشروعة امن أجل تقرير المصير مثل المقاومة الفلسطينية ، 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 و ضرورية لتحقيق هدفها نحو الاستقلال والتحرير من الاستعمار.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للإرهاب.

سنتعرض إلى تعريف الإرهاب في اللغة العربية واللغة الأجنبية مقتصرين على اللغة 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 العرب 1: أرهب: يأتي بمعنى خوف. ومن قولهم "رهب" بالكسر يرهب رهبة ورهب، بالضم، ورهبا، بالتحريك، أي خاف. ورهب الشيء رهبا ورهبه: خافه.

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

وفي القاموس المحيط للفيروز أبادي 2: رهب، رهبة رهبا والاسم: الرهبى، والرهبوتي " ورهبوت خير من رحموت"، أي: لأن ترهب خير من أن ترحم. و أرهبه وإسترهبه: أخافه. و ترهبه: توعدله. والترهب: التبعده.

2 — تعريف الإرهاب في اللغة الأجنبية.

وسنقتصر على اللغتين الفرنسية والانجليزية:

يعرّفه القاموس الفرنسي - لروس 3- ، بأنه استعمال العنف لأغراض سياسية.

ويعرّف قاموس اللغة الإنجليزية - أكسفورد 4- 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 صورته 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 الإقليمية منها والدولية، وهذا ما سنعرضه بعد عملية 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 الدولة⁵.

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 ما⁶.

1 — 2 الفقه الغربي.

عرّفه الأستاذ بروس هوفمان بأنه: العنف أو التهديد بالعنف المستعمل والموجه لخدمة هدف سياسي⁷.

أما الأستاذ لكور وهو 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 اللامعادلة⁸.

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 لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة المقدم إلى الجمعية العامة لسنة 1954 من خلال مشروعها المتعلق بقانون الجرائم ضد السلام وأمن الإنسانية أن الإرهاب: ينصرف إلى قيام سلطات دولة بالتخاذ 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 أخرى⁹.

وعرّفته لجنة الإرهاب الدولي التابعة للأمم المتحدة عند وضعها مشروع اتفاقية موحدة بشأن إجراءات مواجهة الإرهاب الدولي لسنة 1980 بأنه: يعد الإرهاب الدولي عملاً 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 ابتزاز 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، أيضاً جريمة الإرهاب الدولي¹⁰.

3 — تعريف الإرهاب لدى المنظمات الإقليمية.

وسنذكر تعريفاً للجامعة العربية، وتعريفاً لمنظمة الدول الأوروبية :

3 — 1 الجامعة العربية.

توصلت جامعة الدول العربية لعقد اتفاقية لمكافحة الإرهاب بعد تصديق وزراء الداخلية العرب على هذه الاتفاقية في 22 أبريل لسنة 1998 11 ، حيث جاء في الاتفاقية تعريفاً للإرهاب تضمنته المادة الأولى في الفقرة الثانية، جاء فيها أن الإرهاب "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه وأغراضه يقع تنفيذاً 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 (الإتحاد الأوروبي حالياً).

لقد أسفرت الجهود التي بذلها مجلس دول أوروبا في مجال مكافحة الإرهاب، في نوفمبر لسنة 1976 ، 12 إلا أن الإتفاقية الأوروبية لم تضع تعريفاً معيارياً للإرهاب وإنما اقتصر 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 دولياً بمن فيهم المبعوثين الدبلوماسيين.

— الجرائم المتضمنة استخدام المتفجرات والقذائف والأسلحة الآلية و الطرود 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 و المنظمات 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 — التشريع العربي.

ومن التشريعات العربية التي سنتناولها التشريع: الجزائري، 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 بنصه (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 بملكاتهم. — عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطرق والتجمهر أو الاعتصام في الساحات العمومية. — الاعتداء على رموز الأمة والجمهورية ونش 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 الارهاب 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 أفعالاً إرهابية إذا كانت لها علاقة عمداً بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخاطر بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهيب أو العنف : 1 — الاعتداء عمداً 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 والطابع 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 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 إذ 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 بالأموال 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 اللوائح 13. وتحليلاً للتعريف الوارد في المادة 86 من قانون العقوبات المصري، يتضح أن المشرع المصري قد سلك طريق التوسع في تحديد وسائل الإرهاب باستعمال عبارة "كل استخدام للقوة أو العنف" ولم يحدد السلوك الإرهابي على سبيل الحصر.

1— 4 التشريع اللبناني.

تعرض المشرع اللبناني للأفعال الإرهابية في المادة 314 وعرفها: بأنها جميع الأفعال التي ترمي إلى إيجاد حالة ذعر، وترتكب بوسائل كالأدوات المتفجرة والمواد الملتهبة والمنتجات السامة أو المحروقة أو العوامل البوئية أو الميكروبية التي من شأنها أن تحدث خطراً عاماً 14 و يتضح جلياً أن تعريف التشريع اللبناني يتشابه تماماً مع تعريف المشرع السوري سابق الإشارة إليه.

2 — التشريع الغربي.

سنقتصر في إطار التشريع الغربي على القانونين الفرنسي والانجليزي فقط.

2_1 التشريع الانجليزي 15.

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

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 لتهريب الناس أو طائفة منهم.

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

2_2 التشريع الفرنسي 16.

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

المطلب الثاني: حركات التحرر الوطني (الكفاح المسلح).

يرجع تاريخ حق تقرير المصير إلى سنوات عديدة مضت حيث كان حديث المفكرين والفلاسفة، وأحد المبادئ الهامة التي نادت بها الثورة الفرنسية، فلقد كانت الثورة الفرنسية أول من أشار إلى هذا المبدأ عندما أعلن زعمائها عن استعدادهم لمساعدة الشعوب المتطلعة للحصول على حقها في تقرير المصير، ومع ذلك ظل حق تقرير المصير مبدءاً سياسياً بعيداً عن دائرة القانون الدولي العام حتى الحرب العالمية الأولى 17.

وفي فترة ما بين الحربين أبدت الدول اهتماماً متزايداً بمبدأ حق الشعوب في تقرير المصير، وتضمنت معاهدات الصلح التي عُقدت بعد الحرب العالمية الأولى عدداً من النصوص التي تضمنت هذا المبدأ، إلا أن الشك بقي قائماً حول القيمة القانونية لهذا المبدأ والموضع الذي يحتله كأحد مبادئ القانون الدولي. وباندلاع الحرب العالمية الثانية عادت إلى مبدأ تقرير المصير حيويته وحظي باهتمام كبير من مختلف دول العالم، ووجد سبيله إلى تصريح الأطلسي الذي أعلنه الرئيس الأمريكي - روزفلت - ورئيس وزراء بريطانيا - تشرشل - في 14 أغسطس 1942، والذي جاء فيه أنهما يحترمان حق الشعوب في اختيار نظم الحكم التي تناسبها 18.

ومع إنشاء منظمة الأمم المتحدة ورد ذكر مبدأ تقرير المصير في ميثاقها مرتين: إحداهما في الفقرة الثانية من المادة الأولى وهي الخاصة بأهداف الأمم المتحدة والمتمثلة في إنماء العلاقات الودية بين الأمم وبأن يكون لكل دولة تقرير مصيرها، والإشارة الثانية وردت في مجال استعراض أسس التعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي في المادة 55 من ميثاق الأمم المتحدة، وهو ما سنذكره لاحقاً.

إلا أنّ تمييز الإرهاب بما ينطوي من استخدام غير مشروع للعنف عن أعمال المقاومة المسلحة بما فيها من عنف لتحقيق أهداف سياسية يقتضي تحديد المركز القانوني لحق تقرير المصير في القانون الدولي من خلال تحديد مفهومه والبحث في مشروعيته.

وعليه سنتعرض إلى مفهوم الكفاح المسلح الذي تقوم به وتأخذ حركات التحرر الوطني على عاتقها من أجل تحرير بلدانها من التواجد الاستعماري، ومدى مشروعية هذه المقاومة المسلحة، وهذا من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في الأول منهما إلى مفهوم حركات التحرر، ونخصص الثاني إلى السند القانوني لهذه الحركات.

الفرع الأول: مفهوم حركات التحرر الوطني.

حركات التحرر الوطني هي في الواقع منظمات شعبية غير حكومية، أخذت على عاتقها مهمة تحرير أوطانها وشعوبها من التواجد العسكري الأجنبي فوق ترابها الوطني، وحركات التحرر هذه تمثل تهديداً لهذا التواجد الأجنبي ولسيطرته على مقدرات الشعوب المغلوبة على أمرها.

ويعرف الأستاذ - صلاح الدين عامر - المقاومة الشعبية بأنها عمليات القتال التي تقوم بها عناصر وطنية من غير أفراد القوات المسلحة النظامية، دفاعاً عن المصالح الوطنية أو القومية ضد قوة أجنبية، سواء كانت تلك العناصر تعمل في إطار تنظيم يخضع لإشراف وتوجيه سلطة قانونية أم واقعية، أم كانت تعمل بناءً على مبادرتها الخاصة، وسواء باشرت هذا النشاط فوق الإقليم الوطني، أم من قواعد خارج هذا الإقليم¹⁹.

وبذلك فإن الكفاح المسلح المرتبط بحق تقرير المصير يتصف بعدة خصائص وهي:

- أنه نشاط شعبي يمارسه سكان الدولة المحتلة ضد قوى أجنبية تحاول غزو إقليم هذه الدولة، أو أنها قد احتلته بالفعل.

- يُستخدم كافة أنواع الأسلحة المتعارف عليها في الحروب الدولية.

- أن يكون الهدف منه تحرير إقليم الوطن من القوات الأجنبية والحصول على الاستقلال، والحق في تقرير المصير، ويعني هذا أن يكون لكل شعب السلطة العليا في تقرير مصيره دون تدخل أجنبي، وغالبا ما تكون منظمات المقاومة ذات جناحين سياسي وعسكري²⁰.

الفرع الثاني: الأسانيد الشرعية لحركات التحرر (المقاومة المسلحة).

إن حق الشعوب في مقاومة الاحتلال والكفاح من أجل التحرر من الاستعمار هو حق مشروع كرّسته وأقرته أحكام ومبادئ القانون الدولي العام مثلما سنرى ذلك، بل يعتبر من الأهداف الرئيسية للأمم المتحدة، ويعتبر أحد الأسس الهامة في حفظ السلم والأمن الدوليين، وهذا ما جاء في المادتين 1، و 55 من ميثاق الأمم المتحدة²¹، ومن الوثائق التي تعرضت للسند القانوني وأعطت المشروعية للمقاومة المسلحة نذكر مايلي:

1 _____ شرعية المقاومة في إطار الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية.

إن مسألة أحقية الشعوب في مقاومة العدوان وليس شرعية المقاومة الوطنية هي مسألة وُجِدَتْ وطُرِحَتْ في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، عندما جرت المحاولات الأولى لتقنين قواعد الحرب²² وبأتي في طليعة الوثائق والاتفاقيات الدولية التي تكرر أو تدعم المبادئ المتعلقة بحق المقاومة ومشروعيتها اتفاقية لاهي لسنة 1907، ثم تلتها اتفاقيات أخرى هامة أيضاً منها الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، إضافة إلى اتفاقية جنيف لسنة 1949.

1 _____ 1 اتفاقية مؤتمر لاهي 23:

عرّفت المادة الثانية من لائحة لاهي لسنة 1907، شعب المقومة بأنه مجموعة المواطنين من سكان الأراضي المحتلة الذين يحملون السلاح ويتقدمون لقتال العدو، سواء أكان ذلك بأمر حكومتهم أم بدافع وطنيتهم أو واجبهم. وقرّرت المادة الأولى من الاتفاقية أن هؤلاء المواطنين المقاتلين يُعتبرون في حكم القوات النظامية وتطبق عليهم صفة المحاربين، بشرط توافر شرطين فيهم وهما: حمل السلاح علناً والتقيّد بقوانين الحرب وأعرافها.

1 — 2_ الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان 24 :

وتتمثل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والذي جاء في ديباجته أنه من الضروري أن يتولى نظام قانوني حماية حقوق الإنسان، حتى لا يضطر المرء في نهاية الأمر إلى التمرد على القهر والطغيان، تطبيقاً لمبادئ حقوق الإنسان وحق الشعوب في تقرير مصيرها.

1 — 3 اتفاقية جنيف 25 :

لقد تعرضت اتفاقية جنيف لحركات المقاومة، واشترطت أربعة شروط وهي :

- أن تكون لديهم قيادة مسئولة عن تصرفاتهم وعملياتهم.

- أن يكون لديهم رمز معين ومحدد وواضح.

- أن يجعلوا السلاح بصورة بارزة.

- أن يطبقوا في تصرفاتهم قوانين وقواعد الحرب.

1 — 4 مؤتمر جنيف :

انعقد مؤتمر جنيف الدبلوماسي سنة 1977، وقد اعتمد المؤتمر البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لسنة 1949، حيث أكد المؤتمر على النزاعات المسلحة الناجمة عن نضال الشعوب من أجل تقرير المصير من قبيل النزاعات المسلحة التي تدخل في نطاق البروتوكول الأول، والذي اعتبرت المادة 43 منه أن أفراد المقاومة النظامية مدرجون في مفهوم القوات المسلحة، إضافة إلى ما جاء في المادة 44 من نفس البروتوكول على أنه يتمتع أفراد المقاومة في حالة القبض عليهم بمركز أسير حرب²⁶.

2 — شرعية المقاومة في إطار الأمم المتحدة وأجهزتها.

لقد أغفل ميثاق الأمم المتحدة بيان مسألة حق الشعوب في الدفاع عن نفسها رغم تعرضه لحق تقرير المصير وإعطائه الشرعية الدولية، إلا أن الميثاق لم يحدد صورة واضحة عن كيفية ممارسة الشعوب حقها في تقرير المصير²⁷، مما دفع الجمعية العامة إلى إصدار مجموعة من القرارات أكدت على حق استخدام القوة والمقاومة للوصول إلى تقرير المصير، حيث أصبحت هذه القرارات بمثابة أسانيد قانونية لشرعية الكفاح المسلح ضد الاحتلال، ومن ذلك نذكر :

2 — 1 الإعلان الخاص بشأن منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة الذي اعتمده الجمعية العامة بقرارها رقم (1514) الصادر في 14 ديسمبر 1960، والذي يعتبر دليلاً لتصفية الاستعمار، وتضمن في فقرته الثانية إعلان الجمعية العامة أن لجميع الشعوب الحق في تقرير المصير، ونصت الفقرة الرابعة من هذا الإعلان على وقف جميع الاعتداءات المسلحة والإجراءات القمعية ضد الشعوب التابعة، حتى يتسنى لها أن تمارس في سلام وحرية حقها في الاستقلال الكامل واحترام وحدة أراضيها القومية²⁸.

2 — 2 قرار الجمعية العامة رقم (2160) الخاص بالمراعاة الدقيقة لخطر التهديد باستعمال القوة أو استعمالها في العلاقات الدولية، ولحق الشعوب في تقرير مصيرها، وأكدت الجمعية العامة بهذا القرار على أن استعمال القوة لحرمان الشعوب من حقوقها القومية يشكل خرقاً لحقوقها غير القابلة للتصرف وخرقاً لمبدأ عام هو عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها الوارد في قرار الجمعية العامة رقم (2131)²⁹.

2 — 3 قرار الجمعية العمومية رقم (2980) الصادر في الدورة المرتبطة بالأمم المتحدة لإعلان منح الاستقلال للدول والشعوب المستعمرة، ففي فقرته الثانية تم النص على أن الجمعية العامة تؤكد من جديد أن اعترافها ومجلس الأمن وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة بمشروعية كفاح الشعوب المستعمرة من أجل تحقيق حريتها واستقلالها.

ويستتبع ذلك قيام مجموعة من أجهزة الأمم المتحدة بتقديم كل المساعدات المادية والمعنوية الضرورية لحركات التحرير الوطنية³⁰.

المطلب الثالث: تمييز الإرهاب عن العنف الكفاح المسلح.

من الموضوعات التي ثار حولها جدل كبير بين الدول في المنظمات الدولية وعلى مستوى الفقه موضوع التمييز بين العنف المستخدم في ممارسة حق الكفاح المسلح من أجل الحصول على حق تقرير المصير، وهو بذلك عنف مشروع ومسموح به وبين العنف المستخدم في ارتكاب جرائم الإرهاب، وهو بذلك عنف غير مشروع وتقاومه دول العالم وكافة المنظمات الدولية المعنية.

ومن هذا المنطلق كان وضع الخطوط الفاصلة بين هاتين القضيتين المتضادتين يساعد على سهولة توصل المجتمع الدولي إلى تعريف جامع مانع للإرهاب.

والتمييز بين الإرهاب وبين المقاومة الوطنية ضروري جداً لأكثر من سبب أبرزها³¹:

- ضرورة التعرف على الأحكام القانونية الدولية التي حرصت منذ الأربعينات على الأقل على تشريع المقاومة الوطنية كأداة فاعلة لممارسة الحق في تقرير المصير ومكافحة الاستعمار بكل أصنافه ومستوياته وأساليبه.
- السماح بالمقاومة كأداة فاعلة في بعض الحالات لتعميم علاقات الصداقة بين الشعوب على قاعدة حقوق الإنسان والعدالة الاجتماعية الدولية والحفاظ على الوحدة الإقليمية والاستقلال السياسي للدول.
- وعليه سنقوم بذكر أهم الفروق التي تميز الإرهاب عن المقاومة الوطنية، ثم نتعرض لموقف المجتمع الدولي وكذا الدول من مسألة التمييز بينهما، وهذا من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الفروق بين الإرهاب والكفاح المسلح.

فمن خلال ما تعرضنا يمكن الوصول إلى فروق كثيرة ومتعددة في التفريق بين كل من الإرهاب والكفاح المسلح، وسنذكر أهمها والمتمثلة فيما يلي:

— فمن حيث الهدف، فإنّ هدف العنف المستخدم في الكفاح المسلح هو تحقيق التحرير من استعمار دولة الاحتلال، أمّا هدف العنف المستخدم في جرائم الإرهاب فهو بث الرعب في نفوس الناس دون النظر لمكان وقوع هذا العنف أو لطبيعته من أجل القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من قبل دولة أو مجموعة دولية معينة.

— كما تتميز أهداف الكفاح المسلح الذي تمارسه حركات التحرر الوطني بأنها ذات صبغة عالمية، ويظهر جلياً في مساندة المنظمات الدولية لها والاعتراف بها وإعطائها شرعية العمل وحققها في التمثيل الدبلوماسي، أمّا أهداف جرائم الإرهاب فإنها أيضاً تتميز بالعالمية ولكنها عالمية في الاستنكار والمقاومة والردع لمثل هذه الأفعال التي تتسم بالوحشية.

— العنف المستخدم في الكفاح المسلح للحصول على حق تقرير المصير له أساس قانوني وشرعية مستمدة من قواعد القانون الدولي، أمّا العنف المستخدم في جرائم الإرهاب فلا يتسم بالشرعية بل إنّهُ يُعد جريمة دولية لأنه يمثل عدواناً على مصالح الدول والمجتمعات.

- ومن حيث الدافع، فدائماً الدافع الوطني هو المحرك لقيام المقاومة واستمرارها، أمّا الجماعات الإرهابية فهي بعيدة كل البعد عن الدافع الوطني بل قد تعمل أحياناً لصالح الأعداء في سبيل تحقيق مبتغاهما.

الفرع الثاني: موقف المنظمات الدولية والدول من مسألة التمييز.

أكدت المنظمات الدولية سواء الحكومية أو غير الحكومية من خلال قراراتها ومواقفها على ضرورة التمييز بين العمليات التي تقوم بها الحركات الوطنية المناهضة للاستعمار والأعمال التي تقوم بها الجماعات الإرهابية لوجود اختلاف بينهما، وهو الأمر الذي اختلفت بشأنه الدول وانقسمت إلى اتجاهين، وهو ما سنبينه على النحو الآتي.

1 — موقف المنظمات الدولية.

من المنظمات الدولية الحكومية التي كان لها موقف من مسألة التمييز، منظمة الأمم المتحدة من خلال بعض أجهزتها المتمثلة في الجمعية العامة للأمم المتحدة، واللجنة الخاصة المعنية بالإرهاب، ومن المنظمات غير الحكومية نذكر اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

1 — 1 الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ناقشت اللجنة السادسة (القانونية) البند الخاص بالإرهاب الدولي، وطالبت بعض الوفود بضرورة التمييز بين الأعمال الإرهابية والكفاح المسلح من أجل تقرير المصير وقد أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم 40 / 61 الصادر في 09 ديسمبر 1985 الذي حثّ فيه جميع الدول وكذلك أجهزة الأمم المتحدة المعنية بمشكلة الإرهاب على الإسهام في القضاء على الأسباب الكامنة وراء الإرهاب، وأن تولي اهتماماً خاصاً لمسألة الاستعمار والحالات التي تنطوي على انتهاكات عديدة وصارخة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والحالات التي يوجد فيها احتلال أجنبي، والتي يمكن أن تولد الإرهاب وتعرض الأمن والسلم الدوليين للخطر³².

وفي الدورة الثانية والأربعين أضيف للبند الخاص بالإرهاب والمدرج في جدول أعمال الجمعية العامة بنداً لتحديد الإرهاب والتمييز بينه وبين نضال الشعوب، وقد اعتمدت الجمعية العامة قرارها رقم 42 / 159 في 07 ديسمبر 1987 الذي حثّ فيه الدول مرة أخرى على الإسهام في القضاء على الأسباب الكامنة وراء الإرهاب، وأن تولي اهتماماً لمسألة الاستعمار التي تُعتبر من بين أسباب الاستعمار، وقد أكدت الجمعية العامة على أنه ليس في هذا القرار ما يمكن أن يمس بأيّ طريقة الحق في تقرير المصير المستمد من ميثاق الأمم المتحدة³³.

1 — 2 اللجنة الخاصة المعنية بالإرهاب ومسألة التمييز³⁴.

قدمت اللجنة الخاصة المعنية بالإرهاب تقريراً للجمعية العامة للأمم المتحدة تعرضت فيه لتعريف الإرهاب، واقترحت تدابير عملية لمكافحة، وقد قرّرت الدراسة ضرورة استبعاد الأعمال التي تقوم بها حركات التحرير الوطنية المعترف بشرعية كفاحها من تعريف الإرهاب رغم تحفظ بعض الدول على هذا الاستبعاد. وفي الدورة الرابعة والثلاثين لسنة 1979 بحثت اللجنة الخاصة المعنية بالإرهاب من خلال تقرير قدمته إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة أسباب الإرهاب والإجراءات التي يمكن اتخاذها لمناهضته، وفيما يتعلق بأسباب الإرهاب أشارت اللجنة إلى أسباب سياسية وأخرى اقتصادية واجتماعية، ومن بين الأسباب السياسية أشارت اللجنة إلى الاستعمار والتدخل في الشؤون الداخلية للدول. كما أشارت اللجنة في أحد قراراتها إلى أن وصف مقاومة الرعب الناجم عن الاستعمار على أنه إرهاب لا يمكن أن يفسر إلاّ بأنه محاولة ترمي إلى الدفاع عن علاقات دولية واجتماعية فات أوانها، وإلى الانتقاص من شأن الكفاح العادل المشروع للشعوب المقهورة في سبيل الحرية وضد جميع أشكال العلاقات القائمة على السيطرة وإنكار الحقوق وعرقلة هذا الكفاح.

1 — 3 اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومسألة التمييز.

تصدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر (منظمة دولية غير حكومية) للتمييز بين الإرهاب والكفاح المسلح حيث نجحت في عقد مؤتمر جنيف الدبلوماسي من أجل تطوير القانون الدولي الإنساني المطبق على النزاعات

المسلحة الذي عقد سنة 1977 واعتبر البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقية جنيف لسنة 1949 أن النزاع المسلح الناجم عن نضال الشعوب ضد الاحتلال يُعد من النزاعات المسلحة واعترفت لهم بالحماية في مقابل التزامات حددتها لهم³⁵.

2 — موقف الدول من التمييز.

لقد اعتادت بعض الدول على وصف عمليات التحرر والكفاح الوطني التي تقوم بها منظمات شعبية لتحرير أراضيها من التواجد الاستعماري بالإرهاب، وهذا لنزع المشروعية عنها أمام المجتمع الدولي، علماً أن القانون الدولي أعطى لحركات التحرر الحق في مواجهة المستعمر كما سبق وأن أشرنا إليه. وفي المقابل تقف بعض الدول في جانب التمييز بين الإرهاب والكفاح المسلح، وبهذا فإنّ الدول ومن خلال آرائها وتصريحاتها حول هذه المسألة انقسمت إلى اتجاهين وهما :

2 — 1 - الاتجاه الأول : وتمثله الدول الغربية، ويرى ضرورة قمع الإرهاب دون النظر في أسبابه وحجتهم في ذلك أن كفاح الشعوب ضد الاحتلال من أجل تقرير المصير لا يجوز أن يتضمن أعمالاً إرهابية ضد الأبرياء لأن ذلك يعد خرقاً لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان³⁶. وفي هذا السياق يقول الأستاذ - سمير الجسر - (وزير العدل اللبناني سابقاً) >> إنهم يحاولون إيهامنا بأن المقاومة المجدية هي التي تبقى في حدود المطالبات السلمية والتي تخلو من أي عنف.... ويروجون لذلك بما يسمونه كفاح غاندي السلمي وكيف أنه بضم يديه قد أخرج الانكليز من الهند.... إن هذه المقولة وهم وأن تمريرها علينا نوع من الاستهبال... <<³⁷.

2 — 2 - الاتجاه الثاني³⁸ : ويعبر عنه دول العالم الثالث، فيُفرق هذا الاتجاه بين الإرهاب والكفاح المسلح، ويعتبر هذا السلوك الأخير عمل مشروع تؤيده المواثيق الدولية وأحكام القانون الدولي، كما يقول هذا الاتجاه برفض الإرهاب بمختلف أشكاله، وأهمية اتخاذ التدابير اللازمة لمحاربهته على أنه يجب أن يؤخذ في الحسبان أهمية معرفة أسبابه والعمل على إزالتها خاصة إذا كانت هذه الأسباب مرتبطة بالاستعمار، وأضاف هذا الاتجاه بأهمية إدخال إرهاب الدولة ضد الشعوب المستقلة وضد حركات التحرر ضمن أعمال الإرهاب غير المشروعة في القانون الدولي. خاتمة.

وبهذا وتبعاً لما سبق عرضه من بيان لطبيعة أعمال حركات التحرر الوطنية، ومن قبلها جريمة الإرهاب من خلال تعريفهما سواء من جانب الفقه أو التشريع أو من جانب القانون الدولي، تكون الخطوط أو الحدود الفاصلة بين الإرهاب وأعمال المقاومة الوطنية المسلحة قد وضحت من حيث القانون حتى لا يحصل الخلط بينهما وحتى لا يختلط الأمر فيما يتعلق بتطبيق الأحكام الخاصة بكل منهما، علماً أن الاختلاف بينهما كبير والفروق متعددة، ولعلّ أبرزها وأهمها مسألة السند القانوني ونقص ذلك المشروعية التي تحض بها أعمال حركات الكفاح المسلح من قبل المنظمات الدولية، وهي المسألة التي لم تكن محل اتفاق واختلفت بشأنها الدول وانقسمت إلى معسكرين، أحدهما رافض لفكرة الكفاح المسلح ويعتبر هذه الأعمال من قبيل الإرهاب، والآخر يؤكد على ضرورة التمييز بين الإرهاب والكفاح المسلح ويعتبر هذا الأخير (الكفاح) عمل مشروع تؤيده المواثيق الدولية وأحكام القانون الدولي كما سبق ذكر ذلك.

المراجع والهوامش :

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

³ ينظر La rousse, dictionnaire de francais, 2001, p420

⁴ ينظر Oxford advanced, learner's, dictionary sixth edition, p1342.

⁵ ينظر نور الدين هندوري، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، 1993، ص9.

⁶ ينظر نبيل احمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقا للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص27.¹

⁷ ينظر Bruce hoffman, la mecanique terroriste, op, cit, p17.

⁸ ينظر المرجع السابق، ص14، 15.

¹ 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، ص64.

¹ ينظر حسنين بوادي، الإرهاب الدولي، الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص31، 30.

¹¹ ينظر عبد الرحمن رشدي الهواري، الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ط الأولى، 2002، 1423، الرياض، ص29.

¹² ينظر إبراهيم العاني، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع نفسه، ص309.

¹³ ينظر محمد السناري، قانون العقوبات المصري طبقا لأخر تعديلات، ط 2000 [د.ن.]، ص50.

المادة 314 من قانون العقوبات اللبناني، وينظر في ذلك محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي،

القاهرة، 1995، ص17.

¹⁵ ينظر قانون العقوبات الانكليزي على الموقع : <http://www.hnso.gov.uk/acct2000/00011.b.htn.p.i>

^{ينظر} code pénal francais eddition 2011 dalloz

16

¹⁷ ينظر محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص334 .

¹⁸ ينظر صلاح الدين عامر - قانون التنظيم الدولي، النظرية العامة، ط الثالثة، دار النهضة العربية، 1984، ص176، 177 .

¹⁹ ينظر صلاح الدين عامر - المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص41 .

²⁰ ينظر عمر محمود المخزومي - مفهوم الإرهاب في القانون الدولي وتمييزه عن الكفاح المسلح، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية،

القاهرة، 2000، ص53

²¹ ميثاق الأمم المتحدة : www.un.org

²² ينظر كمال حماد - الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1423هـ، 2003، ص66.

²³ ينظر كمال حماد - الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط الأولى، 1423هـ، 2003، ص66.

²⁴ ينظر محمد المجذوب، شرعية المقاومة اللبنانية، حروب إسرائيل ضد لبنان، مجلس النواب، بيروت، 1997، ص46.

²⁵ ينظر المرجع السابق، ص69.

²⁶ ينظر إسماعيل زغال، الإرهاب والقانون الدولي، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1990، ص72.

²⁷ ميثاق الأمم المتحدة : www.un.org

²⁸ ينظر تركي ظاهر - الإرهاب العالمي، إرهاب الدول وعمليات الإرهاب، ط الأولى، دار الحسام والنشر والتوزيع، بيروت، 1994، ص24.

- 29 ينظر إسماعيل غزال، الإرهاب والقانون الدولي، المرجع نفسه، ص 52.
- 30 ينظر حسين عقيل أبوغزالة، الحركات الأصولية والإرهاب في الشرق الأوسط، ط الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص 295.
- 31 ينظر كمال حماد - الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام - المرجع نفسه - ص 61.
- 32 ينظر صالح بكر الطيار - الإرهاب الدولي - المرجع نفسه - ص 148، 149.
- 33 ينظر المرجع السابق ص 148، 149.
- 34 صالح بكر الطيار - الإرهاب الدولي، ط الأولى، شباط، مركز الدراسات العربي - الأوروبي، شباط، 1998، ص 150 - 152.
- 35 ينظر نبيل حلمي - الإرهاب الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام - المرجع نفسه - ص 106.
- 36 ينظر عبد الله الأشعل، القانون الدولي لمكافحة الإرهاب، الناشر مؤسسة الطوبجي، القاهرة، 2002، ص 64.
- 37 سيمر الجسر، الإرهاب والمقاومة بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 28.
- 38 ينظر مسعد زيدان قاسم، الإرهاب في ضوء القانون الدولي، المرجع نفسه، 107، 108.

دور منظمة الشفافية الدولية في مكافحة الفساد



ذ. سليمان خميسي : ماجستير قانون دستوري

طالب باحث جامعة الحاج لخضر باتنة - الجزائر

Email : Kamel.slimane @gmail.com

مقدمة :

يلحق الفساد ضررا بالغا بمختلف نواحي حياة المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية فعلى المستوى السياسي يؤثر الفساد سلبا على استقرار النظام السياسي ويحد من قدرته على التوجه الديمقراطي، واحترام حقوق المواطنين خاصة الحق في المساواة وتكافؤ الفرص، ويحد من شفافية النظام ويضعف دور المؤسسات ويحول دون تعزيز المشاركة السياسية نتيجة غياب الثقة بالمؤسسات العامة وأجهزة الرقابة .

بالرغم من أن الأسباب الرئيسية لظهور الفساد وانتشاره متشابهة في معظم المجتمعات إلا انه يمكن ملاحظة خصوصية في تفسير ظاهرة الفساد بين شعب وأخر تبعا لاختلاف الثقافات والقيم السائدة، كما تختلف النظرة إلى هذه الظاهرة باختلاف الزاوية التي ينظر إليها من خلالها وذلك ما بين رؤية سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وهو ما يبرر الاختلاف في تحديد مفهوم الفساد وطريقة واليات مكافحته.

أن مكافحة الفساد تستدعي تحديدا لهذا المفهوم كما تستدعي بيانا لأسباب انتشاره في المجتمع، وتوضيح ابرز صوره وأشكاله، والآثار السياسية والاقتصادية والاجتماعية المترتبة عليه، وسبل مكافحته، وبلورة رأي عام مضاد له وبناء إرادة سياسية لمواجهة، وتبني استراتيجيات لذلك تتناسب وطبيعة كل مجتمع.

ولما كان الفساد ظاهرة هيكلية ودولية تخترق كل مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والقانونية في كل دول العالم وأضحت مواجهة الفساد أولوية الأولويات قام بيتر ايغن Peter Egen مدير البنك الدولي السابق سنة 1993 بتأسيس منظمة الشفافية الدولية كمنظمة مجتمع مدني دولي غير حكومية أخذت على عاتقها مكافحة الفساد في العالم بصفته آفة العصر الأولى من اجل معرفة الدور الذي لعبته هذه المنظمة في حربها على الفساد نظرح الإشكالية التالية :

هل نجحت منظمة الشفافية الدولية في مكافحة الفساد.

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات :

- ما دور المنظمة على المستوى الدولي.
 - ما دور المنظمة على المستوى المحلي.
 - ماهي آلياتها وما مدى نجاعتها.
- المبحث التمهيدي : نشأة المنظمة وأهدافها :

المطلب الأول : نشأة المنظمة :

الشفافية الدولية (Transparency International) : يُرمز لها إختصاراً (TI) هي منظمة دولية غير حكومية معنية بالفساد منظمة الشفافية الدولية هي مجموعة من 100 فرع محلي، مع سكرتارية دولية في برلين، بألمانيا. تأسست في عام 1993 بألمانيا كمؤسسة غير ربحية، وهي الآن منظمة عالمية غير حكومية، وتدعو لأن تكون منظمة ذات نظام هيكلي ديمقراطي متكامل. وتقول المنظمة عن نفسها :

الشفافية الدولية هي منظمة مجتمع مدني عالية تقود الحرب ضد الفساد .تجمع الناس معاً في تجمع عالمي قوي للعمل على إنهاء الأثر المدمر للفساد على الرجال، النساء والأطفال حول العالم. مهمة الشفافية الدولية هي خلق تغيير نحو عالم من دون فساد

ترفض المنظمة فكرة تفوق الشمال فيما يتعلق بالفساد وتلتزم بكشف الفساد حول العالم.

منذ العام 1995 بدأت بإصدار مؤشر فساد سنوي Corruption Perceptions Index CPI : وهي تنشر أيضاً تقرير فساد عالمي منذ 2001 فأصبح تقليدا سنويا، المنظمة لا تتولى التحقيق على قضايا فساد معينة أو لأفراد. بل تطور وسائل مكافحة الفساد وتعمل مع منظمات المجتمع المدني، الشركات والحكومات لتنفيذها.

المطلب الثاني : أهداف المنظمة وتعريفها للفساد :

هدف المنظمة هو أن تكون محايدة وتقوم بعمل ائتلافات لمحاربة الفساد¹.

و وضع موضوع الفساد على قائمة أجندة العالم. مؤسسات دولية مثل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي تنظر للفساد كعقبة رئيسية للتنمية ،في حين انه لما قبل العام 1990 هذا الموضوع لم يكن يؤخذ به بشكل كاف .المنظمة لعبت أيضاً دور أساسي في تقديم ميثاق الأمم المتحدة ضد الفساد واتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) ضد الرشوة.

¹سوزان روزاكرمان،ترجمة فؤاد سورجي،الفساد والحكم،الأهلية للنشر والتوزيع، ط1،عمان،الأردن، 2003.ص88.

وستركز جهود المنظمة في الحرب على الفساد بصورة أكبر وتعمل على تشخيص مخاطر الفساد والحد منه وتحسين الشفافية والتكامل والمصداقية الخاصة بالحكومة¹.

- ترويج معايير ومبادئ محاربة الفساد

- تكريس الشراكة الإستراتيجية مع عدد من المؤسسات والهيئات .

- الوصول إلى قاعدة أوسع من المواطنين لتحسين الأوضاع

- مراقبة الاتجاهات الدولية.

تعريفها الفساد :

هناك توجهات متنوعة في تعريف الفساد فهناك من يعرفه بأنه وهو خروج عن القانون والنظام (عدم الالتزام بهما) أو استغلال غيابهما من أجل تحقيق مصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية للفرد أو لجماعة معينة، بينما يعرفه آخرون بأنه قيام الموظف العام وبطرق غير سوية بارتكاب ما يعد إهدارا لواجبات وظيفته، فهو سلوك يخالف الواجبات الرسمية للمنصب العام تطلعا إلى تحقيق مكاسب خاصة مادية أو معنوية.

ويوسع البعض مفهوم الفساد بحيث يشمل كل سلوك يجافي المصلحة العامة.

وهناك اتفاق دولي على تعريف الفساد كما حددته "منظمة الشفافية الدولية" بأنه " كل عمل يتضمن سوء استخدام المنصب العام لتحقيق مصلحة خاصة ذاتية لنفسه أو لجماعته"².

وتتجلى ظاهرة الفساد بمجموعة من السلوكيات التي يقوم بها بعض من يتولون المناصب العامة، وبالرغم من التشابه أحيانا والتداخل فيما بينها إلا انه يمكن إجمالها كما يلي:

- الرشوة (Bribery): أي الحصول على أموال أو أية منافع أخرى من أجل تنفيذ عمل أو الامتناع عن تنفيذه مخالفة للأصول.

- المحسوبية (Nepotism): أي تنفيذ أعمال لصالح فرد أو جهة ينتمي لها الشخص مثل حزب أو عائلة أو منطقة... الخ، دون أن يكونوا مستحقين لها.

- المحاباة (Favoritism): أي تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة.

- نهب المال العام: أي الحصول على أموال الدولة والتصرف بها من غير وجه حق تحت مسميات مختلفة.

- الابتزاز (Black mailings): أي الحصول على أموال من طرف معين في المجتمع مقابل تنفيذ مصالح مرتبطة بوظيفة الشخص المتصرف بالفساد.

ومفهوم "الشفافية": يقوم على الوضوح التام والصراحة في البيانات والمعلومات، على أن تكون هذه البيانات صادقة ومكتملة دون إخفاء لأي جزء من الحقيقة، وكذلك وضوح الأهداف والسياسات والقرارات وجميع العمليات،

¹ عطا محمود عطا عمار، "دراسة مقارنة بين اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريعات الوطنية"، UNDP، ص71.

² بلال البرغوثي، السياسات والتشريعات الفلسطينية في مكافحة الفساد، الائتلاف من أجل النزاهة، فلسطين، 2008، ص66.

مع إتاحة أكبر قدر من حرية التعبير عن الرأي، وضرورة الاستماع لكل الآراء. ومفهوم "المساءلة" يتضمن طلبا لاستفسارات والتبريرات المبنية على الوعي والتمكين من المسؤولين ومتخذي القرار، من خلال آليات واضحة للمراجعة وكشف الانحرافات بهدف تقويم الأداء ومحاسبة المسؤولين دون تمييز¹.

المبحث الأول: دور منظمة الشفافية على المستوى الدولي:

المطلب الأول: دور المنظمة في صدور و إنشاء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد UNCAC:

لعبت منظمة الشفافية دورا كبيرا ومحوريا في تزايد المنظمات الناشطة في مجال مكافحة الفساد منذ نشأتها سنة 1993 وروجت لفكرة مكافحة الفساد وأصبحت تعالج ضمن برامج معظم الهيئات الدولية وضمن هذا الإطار تم توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من طرف العديد من الدول سنة 2003 وأصبحت نافذة المفعول منذ 2005 وتمثل الاتفاقية آلية دولية لرعاية التعاون الدولي لمكافحة الفساد².

و تتناول الاتفاقية بشكل أساسي منع الفساد في القطاع العام والخاص و التحقيق بشأنه و العقاب عليه، وكذلك استعادة السلوك الفاسد و الإثراء غير المشروع. و تشكل نصوص الاتفاقية إطارا مهما لمحاربة الفساد بكافة أشكاله، لكن النجاح في الحرب على الفساد يتطلب إرادة قوية و تعاونا دوليا في وضع الخطط و اتخاذ الإجراءات الفعالة لبلوغ أهداف محددة، وتتضمن الاتفاقية أحكاما إجبارية ملزمة للدول التي تصدق عليها وتوفر الإطار لمعالجة قضايا تقع خارج الحدود الوطنية، فهي تسهل التعاون الدولي في تطبيق القوانين من خلال توحيد الأطر القانونية والمؤسسية لتطبيق القانون وإنشاء آليات للتعاون.

إن وجود اتفاقية مكافحة الفساد دليل على جدية المجتمع الدولي في النظر في مشكلة مكافحة الفساد وإنشاء تحالف عالمي لمحاربة الظاهرة وهذا احد أهم أهداف منظمة الشفافية الدولية³، الذي وجدت من اجله وتعمل من اجل تكريسه على الصعيد الدولي بعدما كان التطرق لموضوع الفساد يشكل خرقا للقوانين والأعراف الدولية.

المطلب الثاني: دور المنظمة في إنشاء ائتلاف دولي لمكافحة الفساد (المنظمات الدولية المالية والاقتصادية).

منذ 1995 وحضور المنظمة المؤتمر الدولي السابع لمكافحة الفساد أتاح لها التعرف على لأوساط الناشطة في مجال مكافحة الفساد وإقامة أوسع واقوي العلاقات والصلات مع مختلف المنظمات لبلورة قواعد عامة تساعد على مكافحة الفساد فساهمت في بلورة الآليات القانونية المناسبة لمكافحة الفساد ولعبت دورا محوريا في خلق تحالف دولي للحرب على الفساد وأصبحت العديد من المنظمات تستلهم من منظمة الشفافية أفكارا واليات مثل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وصندوق النقد الدولي الذي أصبح معنيا بمحاربة الفساد والترويج للحكم الصالح

¹ عبد المنعم سليمان، ظاهرة الفساد، دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، نشر برنامج الأمم المتحدة

الإنمائي UNDP، ص 110

² اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2005.

³ عطا محمود عطا عمار، "مرجع سابق، ص 85

لأسباب تتعلق بصلاحياته وسلطاته الواسعة التي يتمتع بها في مجال مراقبة السياسات الاقتصادية والمالية الوطنية والعالية.¹ والبنك الدولي الذي اعتمد إستراتيجية لمحاربة الفساد تتضمن أربعة محاور رئيسية:

- 1- منع الاحتيال و الفساد في المشروعات التي يشارك في تمويلها البنك الدولي.
 - 2- تقديم المساعدة للدول الأعضاء التي تعتمد مكافحة الفساد و لا سيما فيما يتعلق بتصميم برامج مكافحة.
 - 3- اعتبر مكافحة الفساد شرطا أساسيا لتقديم معونات البنك الدولي في مجالات رسم استراتيجيات المساعدة، وتحديد الشروط و معايير الإقراض، اختيار و تصميم المشروعات.
 - 4- إعلان البنك عن تأييده و مشاركته في كل الجهود الدولية لمكافحة الفساد.
- و قد قدر البنك الدولي أن الفساد يقضي على حوالي 7% من الاقتصاد العالمي سنويا أي ما يعادل 2.3 تريليون دولار و هو ما يساوي مجموع الموازنة الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية.

كما أن الضوابط المتعلقة بتقديم قروض و مساعدات صندوق النقد الدولي التي أعلنت في أوت 1997 كانت أكثر تشددا من تلك الموضوعة من طرف البنك الدولي حيث أكد الصندوق أنه سيوقف أو يعلق مساعداته المالية لأي دولة يثبت أن الفساد الحكومي فيها يعرقل الجهود الخاصة بالتنمية.²

المبحث الثاني: دور منظمة الشفافية على المستوى المحلي:

المطلب الأول: الحكم الرشيد:

يعتبر الحكم الرشيد مصدر قوة للدولة إذا ما تزامن مع الشفافية والمساءلة، فهو يوفر بيئة من المميزات الحسنة ترتقي بالمجتمع وتحقق الشرعية يعرف البنك الدولي الحكم الرشيد والصالح على أنه التقاليد والمؤسسات التي من خلالها تتم ممارسة السلطة في الدولة³، إن هذا التعريف يشمل:

- عملية اختيار القائمين على السلطة ورصدهم واستبدالهم
 - قدرة الحكومة على إدارة الموارد وتنفيذ السياسات السليمة بفاعلية
 - إحترام كل من المواطنين والدولة للمؤسسات التي تحكم التفاعلات الاقتصادية والاجتماعية فيما بينها
- حسب برنامج الأمم المتحدة الإنمائي يعرف الحكم الرشيد على أنه ممارسة السلطة الاقتصادية والسياسية والإدارية لإدارة شؤون الدولة على كافة المستويات، ويشمل الآليات والعمليات والمؤسسات التي من خلالها يعبر المواطنون والمجموعات عن مصالحهم ويمارسون حقوقهم القانونية ويوفون بالتزاماتهم ويقبلون الوساطة لحل إختلافاتهم لأنه في ظل غياب الحكم الرشيد تكون مشاركة المواطنين محدودة في مجال وضع القوانين والسياسات واللوائح ومحاربة الفساد

¹مركز دراسات الوحدة العربية، الفساد والمجتمع الصالح في البلاد العربية، بحوث ومناقشات مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالإسكندرية، لبنان، 2004، ص 201

²DONAL OLEARY. The Role of transparency international in fighting corruption in infrastructure, annual Bank, TOKYO, 2006. p259.

³International Monetary Fund, Surveys of African economies, vol. 7, Algeria, Mali, and Morocco (Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1977). p47

في المؤسسات العليا، وبالتالي تكون النتائج التي يتم التوصل إليها غير معبرة عن إحتياجاتهم، وهذا ما يجعل من الصعب الوصول إلى قرارات تخدم مصالح جميع الفئات وتغذي القابلية للمساءلة¹.

إن الشفافية والمساءلة مقوم أساس من مقومات الحكم الصالح الذي يشكل شرطا مسبقا من شروط تحقيق التنمية، فهما مفهومان متصلان يضمن كل منهما الآخر، فلا شفافية بدون مساءلة ولا يمكن أن تتحقق المسائلة دون توفر الشفافية التي تقود نحو محاربة والحد من ظاهرة الفساد التي تشكل أهم عائق في طريق التنمية.

المطلب الثاني : تفعيل دور المجتمع المدني :

أما منظمات المجتمع المدني فهي الأقدر على كشف أوجه الفساد بحكم استقلالية موقفها بعيدا عن الأطر الرسمية، كما أنها تستطيع لعب دورا كبيرا في نشر ثقافة الشفافية وصياغة تعريفات أكثر مصداقية قادرة على رصد كل أشكال الفساد، وتمكين كل أطراف التنمية من مساءلة كل المشاركين في صنع كل أنواع الفساد بدون تمييز، وتلعب منظمات وهيئات المجتمع المدني دورا كبيرا في الترويج لاتفاقيات مكافحة الفساد في جميع مراحلها من مرحلة التفاوض وحتى استعراضها بغرض المتابعة وباستطاعتها أن تمارس ضغوطا على حكوماتها لإعطاء الأولوية للتصديق على الاتفاقيات وتنفيذها من خلال توفير الأبحاث والتحليلات و المساعدة في تفسير المصطلحات القانونية في الاتفاقية وترجمتها إلى لغة يستطيع الجميع فهمها كذلك باستطاعتها ان تشرح للمواطنين فوائد الاتفاقيات والتقارير وفوائدها في معالجة إشكالية الفساد²، كما يمكن أن تسجل أداء الحكومات والإعلان عنه وتقييمه باستقلالية عن التقييم الذاتي ، وتنظم هيئات المجتمع المدني حملات تحسيسية لتحسين الأداء وكشف الفساد أمام الرأي العام الوطني أو الدولي.

يمكن لمنظمات المجتمع المدني أن توفر ضوابط على سلطة الحكومة. ويمكنها، من خلال هذا الدور، أن تسهم في تحسين إدارة الحكم عبر تعزيز المساءلة والشفافية في النظام السياسي³. كما يمكنها الإسهام في صياغة السياسات العامة، وحماية الحقوق، والتوفيق بين المصالح، وإيصال الخدمات الاجتماعية. وبعملها هذا، تعزز منظمات المجتمع المدني الفاعلية والمشاركة في الشؤون العامة، وتقوي حكم القانون وغيرها من خصائص إدارة الحكم الصالح. فمثلا، تمكنت وسائل الإعلام أحيانا، وحيث تتمتع بقدر معقول من حرية التعبير، من أن تصبح بالفعل وسائط مهمة للمحاسبة والشفافية والمشاركة تعود بالفائدة على المواطنين وتمثيلهم بفاعلية أكبر من الأجهزة التشريعية الرسمية التابعة للحكومة.

تضم منظمات المجتمع المدني الخاصة بكل دولة جمعيات الصناعيين، والنقابات العمالية، وجمعيات التجار وجمعيات أرباب العمل، وجمعيات المهن الحرة، والمؤسسات الإعلامية، والمنظمات غير الحكومية، ومنظمات حقوق الإنسان المعترف بها رسميا. وتعتبر الأحزاب السياسية أيضا من عناصر المجتمع المدني. وفي الدول التي يسمح نظامها بتعدد الأحزاب، يتم ذكر الإطار القانوني الذي يحيط بعمل الأحزاب السياسية. وتبحث الأحزاب السياسية وبرامجها وتمثيلها البرلماني بتفصيل أكثر في المقالات الخاصة بالانتخابات والسياسة الانتخابية.

¹Klitgaard, Robert 2003. Controlling Corruption. Berkeley, CA. Univ. of California Press, 2003; p109.

²عبد المنعم سليمان، مرجع سابق، ص 115

³البيخاندرو بوساداس، مكافحة الفساد تحت مظلة القانون الدولي، دورية جامعة ديوك للقانون المقارن و الدولي، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2000، ص 123

المطلب الثالث: إصدار تشريعات وإقامة هيئات مكافحة الفساد:

كان لظهور منظمة الشفافية الدولية الأثر الكبير لتحريك الرأي العام نحو إنشاء تحالف عالمي لمكافحة الفساد وكان لفروعها المحلية وتجنيدتها للمجتمع المدني للحد من الفساد وتشكيل ضغط على الحكومات خاصة بعد صدور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد سنة 2003 ودخولها حيز التنفيذ في 2005 وتوقيع الدول على هذه الاتفاقية والمصادقة عليها مما جعلها تصدر تشريعات داخلية لمكافحة ظاهرة الفساد والوقاية منه وإقامة هيئات وأجهزة لمكافحةها.

فالجزائر مثلا منذ توقيعها على الاتفاقية والمصادقة عليها في 2005 أصدرت تشريعا خاصا لمكافحة الظاهرة ويتمثل في القانون 01/06 بتاريخ 2006/02/20 ثم الأمر رقم 05/10 بتاريخ 2010/08/26 بإقامة جهاز مكلف بمكافحة الفساد يتمثل في الديوان المركزي لقمع الفساد وكذلك تفعيل دور مجلس المحاسبة للحد من الفساد في المال العام وهو ما جاء في الأمر رقم 02/10.

الجزائر مثلها مثل العديد من الدول النامية حاولت وضع ركائز قانونية و أخرى مؤسساتية لمكافحة الفساد و تحقيق فكرة الحكم الراشد¹، ويعزز القانون الجديد التشريعات الموجودة من حيث ملائمتها مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي صادقت عليها الجزائر في 25 أوت 2004.

و من بين الآليات، التي تم إنشائها للمساعدة على مكافحة الفساد، نجد «الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد» التي تبذل نشاطا كبيرا في مجال مكافحة الفساد والتشهير به. و كذا قانون الصفقات العمومية الذي يفترض أن تخضع المشتريات العامة "لقانون المناقصات العامة" وليس "للاتفاقيات الخاصة"، والقانون رقم 2005/1 في 6 فبراير 2005 كأول قانون لمكافحة غسل الأموال في الجزائر وتم نشره في الجريدة الرسمية في 9 فبراير 2005. ويجري تنفيذ هذا القانون بمساعدة فنية من بنك فرنسا المركزي ومن البنك الدولي. وبدأت في ديسمبر 2004 وحلّة عينت بموجب مرسوم رئاسي عملها في وزارة المالية لتقصي أي عمليات مصرفية أو مالية مشبوهة. و رغم هذا فإن الاقتصاد الوطني ليس في منأى عن الفساد و الرشوة التي تقيد من إمكانية بلوغ مستوى الحكم الراشد.

المبحث الثالث: آليات المنظمة لمكافحة الفساد ومدى نجاعتها

المطلب الأول: الكتاب المرجعي Source Book :

هو تجميع وتصنيف وتبويب كم هائل من المعلومات عن ظاهرة الفساد ونشره في كتاب مرجعي

وهو أول عمل كبير له صبغة علمية تقوم به المنظمة وقد ترجم إلى عشرين لغة ولفت الأنظار إليه خاصة من جانب الأوساط العلمية والأكاديمية وساعد من رفع أسهم المنظمة بعد أن دل على جدتها وهو الأساس الذي انطلقت منه المنظمة في حربها على الفساد ويجمع الكتاب المرجعي على مواضيع ومدخلات من طرف خبراء تتعلق بالفساد أسبابه وآليات محاربة الظاهرة مع الأخذ بعين الاعتبار لطبيعة كل دولة ومنطقة.

¹ مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سابق، ص 59.

المطلب الثاني : مؤشر الفساد : Corruption.Perception.Index :

في عام 1995 قام احد نشطاء المنظمة بانجاز مؤشر لقياس مدركات الفساد وكان مشروعاً رائداً لهم العديد من المنظمات ودفعها لبلورة مؤشرات لقياس الفساد أكثر شمولاً مثل مؤشر البنك الدولي وهو عبارة عن تنقيط من 01 إلى 10.

وهو مقياس مركب يركز على إستقصاءات الخبراء وأراء المسؤولين والشخصيات السياسية والعاملين في قطاع الأعمال في كل بلد، ويعتمد على تنقيط من 10 التي تدل على الأقل فساداً (شفافية عالية) إلى النقطة 0 التي تشير إلى الأكثر فساداً¹.

كما يعتمد المقياس على معلومات متوفرة لدى العديد من المؤسسات من بينها البنك الإفريقي للتنمية والبنك الآسيوي للتنمية².

المطلب الثالث : نظام النزاهة الوطني N.I.S :

تشتمل نظم النزاهة الوطنية على المؤسسات الرئيسة والقطاعات ('ركائز') التي تعنى بالنزاهة والشفافية والمساءلة في المجتمع. وعندما تعمل هذه الأنظمة بشكل صحيح تقوم بمكافحة الفساد كجزء من كفاح أكبر ضد التعسف في استعمال السلطة، وسوء الأداء العام، والاختلاس والمخالفات بجميع أشكالها. فتعزيز نظم النزاهة الوطنية يعتبر كالعامل على تحسين الحكم في جميع جوانب المجتمع.

تم تطوير وترويج مفهوم نظم النزاهة الوطنية من قبل منظمة الشفافية الدولية كجزء من النهج الشامل للمؤسسة في مكافحة الفساد³.

وفي حين انه لا توجد خطة محددة لإقامة نظام فعال لمنع الفساد، يتزايد الإجماع الدولي حول السمات المؤسسية البارزة التي تعمل على أفضل وجه لمنع الفساد وتعزيز النزاهة. لذلك تستند الدراسات القطرية الى تقييم نوعية المؤسسات ذات العلاقة بمجمل منظومة مكافحة الفساد.

عموماً تشتمل نظم النزاهة الوطنية على الركائز التالية :

¹ منظمة الشفافية الدولية، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، مجموعة أبحاث و أوراق، المركز اللبناني للدراسات، بيروت، ص24

²Arvis, Jean-Francois and Ronald E. Berenbeim, *Fighting Corruption in East Asia:*

Solutions from the Private Sector. Washington DC, The World Bank. 2003.p125

• السلطة التنفيذية	• نظام التعاقد العام
• الهيئة التشريعية	• ديوان المظالم
• الأحزاب السياسية	• المؤسسات الحكومية لمكافحة الفساد
• لجنة الانتخابات	• وسائل الإعلام
• المؤسسه العليا للتدقيق	• المجتمع المدني
• السلطة القضائية	• المؤسسات الدولية
• الخدمة المدنية / مؤسسات القطاع العام	• القطاع الخاص
• المؤسسات المكلفة بانفاذ القانون	• مؤسسات الحكم المحلي والإقليمي

قد لا تشكل هذه الركائز نظم النزاهة الوطنية شاملة في كل بلد. فعلى سبيل المثال قد يلعب نظام الحكم الملكي أو العسكري في بعض الدول دورا محوريا أو قد لا تتواجد مثل هذا الركائز في دول أخرى. وفي مثل هذه الحالات تسمح منظمة الشفافية الدولية بتكييف وتعديل نظم النزاهة الوطنية وفقا للظروف المحلية استنادا الى الاقتراحات المقدمة من الخبراء في هذا البلد الأمر الذي يتيح إجراء تحليل أكثر دقة لنظم النزاهة الوطنية في تلك الدولة.

المطلب الرابع: التقرير الشامل عن الفساد G.C.R

هو تقرير سنوي نشرته المنظمة سنة 2001 ولاقى رواجاً وقبولاً من طرف المجتمع الولي فأصبح تقليدا سنويا وتعدّه المنظمة بناء على مؤشر تتراوح درجاته بين 01 و 10 وترتب الدول حسب هذه الدرجات ومن خلاله يمكن قياس نزاهة وشفافية كل دولة بحيث يتم جمع المعلومات وإجراء تحليل لمدى شفافية، تكمن مهمة هذا التقرير في تحليل وتوضيح الطرق التي من خلالها يؤثر الفساد في تحطيم أسس المجتمعات¹، مع تقديم المقترحات والحلول الممكنة للتغلب على هذه الظاهرة، حيث يعالج التقرير كل سنة موضوعا محددا فعلى سبيل المثال تناول تقرير 2007 الفساد في الأنظمة القضائية في نفس الإطار تناول تقرير 2008 الفساد في قطاع المياه.

تجدر الإشارة أن المنظمة تعتمد مقاييس وأدلة قياس الفساد على المستوى العالمي كمدخل لقياس نوعية الحكم فهي تقدم مصادر معلومات للعديد من المنظمات المهتمة بهذا المجال كالبانك الدولي²، ضمن هذا التوجه وضعت منظمة الشفافية مقياسين لقياس الفساد وتقييم الفساد الأول يعتمد على آراء الخبراء وهو مؤشر الفساد والثاني هو بارومتر قياس الفساد يعتمد على استقصاء آراء المواطنين. لقد شكل التقرير السنوي الذي تنشره المنظمة احد أهم الآليات التي أصبح لها صدى عالمي ودور مهم على مستوى شفافية الأنظمة غي معاملاتها الاقتصادية والمالية ومن خلال هذا الدور تتجلى مدى نجاعة احد أهم آليات المنظمة فان كانت التقارير لا تمثل إلزاما للدول إلا أنها مرآة تعكس مدى شفافية الدول وصورتها أمام المجتمع الدولي ولا تنظر التقارير إلى الدول من حيث قوتها السياسية وإنما المعيار الوحيد هو الشفافية وإلا ما وجدنا دولة قطر تصنف ضمن المراتب الأولى وأحسن من الولايات المتحدة الأمريكية في التقرير السنوي للمنظمة لسنة 2010 الذي صنف الجزائر في المرتبة 105 ب 2.9 نقطة أي أنها تعاني من تفشي الفساد

¹ رضوان بروسي، (الدمقرطة والحكم الراشد في إفريقيا)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2009، ص 239

² رضوان بروسي، نفس المرجع، ص 240

بدرجة كبيرة وأنها لا تتعامل تجاريا مع الدول الأقل فسادا في العالم مثل الدنمارك ونيوزلندا في حين أن أهم المتعاملين مع الجزائر لا يحتلون مراتب جيدة في التصنيف العالمي وهو ما يكون قد ساهم في تفاقم الفساد أكثر ودعت السلطات إلى التصدي بقوة للفساد والتوقف عن مضايقة المنظمات والصحفيين الذين يعملون على محاربة الفساد والوقاية منه.

خاتمة :

لقد تمكنت منظمة الشفافية من التأسيس لحركة عالمية لمكافحة الفساد ولاقت ترحيبا دوليا ملموسا وتمكنت من تعبئة المجتمع المدني العالمي من اجل مكافحة ظاهرة الفساد التي تهدد الجهود الرامية إلى تحقيق التنمية والعدالة الاجتماعية

كما ساهمت المنظمة من خلال فروعها في توعية المجتمع المدني وتجنيد لمكافحة الظاهرة من خلال صدور تشريعات وإقامة هيئات مختصة لمكافحة الظاهرة والحد من انتشار الفساد

ويعزز التقرير عددا من التوصيات الرئيسية المقترحة منها ما يلي :

على الدول أن تكفل استقلالية أجهزة الإشراف العامة من أمثلة مكاتب التدقيق المحاسبي وأمين المظالم، إضافة إلى زيادة مشاركة المواطنين في عمليات الحوكمة.

على الدول أن تكفل الاحترام والحماية لحرية المواطنين وحرية المنظمات غير الحكومية في الانخراط في الشأن العام بما في ذلك محاربة الفساد

على السلطة التنفيذية أن تسمح بتقوية دور البرلمان والسلطة القضائية وهيئات الرقابة العامة بوصفها جهات فعالة للمراجعة على عملياتها

ينبغي على الدول إدخال العمل بنظام لحماية المبلغين عن الفساد وسن تشريع لحماية حرية تداول المعلومات إضافة إلى تشريع لحظر تضارب المصالح بالنسبة لشاغلي المناصب العامة وتنفيذ هذه التشريعات

على الدول أن تروج لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد كإطار ملائم للنهوض بقوانين مكافحة الفساد

على منظمات المجتمع المدني أن تلزم نفسها بأعلى معايير المساءلة والشفافية في مشاريعها وأعمالها.

قائمة المراجع :

1- المراجع باللغة العربية :

أولا-الكتب.

1- سوزان روزاكرمان، ترجمة فؤاد سورجي، الفساد والحكم، الأهلية للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2003.

2- منظمة الشفافية الدولية، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، مجموعة أبحاث و أوراق، المركز اللبناني للدراسات، بيروت.

3- عبد المنعم سليمان ،ظاهرة الفساد،دراسة في مدى موثمة التشريعات العربية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة

- الفساد، نشر برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP.
- 4- مركز دراسات الوحدة العربية، الفساد والمجتمع الصالح في البلاد العربية، بحوث ومناقشات مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالإسكندرية، لبنان، 2004.

ثانياً: المجالات والدوريات :

- 1- اليخاندر بوساداس، مكافحة الفساد تحت مظلة القانون الدولي، دورية جامعة ديوك للقانون المقارن و الدولي، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2000.
- 2- عطا محمود عطا عمار، "دراسة مقارنة بين اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريعات الوطنية"، UNDP.
- 3- أ بلال البرغوثي، السياسات والتشريعات الفلسطينية في مكافحة الفساد، الائتلاف من اجل النزاهة، فلسطين، 2008.

ثالثاً- الرسائل:

- 1- رضوان بروسي، (الدمقرطة والحكم الراشد في إفريقيا)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2009.

رابعاً: المعاهدات والاتفاقيات:

- 1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2005.
- 2- المراجع باللغة الأجنبية :
- 1- International Monetary Fund, Surveys of African economies, vol. 7, Algeria, Mali, and Morocco (Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1977).
- 2- Arvis, Jean-Francois and Ronald E. Berenbeim, Fighting Corruption in East Asia: Solutions from the Private Sector. Washington DC, The World Bank. 2003.
- 3- Klitgaard, Robert 2003. Controlling Corruption. Berkeley, CA. Univ. of California Press, 2003.
- 4- DONAL OLEARY. The Role of transparency international in fighting corruption in infrastructure, annual Bank, TOKYO, 2006.

3- مواقع الانترنت :

www.transparency.org-

www.aman-palestine.org-

www.arabcnetwork.org

الضريبة على القيمة المضافة و العدالة الاجتماعية



من إعداد : محمد بكشوا طالب باحث

بصف الدكتوراه بكلية الحقوق وجدة

تحتل الضرائب حسب أغلب الفقهاء مكانة الصدارة في تاريخ الشعوب، و هذا راجع بالأساس لكونها تحدث تفاعلات عديدة سواء بين الأفراد، أو بين مختلف الشرائح الاجتماعية أو حتى بين الهيئات السياسية داخل المجتمع، و بين كل هؤلاء و الدولة.¹

و عموما فالضريبة هي بمثابة إقطاعا من الثروة، يتم إما بصورة مباشرة (ضرائب مباشرة) أو بكيفية غير مباشرة (ضرائب غير مباشرة)، و الضريبة على القيمة المضافة (و التي هي موضوع هذا العرض) تعتبر أساس الضرائب غير المباشرة، و يعتبرها القسم الغالب من الفقه على أنها ضريبة غير مباشرة على الاستهلاك، مع العلم أن هناك من يرى أنها ضريبة غير مباشرة على الدخل، ما دام أن كل استهلاك لا بد له من دخل.²

و تعتبر الضريبة على القيمة المضافة من دون أدنى شك واحدة من بين أبرز التقنيات الجبائية التي عرفها القرن العشرين³، و هذا ما يفسر أن هذه الضريبة و منذ ظهورها و هي تحتل مكانا بارزا في الحوارات و النقاشات الاقتصادية و الاجتماعية.

و قد ظهرت الضريبة على القيمة المضافة أول مرة سنة 1954 في فرنسا، و ذلك بفضل الأستاذ *Maurice Lauré*، و الذي كان يشغل آنذاك منصب نائب مدير المديرية العامة للضرائب⁴. و قد كانت تطبق هذه الضريبة بداية الأمر فقط على الإنتاج *la production* و متاجر الجملة *commerce de*

¹ - مصطفى منار، الإقطاع الضريبي والعدالة الاجتماعية، طبعة 2008، ص:30.

² - dix ans de TVA, rapport du conseil fédéral suisse, Mars 2005, P: 54.

³ - Mohamed Boussetta, et Mohamed Riyad, « Entreprise et gestion de la taxe sur la valeur ajoutée au Maroc » in remald, collection Manuels et travaux universitaires, N : 16, 1^{er} édition, 2000. p : 7.

⁴ - Taxe sur la valeur ajoutée, disponible sur le site de wikipedia.

gros¹، لكن سنة 1968 و بإقتراح من السيد *Valéry Giscard* الذي كان آنذاك وزيرا للمالية، تم توسيع نطاق تطبيق الضريبة على القيمة المضافة، ليشمل بذلك البيع بالتقسيط و كذلك الخدمات².

و قد عرف السعر العادي للضريبة على القيمة المضافة في فرنسا تطورا كبيرا، حيث إنتقل من 17.6% سنة 1954، ليصبح بعد ذلك 18.6% سنة 1991، ثم بعد ذلك 20% سنة 1995، ليتم خفضه إبتداء من أبريل من سنة 2000 ليصبح بسعر 19.6%³.

و يمكن القول أن الضريبة على القيمة المضافة هي بمثابة تنويع للتطور الذي عرفته التقنيات الجبائية في فرنسا، خاصة الضريبة التراكمية *la taxe cumulative* المطبقة منذ سنة 1920، و كذلك الضريبة الواحدة *la taxe unique* المطبقة منذ سنة 1936⁴، حيث أن الضريبة على القيمة المضافة تأخذ إيجابيات كل من التقنيتين السالفتين، فمن جهة تدفع الضريبة على القيمة المضافة بشكل مجزأ عند كل مرحلة من مراحل الدورة الإقتصادية مثلها في ذلك مثل الضريبة التراكمية، و لكن من جهة ثانية يتم خصم الضريبة المؤداة في المرحلة السالفة، فتظهر بذلك عند نهاية الدورة الإقتصادية في شكل ضريبة واحدة⁵.

و نظرا للإيجابيات التي تقدمها الضريبة على القيمة المضافة، خاصة بإعتبارها ضريبة محايدة بالإضافة لصعوبة التهرب منها⁶، فقد عرفت هذه الضريبة إنتشارا كبيرا لتعرف بذلك تطبيقا مجل أنحاء العالم.

و المغرب بدوره لم يخرج عن هذا المنحى، حيث تم تطبيق الضريبة على القيمة المضافة منذ سنة 1986 بموجب القانون 30-85⁷ و ذلك كبديل لضريبتين، هما الضريبة على المنتجات و الضريبة على الخدمات، هذه الضريبة الجديدة (الضريبة على القيمة المضافة) تطبق على العمليات المنجزة بالمغرب و ذلك تماشيا مع مبدأ إقليمية الضريبة كما تنص على ذلك المادة 88 من المدونة العامة للضرائب الصادرة سنة 2007⁸.

و نحن من خلال عرضنا هذا سنحاول دراسة هذه التقنية الجبائية أي الضريبة على القيمة المضافة و مدى مراعاتها للعدالة الإجتماعية، أو بعبارة أصح هل يراعي المغرب العدالة الإجتماعية في تطبيقه للضريبة على القيمة المضافة؟. على إعتبار أنه لا وجود لضرائب جيدة و أخرى سيئة، بل سياسة ضريبية جيدة أو سيئة⁹.

لهذا سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال دراسة مدى مراعاة العدالة الإجتماعية، سواء على مستوى نطاق تطبيق الضريبة على القيمة المضافة (المبحث الأول)، أو على مستوى أسعارها (المبحث الثاني).

¹ - Jacques Grosclaude, et Philippe Marchessou, Droit fiscal général, Dalloz, 6^e édition 2007, p : 309.

² - ibidem.

³ - Taxe sur la valeur ajoutée, disponible sur le site de wikipedia.

⁴ - Christian de Lauzainghein, Marie-Hélène stable-de Lauzainghein, et Lucile de Mellis, Droit fiscal, Dalloz, 13^e édition, 2006 p : 114.

⁵ - Jacques Grosclaude, et Philippe Marchessou, op.cit, p : 311.

⁶ - للمزيد من التفاصيل أنظر :

Jacques Grosclaude, et Philippe Marchessou, op.cit, p : 313.

⁷ - القانون رقم 30-85 الصادر بتطبيقه الظهير الشريف 1-85-347 في 20 ديسمبر 1985، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3818 الصادرة في فاتح يناير 1986.

⁸ - المادة الخامسة من قانون المالية رقم 06-43 للسنة المالية 2007، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232 في 31 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية عدد 5487 فاتح يناير 2007.

⁹ - عبد الفتاح بلخال، المشروعية الجبائية و الحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني - عين الشق، كلية الحقوق، الدار البيضاء. السنة الجامعية 2000/2001. ص: 225.

المبحث الأول : نطاق تطبيق الضريبة على القيمة المضافة :

تعتبر الضريبة على القيمة المضافة ضريبة غير مباشرة بطبيعتها, تعتمد أكثر من 100 دولة في العالم من بينها 22 دولة إفريقية وكذلك أغلب الدول الصناعية الكبرى في العالم بإستثناء الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا¹.

وتفرض الضريبة على القيمة المضافة على العمليات ذات الطابع الصناعي والتجاري و العمليات التي تتعلق بالخدمات والمهن الحرة و التي ينجزها أشخاص غير الدولة, وكذلك على عمليات الإستيراد و العقارات.² ولقد تم اللجوء إلى الضريبة على القيمة المضافة كبديل للضريبة على المنتجات والخدمات³ نظرا للمردودية المرتفعة التي تحققها (نظرا لإتساع وعائها الضريبي), و كذلك بغية تحقيق العدالة الحبائية.

وقبل الحديث عن الوعاء الضريبي (المطلب الأول) و كذا سياسة الإعفاءات و الخصوم (المطلب الثاني), نرى أنه من الضروري إعطاء مثال عن كيفية حساب الضريبة على القيمة المضافة, و ذلك على النحو التالي:

نفترض أن الشركة { أ } باعت للشركة { ب } سلعة بقيمة 3.000.000 درهم { بدون ضريبة }

إذن تم البيع بدون ضريبة هو: 3.000.000 درهم

ولنفترض أن سعر الضريبة هو 20%

إذا تم البيع بالضريبة هو: $3.000.000 \times 20\% = 600.000$

$3.000.000 + 600.000 = 3.600.000$

و إذا إفترضنا أن الشركة { ب } باعت للشركة { ج } السلعة بعد تصنيعها بقيمة 4.000.000 درهم.

فإن تم البيع بالضريبة هو: $4.000.000 \times 20\% = 800.000$

$4.000.000 + 800.000 = 4.800.000$

وهكذا فالشركة { ب } لن تدفع للخرينة 800.000 درهم بل ستخصم منه الضريبة التي تحملتها عند شراء السلعة من التاجر الأول 600.000 درهم و بالتالي ما ستدفعه للضريبة هو 200.000 درهم,

¹ - مصطفى منار، مرجع سابق، ص: 173

² - تجربة المملكة المغربية بخصوص إحداث الضريبة على القيمة المضافة، مداخلة السيد عبد الوهاب الناصري الدرعي رئيس مصلحة التشريع للضريبة على القيمة المضافة بالمديرية العامة للضرائب بالمغرب، المؤتمر المنعقد يومي 3- 4 سبتمبر 2007 بدمشق، تحت عنوان: " رؤى في الإصلاح المالي والضريبي : التجارب والتحديات".

³ - عبد الفتاح بلخال، مرجع سابق، ص: 228.

المطلب الأول: الوعاء الضريبي:

نظرا للقصور الذي كان يعتري نظام الضريبة على رقم الأعمال، تم اللجوء إلى الضريبة على القيمة المضافة، وذلك نظرا للمزايا التي تكتسبها خاصة من حيث عدد الأعمال الخاضعة للضريبة والتي حددتها المدونة العامة للضرائب في المادة 89، وذلك على النحو التالي:

❖ العمليات الخاضعة للضريبة وجوبا:

1- العمليات التي يقوم بها المقاولون في الصنع، ويكون محلها بيع وتسليم منتجات تولوا استخراجها أو صنعها أو تعبئتها بصورة مباشرة أو بواسطة من عهدوا إليه بذلك.

2 - عمليات بيع وتسليم منتجات على حالها التي يقوم بها:

أ- التجار بالجملة .

ب- التجار الذين يساوي رقم أعمالهم المحقق خلال السنة السابقة مليوني (2.000.000) درهم أو يفوقها.

ولا يجوز لهؤلاء الرجوع على خضوعهم للضريبة على القيمة المضافة إلا إذا حققوا رقم أعمال أقل من المبلغ المذكور طوال ثلاث سنوات متتابة.

3- العمليات التي يقوم بها التجار المستوردون ويكون محلها بيع وتسليم منتجات مستوردة على حالها

4 - الأعمال العقارية وعمليات التجزئة والإنعاش العقاري.

5 - عمليات التركيب أو الوضع أو الإصلاح أو تهيئ مادة أولية متلقاة من الغير.

6 - عمليات التسليم المشار إليها في 1 و 2 و 3 أعلاه التي يقوم بها الخاضعون للضريبة لأنفسهم، ماعدا العمليات الواقعة على المواد والمنتجات القابلة للاستهلاك المستخدمة في عملية خاضعة للضريبة أو معفاة منها .

7 - ما يسلمه شخص لنفسه من العمليات المشار إليها في 4 أعلاه.

8 - عمليات تبادل بضائع أو تفويتها إذا كانت مرتبطة ببيع أصل تجاري وقام بها الخاضعون للضريبة.

9 - عمليات الإيواء أو البيع أو هما معا إذا وقع البيع على مأكولات أو مشروبات تستهلك في مكان البيع.

10 - الإيجارات الواقعة على الأماكن المفروشة أو المؤثثة، وضمنها العناصر غير المادية للأصل التجاري وعمليات النقل والتخزين والسمسرة وإيجار الأشياء أو الخدمات وتفويت البراءات أو الحقوق أو العلامات وتخويل الامتياز في استغلالها وبوجه عام كل ما يتعلق بتقديم الخدمات.

11 - عمليات البنك والائتمان وعمولات الصرف.

12 - العمليات التي ينجزها كل شخص طبيعي أو معنوي في نطاق مزاولة مهنة من المهن التالية :

أ - المحامون والتراجمه والموثقون والعدول وأعوان القضاء .

ب- المهندسون المعماريون والقائسون المحققون والمهندسون القائسون والطبوغرافيون والمساحون والمهندسون، والمستشارون والخبراء في جميع الميادين.

ج- البيطرة.

❖ العمليات الخاضعة للضريبة إختياريا :

وفقا للمادة 90 من المدونة العامة للضرائب يمكن أن يختار الخضوع للضريبة على القيمة المضافة بناء على طلب منهم :

1- التجار ومقدمو الخدمات الذين يصدرون مباشرة المنتجات أو الأشياء أو البضائع أو الخدمات فيما يخص رقم أعمالهم عند التصدير؛

2- الأشخاص المشار إليهم في المادة 91 - II.

3- الأشخاص الذين يبيعون ما اشتروه من منتجات على حالها، غير المنتجات المبينة في المادة 91.

يجب أن يوجه طلب الإختيار في ظرف مضمون الوصول إلى المصلحة المحلية للضرائب التابع لها الملزم بالضريبة، و يسري أثره عند انصرام أجل ثلاثين يوما من تاريخ إرساله. و يمكن أن يقع الإختيار على جميع أو بعض البيوع أو الخدمات، ويظل العمل جاريا به طوال مدة ثلاث سنوات متتالية على الأقل.

كما تجب الإشارة إلى أن هذا القانون مافتى يعدل، حيث أن قانون المالية لسنة 1992 أدرج التجار الذين يساوي أو يفوق رقم معاملاتهم خلال السنة ثلاثة ملايين درهم و الذي تغير مع قانون المالية لسنة 96\97 إلى مليوني درهم .

ولقد أحسن المشرع حينما حدد هؤلاء التجار برقم معاملاتهم¹، ذلك أن بعض التجار يجمعون بين تجارة الجملة وتجارة نصف الجملة و التقسيط، مما يجعل مجال التهرب الضريبي جد صعب، هذا إذا أضفنا إليها طريقة التحصيل التي تقوم بها الدولة من المنبع، الشيء الذي يصعب من عملية التهرب.

لكن ما يعاب على هذا القانون أنه لا يشمل كافة التجار، و هذا يضر بمبدأ المساواة والعدالة الواجب قيامها، كما أن عدم إعتبار التهرب الضريبي مخالفة جنائية يدل على ضعف الإرادة السياسية بالمغرب²، والتي ترى أن سرقة الضريبة ليست سرقة، أي أن سرقة الدولة لا تعد سرقة³.

1 - عبد الفتاح بلخال، مرجع سابق، ص:233.

2 - مصطفى منار، مرجع سابق، ص:204.

3- نفس المرجع السابق، ص:204.

بناء على ما تقدم يتضح لنا الدور الحيوي الذي تلعبه الضريبة على القيمة المضافة في الرفع من مداخيل الدولة، نظرا لتعميم تطبيقها على أغلب الأنشطة الاقتصادية، بإستثناء بعض القطاعات المحدودة والتي تستفيد من مجموعة من الإعفاءات والخصوم نظرا للدور الحيوي الذي تلعبه في الإقتصاد الوطني كالفلاحة و التعمير.

وهنا نطرح السؤال التالي، هل هناك عدالة ضريبية في ظل إعتماد الإعفاءات و الخصوم في الضريبة على القيمة المضافة؟

المطلب الثاني: العدالة الضريبية بين الإعفاءات والخصوم:

لقد كان هدف المشرع من إعتماد الضريبة على القيمة المضافة، هو زيادة مردودية الضريبة وذلك بتوسيع وعائها الضريبية، ولكن رغم ذلك فقد نص القانون على مجموعة من الإعفاءات، و التي بالتمعن فيها نجد أنها تتضارب و مبدأ العدالة الضريبية في بعض جوانبها.

و بالرجوع للمدونة العامة للضرائب نجد أن المشرع المغربي قد نص على مجموعة من الإعفاءات، و التي تنقسم إلى نوعين:

الإعفاء دون الحق في الخصم:

تعفى من الضريبة على القيمة المضافة:

أ- البيوع الواقعة على السلع التالية غير المستهلكة في مكان البيع:

1- الخبز والكسكس والسميد وأنواع الدقيق المستعملة للغذاء البشري وكذا الحبوب المستعملة لصنع أنواع

الدقيق المذكورة والخمائر المستعملة في الخبازة.

2- الحليب.

3- السكر الخام، ويراد به سكر الشمندر وسكر القصب وأنواع السكر المماثلة (سكاروز)؛

4- التمور الملففة المنتجة بالمغرب وكذا الزبيب والتين المجفف؛

5- منتجات الصيد البحري سواء أكانت طرية أو مجمدة تامة أو مجزأة؛

6- اللحم الطري أو المجمد؛

7- زيت الزيتون والمنتجات الثانوية المستخرجة من سحق الزيتون المصنوعة من لدن الوحدات التقليدية.

ج - البيوع الواقعة على :

1- الشموع والبرافين الداخلة في صنعها باستثناء الشموع المعدة لغرض تزييني والبرافين المستعملة في صنعها؛

2- الخشب بقشوره أو المقشور أو المربع فقط والفلين في حالته الطبيعية والحطب في حزم أو الحطب المنشور؛

في شكل قطع صغيرة وفحم الخشب؛

3- السبب النباتي؛

4- الزرابي ذات الطابع التقليدي المصنعة محليا؛

د - العمليات المتعلقة بما يلي :

1- البيوع الواقعة على المصوغات المصنوعة بالمغرب من المعادن النفيسة؛

2- البيوع الواقعة على الطوابع الجبائية والأوراق والمطبوعات المدموغة التي تصدرها الدولة؛ ...¹.

الإعفاء مع الحق في الخصم :

تعفى من الضريبة على القيمة المضافة مع الإستفادة من الحق في الخصم المنصوص عليه في المادة 101:

1 -المنتجات المسلمة والخدمات المقدمة من لدن الخاضعين للضريبة لأجل التصدير.

2-البضائع والأشياء الجارية عليها الأنظمة الجمركية الواقعة.

3 -أدوات وشباك الصيد المعدة لمخترفي الصيد البحري.

4 -الأسمدة.

5 -المنتجات والمعدات التالية إذا كانت مخصصة لأغراض فلاحية لا غير:

-منتجات الحفاظ على صحة النباتات؛

-الجرارات؛

-الدفئيات والعناصر الداخلة في صنعها؛

-المحركات ذات الاحتراق الداخلي الثابت والمضخات ذات المحور العمودي والمضخات الآلية

المسماة "المضخات المغمورة" أو "المضخات العاملة تحت الماء" ...

¹- للمزيد من التفاصيل أنظر المادة 91 من المدونة العامة للضرائب: 2010.

6 - أموال الاستثمار التي يجب أن تقيد في حساب للأصول الثابتة وتحول الحق في الخصم المنصوص عليه في المادة 101 أدناه، إذا اشترتها المنشآت الخاضعة للضريبة على القيمة المضافة، خلال مدة أربع وعشرين (24) شهرا ابتداء من تاريخ الشروع في مزاولتها نشاطها...¹

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع المغربي قد خص مجموعة من القطاعات ذات العائدات المالية المهمة بمجموعة من الإعفاءات والخصومات، مما يجعلنا نتساءل عن أي عدالة ضريبية نتحدث عنه في ظل إعفاء متواصل للقطاعات الصناعية والتجارية من الضريبة وإتقال المواطن بالضريبة خاصة الغير مباشرة.

و ما يؤخذ كذلك على هذا القانون هو أن بعض المواد ورغم إخضاعها للإعفاء، فإن هذا الإعفاء لا يعتبر إلا إعفاء وهمياً، فالسكر على سبيل المثال خاضع للإعفاء، ولكن في نفس الوقت نجده خاضعاً للضريبة الداخلية على الإستهلاك². كما نجد أن بعض المنتجات أو الخدمات ذات الإستهلاك المحدود خاضعة للإعفاء، بينما بعض المواد الضرورية للمواطنين كالأدوية و التطبيب تبقى خاضعة للضريبة.

كما أن النفوذ الذي تتمتع به بعض القطاعات، نظراً لتكثفها في إتحادات، (كالإتحاد العام للمقاولين المغاربة، و البنوك و ممثلي المستوردين والمهنيين) أو لقربها من مصادر إتخاذ القرار يجعلها تستفيد من إعفاءات ضريبية، الشيء الذي يضر بمدخيل الدولة و بالتالي يتم اللجوء إلى أضعف حلقة في السلسلة و هي المستهلك الذي يتحمل كاهله بالضرائب حتى تعوض الدولة خسائرها³.

ولا يخفى على أحد أن نظام الإعفاء المتبع يلغي العدالة الضريبية، خاصة في بعض القطاعات ذات المردودة المرتفعة كالزراعة والعقار، حيث يستفيد هذان القطاعان من إعفاءات هامة يكون المستفيد الأول والوحيد منها هم كبار الفلاحين ومستثمري العقار، ويكون المتضرر الأول والوحيد هو المواطن وصغار الفلاحين والفقراء، الذين يتم إثقال كاهلهم بالضرائب.

هكذا فالدولة عند إتخاذها لأي إجراء ضريبي، فإنها لا تغيب عن أذهانها الأحداث التي شهدتها الدار البيضاء سنة 1980⁴، و بالتالي الدولة تكون ملزمة بإتباع مجموعة من القواعد والأسس في تحديدها لسعر الضريبة.

لكن إذا كان تعامل المشرع المغربي مع الضريبة على القيمة المضافة من حيث نطاق تطبيقها، بعيداً كل البعد عن تحقيق العدالة الإجتماعية، فماذا عن أسعار الضريبة على القيمة المضافة، بعبارة أخرى هل إعتد المشرع المغربي أسعاراً تتماشى و منطق العدالة، أم أن الهاجس الأول و الوحيد كان هو البحث عن المردودية؟.

¹ - للمزيد من التفاصيل أنظر المادة 92 من المدونة العامة للضرائب: 2010.

² - مصطفى منار، مرجع سابق، ص: 177

³ - Jean francois brun, Gérard chambas, et Martial Laurent, *économie politique de la réforme de transition fiscale : le cas du Maroc*, in : Afrique contemporaine, N : 223, 2007. p : 313.

⁴ - ibid. p : 315.

المبحث الثاني: تنظيم أسعار الضريبة على القيمة المضافة و مدى مراعاة العدالة الإجتماعية :

إن الحديث عن العدالة الإجتماعية يقتضي توزيع الثقل الإجمالي للضريبة بين مختلف طبقات الدخل، مع مراعاة القدرة التكليفية لكل فرد¹. لكن عندما يتعلق الأمر بالضريبة على القيمة المضافة نتساءل عن مدى مراعاة هذه الأخيرة لمفهوم العدالة، بإعتبارها ضريبة غير مباشرة يتحمل عبئها النهائي المستهلك.

بعبارة أخرى هل تراعي أسعار الضريبة على القيمة المضافة العدالة الإجتماعية، أم أن الهاجس الوحيد هو البحث عن المردودية؟.

للإجابة عن هذا السؤال سنتناول الحديث أولاً عن أسس أسعار الضريبة على القيمة المضافة (المطلب الأول) و بعد ذلك دراسة أسعار الضريبة على القيمة المضافة بالمغرب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسس أسعار الضريبة على القيمة المضافة :

من الناحية النظرية فإن الضرائب غير المباشرة، وخاصة الضريبة على القيمة المضافة يمكن أن تحقق العدالة الإجتماعية، و ذلك من خلال تبني مبدأ التصاعدية في الأسعار(أ)، و كذلك الحرص على عقلنة تنويع هذه الأسعار(ب)، هذا التوجه وإن كان له مؤيدوه فهناك من يرى عدم صحة هذا الطرح.

أ- مبدأ التصاعدية :

يؤكد *Maurice Duverger*، بأن الضرائب غير المباشرة يمكن إعدادها بشكل عادل، من خلال إدخال درجة من التصاعدية و الميزة فيها حتى تستجيب لمفهوم العدالة الإجتماعية²، و ذلك من خلال فرض عبئ جبائي أكبر على الدخل المرتفعة.

إن تحقيق هذا المبدأ أي التصاعدية في الأسعار يتطلب اعتماد ضرائب غير مباشرة تراعي القدرة التكليفية لكل فرد، و هذا لن يتأتى إلا من خلال الإستعانة بالأبحاث السوسولوجية و الإستطلاعات الإجتماعية بهدف تحديد ما هو ضروري و ما هو كمالي داخل بنيات البضائع و الخدمات³، و بالتالي فرض ضريبة أعلى على المواد الكمالية. و بما أن إستهلاك المواد الكمالية يكثر مع إرتفاع الدخل، فإن تطبيق مبدأ التصاعدية من شأنه تحقيق نوع من العدالة الإجتماعية.

إلا أن تطبيق مبدأ التصاعدية يجب أن يقترن بنوع من العقلنة في تنويع الأسعار.

ب- عقلنة تنويع الأسعار :

إن الحديث عن أسعار الضريبة على القيمة المضافة يدفعا للحديث عن إتجاهين إثنيين، إتجاه يدافع عن فكرة تطبيق سعر واحد، و إتجاه آخر يرى ضرورة تطبيق عدة أسعار للضريبة على القيمة المضافة.

¹ عبد الفتاح بلخال، مرجع سابق، ص: 243.

² نفس المرجع السابق، ص: 244.

³ عبد الفتاح بلخال، مرجع سابق، ص: 244.

و يركز أنصار فكرة السعر الواحد على سببين إثنيين :

* السبب الأول ذو طابع إقتصادي، حيث يعتبرون أن تطبيق سعر واحد من شأنه تسهيل عملية التحكم في سلم الأسعار.¹

* أما السبب الثاني فهو ذو طابع إداري، حيث يؤكد أنصار فكرة السعر الواحد أن الضريبة على القيمة المضافة بأسعار متعددة تطرح مجموعة من الصعوبات في إدارتها بالمقارنة مع تطبيق سعر واحد.²

لكن و مع ذلك يبقى الرأي الغالب هو الرأي الذي يقول بتعدد أسعار الضريبة على القيمة المضافة، حيث أن أنصار هذا الإتجاه يؤكدون على أن العدالة الإجتماعية لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تطبيق عدة أسعار، سعر منخفض على المواد شبه الضرورية و سعر أعلى على كل ما هو كمالي (سواء تعلق الأمر بالخدمات أو السلع)، و سعر عادي على السلع التي لا تخضع للسعرين الأوليين، هذا بالإضافة إلى ضرورة إعفاء المواد التي تعد ضرورية في الدرجة الأولى.³

هذا التنوع في الأسعار يجب أن يستجيب و يراعي الواقع السوسيو إقتصادي لكل بلد، و ذلك عبر تحديد و تقسيم السلع و الخدمات إلى صنف الكماليات و صنف المنتجات الشائعة الإستعمال، و أخيرا الضروريات.

لكن هل صحيح أن تنوع أسعار الضريبة على القيمة المضافة يحقق العدالة الإجتماعية؟.

إن الجواب على هذا السؤال سيكون بالنفي، و هذا راجع بالأساس لكون بنية الإستهلاك لا تختلف بإرتفاع الدخل، حيث أن المواد الضرورية يستعملها أصحاب الدخل المنخفض و كذلك أصحاب الدخل المرتفع، و بالتالي تنتفي فكرة العدالة بإعتبار أن أصحاب الدخل المرتفعة يستفيدون مثلهم مثل أصحاب الدخل المنخفضة، و أحيانا أكثر من الأسعار المخفضة على المواد الضرورية، رغم أنهم ليسوا المستهدفين من هذا التخفيض.⁴

بهذا تنتفي العدالة الإجتماعية، على إعتبار أن المقصود بهذه الأخيرة ليس إخضاع كل المستهلكين لنفس العبئ أي تطبيق عدالة أفقية، و إنما تطبيق عدالة عمودية تنبني بالأساس على مراعاة القدرة التكليفية لكل فرد.

بعد أن تحدثنا عن الأسس التي تحكم أسعار الضريبة على القيمة المضافة و مدى تحقيقها للعدالة الإجتماعية، نأتي الآن لدراسة أسعار الضريبة على القيمة المضافة المطبقة بالمغرب.

المطلب الثاني: أسعار الضريبة على القيمة المضافة بالمغرب :

حسب الباب الثالث من المدونة العامة للضرائب الصادرة سنة 2007 فإن الضريبة على القيمة المضافة بالمغرب تخضع لأربعة أسعار، سعر عادي يساوي 520%، و ثلاثة أسعار مخفضة 7%، 10% و 14% 6، هذا بالإضافة

¹- نفس المرجع السابق، ص: 245.

²- نفس المرجع السابق ، ص: 245.

³- نفس المرجع السابق ، ص: 246.

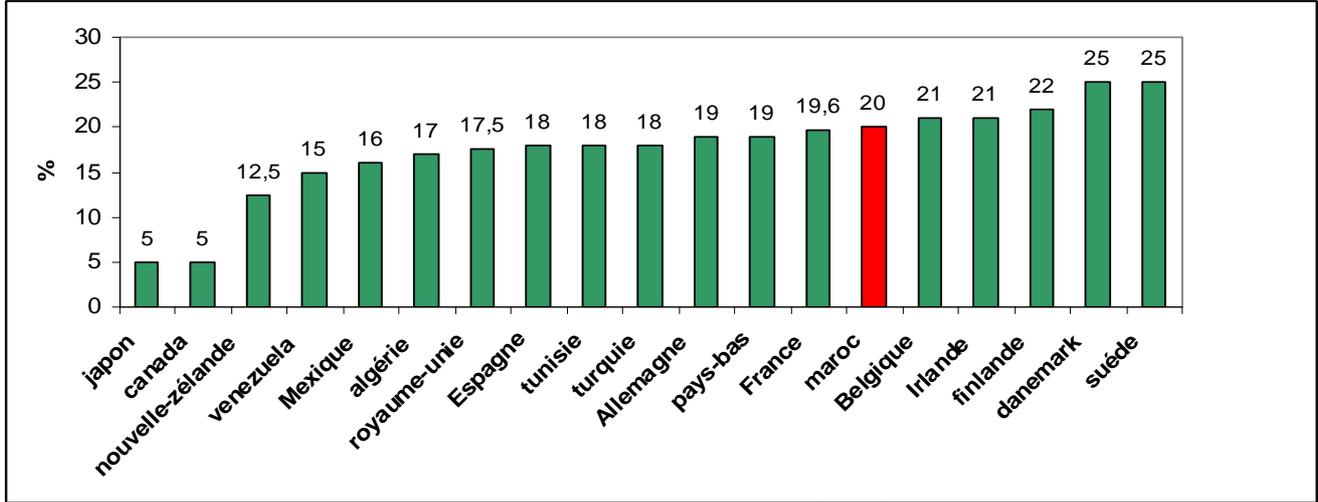
⁴- résumé du 21ème rapport du conseil des impôts de la république française, juin 2001.

⁵- المادة 89 من المدونة العامة للضرائب.

⁶- المادة 99، مرجع سابق.

لأسعار خاصة¹. و تجدر الإشارة هنا إلى أن السعر العادي المطبق بالمغرب يعتبر واحدا من أعلى الأسعار المطبقة بالعالم و هذا ما يوضحه المبيان التالي :

السعر العادي للضريبة على القيمة المضافة في بعض الدول²



و قد عرفت أسعار الضريبة على القيمة المضافة بالمغرب مجموعة من التحولات و التعديلات حيث إنتقلت من خمسة أسعار سنة 1986، إلى أربعة أسعار سنة 1992، ثم ثلاثة أسعار سنة 1993، لتعود بعد ذلك مرة أخرى إلى أربعة أسعار بموجب تعديلات قانون المالية لسنة 1996³، هذا بالإضافة للتغيرات و التعديلات التي عرفتها السلع و الخدمات من حيث المعدل أو السعر المطبق عليها. و رغم أن هذا التطور كان يهدف حسب قول السلطات إلى تبسيط نظام أسعار الضريبة على القيمة المضافة فإن حقيقة الأمر أعمق من ذلك⁴.

حيث أنه بموجب المواد 13 و 14 و 15 و 16 من القانون 30-85⁵ فإن الضريبة على القيمة المضافة كانت تعرف خمسة أسعار :

- سعر 30% بالنسبة للمنتجات الكمالية.
- سعر عادي يعادل 19% بالنسبة لأغلب السلع و الخدمات.
- سعر 14% بالنسبة للأشغال العقارية.
- سعر 12% بالنسبة للسياحة و عمليات البنوك و الصرف و الائتمان.
- سعر 7% بالنسبة للطاقت و المنتجات الواسعة الإستهلاك، و كذلك المنتجات الصيدلانية و الأدوات المدرسية.

¹- المادة 100 ، مرجع سابق.

²- تم إنجاز هذا المبيان بالإعتماد على المعطيات الواردة في :

* Taux de TVA appliqués dans les États membres de l'Union européenne - Situation au 1er juillet 2010. Document publié par la Commission de l'Union européenne.

* taxe sur la valeur ajoutée, disponible sur le site de wikipedia.

* المدونة العامة للضرائب المغربية، 2010.

³- مصطفى منار، مرجع سابق، ص 179.

⁴- سفيان أدرويش، جباية رقم أعمال الشركات (الضريبة على القيمة المضافة)، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، العدد: 23، 2001. ص: 96.

⁵- القانون 30-85 ، مرجع سابق.

و إستجابة لتوصيات صندوق النقد الدولي و البنك الدولي، صرحت السلطات المغربية عزمها على المدى الطويل إلى الإحتفاظ بمعدل ضريبي وحيد يبلغ 17% مقابل إلغاء الأسعار المخفضة، وكذلك السعر الأعلى 30%¹.

إلا أن الحكومة آنذاك إلتزمت بنصف ما وعدت به فقط، حيث قامت بحذف أو إلغاء السعر الأعلى 30% الذي كان مفروض على المواد الكمالية (كطائرات السياحة، الأحجار الكريمة...) ² لكن في المقابل فعوض أن يتم خفض السعر العادي من 19% إلى 17%، فقد تم رفع هذا السعر إلى 20% بموجب المادة 15 من قانون المالية لسنة 1996.

لهذا يمكن القول أن المغرب في تطبيقه للضريبة على القيمة المضافة، لا يرى في هذه الأخيرة أداة لتحقيق العدالة الإجتماعية، بل فقط وسيلة للرفع من مداخيل الدولة، و هذا ما تؤكد المعطيات الرقمية على إعتبار أن الضريبة على القيمة المضافة تساهم بشكل كبير في حصيلة المداخيل الجبائية، و هذا ما يمكن أن نلاحظه من خلال الجدولين التاليين :

المداخيل الجبائية (بملايين الدرهم)³

مساهمة أهم الضرائب

توقعات								متوسط	
2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	-99 2004		
17947 2	16593 0	17357 1	18630 0	15678 8	13537 7	12244 2	98030	مجموع المداخيل العادية	
15810 7	14963 6	15205 3	16727 5	13520 4	11357 8	10060 3	79510	المداخيل الجبائية	
68636	63676	71580	81827	60030 8	50639	43460	30288	الضرائب المباشرة	
26790	24664	25803	33312	28009	24386	22880	15381	الضريبة على الدخل	
39245	36610	43532	46290	30013	24182	19378	12625	الضريبة على الشركات	

¹- مصطفى منار، مرجع سابق، ص: 181.

²- المادة 14 من القانون 85-30، مرجع سابق.

³- تم إنجاز هذا الجدول بالإعتماد على المعطيات الواردة في التقرير الإقتصادي و المالي لسنة 2011.

67678	64473	59191	61568	52151	43401	38370	32467	الضرائب غير المباشرة
46886	44279	39561	42875	34811	27361	22825	16827	الضريبة على القيمة المضافة
20792	20194	19630	18693	17340	16040	15545	15640	الرسوم الداخلية على الإستهلاك
11225	11900	11830	13706	13415	12344	12409	12010	الرسوم الجمركية

جدول رقم 1

بنية المداخل الجبائية (%)¹

توقعات		2009	2008	2007	2006	2005	متوسط	
2011	2010						-99 2004	
17947 2	16593 0	17357 1	18630 0	15678 8	13537 7	12244 2	98030	مجموع المداخل العادية (بملايين الدرهم)
88.1	90.2	87.6	89.8	86.2	83.9	82.2	81.1	المداخل الجبائية (%)
38.2	38.4	41.2	43.9	38.5	37.4	35.5	30.9	الضرائب المباشرة
14.9	14.9	14.9	17.9	17.9	18	18.7	15.7	الضريبة على الدخل
21.9	22.1	25.1	24.8	19.1	17.9	15.8	12.9	الضريبة على الشركات
37.7	38.9	34.1	33	33.3	23.1	31.3	33.1	الضرائب غير المباشرة
26.1	26.7	22.8	23	22.2	20.2	18.6	17.2	الضريبة على القيمة المضافة

1- تم إنجاز هذا الجدول بالإعتماد على المعطيات الواردة في التقرير الإقتصادي و المالي لسنة 2011.

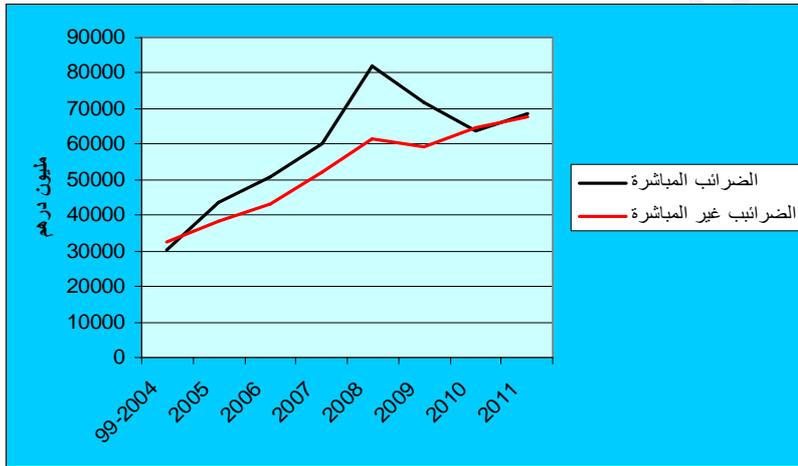
11.6	12.2	11.3	10	11.1	11.8	12.7	16	الرسوم الداخلية على الإستهلاك
6.3	7.2	6.8	7.4	8.6	9.1	10.1	12.3	الرسوم الجمركية

جدول رقم 2

من خلال الجدولين السابقين نرى أن عائدات الضريبة على القيمة المضافة في إرتفاع مستمر بالمقارنة مع باقي الضرائب، هذا بالإضافة لكونها أهم عنصر ضمن بنية المداخل الجبائية، و لكي تتضح الصورة أكثر قمنا بتحويل هاته المعطيات الواردة في الجدولين لمبيانات، و حصلنا على النتائج التالية :

تطور المداخل الجبائية (بملايين الدرهم)¹

مبيان رقم 1



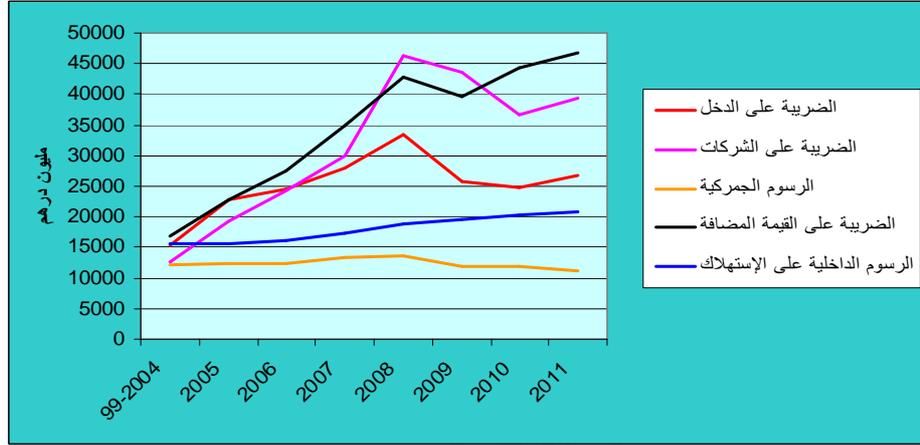
نلاحظ من خلال هذا المبيان أن معدل مداخل الضرائب غير المباشرة في إرتفاع دائم مقارنة مع عائدات الضرائب المباشرة، كما نلاحظ أن هاته الأخيرة منذ سنة 2009 عرفت إنحفاً كبيراً.

1- أنجز هذا المبيان بالإعتماد على المعطيات الواردة في مشروع قانون المالية لسنة 2011.

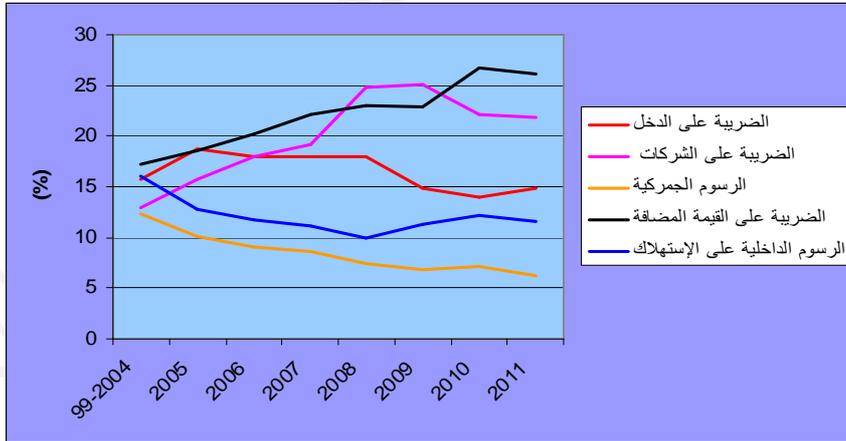
تطور المداخيل الجبائية

(بملايين الدرهم)¹

مبيان رقم 2



يبين المبيان الثاني أن مداخيل الضريبة على القيمة المضافة تشكل أهم مورد من الموارد الجبائية، هذا رغم التطابق الحاصل بين موارد مداخيل الضرائب المباشرة و الغير المباشرة كما رأينا في المبيان الأول. و بين المبيان الموالي بشكل جلي أن الضرائب غير المباشرة تشكل ركيزة المداخيل الجبائية :

تطور بنية (%) المداخيل الجبائية²

مبيان رقم 3

بالإضافة لما سبق فإن المغرب و نظرا للتحديات المستقبلية و المتمثلة أساسا في انخفاض عائدات الرسوم الجمركية نتيجة الإتفاقيات التي وقعها المغرب مع مجموعة من الشركاء كالإتحاد الأوروبي، الولايات المتحدة الأمريكية، تركيا، مصر، الأردن، و تونس³. و سعيًا من المغرب لعدم الوقوع في مشكل تراجع أو انخفاض المداخيل، فقد تم

¹- أنجز هذا المبيان بالإعتماد على المعطيات الواردة في المرجع السابق.
²- أنجز هذا المبيان بالإعتماد على المعطيات الواردة في المرجع السابق.

³ - Jean francois brun, Gérard chambas, et Martial Laurent, op.cit, p : 309.

التوجه نحو القيام بإصلاح جبائي يرتكز على الرفع من مردودية المداخل الجبائية الداخلية، وهذا ما يمكن أن نلاحظه من خلال إرتفاع عائدات الضريبة على الشركات¹. لكن ومع ذلك تبقى الضريبة على القيمة المضافة هي المساهم الأكبر في مداخل الدولة، وهذا راجع بالأساس لإتساع وعائها.

كما أن المغرب يسعى حاليا لإصلاح نظام أسعار الضريبة على القيمة المضافة، وذلك من خلال فرض سعرين فقط بدل أربعة أسعار حاليا، ليتم الانتقال بعد ذلك لفرض سعر واحد². وهذا ما أكده وزير المالية صلاح الدين مزور في تصريح لمجلة *the Banker* البريطانية³، حيث أشار إلى أن سنتي 2011 و 2012 ستعرفان خفضا من السعر العادي للضريبة على القيمة المضافة والذي سينتقل من 20% حاليا إلى 18%، هذا بالإضافة لإعتماد سعرين بدل أربعة وهما 10% و 18%.

خاتمة :

تأسيسا على ما سبق يظهر لنا أن المغرب في تطبيقه للضريبة على القيمة المضافة يبحث بشكل أساسي عن المردودية و ليس تحقيق العدالة الإجتماعية، لكن ومع ذلك يجب التأكيد على أن هذا لا يعني أن الضرائب غير المباشرة، بما في ذلك الضريبة على القيمة المضافة تتنافى و مفهوم العدالة الإجتماعية، بل إن كيفية التعامل مع هذه الضرائب من قبل الدول هي التي تجعلها غير عادلة. و بعبارة أخرى فالسياسة الجبائية هي التي يمكن أن نقول عنها أنها عادلة أم لا، و ليس الضرائب في حد ذاتها.

لكن مسألة البحث عن المردودية قبل السعي لتحقيق العدالة الإجتماعية ليست حكرا على المغرب أو الدول النامية، و إنما هذا هو حال حتى الدول المتقدمة، حيث نلاحظ أن ألمانيا قد رفعت من سعر الضريبة على القيمة المضافة سنة 2007 من 16% إلى 19% و ذلك بهدف سد العجز الذي تعرفه الدولة، الشيء الذي أدى لإضعاف القدرة الشرائية للمواطنين.

و نفس الأمر كان يسعى لتحقيقه الرئيس الفرنسي *Nicolas Sarkozy* و ذلك من خلال تبني ما يسمى بالضريبة على القيمة المضافة الإجتماعية *TVA sociale*⁴ ، لكنه لاقى معارضة شديدة من قبل المعارضة التي إعتبرت أن تطبيق مثل هذا الإصلاح يتنافى و مبدأ العدالة الإجتماعية. هذا مع العلم أن مجموع المداخل الجبائية في فرنسا يتشكل من 52% من عائدات الضريبة على القيمة المضافة، وهذا ما نلاحظه من خلال المبيان التالي:

¹- أنظر الجدول رقم 1، و المبيانين 1 و 2.

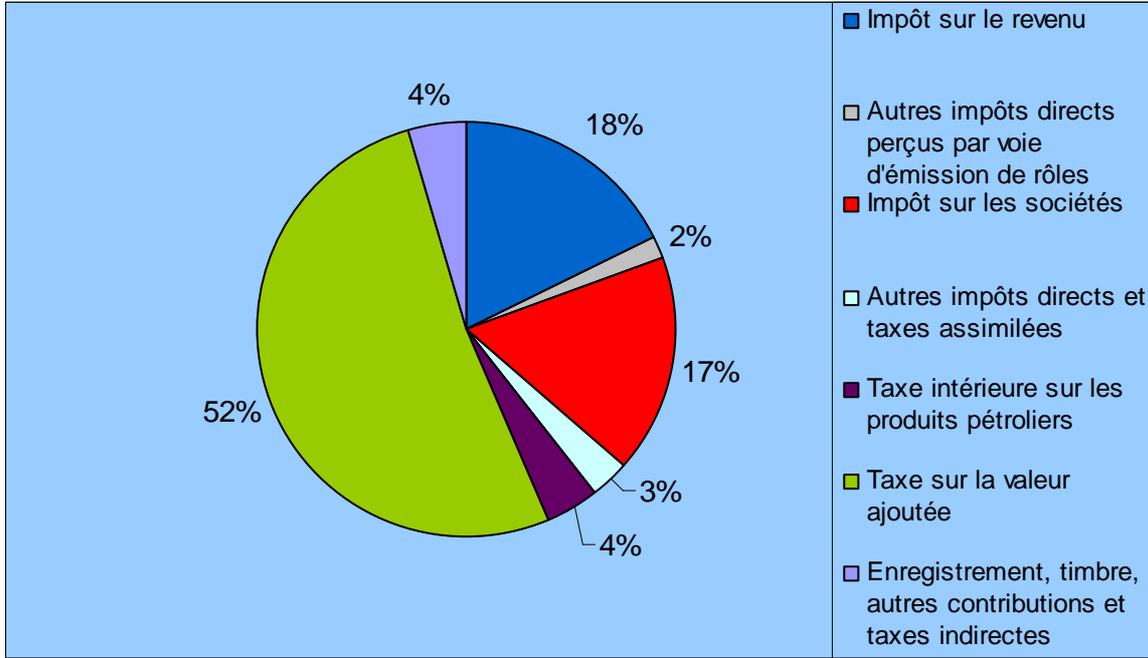
² - Jean francois brun, Gérard chambas, et Martial Laurent, op.cit, p : 312.

³ - The Banker, By Charlie Corbett, 30 December, 2009.

⁴ - نشير هنا إلى أن الضريبة على القيمة المضافة الإجتماعية *La TVA sociale* ، لا تهدف لمراعاة العدالة الإجتماعية من خلال تطبيقها كما قد تحيل لذلك تسميتها، بل تهدف بالأساس لرفع سعر الضريبة على القيمة المضافة من أجل تمويل الخدمات الإجتماعية التي تقدمها الدولة، و خاصة خدمة التغطية الصحية. و الهدف من وراء نهج هذه السياسة هي التقليل من الإقتطاعات المباشرة من الأجور بغية الرفع من تنافسية الإقتصاد الوطني الفرنسي. للمزيد من التفاصيل أنظر :

بنية المداخيل الجبائية في فرنسا حسب توقعات مشروع قانون المالية لسنة 2011¹

المباين رقم 4



لكن إذا قلنا أن الضرائب غير المباشرة لا تحقق العدالة الإجتماعية و ذلك حتى في الدول المتقدمة، فإن هذا لا يعني أن الضرائب المباشرة تحقق هذه العدالة، و هذا راجع بالأساس لإعتقادنا أن العدالة لا تتحقق تبعا لطبيعة أو نوع الضريبة، و إنما تبعا للسياسة العامة في الميدان الجبائي التي تنهجها الدولة، هذا ما يدفنا لطرح السؤال التالي: كيف تتعامل الدولة مع باقي الضرائب؟ و أي مكان للعدالة الإجتماعية داخل المنظومة الجبائية؟، بعبارة أخرى هل تعاملت الدولة مع باقي الضرائب بمنطق المردودية، أم بمنطق تحقيق العدالة؟

المراجع المعتمدة :

1- باللغة العربية :

الكتب :

- مصطفى منار، الإقتطاع الضريبي والعدالة الإجتماعية، طبعة 2008.

¹ - projet de loi de finance français, 2011.

الأطروحات :

- عبد الفتاح بلخال، المشروعية الجبائية و الحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني - عين الشق ، كلية الحقوق، الدار البيضاء. السنة الجامعية 2000/2001.

المجلات :

- سفيان أدرويش، جباية رقم أعمال الشركات (الضريبة على القيمة المضافة)، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، العدد: 23، 2001.

مداخلات :

- تجربة المملكة المغربية بخصوص إحداث الضريبة على القيمة المضافة، مداخلة السيد عبد الوهاب الناصري الدرعي رئيس مصلحة التشريع للضريبة على القيمة المضافة بالمديرية العامة للضرائب بالمغرب، المؤتمر المنعقد يومي 3- 4 سبتمبر 2007 بدمشق، تحت عنوان : " رؤى في الإصلاح المالي والضريبي : التجارب والتحديات".

القوانين :

- القانون رقم 30-85 الصادر بتطبيقه الظهير الشريف 1-85-347 في 20 ديسمبر 1985، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3818 الصادرة في فاتح يناير 1986.
- قانون المالية رقم 06-43 للسنة المالية 2007، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232 في 31 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية عدد 5487 فاتح يناير 2007.

تقارير :

- مشروع قانون المالية لسنة 2011، التقرير الإقتصادي و المالي، وزارة الإقتصاد و المالية.

2- باللغة الفرنسية :

Ouvrages :

- Jacques Grosclaude, et Philippe Marchessou, Droit fiscal général, Dalloz, 6^e édition 2007.
- Christian de Lauzaunghein, Marie-Hélène stauble-de Lauzainghein, et Lucile de Mellis, Droit fiscal, Dalloz, 13^e édition, 2006.

Reuves et articles

- Mohamed Boussetta, et Mohamed Riyad, « Entreprise et gestion de la taxe sur la valeur ajoutée au Maroc » in : remald, collection Manuels et travaux universitaires, N : 16, 1^{er} édition, 2000.
- Jean francois brun, Gérard chambas, et Martial Laurent, économie politique de la réforme de transition fiscale : le cas du Maroc, in : Afrique contemporaine, N : 223, 2007.

Lois

- projet de loi de finance français, 2011.

Rapports

- résumé du 21^{ème} rapport du conseil des impôts de la république française, juin 2001.
- Taux de TVA appliqués dans les États membres de l'Union européenne - Situation au 1er juillet 2010. Document publié par la Commission de l'Union européenne.
- dix ans de TVA, rapport du conseil fédéral suisse, Mars 2005.

Internet

- Taxe sur la valeur ajoutée, disponible sur le site de wikipedia.

المنابعة الجزائية لجرائم الفساد والعقوبات المقررة لها

(في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته)



رحايمية عماد الدين طالب باحث بصف الدكتوراه

قسم القانون الخاص جامعة مولود معمري الجزائر

Email : rehaimiaimadeddine@yahoo.fr

مقدمة :

يعتبر الفساد من أخطر الظواهر التي تهدد المجتمعات في جميع الجوانب، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وبما أن الجزائر واحدة من الدول التي تهددها هذه الظاهرة، فقد تدخلت الإرادة السياسية لتساهم في وضع حد لها، وكأول خطوة قامت بها المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد، وبعدها قام المشرع الجزائري بسن نص تشريعي يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته كون أن قانون العقوبات يصعب عليه مواكبة التطورات السريعة في الوقت الراهن.

كما أنه و بدخول الجزائر في سلسلة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الحديثة العالمية والمتعددة الأطراف، وبعد مصادقتها على كثير من الاتفاقيات المنشئة لقواعد قانونية متميزة وخاصة، ونشير بالخصوص هنا إلى اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد فقد تبنى المشرع الجزائري ما جاء في هذه الاتفاقية وأقر قانون وطني يتصدى لجرائم الفساد وهو القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

لذلك نجد أن المشرع الجزائري من خلال هذا القانون أعطى نوع من الخصوصية لجرائم الفساد وذلك من إخلال إعطاء القضاء نوع من الفعالية في جزر تلك الجرائم بداية من تحريك الدعوى العمومية إلى غاية العقوبة المقررة لتلك الجرائم و الظروف المحيطة بالجاني مرورا بالخصوصية المتعلقة بتقادم جرائم الفساد و كذا ظروفها لذلك سوف نحاول تسليط الضوء على دور القضاء في متابعة جرائم الفساد وذلك مرورا بتحريك الدعوى العمومية إلى غاية الجزاء المقرر لتلك الجرائم وذلك من خلال طرح تساؤلين هما : ما هي الخصوصيات التي جاء بها المشرع الجزائري في المتابعة الجزائية لجرائم الفساد وما هي العقوبات المقررة لكل جريمة؟ لذلك سوف نحاول الإجابة على هذين التساؤلين من خلال ما يلي :

أولاً: إجراءات المتابعة وأساليب التحري الخاصة :

1- خصوصيات تحريك الدعوى العمومية في جرائم الفساد

2- الشروط الواجب توفرها في المتهم

3- أساليب التحري الخاصة

ثانياً: العقوبات المقررة لجرائم الفساد والظروف المحيطة بالجاني :

1- العقوبة الأصلية (الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي)،

2- العقوبة التكميلية،

3- الظروف المحيطة بالجاني و العقوبات المقررة.

المبحث الأول : خصوصيات تحريك الدعوى العمومية في جرائم الفساد :

سوف نعالج هذا المبحث من خلال التطرق الى حريم النياية العامة في متابعة الجاني عند لقترافه جريمة من جرائم الفساد و كذا مدة التقادم المحددة من طرف المشرع الجزائري وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : عدم اشتراط إيداع شكوى جرائم الفساد :

إن جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون رقم 01/06 لم يعلق فيها المشرع الجزائري تحريك الدعوى العمومية على ضرورة تقديم شكوى من طرف المتضرر هذا يعني أنه لا مانع من مباشرة الدعوى العمومية تلقائياً من طرف الضبطية القضائية و ذلك تحت إشراف وكيل الجمهورية المختص ، مع الاشارة أن لوكيل الجمهورية الحق في حفظ أوراق القضية طبقاً لمبدأ ملائمة المتابعة على أساس أن جرائم الفساد قد جعلها المشرع في حكم أغلبية الجرائم التي يحكمها مبدأ الملائمة .

المطلب الثاني : مسألة التقادم في جرائم الفساد :

تنص المادة 54 من قانون مكافحة الفساد على ما يلي : دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية لا تتقادم الدعوى العمومية و لا العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن و في غير ذلك من الحالات تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، غير أنه بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في المادة 29 من هذا القانون تكون مدة تقادم الدعوى العمومية مساوية للحد الأقصى للعقوبة المقررة لها .

يفهم من النص السالف الذكر أن الأصل هو عدم تقادم جرائم الفساد إذا كان مرتكبها قد قاموا بتحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن ، أما جنحة الاختلاس المنصوص عليها في المادة 29 من قانون مكافحة الفساد فإنها تتقادم بمضي 10 سنوات من تاريخ ارتكابها بعد أن كانت غير قابلة للتقادم بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2004 بينما بالنسبة جنحة الرشوة فلم يخصص لها المشرع نصاً خاصاً في قانون مكافحة الفساد و أبقى عليها

على حالها حيث أنها لا تتقدم مثل الجرائم الإرهابية و الجرائم المنظمة العابرة للحدود عملا بنص المادة 8 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية .

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في المتهم:

حسب الفقرة(ب) من المادة 02 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته فإنه يقصد بالموظف العمومي في مفهوم هذا القانون مايلي:

- 1 - كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة ، وسواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.
- 2 - كل شخص آخر يتولى، ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويسهم بهذه الصفة في خدمة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية.
- 3 - كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

وهو تعريف مستمد من المادة الثانية الفقرة(أ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003، ويختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي كما جاء به الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

ويشمل مصطلح الموظف العمومي كما جاء في القانون المتعلق بمكافحة الفساد أربع فئات نخصها بالدراسة والتحليل في أربعة مطالب.

المطلب الأول: ذوو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية:

يعد موظفا عموميا كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا سواء كان معينا أو منتخبا بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر.

الفرع الأول: الأشخاص الذين يشغلون مناصب تنفيذية: ويقصد بهم:

- 1 - رئيس الجمهورية: و هو رئيس السلطة التنفيذية حسب الدستور الجزائري، وهو منتخب من الشعب، والأصل أن لا يسأل عن الجرائم التي قد يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه، ما لم تشكل الجريمة خيانة عظمى.
- 2 - الوزير الأول: و هو المعين من قبل رئيس الجمهورية و يجوز مساءلته جزائيا عن الجنایات و الجناح التي يرتكبها على أن يحاكم على مستوى المحكمة العليا للدولة التي لم تنصب إلى حد الساعة .
- 3 - الوزراء: و هم معينون من طرف رئيس الجمهورية و يمكن مساءلتهم وفق أحكام المواد 573 من قانون الإجراءات الجزائية و ما يليها .

الفرع الثاني : الأشخاص الذين يشغلون مناصب إدارية و يقصد بهم :

الأشخاص الذين يعملون في الإدارات العمومية سواء كانوا دائمين في مهامهم أو مؤقتين، و سواء كانوا يعملون مقابل أجر أو بدونه مهما كانت رتبته و أقدميتهم في الوظيفة.

و المقصود بالموظفين الذين يشغلون مناصب إدارية بصفة دائمة المعرفين بموجب المادة الرابعة من الأمر المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية و عرفهم المشرع أنهم كل عون معين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري و المقصود بالمؤسسات و الإدارات العمومية : المؤسسات العمومية كالمستشفيات و المدارس و الإدارات المركزية في الدولة كالوزارات و المديريات العامة كالمديرية العامة للأمن الوطني و المديرية العامة للغابات و المصالح غير الممركزة التابعة للدولة كالمديرية التجارية ، مديرية الفلاحة ، مديرية النقل ، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي (1).

و من أمثلة المؤسسات التي يحكمها القانون الأساسي للوظيفة العامة هيئات الضمان الاجتماعي و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري *les epic* إذا كان التابع جزائيا مديرا عاما كونه معين من سلطة عامة و فقا لإجراءات تعيين الموظفين في القطاع العام.

أما العمال الذين يعملون بصفة مؤقتة فالمقصود بهم الأشخاص المتعاقدين في الإدارات العمومية عكس ما عرفتة المادة الثانية من القانون السالف الذكر.

الفرع الثالث : الأشخاص الذين يشغلون مناصب قضائية :

وهم القضاة كما عرفهم القانون الأساسي للقضاء سواء كانوا قضاة نيابة أو قضاة حكم بغض النظر عن رتبته و مكان عملهم سواء في المحكمة أو المجلس القضائي أو المحكمة العليا أو الوزارات كما يمكن إدخال الخلفين في محكمة الجنائيات و المساعدين القضائيين في المحكمة الاجتماعية في حكم القضاة لأنهم يشاركون القاضي في حكمه عكس المساعدين في المحاكم التجارية الذين لهم صوت استشاري لا تداولي .

المطلب الثاني : ذوو الوكالات النيابة :

و يمكن تصنيفهم إلى فئتين :

الفرع الأول : أعضاء البرلمان :

و المقصود هنا أعضاء البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة سواء كانوا معينين أو منتخبين .

الفرع الثاني : أعضاء المجالس الشعبية المنتخبة محليا :

يتعلق الأمر بكافة أعضاء المجالس الشعبية البلدية و الولائية بما فيهم الرئيس المنتخب من قبلهم .

المطلب الثالث : من يتولون وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط .

الفرع الأول : من يتولى وظيفة :

و المقصود بتولي وظيفة كل معاني التكفل و الإشراف و تحمل المسؤولية(2)

الفرع الثاني : من يتولى وكالة :

أما المقصود بتولي وكالة فهم أعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية les epe باعتبارهم منتخين من قبل الجمعية العامة.

المطلب الرابع : من في حكم الموظفين :

و المقصود بهم جميع المستخدمين العسكريين و المدنيين للدفاع الوطني لأنهم قد تم استثنائهم من القانون الأساسي للوظيفة العامة.

كما يقصد بما في حكم الموظفين جميع الضباط العموميون و هم : الموثقون ، المحضرون القضائيون ، و محافظو البيع بالمزاد العلني و كذا المترجمين الرسميين و بالتالي فإن المحامي لا يدخل ضمن هذه الفئة لكونه لا يتمتع بصفة الضابط العمومي بل هو متمتع بالاستقلالية و الحرية مقارنة بالأشخاص السالفين الذكر.

المبحث الثالث : أساليب التحري الخاصة :

لقد استحدثت المشرع الجزائري في تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2006 اختصاصين جديدين لمصالح الشرطة القضائية رغم أنهما يمان الحقوق و الحريات الفردية للأشخاص و هذا له ما يبرره على أساس خصوصية بعض الجرائم التي تتسم بالتكنولوجيا و السرعة في التنفيذ و يتعلق الأمر بالإجرائيين التاليين :

1- اعتراض المراسلات و تسجيل المكالمات و التقاط الصور.

2- التسرب.

و هذا ما سوف نقوم بتحليله من خلال تبيان المفهوم و الشروط الواجبة لكل إجراء .

المطلب الأول : اعتراض المراسلات و تسجيل المكالمات و التقاط الصور :

أخذ المشرع من اعتراض المراسلات و تسجيل المكالمات و التقاط الصور وسيلة للكشف عن الجرائم و هي إجراءات تباشر بشكل خفي(3)

الفرع الأول : مجال التطبيق :

يطبق هذا الإجراء في جميع الجرائم الخاصة بالإرهاب و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف و جرائم الفساد .

الفرع الأول: إجراءات التطبيق:

- 1- لا يمكن مباشرة الإجراء إلا بعد إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب الحالة لمدة أقصاها 4 أشهر قابلة للتجديد.
- 2- أن يتضمن الإذن كل العناصر التي تسمح بتطبيقه و كذا الهدف من تنفيذه.
- 3- أن تبرز الجريمة المبررة لهذه الإجراءات (4)
- 4- أن يجر محضر في الأخير يودع في الملف يتضمن جميع الإجراءات المتبعة مع إيداع كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة القضائية.

المطلب الثاني: أسلوب التسرب أو الاختراق:

التسرب هو قيام ضابط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه تحت مسؤولية الضابط بإيهام الفاعلين الأصليين أو الشركاء انه شريك معهم في العملية الإجرامية على أن يستعمل في ذلك هوية مستعارة دون أن يكون مسئولا جزائيا وقد نظم المشرع هذا الأسلوب في المواد من 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الأول: شروط أسلوب التسرب:

- 1- أن يكون هناك إذن مكتوب من طرف السيد وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب الحالة على أن يكون مسيبا تسبيبا كافيا و يتضمن جميع المعلومات الضرورية الخاصة بالمهام و هوية المتسرب.
- 2- أن لا يخرج التسرب عن الجرائم المسموح القيام بشأنها.
- 3- أن لا تتجاوز مدة الإجراء 4 اشهر قابلة للتجديد مرة ثانية طبقا للمادة 65 مكرر 17 من قانون الإجراءات الجزائية

الفرع الثاني: الضمانات القانونية الممنوحة للمتسرب (5):

قصد ضمان حماية و سلامة الشخص المتسرب سواء كان ضابط شرطة قضائية أو أحد أعوان أحاطه المشرع بجملة من الضمانات من أهمها:

- 1- الحماية الجزائية لهوية المتسرب: أي أن المشرع الجزائري يجرم و يعاقب كل فعل يؤدي إلى كشف الهوية الحقيقية للمتسرب بعقوبة من 2 إلى 5 سنوات حبس و غرامة مالية من 50.000 دج إلى 200.000 دج.
- 2- الإعفاء من المتابعة الجزائية أي أنه لا يمكن متابعة المتسرب جزائيا متى كان الإجراء قد تم وفق الشروط السالفة الذكر.

3- عدم سماع المتسرب كشاهد و هو أمر طبيعي للحفاظ على سلامة المتسرب و عدم الكشف عن هويته الحقيقية.

المبحث الأول: العقوبات المقررة لجرائم الفساد :

تختلف العقوبات الجزائية باختلاف الجريمة المقررة قانونا و باختلاف شخص الجاني الامر الذي سوف أتطرق اليه بالتفصيل وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: العقوبة الأصلية :

من بين مميزات قانون مكافحة الفساد أنه استبدل العقوبات الجنائية التي كانت مقررة في قانون العقوبات بعقوبات جنحية لا سيما الاختلاس وما في حكمه، لذلك سوف نحاول التمييز بين العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي و العقوبات المقررة للشخص الطبيعي.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي :

من بين أهم مميزات قانون مكافحة الفساد أنه جنح كل الجرائم التي المتعلقة بالمال العام والتي كانت معظمها تشكل جناية (6) وعليه سوف نحاول من خلال هذا العنصر التطرق على إلى العقوبات المقررة لأهم الجرائم التي نص عليها قانون مكافحة الفساد لذلك سوف نحاول التطرق إليها من خلال التصنيف الآتي :

- اختلاس الممتلكات والإضرار بها: نجد أن المادة 29 من القانون 06-01 التي ألغت المادة 119 من قانون العقوبات التي نصت على معاقبة الجاني بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج(7)، وتجدر الإشارة أن المشرع استحدث في ظل هذا القانون الاختلاس في القطاع الخاص غير أنه قرر عقوبة ملطفة مقارنة بتلك المقررة للموظف العام بحيث قرر عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات و غرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج(8).

كما تجدر الإشارة أن المشرع أبقى على المادة 119 مكرر من قانون العقوبات وتعتبر المادة الوحيدة التي لم يمسهما التعديل وهي تتعلق بالإهمال المتسبب في ضرر مادي و التي تعاقب بالحبس الجاني بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و غرامة من 50.000 دج إلى 400.000 دج(9).

- الرشوة وما في حكمها: تأخذ الرشوة وما في حكمها عدة صور منها الرشوة، الغدر، الإعفاء أو التخفيض غير القانوني في الضريبة أو الرسم، استغلال النفوذ، الإساءة في استغلال الوظيفة، الإثراء غير المشروع، تلقي الهدايا، تعاقب المادة 25 من القانون 06-01 التي نصت على معاقبة الجاني بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج(10).

تجدر الإشارة أن المشرع استحدث في ظل القانون 06-01 الرشوة في القطاع الخاص غير أنه قرر عقوبة ملطفة مقارنة بتلك المقررة للموظف العام بحيث قرر عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات و غرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج(11).

- الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية: تأخذ هذه الجريمة ثلاثة صور وهي الحباة المجرمة بالمادة 26 فقرة 1، استغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة المنصوص عليها بالمادة 26 فقرة 02، قبض العمولات من الصفقات العمومية المنصوص عليها بالمادة 27، تجدر الإشارة إلى أن الصورتين الأولى و الثانية

يعاقب عليهما بالحبس من سنتين إلى عشرة سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج في حين الصورة الثالثة تعاقب عليها المادة نصت على معاقبة الجاني بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

- التستر على جرائم الفساد : تأخذ هذه الجريمة أربعة صور وهي :

* تبييض عائدات جرائم الفساد والمعاقب عليها بالمادة 389 مكرر وما يليها من قانون العقوبات وهي الحبس من 5 إلى 10 سنوات و الغرامة من 1.000.000 دج إلى 3.000.000 دج غير أن الإخفاء معاقب عليه بالمادة 43 من قانون مكافحة الفساد بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج

* عدم مراعاة الموظف العمومي للالتزامات التي فرضها عليه قانون مكافحة الفساد ويدخل ضمن هذا الفعل التصريح الكاذب بالملكات، منصوص ومعاقب عليها بالمادة 34 بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج.

الفرع الثاني : العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي :

لقد أقر القانون 04-15 المعدل لقانون العقوبات والقانون 04-14 المعدل لقانون الإجراءات بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي .

كما انه وفي إطار مراجعة المنظومة التشريعية جاء القانون 06-22 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الذي وسع من نطاق هذه المسؤولية كما أوجد تدابير جديدة .

لا يكفي لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي أن يكون هذا الشخص من الأشخاص المعنية بالمساءلة الجزائية و أن يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها قانونا ، بل إن هناك شروطا موضوعية أخرى يجب توافرها لقيام هذه المسؤولية نصت عليها كذلك المادة 51 مكرر قانون العقوبات .

-أولا : ارتكاب الجريمة من الجهاز أو الممثل الشرعي .

-المساءلة تقتضي ارتكاب أفعال مجرمة ، وبما أن الشخص المعنوي هو عبارة عن كيان اعتباري فقط فإنه وبالضرورة الشخص الطبيعي الذي له علاقة مباشرة بالشخص المعنوي هو الذي بعد مسؤولا و هناك :

أجهزة الشخص المعنوي : وتتحدد بموجب القانوني الأساسي ومنها :

مجلس الإدارة -المسير - الرئيس المدير العام -مجلس المديرين -مجلس المراقبة الجمعية العامة للشركاء أو الأعضاء هذا بالنسبة للشركات.

الممثلون : هم الأشخاص الطبيعيون الذين لهم السلطة القانونية أو الاتفاقية في التصرف باسم الشخص المعنوي وهناك ايضا الممثلين القضائيين في حالة التصفية .

وانطلاقاً من هذا فإنه في التشريع الجزائري وطبقاً للمادة 51 مكرر فإن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الجريمة المرتكبة من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين دون الموظفين البسطاء والأجراء مثال سائق يعمل لدى مؤسسة خاصة للنقل قام بدفع رشوة لعدم تحرير محضر مخالفة تتعلق بقانون المرور.

- ثانياً: ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي .

لقد أخذت أغلب التشريعات التي تبنت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بهذا الشرط و مقتضاه أن تكون الجرائم المرتكبة من قبل ممثليه تهدف إلى تحقيق منفعة ومصالحة للشخص المعنوي في حد ذاته والعكس بالعكس وقد تكون هذه المنفعة مادية تتمثل في تحقيق ربح مالي عند تقديم رشوة للحصول على صفقة أو لتفادي خسارة محتملة أو حتى مصلحة معنوية.

أما بالنسبة للعقوبة فإنه لا يمكن تصور عقوبة سالبة للحرية وإنما العقوبة هي عقوبة مالية تطبق أحكام المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وهي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى المقرر للشخص الطبيعي (12).

المطلب الثاني : العقوبة التكميلية :

يجب التفرقة بين نوعين من العقوبات التكميلية عند الحديث على العقوبات المقررة للجاني في قانون مكافحة الفساد وهي عقوبات تكميلية إلزامية وعقوبات تكميلية جوازية وهذا ما يفهم من قراءة المادة 50 من القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد لذلك سوف نحاول من خلال هذا العنصر تسليط الضوء على نوعين من العقوبات التكميلية.

الفرع الأول : العقوبات التكميلية الإلزامية :

هذا النوع من العقوبات يجب على الجهة القضائية أن تقضي بها وهي ملزمة للقاضي وهذا ما نصت عليه المادة 51 من قانون مكافحة الفساد في فقرتيها 2 و 3 وكذا المادة 15 مكرر من قانون العقوبات ويمكن أن نصف تلك العقوبات في ثلاثة أنواع من العقوبات التكميلية وهي :

- مصادرة الأموال غير المشروعة (13).
- مصادرة العائدات غير المشروعة (14).
- الرد: أي أن الجهة القضائية هنا تلزم الجاني برد ما اختلسه وإذا استحال رد ما اختلسه هنا يرد قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح (15).

الفرع الثاني : العقوبات التكميلية الإلزامية :

يمكن القول أنه توجد نوعين من العقوبات التكميلية هناك عقوبات تكميلية جوازية منصوص عليها في قانون العقوبات (الأحكام العامة) :

- العقوبات التكميلية الجوازية المنصوص عليها في قانون العقوبات طبقاً لنص المادة 09 من قانون العقوبات وذلك من خلال تطبيق واحدة من العقوبات وهذا ما يفهم من نص المادة 50 من قانون مكافحة الفساد.

- هناك كذلك عقوبات جوازيه منصوص عليها في قانون مكافحة الفساد وتتعلق بإبطال الصفقات و البراءات والامتيازات (16).

المبحث الثاني : الظروف المحيطة بالجاني :

قد يحيط بالجاني ظروف من شأنها أن تؤثر على العقوبة سواء كانت بالتشديد أو التخفيض أو الإعفاء وقد تكون هناك ظروف أخرى تجعل من العقوبة تقادمت وقد تكون هناك مسألة تعدد الأوصاف

المطلب الأول : تشديد العقوبة :

الفرع الأول : تشديد العقوبة بسبب صفة الجاني :

قد تكون صفة الجاني سببا لتشديد العقوبة المقررة للجاني في قانون مكافحة الفساد وهذا ما نصت عليه المادة 48 من قانون مكافحة الفساد وذلك إذا تعلق الأمر بـ:

- قاضي بمفهومه الواسع.
- موظف يمارس سلطة عليا في الدولة.
- ضابط عمومي .
- ضباط و أعوان الشرطة القضائية.
- أعضاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.
- موظف أمانة الضبط.

فإذا كان أحد من هذه الفئات متورط في جرائم الفساد فإن هذه الصفة من شأنها أن تشدد العقوبة السالبة للحرية فقط وتصبح الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة.

الفرع الثاني : تعدد الأوصاف :

المقصود بمسألة تعدد الأوصاف هي أن الفعل المجرم الواحد يكون له أكثر من وصف جزائي ففي هذه الحالة نحتكم للوصف الأشد طبقا لنص المادة 32 من قانون العقوبات، غير أنه في جرائم الفساد نجد أن الفعل الذي يمتثل أكثر من وصف هو الاختلاس في قطاع البنوك المالية في حالة إذا كان المدير العام أو أعضاء مجلس الإدارة لأن الفعل يكون في هذه الحالة معاقب عليه بالمادة 29 من قانون مكافحة الفساد ومعاقب عليه بالمادتين 131 و 133 من قانون النقد والقرض وقد يأخذ وصف ثالث وهو جنحة التعسف في استعمال أموال الشركة المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 811-3 من القانون التجاري(17).

لتحديد الوصف الأشد فإن قانون النقد والقرض يحدد العقوبة بحسب المبلغ المختلس فإذا كان المبلغ المختلس أقل من 10.000.000 دج فإن قانون مكافحة الفساد هو الواجب التطبيق(18) أما إذا كان المبلغ المختلس يفوق 10.000.000 دج فإن القانون الأشد هنا قانون النقد و القرض لأنه يعاقب على الفعل بالسجن المؤبد.

المطلب الثاني: تخفيض العقوبة و الإعفاء منها :

الفرع الأول: تخفيض العقوبة :

يستفيد المبلغ بعد مباشرة إجراءات المتابعة أو الذي ساعد في إلقاء القبض على الجاني من التخفيض في العقوبة وذلك بالنسبة للحد الأقصى إلى النصف وهذا ما نصت عليه المادة 49 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد

الفرع الثاني: الإعفاء من العقوبة :

يستفيد المبلغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أو الذي يساعد في إلقاء القبض على الجاني من الإعفاء كلية من العقوبة وهذا ما نصت عليه المادة 49 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد، لأن ذلك يعد من الأعداء المعفية من العقوبة.

الخاتمة :

تجد الإشارة في الأخير إلى أن الحماية الجزائية التي أقرها المشرع الجزائري لصالح المال العام من خلال قانون مكافحة الفساد، بموجب نصوص تجرم وتعاقب على الأفعال الماسة بهذا المال، هي حماية مدعمة ببعض المبادئ والآليات والوسائل التي من شأنها أن تساهم في الحد من تفاقم وانتشار تلك الأفعال المجرمة قبل وقوعها وليس بعد، في إطار ما يسمى بالوقاية من جرائم الفساد.

و مثال ذلك ما جاءت به المادة الثالثة من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، التي سنت معايير ومبادئ يجب مراعاتها عند توظيف مستخدمي القطاع العام (الموظفين العموميين)، الذين تضع الدولة المال العام أمانة بين أيديهم.

الهوامش :

- (1) أنظر في ذلك الدكتور أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الطبعة الثامنة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر 2008 صفحة 09.
- (2) أنظر في ذلك الدكتور أحسن بوسقيعة: المرجع السابق صفحة 16.
- (3) الأستاذة بوزبرن سهيلة، الكشف عن الجرائم باستعمال أساليب التحري الخاصة، مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني الأول حول التعديلات المستحدثة في مجال القانون الجنائي، يومي 07 و08 ديسمبر 2009 بجامعة سكيكدة.
- (4) أنظر في ذلك الدكتور عبد الله أوهابيه: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار هومة، الجزائر 2008 صفحة 280.
- (5) مصطفى عبد القادر النائب العام لدى مجلس قضاء بشار، أساليب البحث و التحري الخاصة و اجراءاتها، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2009، صفحة 67 .
- (6) إن الغرض من تجنيح تلك الجرائم الغرض منه هو سرعة الفصل و كذلك تفادي الإجراءات المعقدة التي تتطلبها التحضير إلى دورة الجنايات.
- (7) أنظر في ذلك الدكتور أحسن بوسقيعة: المرجع السابق صفحة 35.
- (8) أنظر في ذلك المادة 41 من قانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد.
- (9) أنظر في ذلك المادة 119 مكرر من قانون العقوبات تعديل 06-23.
- (10) وهي نفس العقوبة المقررة لرشوة الموظفين الأجانب المنصوص عليها في المادة 28.
- (11) أنظر في ذلك المادة 40 من قانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد.

(12) أنظر في ذلك المادة 53 من قانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد.

(13) أنظر في ذلك المادة 15 مكرر من قانون العقوبات التي نصت في فقرتها 02 على أنه يجب على القاضي بمصادرة الأشياء المستعملة في الجريمة.

(14) أنظر في ذلك المادة 51 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد 06-01 بحيث يجب على الجهة القضائية مصادرة كل ما عاد على الجاني من

الفساد أي من تبييض عائدات الفساد.

(15) أنظر في ذلك المادة 51 فقرة 03 من قانون مكافحة الفساد 06-01 وهنا ينطبق هذا الحكم على من انتقلت إليهم تلك الأموال إلى أصوله،

فروعه، إخوته، زوجته، كما تجدر الإشارة و إن كان القانون لا ينص صراحة على أن هذه العقوبة ملزمة للقاضي ولكن في نظرنا هي إلزامية كون أنها تجسد

الهدف الذي جاء من أجله قانون مكافحة الفساد.

(16) أنظر في ذلك المادة 55 من قانون مكافحة الفساد 06-01 غير أنه هنا تجدر الإشارة إلى إبطال الصفقات يصبح من اختصاص القاضي

الجزائي.

(17) أنظر في ذلك الدكتور أحسن بوسقيعة: المرجع السابق صفحة 48.

(18) قانون مكافحة الفساد يعاقب على اللجنة من سنتين إلى 10 سنوات في حين قانون النقد و القرض يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى عشر

سنوات.

إصلاح جامعة الدول العربية



من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات

أستاذ القانون الدولي العام المساعد بقسم القانون بكلية

إدارة الأعمال بجامعة المجمعة بالمملكة العربية السعودية

"الجامعة العربية هي "بيت العرب الكبير وهذا يتطلب حماية البيت وصيانته وتعزيز أركانه وتوطيد أسسه بالتضامن ووحدة العمل العربي المشترك" الأمين العام السابق لجامعة الدول العربية عصمت عبد المجيد .

ملخص باللغة العربية :

إن جامعة الدول العربية تتعرض للكثير من النقد سواء من حيث أداؤها أو من حيث آلياتها أو درجة الإلتزام بما تصدره من قرارات، ولا شك في أن هناك جوانب قصور أساسية في الجامعة لعل من أهمها ميثاقها الحالي وعدم قدرتها على تسوية النزاعات العربية العربية، بالإضافة إلى عديد من المشاكل الإضافية مثل الخلافات المتصاعدة وغياب المصداقية وعدم القدرة على الاتفاق.

إن الأزمة التي تواجه جامعة الدول العربية هي بالتأكيد أزمة أداء..لا أزمة وجود لأن أسباب وجودها لا تزال قائمة و الاحتياج العربي إلى دورها لا يزال باقيا، وهنا على الدول العربية أن ترتب أوضاعها بحال يختلف عما كان عليه وليس ثمة شك في أن تطوير جامعة الدول العربية وإصلاحها بات أمرا لازما لا غنى عنه إن أريد لها أن تواصل بقائها وتدافع عن مصالح أعضائها. وفي هذا السياق، تقدمت عدة دول عربية بعدد من المبادرات والمقترحات تحت شعار تفعيل الجامعة وتطوير الأمانة العامة وتعديل الميثاق خصوصا بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 حين تتكاثر التحديات الخارجية و تتزايد المتغيرات الدولية في ضوء إعلان الولايات المتحدة الأمريكية عزمها تغيير الخارطة السياسية للمنطقة العربية وفق المعايير والمصالح الأمريكية تحت مظلة محاربة الإرهاب و إحترام حقوق الإنسان .لذلك فإن الحديث عن إصلاح جامعة الدول العربية والمبادرات المطروحة في هذه المرحلة لا يمكن فصلها عن هذه التطورات الإقليمية والعالمية وتداعياتها.

been subject to a great deal of criticism, both regarding its performance and mechanisms as well as the degree of compliance with its resolutions. Undoubtedly, there are essential shortcomings with the league, most notably its current charter and its inability to settle inter-Arab disputes, in addition to many of its extra problems such as escalating disagreements, lack of credibility, and failure of reaching a consensus.

As a matter of fact, the crisis facing the Arab League is certainly one of performance and not of legitimacy, because its *raison d'être* is still valid and the Arabs' need for its role is still vivid. Therefore, Arab states have to settle their internal situations in a way that is different from the past, as there is little doubt that reforming the Arab League has become so indispensable that it cannot do without it if its survival to continue to defend the interests of its members is still of interest for them.

In this context, several Arab countries have made a number of initiatives and proposals seeking to reform the league, improve the Secretariat, and amend its Charter, especially after the events of 11 September 2001. Since then, external challenges and growing international realignments in light of America's expressed vow to change the political map of the Arab world according to the perception and interests of the United States under the pretext of fighting terrorism and observing human rights. Therefore, the talk about reforming the Arab League and the proposed initiatives at this stage cannot be separated from these regional and global developments and their implications.

تعرضت جامعة الدول العربية منذ نشأتها في عام 1945 للانتقاد نظرا لمحدودية الدور الذي قامت وتقوم به في تفاعلات النظام الإقليمي العربي، فسجل إنجازات الجامعة في تعميق التعاون العربي وتدعيم الروابط بين الدول العربية 1 يبدو محدودا للغاية مقارنة بما كان متوقعا أو مطلوباً منها أن تفعل، ورصيدها في تسوية الخلافات العربية يبدو متواضعا للغاية خاصة إذا تمت مقارنته بالإتحاد الأوروبي على سبيل المثال.

إن المشكلة الأساسية في قضية تطوير الجامعة هي أنها تبدأ ربما من الطريق الذي لن يؤدي على الأرجح إلى أية نتائج ملموسة في هذا السياق، إذ تزايدت الدعوات والأفكار لإصلاح جامعة الدول العربية في السنوات الأخيرة، ركزت في معظمها على الإصلاح الهيكلي للجامعة و مؤسساتها، حيث يدور الحديث سابقا وحاليا وربما لاحقا عن ضرورة تطوير هيكل وكيان الجامعة وأدائها وميثاقها وأمينها العام، وكأن الجامعة هي المشكلة في حد ذاتها، دون أن يبذل جهد مشابه في علاج المصدر الأساسي لأزمة النظام العربي برمته، وهو موضوع إصلاح العلاقات العربية العربية، وكيفية بعث الإرادة السياسية العربية من أجل تفعيل النظام العربي وجامعة الدول العربية. وبذلك فإن الحديث عن

مستقبل الجامعة قدي رتبط بشكل وثيق بالحديث عن مستقبل العرب وجوداً و أداءً، وكذلك يكون السؤال: هل الإصلاح المنشود يكون للجامعة أم للعرب ابتداءً؟

وفيما يحمل البعض جامعة الدول لعربية مسؤولية الوضع العربي الراهن وتداعياته، إلا أن آخرين يرون أن عدم تعاون الحكومات العربية مع الجامعة وعرقلة تفعيل دورها والتنصل من التزاماتهم، ربما يكون السبب الحقيقي وراء ضعف الجامعة ومحدودية دورها الفاعل في تدعيم التعاون العربي، فما هي الأسباب الحقيقية؟ ومن المسؤول والمتسبب في هذا الشلل الذي أصابها؟ هل هي حقاً الجامعة ذاتها؟ أم أن الوضع العربي يحتاج إلى منظمة أقوى تقوم على قواعد أكثر وضوحاً؟ وهل نطالب بإعادة هيكله جامعة الدول العربية، لتتوافق مع المرحلة المقبلة، أم بألية للتنفيذ؟ أين الخلل؟ هل أن تفعيل العمل العربي المشترك يكون على أساس القيام بإصلاح جامعة الدول العربية على مستوى هياكلها، آلياتها، وظائفها وأهدافها، أم بإعادة تأسيسها على نمط الإتحاد الإفريقي والإتحاد الأوروبي؟ وأخيراً وليس آخراً فلنواجه أنفسنا بهذا السؤال ... هل نحن في حاجة إلى الجامعة العربية أم لا؟

إن جامعة الدول العربية في عامها السابع والستين ما عادت فاعلة في مواجهة التحديات الكبرى التي تواجه الدول العربية، وهي تواجه الآن بصفة خاصة هجمة شرسة تبغي محوها تماماً من الخريطة السياسية العربية، وإذا كان تحقيق هذه الغاية يبدو بعيد المنال فإن ضخ الدماء في جسد الجامعة ودفع مسيرة تطويرها ليس بدوره هدفاً أقل صعوبة.

في مارس 2015 ستكمل جامعة الدول العربية السبعين عاماً من عمرها. وخلال العقود الماضية احتدم الجدل دائماً حول جامعة الدول العربية بين إتجاه أول يرميها بالتبعية لقوى الهيمنة العالمية، ومن يصفها بالعقم في الوفاء بمهامها، ومن يحملها المسؤولية عن تردي الأوضاع العربية من جانب، وإتجاه ثان يدافع عنها فيلقي باللوم على الواقع العربي نفسه بما يضمنه من دول لا يمكن أن تفضي سياساتها إلا إلى ما آل إليه حال المنظمة الإقليمية،

إن صيحات إصلاح جامعة الدول العربية قديمة، والدراسات حولها متعددة بتعدد الأيام التي تمضي عليها، أين جامعة الدول العربية الآن؟ وما هي وظيفتها الحقيقية؟ هل يمكن القول أنها دخلت مرحلة الموت الدماغي؟

ولا يخفى أن تواضع مسيرة جامعة الدول العربية يعود إلى خصائصها البنيوية، فهي مبنية على عدم المساس بسيادة الدول الأعضاء، وبالتالي فإن أي تقدم في مسألة التطوير يتطلب إرادة جماعية من الواضح أنها لم تتوفر إلا في حالات قليلة، وكذلك لا شك أن النزاعات بين الدول الأعضاء كالحلاف المصري-العربي بشأن التسوية مع إسرائيل في عقدي السبعينات والثمانينات من القرن الماضي أو الانقسام العربي غير المسبوق بشأن الغزو العراقي للكويت في 1990 قد عرقلت مسيرة التطوير بقدر ما قللت من فرص تكوين الإرادة الجماعية الضرورية ومثلت همماً للمؤسسات جامعة الدول العربية تعين عليها أن تنشغل به كأولوية على ما عداها بما في ذلك مسألة التطوير.

لكن واقع التجربة كان ادنى بكثير من الحلم فوصفها بيت العرب ظل بعيداً عن الواقع حيث ظلت قاصرة عن تحقيق طموحات وآمال الشعوب العربية التي كانت أكبر بكثير مما حققته من إنجازات وهذا ما حصل من خلال العديد من الأحداث التي بينت فشل أداء الجامعة العربية في واجبها بدءاً من الاحتلال الأمريكي للعراق عام 2003 ومروراً إلى الإزمات الفلسطينية المتتالية دون وجود حل لها إضافة إلى عجز الجامعة العربية عن أداء دورها الحقيقي في الحفاظ على كيان الدول العربية. ولاشك أن جامعة الدول العربية ماهي إلا إنعكاس لواقعنا العربي المتميز بالتخلف

وبعد الأنظمة عن واقع شعوبها 2، ثم جاء " ربيع الثورات العربية " ليؤكد أنه قد آن الأوان للتغيير من أجل إصلاح جامعة الدول العربية بصورة جذرية 3.

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها :

تكمن مشكلة الدراسة في التساؤلات الآتية:

1- ماهي أهم المقترحات التي يمكن بواسطتها الوصول إلى الأهداف المرجوة؟

2- ماهي أهم العراقيل التي حالت دون تحقيق جامعة الدول العربية أهدافها المرجوة في الميثاق؟

3- ماهو مستقبل جامعة الدول العربية في ظل التحولات الإقليمية والدولية الراهنة؟

تهدف هذه التساؤلات التي تطرحها الدراسة استجلاء بعض الجوانب للوصول إلى حقائق بات من المؤكد أنها أصابت كبد النظام الإقليمي.

أهمية الدراسة :

إن الحرص على جامعة الدول العربية والإيمان بقدرتها على تطوير العمل العربي المشترك و الارتقاء به يقتضي كشف جوانب القصور لمعالجتها وتشخيص مواطن الضعف لتلافيها والوقوف على مبررات إصلاح جامعة الدول العربية حاليا في ضوء الأحداث المتلاحقة في الساحة الدولية، وأيضا الأحداث الداخلية لبعض الدول العربية تتصل بتعثر أنظمتها وإدارة شؤونها السياسية مما أدى إلى تزايد التهديدات الموجهة لاستقرار هذه الدول و اختلال الأمن الإستراتيجي العربي، ولذلك فإن البحث عن أسباب الإخفاق يبقى ذا أهمية على المستوى النظري والعملي.

فمن الناحية النظرية : يبدو أن ميثاق جامعة الدول العربية في صياغته الحالية عاجز عن تحقيق الأهداف المرجوة.

ومن الناحية العملية: فإن أجهزة الجامعة تفتقد إلى الفعالية المطلوبة.

أهداف الدراسة :

يهدف البحث إلى الإجابة عن عدة تساؤلات ومنها:

1- دراسة المعوقات والتحديات التي مازالت تهدد النظام الإقليمي العربي وأسباب محدودية دور جامعة الدول العربية.

2- دراسة اتجاهات ومقترحات إصلاح جامعة الدول العربية.

فرضيات الدراسة :

انطلاقاً من مشكلة الدراسة والأهداف المختلفة المتوخى تحقيقها تسعى الدراسة جاهدة إلى اختبار الفرضيات الآتية :

1- إصلاح جامعة الدول العربية ضرورة ماسة وأحد مطالب الشعوب العربية لعدم خلق أرضية ملائمة للتدخل الأجنبي مستقبلاً ضد أي نظام سياسي عربي.

2- من غير الممكن لأي نظام سياسي عربي أن يمارس سياساته الداخلية أو الخارجية بمنأى عن النظام الإقليمي و الدولي في ضوء التغيرات التي عرفتها العلاقات الدولية ولاسيما بعد إنفراد الولايات المتحدة الأمريكية بقيادة العالم.

3- لم تتمكن جامعة الدول العربية من إدارة عديد الأزمات التي شهدتها الدول العربية أو المشاركة فيها بصورة فاعلة.

منهجية البحث :

اعتمد الباحث بغية الوصول إلى هدف البحث المنهج المنظومي الذي يعد قضية البحث وحدة واحدة وذلك لرؤية المبررات الداخلية والخارجية فيما يتعلق بمختلف القضايا، حيث إن هذه العوامل والأسباب هي أنساق لعملية تأثير وتأثير في قضايا موضوع البحث كلها، ثم أن هذا المنهج يخدم البحث لإستكمال البحث وأبعاده بطريقة علمية.

واعتمد الباحث المنهج المنطقي القائم على الاستقراء و الاستنباط وذلك كي تكون النتائج مجردة من الأهواء السياسية الإيديولوجية ، بالإضافة إلى ذلك عرج الباحث على المنهج الوصفي التحليلي حيث تكمن ضرورته لوصف المشاكل و طرحها ، وتحليلها بمعايير ورؤية علمية.

و يمثل سؤال " إصلاح جامعة الدول العربية " هاجساً دائماً وملحاً لدى الحديث عنها ، والإجابة على هذا السؤال هي قضية هذه الصفحات التي تجتهد في السعي من أجل التوصل إلى إجابات في مسائل حيوية تتعلق بمبررات إصلاح جامعة الدول العربية

أن مستقبل الجامعة العربية مرتبط بقدرة العرب على إصلاحها حتى تتحول إلى إطار قانوني ودبلوماسي فاعل وفعال في التقريب بين البلدان العربية وتعزيز تضامنها وتوحيد سياساتها ودمج أسواقها وتكثيف مبادلاتها التجارية. لكن لن يكون مثل هذا الإصلاح ممكناً من دون معرفة المشاكل المطروحة والأسباب التي حالت أو التي لا تزال تحول دون نجاح المنظمة العربية الإقليمية.

المبحث الأول : مبررات إصلاح جامعة الدول العربية :

إن الحاجة إلى إصلاح جامعة الدول العربية تجد أساسها في عدة عوامل ، فقد كشفت الممارسة عن القصور في ميثاقها وهيكلها التنظيمي ، فقد مضى أكثر من ستة عقود تغيرت فيها جملة وتفصيلاً كافة الظروف الداخلية والإقليمية والدولية الدافعة لإنشائها، بالإضافة إلى المتغيرات والتحويلات التي تشهدها العلاقات الدولية اليوم وهكذا

فالإصلاح قضية ضرورية وحيوية وليست مجرد ترف فكري، وإنما ضرورة فرضها واقع النظام العالمي الجديد الذي تعيش فيه جامعة الدول العربية.

إن مبررات إصلاح جامعة الدول العربية متعددة ومتنوعة لكن يمكن حصرها في عاملين رئيسيين، فهي أولاً لا تملك القدرة الفاعلة على حل النزاعات العربية، ولا تمارس أي تأثير إيجابي في هذا الخصوص فدورها أشبه ما يكون بالمثل الصامت يقتصر على الإشراف والمباركة والتنديد (المطلب الأول) بالإضافة إلى التحولات في النظام العالمي وتداعياتها على الدول العربية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عجز جامعة الدول العربية عن تسوية النزاعات العربية:

أكد ميثاق جامعة الدول العربية على عدم استخدام القوة لفض النزاعات بينها، إلا أن المادة الخامسة 4 منة تنص على تسوية المنازعات بين الدول من خلال الوساطة و التحكيم.

وبهذا يقتصر ميثاق جامعة الدول العربية على ذكر الوساطة كوسيلة دبلوماسية وحيدة تمنحها إمكانية التدخل من أجل فض نزاع يمكن أن يؤدي الى نشوب حرب بين الأطراف المتنازعة، مع العلم أن الوساطة كوسيلة دبلوماسية ليست بالضرورة ملزمة لأنها تظل في نهاية المطاف مبادرة ودية تقوم بها الجامعة من أجل الوصول إلى حل يرضى أطراف النزاع يتوقف نجاحها على العديد من الاعتبارات من أهمها موقف الأطراف المتنازعة وطبيعة النزاع ودرجة خطورته، وهذا شأنه أن يسهم في إضعاف فاعلية نظام التسوية السلمية للمنازعات لدى جامعة الدول العربية خصوصاً أن الميثاق قد اشترط أن الوساطة لا تكون إلا في النزاعات التي يمكن أن تؤدي إلى نشوب حرب بين دولتين عربيتين وهنا يكمن قصور النظر لأن المنطق يفرض أن وظيفة جامعة الدول العربية هي "وظيفة وقائية" بمعنى أنه لا يجب أن تنتظر إلى أن يتطور النزاع بصورة كبرى الى درجة تحوله الى إمكانية اندلاع حرب.

وقد أشارت نفس المادة السابق ذكرها من الميثاق إلى التحكيم بالإضافة إلى الوساطة 5 كوسيلة قضائية لحل النزاعات مع التأكيد على طابعه الاختياري و ليس الاجباري وهذا يعني أن المسألة تظل مرتبطة برغبة الاطراف المتنازعة كما أن الميثاق لم يتضمن أي إشارة إلى طبيعة الجزاء الذي يمكن ان يترتب على الأطراف التي قبلت اللجوء الى التحكيم ثم رفضت الالتزام بمضمون القرار التحكيمي.

كما أن جامعة الدول العربية لم تنشئ جهاز قضائي خاص ماعدا ما أشارت إليه المادة 19 بشأن إنشاء محكمة عدل عربية 6 التي بقي مشروع نظامها الأساسي في أدراج مكاتبها حبراً على ورق.

كما أن مساهمة جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات العربية ليست ذات أهمية مقارنة بالوسائل الأخرى إذ أن ثقة الأطراف العربية المتنازعة في الجامعة العربية كانت محدودة بدليل أنها لجأت في محاولة تسوية نزاعاتها إلى منظمة الوحدة الأفريقية والأمم المتحدة بأكثر مما لجأت إلى جامعة الدول العربية، ومن الواضح أن عدم الرضا عن ميزان القوى داخلها، والشك في أنه سيؤدي إلى نتائج غير مواتية من وجهة نظر أحد طرفي النزاع هو السبب الرئيسي في هذا السلوك، فقد اقتصر دور جامعة الدول العربية على نسبة 8.95% من جملة المنازعات في الفترة 1945 الي 2011 وهذا ما يؤكد عجزها عن القيام بدور فاعل إذ أن تحركها من أجل تسوية المنازعات الاقليمية يعد بطيئاً وبالخصوص اذا تمت مقارنة بتحريك منظمة الامم المتحدة، إذ خلال الحرب الاهلية اللبنانية عام 1975 لم يجتمع مجلس

جامعة الدول العربية إلا بعد مرور 6 أشهر على الاحداث، كما أن غياب قوات عربية عسكرية مشتركة داخل جامعة الدول العربية يعد أحد أسباب فشل جامعة الدول العربية عن القيام بدور فاعل في تحقيق الامن و السلم داخل بعض مناطق التوتر و النزاع في العالم العربي، إذ عجزت أجهزة جامعة الدول العربية عن مواجهة المخاطر الخارجية وخاصة تلك التي تهدد الأمن العربي ويظهر ذلك جلياً عندما تبين عدم قدرتها على تطبيق معاهدة الدفاع المشترك. بالإضافة إلى أن غياب قوات عربية مشتركة ساهم في عجزها عن رد أيّ عدوان خارجي وقّع على دولة عربية، كالعدوان الثلاثي على مصر، والاعتداءات الإسرائيلية على فلسطين ولبنان، والعدوان الأمريكي على العراق، كما لم تنجح مساعيها في حلّ مشكلة الصحراء الغربية بين المغرب وجبهة البوليساريو، كما أن جامعة الدول العربية عجزت عن تقديم حلول للمشاكل التي واجهتها الدول العربية مثل قضية لوكربي، وكذلك عجزت جامعة الدول العربية عن التدخل في أزمة الصومال الممتدة والتي قادت في طورها الراهن إلى وجود عسكري أثيوبي بالوكالة من الولايات المتحدة الأمريكية، كما عجزت جامعة الدول العربية عن إيجاد تسويات للمشاكل الحدودية بين الدول العربية 7. وقد أكد الأمين العام الحالي لجامعة الدول العربية نبيل العربي عجز الجامعة عن حل الأزمة السورية نظراً لكون أن جامعة الدول العربية لا تستطيع التدخل إلا حينما يكون هناك اعتداء من دولة ضد أخرى.

ويتضح مما سبق أن جامعة الدول العربية غير قادرة عن القيام بدورها التوحيدي وافتقارها إلى الأطر النظامية لحل المنازعات بالطرق السلمية بين الدول الأعضاء، ويرجع ذلك إلى تغليب القوى القطرية لمصالحها الوطنية الضيقة وتهميش المصلحة القومية، بالإضافة إلى التمسك بقدسية السيادة في حيثيات التعامل بين الدول العربية خاصة فيما يتعلق بالقضايا ذات الطابع السياسي الأمر الذي أدى إلى تهميش دور أجهزة جامعة الدول العربية، إلى جانب افتقارها إلى آلية عمل فعالة لتطبيق القرارات الصادرة بالإجماع عن الجامعة نفسها. وهذا بلا شك يوحي بوجود أزمة حقيقية على مستوى الفاعلية السياسية للجامعة، الأمر الذي أدى إلى شلل تام في جميع أجهزتها بالرغم مما أورده د. بطرس غالي أن جامعة الدول العربية الدول أسهمت بأجهزتها المختلفة في تسوية بعض المنازعات العربية في مهدها قبل أن تنفجر، وتُعلن على الملأ، ويصعب حلها. هذا الجهد التوفيقي لا أثر له في ملفات الجامعة، ما دامت التسوية قد تمت عن طريق الجهود الشخصية للأمين العام، أو لغيره من كبار موظفي الجامعة"

إن قرارات جامعة الدول العربية ظلت حبيسة السطور دون أن تجد سبيلها إلى حيز التنفيذ الفعلي، بمعنى أن إدانة العدوان الإسرائيلي على الشعب الفلسطيني أو التأكيد على استعادة العراق لسيادته والحفاظ على وحدة شعبه وسلامة أراضيه أو إصدار كم هائل من وثائق ضرورة التكامل والتكافل العربي وغير ذلك من المواقف اللفظية غير المصحوبة بقدرة على الفعل لا تُعد من قبيل إنجازات جامعة الدول العربية.

وقد بين الدكتور غالب غلاب العتيبي في كتابه جامعة الدول العربية وحل المنازعات العربية الصادر في سنة 2008 أن قيام جامعة الدول العربية كان انتصار لفكرة الوحدة العربية الشاملة ورفض لمشاريع التجزئة إلا ان نظام تسوية المنازعات العربية بصورة سلمية يشوبه القصور نظراً لغياب جهاز متخصص يتعين اللجوء إليه ويملك صلاحية اصدار قرارات. حيث لم تتمكن الجامعة العربية من تطوير نفسها منذ تأسيسها في إدارة العديد من الأزمات العربية أو تعزيز العمل العربي المشترك، فثمة حالات من الضعف والقصور رافقتها منذ قيامها أسهمت في تخلفها مقارنة بالتنظيمات الإقليمية الرائدة في مختلف مناطق العالم 8.

وفي هذا السياق يقول د.أحمد عارف الكفارنة: "إن الأزمة التي تعاني منها جامعة الدول العربية ليست أزمة عدم القدرة على تنفيذ القرارات بسبب قاعدة الإجماع بقدر ما هي أزمة عدم القدرة على تنفيذ قرارات الإجماع هذه. كما يعود سبب ضعف هذه المؤسسة إلى افتقارها سلطة إتخاذ القرار السياسي الذي يجبر الأنظمة على الخضوع له أو الخوف من هذه القرارات إذا أتخذت بحقها." 9

المطلب الثاني: التحولات في النظام العالمي وتداعياتها على الدول العربية:

منذ بداية نشأتها أحاطت بجامعة الدول العربية فكرة التبعية لقوى الهيمنة الخارجية أو بعبارة أخرى أنها جاءت تجسيدا لمشروع خارجي يهدف إلى إحكام السيطرة على الدول العربية وليس لمشروع عربي يروم تعزيز الروابط بينها. وتحتاج هذه التهمة بالذات إلى استجلاء وتمحيص كونها تنفي عن الجامعة موضوعياً صفتها "العربية" وتضعها في سياق مشروعات الهيمنة.

كما إن التغيرات الدولية التي تلت انهيار الإتحاد السوفياتي الذي كان يعد الحليف الإستراتيجي للدول العربية، مما أدى إلى فراغ إستراتيجي في المنطقة العربية من حيث الدعم السياسي الذي كان يقدمه للدول العربية في كثير من المواقف والأزمات وعلى رأسها الصراع العربي-الإسرائيلي، فضلا عن الدعم الاقتصادي والمساعدات التي كانت تعتمد عليها الدول العربية.

وطرح النظام العالمي الجديد الذي تم الإعلان عنه أثناء حرب الخليج الثانية تحديات حقيقة بالنسبة لجامعة الدول العربية، ومن تداعياته بروز الولايات المتحدة الأمريكية كدولة عظمى تنفرد بتسيير مجريات السياسة العالمية بناء على رؤيتها ووفقا لمعاييرها وقيمها الخاصة، وتتمثل محددات الإستراتيجية الأمريكية تجاه العالم العربي في ثلاثة محددات أساسية هي النفط ومكافحة الإرهاب و إسرائيل 10 وتوضح تحركات الولايات المتحدة في المنطقة خلال فترة التسعينات مدى أهمية هذه المحددات بالنسبة لها خاصة بعد زوال الإتحاد السوفياتي متبعة في ذلك إستراتيجية تسعى لتحقيق مصالحها الذاتية، فالطريقة التي تتصرف بها الولايات المتحدة الأمريكية وتسير وفقها سياستها الخارجية بصفة انفرادية، وعلى حساب باقي مكونات المجتمع الدولي يجعل النظام الدولي أشبه ما يكون بمجتمع هوبز حيث تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة لضمان البقاء وتحقيق المصالح، فالولايات المتحدة الأمريكية تتعامل مع القانون الدولي بطريقة انتقائية أشبه ما تكون بطريقة قطف الكرز، فهي تلتقط منه ما يخدم مصالحها وتتجاهل الباقي 11

وقد استغلت الولايات المتحدة الأمريكية نتائج تفكك الإتحاد السوفياتي ومعسكره لكي تركز دورا لها لا تستحقه بقوة القانون، بل تفرضه بقوة الأمر الواقع، إذ صارت تقوم مقام منظمة الأمم المتحدة ومجلس الأمن في إدارة الأزمات والشؤون الدولية، وعلى تعدد وقائع هذه المصادرة نكتفي بعرض مثال واحد يتعلق "بمؤتمر مدريد"، فقد استقر رأي العارفين أن تسوية الصراع العربي الإسرائيلي ينبغي أن يتم من خلال مؤتمر دولي ترعاه منظمة الأمم المتحدة على أساس قرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن ذات الصلة. وقد ساهم في تزكية هذا الخيار قبول الدول العربية وقبول منظمة التحرير الفلسطينية لصيغة التسوية الدولية على قاعدة القرارين 242 و 338 الصادرين عن مجلس الأمن. لكن استثمرت الولايات المتحدة الأمريكية نتائج نهاية الحرب الباردة ونتائج حرب الخليج الثانية لتجهيز مشروع تسوية بديل يلغي دور منظمة الأمم المتحدة ومرجعية قراراتها فيه لصالح تكريس إسرائيل وانتزاع الاعتراف الدولي و العربي على أساس قاعدة "الأرض مقابل السلام"، وهو ما تم تكريسه خلال مؤتمر مدريد، مما ساهم في

الابتعاد عن هدف "السلام العادل والدائم لأزمة الشرق الأوسط" وما زالت الولايات المتحدة الأمريكية تمارس ضغطا على القرار العربي لانتزاع الإعراف بالدولة اليهودية على القسم الأعظم من فلسطين 12.

ويأتي مشروع الشرق الأوسط الموسع الجديد كتكملة لسياسة منع العرب من تكوين كتلة موحدة ومستقلة ودفعهم إلى الاندراج في السوق العالمية من منطلق واقعهم الراهن كدول ضعيفة وفقيرة وتابعة يمكن بسهولة التهامها وتوظيفها ضمن الاستراتيجيات الدولية 13، فإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية تسعى إلى إشاعة الاستقرار في المنطقة العربية لأغراض عدة ومن خلال تواجدها العسكري المباشر على أراضي بعض الدول الخليجية، فإن أهم غرض تسعى إليه بعد ضمان النفط بكل متغيراته هو إدماج إسرائيل في الترتيبات الأمنية للمنطقة لتستمر في أداء دورها في بيئة مستقرة لأن إسرائيل هي الحليف الإستراتيجي الثابت والمضمون.

كما ساهمت الضغوط الدولية المختلفة على الدول العربية لاسيما الضغوط الأمريكية والأوروبية في تحديد مواقف الدول العربية إزاء القضايا العربية المهمة مما أدى إلى ضعف فاعلية جامعة الدول العربية كمنظمة إقليمية تقوم بإيجاد مخرج وحلول ناجعة للمشاكل التي تعاني منها الأقطار العربية، وعليه فقد تحولت من منظمة ذات أهداف عامة شاملة إلى ما يشبه الوكالة المتخصصة لاجتماع ملوك وأمراء ورؤساء الدول العربية وقد انعكس ذلك سلبا وبشكل قتل من كفاءتها والوكالات التابعة لها.

هذا بالإضافة إلى الأطماع الإقليمية الإيرانية في الخليج، كما أنه بإسم القطرية والسيادة الوطنية تحارب الجامعة العربية بالخفاء والعلانية، وبإسم الإقليمية وتكتلاتها التي أصبحت واقعا يتمحور العمل العربي حوله وبإسم التكتلات فوق الإقليمية والدولية تحاصر جامعة الدول العربية وغيرها من التحديات التي تواجهها في نطاق الظروف الإقليمية والدولية التي لا تقتصر تداعياتها وآثارها السلبية على فاعلية الجامعة فحسب بل وتمتد إلى وجودها ذاته.

المبحث الثاني: مقترحات إصلاح جامعة الدول العربية :

إن الإعتبارات السياسية هي التي تتحكم في عملية التعيين بالنسبة للوظائف العليا في المنظمة الإقليمية، أو حتى في إختيار المبعوثين الدبلوماسيين، وهذه الإعتبارات كانت في العديد من المرات على حساب الأفق المرجوة و الآمال المنشودة. بالإضافة إلى تفشي البيروقراطية فضلا عن التضخم الوظيفي حيث وصل عدد الموظفين في بعض الفترات إلى 950 موظف في حين أن الحاجة الفعلية لا تتجاوز في الواقع 500 موظف كما تحولت جامعة الدول العربية إلى كيان هرم لم يواكب التغيرات التي شهدتها مسرح العلاقات الدولية نتيجة جمود هيكلية الإداري و التي يشهدها المجتمع الدولي

المطلب الأول: الإصلاح على مستوى هياكل جامعة الدول العربية :

إن الإصلاح على مستوى هياكل جامعة الدول العربية طرح بقوة في قمة الجزائر 2005، و قد لاقت فكرة تدوير منصب الأمين العام قبولا وتحمسا من بعض الدول العربية نظرا لأنها أولا لا تلقي أعباء إضافية على الدول، ولأنها ثانيا تستند إلى نص المادة 12 من ميثاق جامعة الدول العربية الذي لم يقصر منصب الأمين العام للجامعة علي دولة المقر أو علي دولة بعينها، ولأنها ثالثا ترضي طموح بعض الدول التي ترغب في التواجد أو التعبير عن نفسها بشكل أو بآخر في مواجهة الدول الرئيسية في النظام الإقليمي العربي.

وإذا كان احتكار مصر للمنصب الأمين العام حقيقة واقعية، فإن الأهم من ذلك هو لماذا كان هذا الاحتكار؟ المؤكد أن وجود مقر جامعة الدول العربية كان عاملاً رئيسياً في هذا الاحتكار ولكنه بكل تأكيد كان أيضاً تعبير عن قوة مصر ودورها في القضايا العربية وثقلها الإقليمي باعتبارها واحدة من أهم القوى الإقليمية في منطقة الشرق الأوسط¹⁴ وتلعب دوراً أساسياً لاستقراره، ومن ثم فإن إثارة قضية تدوير منصب الأمين العام عبر نص في الميثاق إنما يعبر في الحقيقة عن تملل من الدور المصري ورغبة في تحجيم دور مصر عربياً.

وفي الحقيقة إن القول بأن المطالبة بتدوير المنصب تأتي إقتداءً بما يتم في المنظمات الأخرى يجافي الواقع المتمثل أن الأمين العام لجامعة الدول العربية هو شخص عربي ينتخبه مجلس الجامعة ولا يعبر عن دولته حال توليه المنصب، فأمين عام جامعة الدول العربية هو في النهاية موظف دولي شأنه في ذلك شأن الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة. فهل يعني ما سبق رفض فكرة تدوير المنصب؟

إن تدوير المنصب أمر مطلوب و ضروري، إلا أنه لا بد أن يتم إثارة مسألة التدوير في نطاق التوافق بين الدول العربية على تعديل الميثاق بشكل يتوافق وروح هذا التعديل، وينبغي تدوير منصب الأمين العام لإشعار الدول بأن جامعة الدول العربية بيت العرب بالواقع والممارسة ولا بد أن يستقيم عمل الأمين العام مع توافق الدول الأعضاء، فلا يمكن للأمين العام أن يتخذ مواقف معبرة عن مشاعر خاصة دون مراعاة لسياسات الدول ومصالحها.

كما أنه ليس من المنطقي أن تترك مشاكل الجامعة الأساسية ويتم التركيز على جنسية الأمين العام لها بكل ما يمكن أن تحدثه من توترات وانشقاقات بين الدول العربية في وقت هي في أشد الحاجة للتكاتف والتعاون للتعامل مع تواجده من تحديات داخلية وخارجية.

وإلى جانب مسألة تدوير منصب الأمين العام، يظل مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية¹⁵ و تفعيله أحد المقترحات الهامة من أجل إصلاح هياكل الجامعة، فقد نصت المادة 1 من النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية أن هذا النظام جزء لا يتجزأ من ميثاق جامعة الدول العربية، وكما نصت المادة 19 منه أن ولاية المحكمة تشمل جميع القضايا التي يعرضها الأطراف عليها كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق جامعة الدول العربية أو في المعاهدات و الاتفاقات المعمول بها.

لكن مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية بقي مجرد حبر على ورق في أدرج جامعة الدول العربية ومجرد رقم في سجلاتها، إذ منذ عام 1995 لم تتناول أية دورة لمجلس الجامعة هذا المشروع نظراً لتصدع المؤسسات العربية المشتركة حسب أ.د عبد المجيد العبدلي نتيجة الزلازل التي تعرضت لها بسبب اجتياح العراق للكويت بتاريخ 2 أوت 1990، الخلافات الحدودية قطر و البحرين، قطر و السعودية، الخلافات السياسية المتعددة¹⁶. وإذا كانت بعض المنازعات العربية-العربية قد تم حسمها من قبل محكمة العدل الدولية و قبلت الأطراف المتنازعة بالأحكام القضائية الصادرة، فإن ذلك يكشف عن مدى الحاجة الملحة لتفعيل النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية، لأن دخوله حيز النفاذ سيوفر آلية قانونية تساهم في حسم النزاعات العربية-العربية وتنقية الأجواء العربية، ويزيح على كاهل الدول الأعضاء إدارة أزمات لا يبررها منطق التضامن العربي، ولا يسوغها عمق العلاقات بينها، بما يزيل الاحتقان الذي لا مبرر له ولا فائدة من ورائه، ويؤدي بالدول العربية إلى تكتيل جهودها لمواجهة الواقع العربي بكل ما يحيط به من أخطار وتحديات على الصعيدين الدولي والإقليمي على السواء.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن وجود آلية قضائية محايدة ستؤدي إلى إطلاق روح المبادرة في ظل اطمئنان تام إلى سلامة

الأسس القانونية التي يقوم عليها العمل العربي المشترك، إذ أن عدم وجود محكمة عدل عربية تابعة لجامعة الدول العربية تختص بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول الأعضاء فيها أدى إلى لجوء بعض الدول العربية إلى تسوية نزاعاتهم أمام محاكم دولية أخرى، وذلك كما حدث في النزاع القطري- البحريني، وكذلك النزاع التونسي- الليبي والذين تم تسويتهم من خلال محكمة العدل الدولية.

ويتضح مما سبق ضرورة إنشاء محكمة عدل عربية وذلك لاستكمال النقص والقصور في النظام العربي لتسوية المنازعات، فمما لا شك فيه أن وجود هذه المحكمة سيساعد كثيراً في احتواء وتسوية المنازعات أية نزاعات عربية والحيلولة دون تطورها وخروجها إلى الساحة الدولية، ويجب أن يكون اللجوء إلى هذه المحكمة إلزامياً لكافة المنازعات بين الدول العربية، وتكون الأحكام الصادرة عنها ملزمة لأطراف النزاع.

أضف إلى ذلك أن ثمة مجالات كثيرة يمكن لمحكمة العدل العربية أن تؤديها - في حال إنشائها - في نطاق جامعة الدول العربية ليس فقط فيما يتعلق بتسوية المنازعات، وإنما أيضاً بتفسير ميثاق الجامعة العربية، والمعاهدات والاتفاقيات التي تبرم في نطاق الجامعة العربية، وكذلك إعطاء الفتاوى القانونية وتفسير المواثيق المنشئة للمنظمات العربية المتخصصة.

أن العرب مدعوون اليوم أكثر من أي وقت مضى إلى تعديل ميثاق الجامعة العربية فيما يتعلق بتسوية المنازعات الدولية تعديلاً ينسجم مع متطلبات الوضع الدولي الراهن كما أنهم مدعوون إلى تطبيق المادة (19) من الميثاق بإنشاء محكمة عدل عربية تسهم في حل منازعاتهم بأسلوب حضاري بعيداً عن الخلافات في وجهات النظر السياسية فهل هم فاعلون؟

المطلب الثاني: إصلاح أداء جامعة الدول العربية في حفظ السلم والأمن الدوليين :

وافق مؤتمر القمة العربية بموجب القرار رقم 196 في 23/6/1996 على مقترح الرئيس التونسي السابق زين العابدين بن علي بإنشاء جهاز يتولى مهمة الوقاية من المنازعات بين الدول العربية وإيجاد أفضل السبل الكفيلة بحل النزاعات بين الدول الأعضاء في الجامعة العربية، وقدم مندوب تونس لدى جامعة الدول العربية مذكرة حول الموضوع نفسه بتاريخ 26/2/2000 وقد أوصت اللجنة القانونية واللجنة السياسية في جامعة الدول العربية بتبني هذا المشروع وبالفعل اصدر مجلس جامعة الدول العربية قراره في 28/3/2001 المتضمن الموافقة على إنشاء آلية جامعة الدول العربية للوقاية من النزاعات وإدارتها وتسويتها بين الدول العربية، على النحو الآتي :

1. إنشاء آلية تسمى (آلية جامعة الدول العربية للوقاية من النزاعات وإدارتها وتسويتها) تعمل تحت إشراف مجلس الجامعة في إطار مباشرته لمهام التسوية السلمية للمنازعات ووفقاً لتوجيهاته .
2. تهدف هذه الآلية إلى الوقاية من النزاعات بين الدول العربية ، وفي حال حدوث مثل هذه المنازعات، تعمل على تطويقها والحد من أثارها وتسويتها والتعاون مع المنظمات الإقليمية والدولية عند الاقتضاء .

3. التزام الآلية بالمبادئ المنصوص عليها في ميثاق جامعة الدول العربية ، ومعاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي بين دول الجامعة العربية ، وبصفة خاصة مبادئ احترام سيادة جميع الدول الأعضاء وسلامة أراضيها ، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية وحل النزاعات بالطرق السلمية .

هذا وقد نص القرار القاضي بإنشاء آلية تسوية المنازعات على أن تتكون الآلية من :
أ. الجهاز المركزي (وهو الجهاز الرئيسي) .

ب. بنك المعلومات .

ج. نظام الإنذار المبكر .

د. هيئة الحكماء 17 .

وهذا ويحق لممثل الدولة العضو في الجهاز المركزي وكانت طرفاً في النزاع حضور أعمال الجهاز لشرح وجهة نظرها ، ويتبع الجهاز عند حله المنازعات بالطرق السلمية التي يراها مناسبة والتي حددتها المادة 6/5 بالتفاوض والمسامحة والوساطة والتوفيق بين الأطراف المتنازعة 18 وعندما يقرر الجهاز أمر ما (كالتخاذ قرار أو توصية) يقوم الأمين العام للجامعة وبأشراف الجهاز باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتنفيذ المقررات .

وعلى الرغم من المساعي التي تبذلها جامعة الدول العربية لتحقيق التكامل ، إلا أن هذا التكامل ظل دون المستوى ويرجع ذلك إلى العديد من المعوقات .

المبحث الثالث : معوقات الإصلاح ومستقبل جامعة الدول العربية :

أخفقت جهود جامعة الدول العربية في رتق الصدع ولم الشمل كما عجزت عن إيجاد حل لأي مشكلة عربية على مدى أكثر من نصف قرن، إذ حاول عدد من الأمناء العامين للجامعة تقديم أفكار ومشروعات لتعديل الميثاق لجعله أكثر انسجاماً مع طموحات وتطلعات الشعب العربي، وبدأت التصريحات الرسمية وغير الرسمية عن إصلاح أوضاع جامعة الدول العربية ضرباً من ضروب إعلان النوايا الطيبة ليس إلا. ولكن بقيت جميع هذه المحاولات حبراً على ورق، وبقي الميثاق الأعرج الوثيقة الوحيدة التي تمارس من خلالها الجامعة مهامها (المطلب الأول) بالإضافة إلى الإختلاف في الاتجاهات والمواقف بشأن الإصلاح. (المطلب الثاني)

المطلب الأول : طبيعة الميثاق الحالي لجامعة الدول العربية :

نصت المادة الخامسة من ميثاق جامعة الدول العربية على أنه " لا يجوز الالتجاء إلى القوة لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعة ، فإذا نشب بينهما خلاف لا يتعلق باستقلال الدولة أو سيادتها أو سلامة أراضيها ولجأ المتنازعون إلى المجلس لفض هذا الخلاف كان قراره عندئذ نافذاً و ملزماً ، وفي هذه الحالة لا يكون للدول التي وقع بينها الخلاف الاشتراك في مداوات المجلس وقراراته ، ويتوسط المجلس في الخلاف الذي تخشى منه وقوع حرب بين دول الجامعة فيما بينها ، أو بين دولة من دول الجامعة وأخرى غيرها للتوفيق بينهما ، وتصدر قرارات التحكيم والقرارات الخاصة بالتوسط بأغلبية الآراء " 19 .

إن ميثاق جامعة الدول العربية اقتصر على ذكر الوساطة كوسيلة دبلوماسية واحدة تتيح تدخل مجلس الجامعة في فض المنازعات التي يمكن أن تتطور و تؤدي إلى نزاع مسلح أو يستشف منها إمكانية أن تؤدي إلى نشوب حرب بين الأطراف المتنازعة، وهو ما يمكن أن يؤخذ عليه واضعي الميثاق، إذ أن المفترض في وظيفة المنظمة الدولية أنها "وظيفة وقائية"، كما أن الوساطة ليست بالضرورة ملزمة، فهي تظل في النهاية مبادرة ودية يقوم بها المجلس بغية الوصول إلى حلول مرضية للأطراف المتنازعة، وفي أمور لا تخص مسألة استقلال الدول أو سلامة أراضيها أو سيادتها. وهذا بدوره يطرح تساؤلا عريضا، ماذا لو قبلت الأطراف المتنازعة اللجوء إلى مجلس جامعة الدول العربية في أمور يحق للمجلس بموجبها اتخاذ قرار ملزم ولم يطبق أحد الأطراف نتائج الوساطة؟

إلى جانب الوساطة كوسيلة سياسية، أشارت المادة الخامسة من ميثاق الجامعة الدول العربية إلى التحكيم كوسيلة قضائية مع تأكيدها على طابعه الاختياري، وهذا يعني أن المسألة تظل مرهونة برغبة وإرادة الأطراف المتنازعة، فلا يحق لمجلس الجامعة القيام بمهمة التحكيم بدون رضا الأطراف المعنية بنزاع أو خلاف ما بغض النظر عن درجة خطورة هذا النزاع وطبيعته، كما أن غياب أية إشارة في الميثاق إلى طبيعة الجزاء الذي يمكن أن يترتب على الأطراف التي قبلت التحكيم ثم رفضت الالتزام بقراراته، وذلك يعد الطابع الاختياري الذي تمسكت به الدول العربية عند تأسيسها للجامعة العربية خوفا على استقلالها وسيادتها الوطنية من جهة، ثم تحويل جهاز سياسي - وهو مجلس الجامعة - القيام بمهمة التحكيم وليس جهازا قضائيا، دفع البعض إلى رفض فكرة التحكيم الإلزامي، وهذا من شأنه أن يساهم في إضعاف دور جامعة الدول العربية في هذا المجال.

ومن نص المادة السابق ذكرها يمكن أن نستخلص بعض الأسس التي ينظر من خلالها مجلس جامعة الدول العربية في المنازعات وتتلخص في ما يلي:

- 1- لا يمتلك المجلس ولاية إجبارية للنظر في المنازعات، بل تجب موافقة الدول المتنازعة على إحالة النزاع إليه.
- 2. . أقرت المادة المذكورة وسيلتين فقط لحل المنازعات وهما (التحكيم والوساطة) ولا ندري ما هي الحكمة من تحديد هاتين الوسيلتين فقط وإهمال الوسائل الأخرى كالمساعي الحميدة، والمفاوضات... الخ، كما أن القرارات في هاتين الوسيلتين تصدر بالأغلبية.
- 3- لا يحق للأطراف المتنازعة الاشتراك في مداوات المجلس وقراراته²⁰ ويلاحظ أن المادة المذكورة (الخامسة) قد فرضت على الدول الأعضاء التزاما سلبيا فقط وهو (عدم الالتجاء إلى القوة لفض المنازعات فيما بينها، دون أن يفرض على الدول الأعضاء التزاما إيجابيا (كما فعل ميثاق الأمم المتحدة) بوجود فض المنازعات بالطرق السلمية
- أن المادة الخامسة من ميثاق جامعة الدول العربية لا تحدد سقفا زمنيا للأطراف يلزمون خلالها بحل منازعاتهم الأمر الذي يؤدي في أحيان كثيرة بالأطراف إلى الإبقاء على منازعاتهم، دون حل فتتطور المنازعات الصغيرة إلى منازعات كبيرة قد لا تحمد عقباها وما النزاع بين شمال اليمن وجنوبها قبل الوحدة الذي حدث عام 1972 إلا دليلا قاطعا على ذلك²¹ ومما لا شك فيه أن هذا السبب وغيره من الأسباب قد أعطت للجامعة العربية وأعضائها فرصة للتهرب من التزاماتهم في

حل المنازعات سلمياً وما تسببه هذه الالتزامات من أعباء، فالجامعة قد تسوغ عدم تدخلها في نزاع معين بأن أطرافه لم يعرضوه عليها وهي لا تتدخل في نزاع يتعلق باستقلال دولة أو سيادتها .

أن نظام جامعة الدول العربية قد بُني على أساس احترام سيادة الدول الأعضاء فسوى بينها في التصويت وأخذ بقاعدة أن القرارات المتخذة بالأغلبية لا تُلزم إلا من يوافق عليها وفقاً لمقتضيات المادة 7 من الميثاق 22 ، وهكذا ولدت الجامعة العربية منذ اليوم الأول وهي تشكو من قصور تكويني كان له تداعياته السلبية المنطقية على العمل العربي المشترك، وهو ما يستدعي ضرورة تعديل ميثاق جامعة الدول العربية لأن الميثاق المعمول به الآن هو نفسه الميثاق الذي سبق وضعه منذ ما يزيد عن أكثر من نصف قرن، وهذه الحقيقة تقف سبباً كافياً لا لتعديل الميثاق فحسب ولكن لصياغة ميثاق جديد يناسب المتغيرات الجذرية التي جرت على الساحة العربية والإقليمية والدولية 23، مع العلم بأن مسألة تعديل الميثاق ظاهرة قديمة متجددة، فمنذ أن دخل الميثاق حيز النفاذ غدى هذا الطلب ملحا وإن تأرجحت المواقف ما بين الحماس والفتور والتعجيل في التعديل والإرجاء.

ومهما تباينت المواقف، فإن المادة 19 من الميثاق تنص على إمكانية تعديله، إذ أنه يحتاج فعلاً لتعديلات مهمة في تجيز فرض عقوبات حتى الطرد على من لا يلتزم بالاجتماع لوقف الدول العربية الشاذة عن قراراتها من محاولات شق الصف العربي

المطلب الثاني: الإختلاف في الاتجاهات والمواقف بشأن الإصلاح:

إن عجز جامعة الدول العربية لا يكمن فقط في عدم قدرتها على حماية استقلال أعضائها بل وصل العجز بها إلى عدم قدرتها على توضيح موقفها للإدارة الأمريكية المعارض للحرب ضد العراق في مارس 2003 ، ومن أجل تجاوز هذا الوضع رأت الدول العربية ضرورة البدء بتطوير العمل العربي المشترك من خلال عدة مبادرات لتجميل صورة جامعة الدول العربية رغم أنها تخفي في جوانبها اختلافاً في المواقف بشأن إصلاحها ومن ضمنها:

أولاً: المبادرة المصرية: التي قدمت إلى مؤتمر القمة العربية في تونس 2004، وتتضمن عدة نقاط ومن أهمها:

- 1- إعادة النظر في تغيير نظام التصويت بالإجماع إلى الأغلبية عند اتخاذ القرارات مع إلزام الموافقين على القرار بالزامية تطبيقه.
- 2- إنشاء جهاز لحل المنازعات بين الدول العربية بالطرق السلمية على أن تكون قراراته ذات طابع إلزامي.
- 3- إنشاء جهاز أمني عربي تكون مهمته حفظ الأمن لكل الدول العربية في ظل ترتيبات خاصة يتفق عليها.
- 4- الإسراع في تطبيق القرارات و الاتفاقيات الخاصة بإنشاء سوق عربية مشتركة في مدى زمني محدد 24.

- 5- دعم المنظمات العربية المتخصصة ، والعمل على إنشاء منظمات وظيفية جديدة تكون عضويتها اختيارية ترتبط هذه المنظمات بجامعة الدول العربية وتوسيع مجال اختصاصاتها أو استقلالها المالي والإداري 25
- 6- تطوير جهاز الأمانة العامة وتدعيمه من خلال مزيد من الحرص على تطعيم جهاز الأمانة العامة بأفضل العناصر بما يحفز التوازن بين اعتبارات التوزيع الجغرافي العادل و الكفاءة، ومن ناحية أخرى فإنه من المتعين تحرير الأمانة من القيود المالية التي تكبل حركتها مما يقتضي في مرحلة من المراحل ضرورة رفع سقف الميزانية .

ثانيا: المبادرة السعودية :

تضمنت المبادرة السعودية لإصلاح جامعة الدول العربية الدعوة إلى الإصلاح الداخلي وتطوير المشاركة السياسية داخل الدول العربية لبناء القدرات العربية وتحقيق التنمية المستدامة والرفض القاطع لأي عدوان خارجي وحل النزاعات العربية العربية بالوسائل السلمية ووضع خطة لإنشاء منطقة حرة كبرى. وتمثل أهم مجالات العمل الأساسية للمبادرة في ما يلي :

أ- تنسيق السياسات الخارجية الأمنية من خلال الرفض الكامل والقاطع لأي عدوان خارجي غير مشروع على أية دولة عربية، والوقوف موقفاً جدياً ضد أية دولة عربية تعتدي على دولة عربية تحت أي ذريعة أو ظرف.
ب- الإصلاح الداخلي وتوفير شروط النهضة والتنمية المستدامة ودعم التكامل الاقتصادي من خلال التطبيق التام لمنطقة التجارة العربية الكبرى وتدقيق الاستثمارات وتشجيع القطاع الخاص 26. وفيما يتعلق بألية اتخاذ القرارات يتم وضع ميثاق بمعزل عن الجامعة في حالة عدم رغبة البعض في التعهد جدياً بالتزامات الإصلاح، كما أنه يكون ملزماً لكل من يتعهد بالإصلاح ويتحمل المسؤولية مجدية في العمل العربي المشترك، وهذا الميثاق من جانب آخر لا يشكل انتقاصاً من الجامعة العربية، بل يمكن أن يكون هذا الميثاق ملحقاً بميثاق الجامعة مع مراعاة تحديث آلية اتخاذ القرار في الجامعة من خلال التصويت الإيجابي بأغلبية الثلثين، تكون القرارات المتخذة بالإجماع ملزمة لكل الأعضاء، كما تكون القرارات المتخذة عن طريق التصويت بأغلبية الثلثين بشأن الأمور المتعلقة بإنشاء الأجهزة والهيئات المعنية بتطوير خطط العمل لتحقيق الإصلاح ملزمة لجميع الأعضاء، أما القرارات الأخرى ذات أغلبية الثلثين فتكون ملزمة للدول التي صوتت عليها فقط.

ثالثا: المبادرة اليمنية :

ترى اليمن أن إعادة صياغة العمل العربي المشترك هي بداية إصلاح الاختلالات في العلاقات العربية العربية وتنسيق وتوحيد القدرات والإمكانيات لتحقيق التكامل السياسي والاقتصادي العربي الشامل. ويستلزم ذلك انتقال جامعة الدول العربية من وضعها الحالي إلى كيان عربي جديد يمكن أن يطلق عليه اتحاد الدول العربية. كما ترى اليمن أن هناك بعض المبادئ الجوهرية يقوم عليها هذا الاتحاد وأهمها؛ احترام سيادة كل دولة عربية وحقها في اختيار نظام حكمها، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء، وتشجيع الممارسات الديمقراطية والمؤسسية واحترام حقوق الإنسان، وعدم الاعتراف بالوصول إلى السلطة عبر الطرق غير الشرعية، وقيام نظام أمن عربي إقليمي، والتزام الأعضاء بحل الخلافات سلمياً ورفض استخدام القوة لحل المنازعات، والالتزام بميثاق الأمم المتحدة والحفاظ على الأمن والاستقرار الدوليين ومكافحة الإرهاب 27.

وأما عن بعض آليات التنفيذ فيمكن أن نذكر المجلس الأعلى للاتحاد، الهيئة التشريعية لمجلس الأمة، مجلس رؤساء الحكومات المجالس الوزارية ومحكمة العدل العربية .

ومن خلال استعراض المبادرات والأفكار العربية المقدمة لتطوير العمل العربي المشترك، يمكن الإشارة إلى عدة ملاحظات لعل من أهمها :

أولاً : أنها جاءت بناء على دعوة من جامعة الدول العربية لكافة الدول للمشاركة بالمقترحات والأفكار لتطوير العمل العربي المشترك، لم تأت مبادرات التطوير نتيجة دوافع ورغبات ذاتية بقدر ما جاءت استجابة لمطلب من الجامعة.

وربما يكون ذلك عاملا سلبيا في نهاية المطاف، فكل دولة ستسعى جاهدة لتنفيذ اقتراحها كاملا. ثانيا: إن هذه المشاريع والأفكار قد جاءت في الأساس استجابة لواقع الأزمة التي يعيشها النظام العربي ليس على المستوى الداخلي، ولكن على مستوى استجابته للتحديات التي باتت تهدد بقاء أو شرعية العديد من النظم القطرية المكونة له.

ثالثا: أن كل المشروعات والأفكار التي تقدمت بها الدول العربية لا تعدو كونها أفكاراً عامة، حيث أسهبت بالأساس في تشخيص الوضع السيئ الذي يمر به العمل العربي المشترك وجامعة الدول العربية، وهو الأمر الذي يكاد يحوز إجماعا عربيا على المستويين الرسمي والشعبي، ولكنها لم تحدد آليات عملية لتنفيذ ما اقترحت من أفكار لتفعيل العمل المشترك. الأمر الذي يضع الكثير من الشكوك حول إمكانية نجاح تطبيق أي من تلك المشروعات والأفكار في ظل تأكيد كافة المشروعات على ضرورة الحفاظ على السيادة المطلقة لكل دولة كما تتصورها أو تعرفها كل دولة.

رابعا: أن التيار الذي يرى ضرورة الإبقاء على جامعة الدول العربية مع تطويرها مازال مسيطراً على التيارات الأخرى التي ترى ضرورة التخلص من الجامعة وإنشاء كيان آخر،

خامسا: أن المشروعات والأفكار المقدمة تعبر عن وجهات نظر منفصلة، وهو الأمر الذي يعني صعوبة، إن لم يكن استحالة، تبني جامعة الدول العربية لأي من تلك المشروعات، ومن ثم فعلى الأرجح سينحصر الجزء البسيط الذي سيتم الاتفاق على تنفيذه في البنود التي تتعلق بكيفية تطوير وإعادة هيكلة أو ترميم جامعة الدول العربية فقط. إن هذه المبادرات صعبة التحقيق لتعارضها مع مصالح وسياسات الدول العربية، كما أن بعض هذه الدول عاجزة على الالتزام بمثل هذه الأهداف وكلها تتغافل عن جوهر المشكلة وأسبابها الحقيقية التي تكمن في الأنظمة العربية التي تفتقر إلى أي مشروع قومي بالإضافة إلى غياب الديمقراطية وانتهاك حقوق الإنسان وتفشي الفساد، لذلك فإن تحميل جامعة الدول العربية مسؤولية تردي الوضع العربي هو أشبه بعملية هروب من أصل وجوهر الأزمة القائمة.

إن جامعة الدول العربية تبدو بمنزلة "سيارة فخمة بدون محرك" ولكن بدون محرك والمحرك المفقود لا يتعلق بطبيعة الجامعة التي لا تملك سلطة فوق سلطة الأعضاء، بل يتعلق بالدول الأعضاء في الجامعة التي أخفقت في ترجمة حلم الوحدة وصياغة عمل مشترك وبيئة اندماجية²⁸.

الخاتمة والتوصيات :

تبدو جامعة الدول العربية خالية الوفاض فيما يتعلق بسجل إنجازاتها وإن بدا السجل غير مكتظ بتراكمات مؤثرة عبر الزمن فيما يتعلق بأهداف العرب الكبرى لتحقيق الوحدة السياسية أو حماية الأمن القومي أو إنجاز التكامل الاقتصادي. ومع ذلك فإن الإنصاف يقتضي التذكير بأن الجامعة في حد ذاتها ليست مسئولة عن هذا التواضع في الإنجاز كونها منظمة لا تملك إرادة ملزمة فوق إرادات أعضائها، ومن ثم فإن تواضع سجل إنجازاتها لا يمكن أن يُفسر إلا على ضوء تواضع التزام أولئك الأعضاء بالعمل العربي المشترك وغاياته.

ويرى جانب من الفقه بحق أن الإرادة السياسية العربية لم تكن غائبة على الدوام ولم تكن عاجزة في كل الظروف والأحوال عن مواجهة الصعاب والتحديات التي طرحت نفسها على النظام العربي، حيث كانت هذه الإرادة موجودة وحاضرة في بعض اللحظات التاريخية، ومن ثم فإن أزمة النظام العربي لا تكمن في غياب الإرادة السياسية، وإنما في عدم القدرة على الإحتفاظ لها بقوة دفع تكفل لها الإستمرارية والتأقلم مع أوضاع إقليمية وعالمية متغيرة، فهذه

الإرادة لا تتجلى عادة إلا في لحظات بعينها، ثم ما تلبث أن تفقد قوة الدفع اللازمة لإنجاح أي تجربة تكاملية أو إندماجية حقيقية 29 ويمكن القول حسب الاستاذ أحمد الرشيد أن جامعة الدول العربية بوضعها الراهن تعيد الي الأذهان تجربة عصبة الأمم فإذا كانت الحرب العالمية الثانية قد عصفت بهذه التجربة بعد نحو ربع قرن من قيامة وتمخضت عن ميلاد منظمة الأمم المتحدة بعد ان أخذت في الاعتبار دروس المنظمة السابقة وتجاربها في أن الوضع الراهن في العلاقات العربية يفرض اتخاذ خطوة مماثلة..

أن المشكلة الأساسية تتمثل في التهرب العربي من مواجهة الحقيقة التي تقف خلف ضعف العمل العربي المشترك وهي المتمثلة في غياب الإرادة العربية المشتركة ، فجامعة الدول العربية هي في النهاية مرآة تنعكس عليها طبيعة العلاقات العربية والإرادة العربية .

إن البحث عن مستقبل جامعة الدول العربية في المستقبل القريب سيكون مرتبط بصفة محكمة بالواقع العربي، وبالتالي إن الجامعة العربية ستظل تعاني من الصعاب والأزمات بالرغم من أن الدول العربية لن توجه لها الضربة القاضية ولن يتم انسحابها منها أو تجريد عضويتها بها لكن الجامعة ستبقى تعاني من مسألة الثقة بين الدول الأعضاء 30

ويتبين لنا مما سبق أن عملية إعادة بناء جامعة الدول العربية وإصلاحها و تطويرها إنما تستدعي في جانبها الهيكلي التركيز على المواءمة المطلوبة مع معطيات الواقع العربي و الدولي ، كما يتم التركيز على الجانب الوظيفي ومن ثم فإن نقطة البدء في التطوير و الإصلاح قد تتمثل في ضرورة تحديد بعض المجالات التي ليست محلًا للخلاف بين الدول الأعضاء وتكثيف النشاط المشترك بشأنها مما ينعكس إيجابيا مما يؤدي إلى خلق أرضية من الثقة المتبادلة بين الدول الأعضاء، ويشجعها على توسيع نطاق العمل المشترك إن جامعة الدول العربية تتطلب عملية إصلاح واسعة في ظل المتغيرات الدولية الراهنة وخصوصا إن الوطن العربي على الصعيد الإستراتيجي له ثقله الخاص في منظور المصالح الدولية مما يجعله منطقة رخوة تتهددها التوترات وصراعات النفوذ بالإضافة إلى ضرورة المصالحة بين الدول العربية وذلك بإعادة صياغة العلاقات العربية العربية على قواعد ثابتة وواضحة تسمح بإعادة تأمين استقرار النظام العربي وإيقاف إنهيائه والتشكيك فيه 31

إن معالجة جوانب القصور في عمل جامعة الدول العربية يكون من خلال عدة مبادرات ومن ضمنها ما يلي :

أولاً: تعديل ميثاق جامعة الدول العربية أثارت ومازالت تثير اهتمام قادة الدول العربية نتيجة وجود توجه مؤداه أن تعديل ميثاق جامعة الدول العربية من شأنه أن يساعد على تدعيمها، وعلى تجديد أجهزتها ويساهم في تخليصها التخلص من الشلل الذي أعاقها عن أداء مهامها .

ثانياً : إصلاح نظام اتخاذ القرارات، ومن ثم ينبغي الحديث عن ضرورة التوسّع في أعمال قاعدة الأغلبية سواء البسيطة أو المطلقة مع جعل القرارات التي تحظى بموافقة الأغلبية ملزمة للجميع ولا تقتصر على من قبلها فقط.

ثالثاً: إصلاح ومعالجة عدم التزام الدول العربية بتنفيذ تعهداتها إزاء العمل العربي المشترك بسبب غياب آلية داخل جامعة الدول العربية تمكنها من إلزام أعضائها بتنفيذ ما يتفقون عليه، وذلك باستحداث آلية تشرف على تنفيذ القرارات.

رابعا: إدخال نظام حرمان للدول المشاركة في الاجتماعات ومن ممارسة حق التصويت إذا ما ارتكبت جرائم في حق مواطنيها أو انتهكت ضوابط السلوك الإنساني الدولي في دعم الإرهاب أو التدخل في الشؤون الداخلية للدول من أعضاء الجامعة أو من خارجها.

خامسا: على جامعة الدول العربية أن تسعى بالتراضي والتوافق لوضع مبادئ عامة للسياسات الاقتصادية للدول العربية تستند على سياسات السوق والليبرالية الاقتصادية والانفتاح الاقتصادي.

سادسا: الاتفاق على آلية فعالة وملزمة لتسوية النزاعات بين الدول الاعضاء بما في ذلك ضرورة وتطوير مجلس السلم والأمن العربي وعدم تجاهله وإعطائه صلاحيات واسعة على اعتبار أن هذا المجلس يعد أحد الآليات المهمة للجامعة العربية والذي يمكن أن يلعب دوراً مهماً في حل الخلافات العربية وتسويتها بالإضافة إلى تفعيل محكمة عدل عربية

32

الهوامش:

- 1- أحمد عصمت عبد المجيد: جامعة الدول العربية والقضايا المعاصرة، شؤون عربية عدد 73، مارس 1993، ص. 12.
- 2- بن عامر تونسي: قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر 2003، ص. 216.
- 3- مجدي حماد: مستقبل ودور جامعة الدول العربية في ضوء الثورات العربية، مجلة دراسات أشرق وسطية، العدد 57، خريف 2011.
- 4- تنص المادة 5 من ميثاق جامعة الدول العربية على أن: "لا يجوز اللجوء إلى القوة لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعة، فإذا نشب بينهما خلاف لا يتعلق باستقلال الدولة أو سيادتها أو سلامة أراضيها، ولجأ المتنازعون إلى المجلس لفض هذا الخلاف، كان قراره عندئذ نافذاً وملزماً. وفي هذه الحالة لا يكون للدول التي وقع بينها الخلاف الاشتراك في مداوات المجلس وقراراته. ويتوسط المجلس في الخلاف الذي يخشى منه وقوع حرب بين دولة من دول الجامعة، وبين أية دولة أخرى من دول الجامعة أو غيرها، للتوفيق بينهما. وتصدر قرارات التحكيم والقرارات الخاصة بالتوسط بأغلبية الآراء"
- 5- يمكن تعريف التحكيم حسب أ.د على صادق أبو هيف بكونه: "النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع إلزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع."
- 6- تنص المادة 19 من ميثاق جامعة الدول العربية على أن: "يجوز بموافقة ثلثي دول الجامعة تعديل هذا الميثاق، وعلى الخصوص لجعل الروابط بينها أمتن وأوثق ولإنشاء محكمة عدل عربية ولتنظيم صلات الجامعة بالهيئات الدولية التي قد تنشأ في المستقبل لكفالة الأمن والسلام."
- 7- أحمد فارس عبد المنعم: جامعة الدول العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1986، ص. 80.
- 8- أحمد عارف ارحيل الكفارنة: الآثار السياسية في النظام الإقليمي العربي في ضوء احتلال العراق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، 2009، ص. 626.
- 9- أحمد عارف الكفارنة: الأردن في النظام الإقليمي العربي، رسالة ماجستير، قسم العلوم السياسية، غير منشورة، الجامعة الأردنية، ص. 135.
- 10- حسن سليمان: تكييف طبيعة الأوضاع العالمية الجديدة في: مصطفى كامل السيد وصلاح زرنوقة، العرب ونظام عالمي جديد، مركز دراسات وبحوث الدول النامية، القاهرة، 1998، ص. 86-89.
- 11- راجع مؤلفنا "القانون الدولي النووي والطاقة الذرية، مؤسسة حمادة للنشر والتوزيع، دار اليازوري، الطبعة الأولى، الأردن، 2012، ص. 280.
- 12- عبد الإله بلقزيز: ماذا تبقى من الأمم المتحدة في العدوان على العراق وعلى المجتمع الدولي، إفريقيا الشرق، المغرب، بيروت، 1999، ص. 109-110.
- 13- أحمد يوسف أحمد: العرب وتحديات النظام الشرق أوسطي، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، مارس 1994، ص. 17.
- 14- يحيى حلمي رجب: النظام القانوني لجامعة الدول العربية، مجلة والأمن، دبي، كلية الشرطة، العدد الأول، السنة العاشرة، جانفي 2000، ص. 209.

- 15- بمناسبة مرور 50 عاما على تأسيس جامعة الدول العربية الموافق ليوم 22 مارس 1995 نظر مجلس الجامعة في نص مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية الذي لم يقع تبنيه بعد.
- 16- أ.د عبد المجيد العبدلي: قانون العلاقات الدولية، أروبيس للطباعة، الطبعة الثانية، تونس، 2000، ص.493
- 17- أنظر: نص قرار الجامعة العربية بإنشاء آلية تسوية المنازعات العربية وكذلك صيغة الآلية ونصوص موادها والمنشورة على شبكة الانترنت على الموقع (WWW.F3.F3.COM) ، بتاريخ 2003/1/28 .
- 18- وفي هذا اختلاف عن المادة (5) من ميثاق الجامعة العربية التي أقرت وسيلتين فقط لتسوية المنازعات وهما التحكيم والوساطة .
- 19- المادة (5) من ميثاق جامعة الدول العربية .
- 20- يسمح ميثاق الأمم المتحدة للدول التي هي أطراف في نزاع يعرض على مجلس الأمن الدولي بالاشتراك في المناقشات المتعلقة بالنزاع ، دون أن يكون لها حق التصويت ، أنظر المادة (32) من الميثاق .
- 21- د. صالح جواد الكاظم: دور الجامعة العربية في حل المنازعات العربية، الجامعة المستنصرية، العدد الخامس، 1974-1975، ص. 65
- 22- تنص المادة 7 من الميثاق: " ما يقرره المجلس بالإجماع يكون ملزماً لجميع الدول المشتركة في الجامعة، وما يقرره المجلس بالأكثرية يكون ملزماً لمن يقبله، وفي الحالتين تنفذ قرارات المجلس في كل دولة وفقاً لنظمها الأساسية.
- 23- أحمد وفاء حجازي: الجامعة العربية بين الإبقاء و الإلغاء، دراسة قدمت لندوة" الوحدة العربية في ضوء مشروع الإتحاد العربي" أقامها ملتقى الحوار الثوري الديمقراطي، القاهرة، 14-17/3/1998
- 24- حسن أبو طالب: إصلاح الجامعة العربية، معضلة التزام الدول العربية، مجلة السياسة الدولية، العدد رقم 153، يوليو 2003، ص.101
- 25- أحمد يوسف أحمد: إصلاح جامعة الدول العربية: المتغيرات العربية، المستقبل العربي، مارس 2003، ص.93.
- 26- عبد الحلیم محجوب: مستقبل الجامعة في ضوء مبادرات التطوير و الإصلاح، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2004، ص. 178 .
- 27- عبد الحلیم محجوب: مبادرات إصلاح النظام العربي: الأسس والدوافع والخيارات المستقبلية، دراسات إستراتيجية، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية، 2003، ص.23
- 28- مجدي حماد: جامعة الدول العربية مدخل للمستقبل، ص.486.
- 29- د. حسن نافعة: الإتحاد الأوروبي والدروس المستفادة عربياً، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2004، ص 551-553.
- 30- محمد السيد سعيد: أفكار حول التنبؤ بمستقبل الجامعة العربية: 50 عاما على الجامعة الدولية، السياسة الدولية، ص 92.
- 31- أحمد عارف ارحيل الكفارنة: الآثار السياسية في النظام الإقليمي العربي في ضوء إحتلال العراق ، مرجع سابق ، ص.639.
- 32- لزيد التعمق راجع: وائل أحمد علوان المنحجي: نحو تطوير دور جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط ، مصر 2010.

المقررات الشرعية لحماية حق الطفل في النسب



أيوب المومني : طالب باحث (مستراحكام

الأسرة في الفقه والقانون كلية الشريعة فاس)

إن النسب رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الأهمية لذا فإن الشرع تولاهما بتشريعته و أحاطها بسياسج منيع يحميها من الاختلاط و الاضطراب فأرسى قواعدها على أسس سليمة وكل ذلك من أجل حماية الأطفال في نسبهم وأن يكون لكل إنسان نسب شرعي يتمتع به.

المقنن المغربي قد أدرج في المادة 152 و المادة 158 من مدونة الأسرة الطرق و الوسائل التي يثبت بها النسب حيث جاء في المادة 158 : "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو بينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية". و نصت المادة 152 من المدونة على مايلي: "أسباب لحوق النسب: الفراش، الإقرار، الشبهة.

وعليه سنتحدث في هذا المقال عن إثبات النسب بالفراش " الزوجية، وبالإقرار، وبالبنينة الشرعية، في المباحث التالية:

المبحث الأول : ثبوت النسب بالفراش " الزوجية".

المبحث الثاني : ثبوت النسب عن طريق الإقرار.

المبحث الثالث : ثبوت النسب بالبنينة.

المبحث الأول : ثبوت النسب بالفراش " الزوجية".

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي يولد على فراش صحيح شرعا ينسب لصاحب هذا الفراش، وذلك للحديث المروي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الولد للفراش و للعاهر الحجر"¹ كما يثبت نسب الطفل في بعض حالات الزواج الفاسد أو في حالة الشبهة و هكذا سنتحدث في هذا المبحث عن ثبوت النسب بالزوجية و ذلك في المطالب التالية:

¹ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة الجزء الأول ص/647 كتاب النكاح رقم الحديث 2006.

المطلب الأول: ثبوت النسب بواسطة فراش صحيح شرعا.

المطلب الثاني: ثبوت النسب من زواج فاسد.

المطلب الثالث: ثبوت النسب عن طريق الشبهة.

المطلب الأول: إثبات النسب بواسطة الفراش.

من أسباب ثبوت النسب هو الزواج المبني على العقد الصحيح بين الزوجين، و العقد الصحيح هو ما توافرت أركانه و شروطه حتى يكون معتبرا شرعا بحيث تترتب عليه جميع الآثار المقصودة منه شرعا. فإذا وقع العقد موافقا لإرادة الشرع كانت الزوجة فراشا لزوجها، و الولد لصاحب العقد الصحيح.¹

و يعتبر الفراش من أقوى الطرق لإثبات النسب حيث أجمع العلماء رحمهم الله على إثبات النسب به، قال العلامة بن القيم: (فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة).²

الفرع الأول: تعريف الفراش.

✓ الفراش في اللغة:

مفرد الفرش، و يقال فرش، فرشاً، بسطه وفرشه أمراً أو سعه إياه و كريم المفارش من يتزوج الكرائم. و يقال لامرأة الرجل هي فراشه و إزاره و لحافه، و إنما سميت بذلك لأن الرجل يفرشها، و منه قوله تعالى: ﴿ وفرش مرفوعة ﴾³ أراد بها نساء أهل الجنة ذوات الفرش، و ذكر الراغب في المفردات: " يكنى بالفراش عن كل واحد من الزوجين ".⁴

✓ الفراش في الاصطلاح:

يقصد بالفراش من الناحية الاصطلاحية هو الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة أما الولد من ابتداء حملها به.⁵ و هذا لا يكون إلا بالزواج الصحيح و عليه فمتى ولدت المرأة بعد زواجها من رجل محدد ثبت نسبه قطعاً من ذلك الزواج دون حاجة إلى إقرار منه أو بينة يقيمها أو تقيمها الزوجة على ذلك، تطبيقاً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش و للعاهر الحجر " ⁶ و الفراش قرينة قاطعة على ثبوت النسب على حد تعبير المادة 153 من مدونة الأسرة.

و السبب في ثبوت الفراش، دون التوقف على إقرار أو بينة هو أن الزوجة مختصة بزواجها يستمتع بها وحده و ليس أبداً لغيره من الرجال أن يشاركه في ذلك الاستمتاع بل حتى الاختلاء بها خلوة محرمة، فإذا جاءت بحمل أو ولد

¹ محمد فتحي الدريني بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1994م مجلد 2 ج/1 ص/333.

² زاد المعاد 410/5.

³ سورة الواقعة الآية 36.

⁴ الراغب الأصفهاني معجم مفردات ألفاظ القرآن - دار الكتاب العربي ط/ الأولى ص/389 و الإمام محب النيف الفيض البيدي تاج العروس من جواهر القاموس ط/ الأولى ج/ 4 ص/333، وابن منظور لسان العرب بيروت ج/6 ص/327 مادة "فرش".

⁵ بدران أبو العينين بدران أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ط/ الثانية 1961م مطبعة دار التأليف ص/310.

⁶ سنن ابن ماجه

فهو يقينا من زوجها ، و احتمال أنه من غير احتمال مرفوض إذ الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح دائما إلى أن يثبت العكس بالطرق التي حددها المشرع في هذا الصدد.¹

قال الشوكاني في نيل الأوطار: " أو ظاهر الحديث أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش و هو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في النكاح الصحيح أو الفاسد و إلى ذلك ذهب الجمهور".²

و تجدر الإشارة إلى أن إثبات النسب عن طريق الفراش يستمد سنه من الكتاب و السنة و الإجماع.

❖ فمن الكتاب: قوله تعالى: {هن لباس لكم و أنتم لباس لهن}³

❖ و من السنة: ما ثبت في الصحيحين⁴ من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: " اختصم سعد بن أبي وقاص ، و عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى شبيها بين بعتبة فقال: هو لك عبد الولد للفراش و للعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة ، فلم تره سودة بنت زمعة قط." و في رواية مسلم قالت: " فلم سودة قط".

قال ابن القيم رحمه الله: "فهذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفراش".⁵

و قال الشوكاني: " مهما كان الفراش ثابتا شرعا كان الولد لاحقا قطعا".⁶

❖ ومن الإجماع: فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن النسب يثبت بالفراش كما أجمعوا على أن الفراش يثبت بالزواج و قد قنن المشرع المغربي هذه القاعدة في أكثر من نص تشريعي.⁷

ثانيا: شروط الفراش .

يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا توفرت شروطه وهي كالتالي:

- إبرام عقد زواج صحيح.
 - انصرام مدة الحمل.
 - إمكانية حمل الزوجة من زوجها.
- (1) إبرام عقد زواج صحيح :

إن الزواج الصحيح الذي استجمع سائر أركانه و كل شروط صحته هو زواج صحيح مرتب لكافة آثاره الشرعية في الحال، و أهم هذه الآثار بطبيعة الحال ثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لصاحب هذا الفراش دون غيره، وهذه قاعدة بديهية في الشرع الإسلامي و قد تبنتها مدونة الأسرة من خلال عدة نصوص قانونية، و نظرا للغاية السامية و النبيلة التي توخاها الشرع من وراء تقرير قاعدة (الولد للفراش) و المتمثلة في حفظ

¹ محمد الكشور - البنوة و النسب في مدونة الأسرة - دراسة قانونية و شرعية مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 2007 ص/28-27.

² الإمام محمد بن علي الشوكاني نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار ط/ الثانية 1983م دار الفكر العربي لبنان ج/3 ص/295

³ سورة البقرة الآية 187.

⁴ صحيح البخاري كتاب البيوع باب شراء المملوك و هبته و عتقه رقم 2218 ص/354 و صحيح مسلم كتاب الرضاع باب الولد للفراش و توفي الشبهات رقم 3613 ص/620.

⁵ زاد المعاد 410/5.

⁶ السيل الجراز 402/2.

⁷ المرجع السابق البنوة و النسب في مدونة الأسرة ص/67.

الأنساب من الاختلاط و من الإنكار و ما أمكن وفي حماية عرض الزوجة فإن القضاء يتشدد عادة و هو بصدد إعمالها، بكيفية يتضح معها أحيانا انه متعسف في حق الزوج وظالم له.¹

وهكذا فمتى توفرت في عقد الزواج أركانه و شروط صحته وانتفت الموانع فإن هذا العقد يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب . لا يمكن الطعن فيه إلا من قبل الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع . المادة 153 من مدونة الأسرة .

(2) انصرام مدة الحمل.

تنص المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أنه :

يثبت نسب الولد بفراش الزوجة؛

إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد و أمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا .

إذا ولد خلا سنة من تاريخ الفراق.

وهكذا سنتحدث عن أقل مدة الحمل، و عن أقصى مدة الحمل.

أ - أقل مدة الحمل : يقصد بأقل مدة الحمل ، هي أقصى مدة يمكن أن يمكثها الجنين في بطن أمه، و أقل هذه المدة باتفاق فقهاء و أهل العلم و الطب كذلك هي ستة أشهر و مستند هذا الاتفاق: " أنه أتى عثمان رضي الله عنه بـ امرأة قـسد و لـسـة لـسـة أشـهـر فـأـرد أن يقضي عليها بالحد، فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : ليس ذاك عليها ؛ قال تعالى : ﴿ وحملة وفصاله ثلاثون شهرا² و قال تعالى: ﴿ و لوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة³ . فالرضاعة أربعة و عشرون شهرا، و الحمل ستة أشهر ، فرجع عثمان عن قوله ، و لم يحدها.⁴ فقد جعلت الآية الأولى مدة الفطام و الحمل ثلاثين شهرا في حين حددت الثانية مدة الفطام بعامين، فإذا لاحظنا الفرق بين المدتين يكون زمن الحمل هو ستة أشهر.

و بهذا أخذ المشرع المغربي أي إثبات النسب بالفراش إذا كانت اقل مدة الحمل ستة أشهر و أمكن اتصال الزوج بزوجه جنسيا، و يدخل في حكم عدم الاتصال الطلاق قبل الدخول أو كون الزوج مجبوبا أو مخصيا.⁵

ب - أقصى مدة الحمل : يقصد بأقصى مدة الحمل اكبر مدة يمكن أن يمكثها ذلك الحمل في البطن ، و قد اختلفت آراء الفقهاء في معرفة هذه المدة ، و ذلك أنه لم يرد دليل شرعي من القرآن أو السنة، يحدد أقصى مدة الحمل يكون حائلا دون ظهور خلاف بينهم، لذلك كان مستند الفقهاء فيما ذهبوا إليه على روايات متعددة مما جرت به عادة النساء و أحوالهن.

¹ نفس المرجع ص/70.

² سورة الأحقاف الآية 15.

³ سورة البقرة الآية 233.

⁴ الحافظ أبو بكر عبد الرزاق بن الهمام الصنعاني - المصنف- تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي مجلد/7 ص/350.

⁵ المرجع السابق شرح مدونة الأسرة محمد الأزهر ص/368.

هذا وقد اختلفت آراء الفقهاء حول هذه المسألة و ذلك كالتالي :

- ❖ الحنفية و أحمد في رواية و الثوري ذهبوا إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان، وقد استدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انه قالت: " لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين و لو بفركة مغزلا."
- ❖ و ذهب الجمهور إلى أنه أقصى مدة الحمل أربع سنوات و استدلوا بما روي عن مالك بن أنس رضي الله عنه أنه قال: " هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق و زوجها صدق، حملت ثلاثة أبطن في أربعة سنين".¹
- ❖ وذهب محمد بن الحكم و هو أحد فقهاء المالكية إلى أن أقصى مدة الحمل هي سنة.²

وقد أخذت مدونة الأسرة بقول محمد بن الحكم حيث جعلت أن أقصى مدة الحمل هي سنة ، وحتسب هذه المدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

(3) إمكانية حمل الزوجة من زوجها.

وهنا لابد من توفر إمكانية الاتصال (أ) و إمكانية الإنجاب (ب).

أ - إمكانية الاتصال :

تجمع المذاهب السنية الثلاثة، المالكية و الشافعية و الحنبلية، على أن عقد الزواج يجعل المرأة فراشا للزوجة على أساس أنه يبيح للزوج الاتصال بها جنسيا و هذا الاتصال هو السبب الحقيقي للحمل عندهم ، وعليه وبالمفهوم المعاكس إذا انتفى التلاقي بين الزوجين ، و جاءت الزوجة بولد لا يثبت نسبه من الزوج لأن شروط الفراش لم تكتمل.³

وقد خالف الأحناف موقف الجمهور حيث يقول أبو حنيفة إن العقد الصحيح وحده سبب في ثبوت نسب الولد و لو لم يلتقي الرجل بالمرأة قط.⁴

و قد سايرت مدونة الأسرة موقف الجمهور عند ما قررت من خلال مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة أنه يثبت نسب الولد بفراش الزوجية.

إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد و أمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا...

ب - إمكانية الإنجاب: يقصد بإمكانية الإنجاب أن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً على الأقل و أن لا يكون مجرباً أو مخصياً .

فالجبوب هو الذي قطع عضوه التناسلي و أنثياه ، أما المخصي فهو من قطعت أنثياه أو اليسرى فقط، فرجع في شأنه إلى الأطباء المختصين، فإن قالوا يولد له ثبت النسب منه و عن قالوا : لا يولد له لا يثبت النسب منه.⁵

¹ المغني لأبن قدامة ج/7 ص/161.

² بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد ص/2.

³ المرجع السابق - البنية و النسب في مدونة الأسرة ص/98.

⁴ المرجع السابق - أبو العينين احكام الزواج و الطلاق في الاسلام ص/314.

⁵ بدران أبو العينين بدران - حقوق الاولاد في الشريعة و القانون مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية ص/17.

المطلب الثاني: ثبوت النسب من زواج فاسد.

إن عقد الزواج إذا فقد شرط من شروطه، يكون فاسد ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج إلا بالدخول الحقيقي أو ثبوت الخلوة، ومن هذه الآثار إثبات النسب، لهذا الحق المقنن المغربي الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب حماية للطفل، و الزواج الفاسد، هو كل زواج فقد شرط من شروطه، كالزواج بغير ولي أو بالزوجة الخامسة، و كما لو تزوج رجل بامرأة أبيه، أو امرأة ابنه.¹

و هذا ما نصت عليه المواد 59 و60 و61 من مدونة الأسرة.

إن النسب في الزواج الفاسد يأخذ حكم النسب في الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب.²

إلا انه يثبت بالزواج الفاسد أولاً إذا دخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقيا أو تحققت الخلوة بهان فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد الزواج الفاسد، لم يثبت نسب الولد. و الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح، لإمكان الوطء في كل منهما.

المطلب الثالث: ثبوت النسب عن طريق النسب طريق الشبهة.

الفرع الأول: تعريف الشبهة.

الشبهة لغة: من أشبه الشيء بالشيء أي ماثله. و الأمور المتشابهة أي المشكلة بعضها ببعض.³

الشبهة اصطلاحاً: هي ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة أو ما يشبه الثابت و ليس بثابت.⁴

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب عن طريق الشبهة.

1. يشترط لثبوت النسب عن طريق الشبهة إمكان أن يولد لمثله ولد أي إمكانية الإنجاب.
2. كما يشترط أن يولد المولود لأدنى مدة الحمل أي ستة أشهر.
3. بالإضافة إلى إمكانية الاتصال.

و هذا ما نصت عليه المادة 155 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى: إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل و ولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل و أكثرها ثبت نسب الولد من المتصل.

و لإثبات النسب عن طريق الخطبة يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط كما نصت عليها المادة 156 من مدونة الأسرة و هي كالاتي:

1. اشتها الخطبة بين الأسرتين.
2. أن يكون الحمل خلال الخطبة.

¹ الدكتور محمد بن معجوز احكام الأسرة في الفقه الإسلامي الطبعة الاولى 1994م ج/2 ص/162.

² محمد عابدين رد المختار على المختار حاشية ابن عابدين دار إحياء التراث العربي بيروت ج/2 ص/350.

³ احمد بن محمد الفيومي المصباح المنير المكتبة العلمية بيروت مجلد 2 ج/1 ص/303.

⁴ سعدي أبو حبيب القاموس الفقهي دار الفكر ط/2 1987م ص/189م.

3. إقرار الخطيبين بالحمل.

فهذه الشروط تخضع لمعاينة بمقرر قضائي قابل للطعن من الأطراف ، أما إذا أنكر الخاطب أن الحمل منه ففي هذه الحالة و لكي يثبت النسب لا بد من الإثبات بجميع الوسائل الإثباتية الشرعية التي تكون عقيدة القاضي في إقرار النسب من عدمه بما في ذلك الالتجاء على الخبرة.¹

المبحث الثاني: ثبوت النسب عن طريق الإقرار.

فكما يثبت النسب بواسطة الفرائض يثبت على سبيل الاحتياط بوسائل أخرى في مقدمتها الإقرار أو الإستلحاق.

المطلب الأول : الإقرار و حجيته.

الفرع الأول : تعريف الإقرار.

الإقرار لغة : يعني الإثبات ، يقال : أقر الشيء إذا ثبت، وأقر بالحق اعترف به و أثبتته.²

الإقرار اصطلاحاً : هو إخبار بحق عليه -أي على المقر- للغير.³

الفرع الثاني : حجية الإقرار.

الإقرار خبر، فكان محتملاً للصدق و الكذب ، لكنه جعل حجة لظهور رجحان جانب الصديق فيه، إذ المقر غير متهم فيما يقر به على نفسه فيلزم قبوله بلا خلاف.⁴ و الإقرار حجة في باب الإثبات بل هو سيد الأدلة، فهو مقدم على سائر و سائل الإثبات ، و لهذا يبدأ الحاكم بالسؤال عنه قبل السؤال عن الشهادة، لذا قيل في الإقرار أنه سيد الأدلة و الحجج، لأن المقر يثبت حقا في ذمته، و العاقل لا يقصد الأضرار بنفسه في العادة فكان رجحان صدق خبره.⁵

و تجدر الإشارة أن الإقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره ، و الإقرار مرجح على وسائر و سائل الإثبات لأنه يستند إلى العلم و لانتفاء الكذب و الريبة كما أن الإقرار لا يبطل بتكذيب المقر له للمقر.

المطلب الثاني : شروط الإقرار بالنسب.

إن إثبات النسب بالإقرار مرتبط بتوفر مجموعة من الشروط و هذا ما جاء في المادة 160 من مدونة الأسرة بالكيفية الآتية: " يثبت النسب بإقرار الأب بنوة المقر به و لو في مرض الموت وفق الشروط الآتية:

1. أن يكون الولد الأب المقر عاقلاً.
2. أن لا يكون الولد المقر به معلوم النسب.
3. ألا يكذب المستلحق - بكسر الحاء - عقلاً أو عادة.

¹ المرجع السابق شرح مدونة الأسرة ص/374.

² أبو البقاء أيوب بن موسى الكوفي الكليات مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية 1993م ص/106.

³ حاشية ابن عابدين ج/5 ص/588.

⁴ ابن القيم الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الفكر بيروت الطبعة الأولى 1991م ص/175.

⁵ نفس المرجع - الطرق الحكمية ص/176 ، و بداية المجتهد ج/2 ص/471.

4. أن يوافق المستلحق بفتح الحاء إذا كان راشدا حين الإستلحاق و إذا استلحق قبل البلوغ سن الرشد فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد، إذا عين المستلحق الأم أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق.

و لكل من له المصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الاستلحاق المذكورة مادام المستلحق حيا.

وهكذا فالشروط المتطلبية في الإقرار لكي يكون صحيحا و منتجاً لآثاره هي كما يلي :

- أ- أن يكون الأب المقر عاقلاً مختاراً ولو سفيهاً، فالجنون و المكره لا يصح إستلحاقهما.
- ب- أن يكون الولد المستلحق مجهول النسب لا يعرف له أب ، فلا يصح استلحاق معلوم النسب و لو صدقه المستلحق ، و يجد مستلحقه، لما لا يصح استلحاق مقطوع النسب ، وهو المحقق ولادته من زنا، و لهذا يقول خليل: " إنما يستلحق الأب ، مجهول النسب.
- ت- أن لا يكذب المستلحق العقل أو العادة و إلا لم يقبل كما لو استلحق من هو في سنه أو أكبر منه، أو استلحق ولدا في بلد لا يعرف سفره إليها ، وعلى ذلك نبه خليل¹ بقوله: " إنما يستلحق الأب مجهول النسب إن لم يكذبه العقل ، لصغره أو العادة"².
- ث- يجب أن يصدق المقر له المقر في إقراره إذا كان راشداً، و قد اختلف الفقهاء في هذا الشرط و هو تصديق الولد المدعى استلحاقه، فالمشهور في المذهب أنه لا يشترط مطلقاً، أكان الولد صغيراً أم كبيراً، و أن إستلحاق الأب له صحيح لازم، و لو كذبه الولد المستلحق، و قيل يشترط تصديقه إذا كبيراً عاقلاً، بخلاف الصغير و الجنون و هو قول الشافعية و الحنابلة و إحدى طرق المذهب المالكي ، وعليها اقتصر ابن سلمون في قوله: " و ما أقر به من ولد استلحقه و الولد صغير ، أو كان كبير و صدقه فهو لا حق به"³.

المطلب الثالث : إثبات الإقرار.

نصت المادة 162 من مدونة الأسرة على أن الإقرار يثبت بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه.

وعليه، فلا يكفي الإقرار بالنسب بل لا بد من توثيق ذلك إما في محرر رسمي عن طريق عدلين ، و المخاطبة عليه من طرف القاضي، أو عن طريق موثق عصري ما دام المشرع ينص على رسمية هذا الإشهاد، و ذلك لإثبات الإقرار، و لتحري إرادة المقر، بحيث يجب أن يقر و هو في كامل قواه العقلية، و معبراً عن إرادته من خلال هذا الإقرار و توثيقه، كما يمكن توثيق ذلك بمحرر عرفي شرعي شريطة أن يكون مكتوباً بخط يد المقر ، معبراً فيه عن ثبوت نسب ابنه بإقراره، و يجب أن يكون خطه الفعلي يقيناً دون أدنى شك⁴.

¹ مختصر خليل بشرح الخرشي ج/5 ص/141.

² العلامة الفقيه محمد بن محمد قاسو التاويل شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح و الطلاق و النسب منشورات مكتبة السنة الطبعة الاولى 2010م ص/161 و163.

³ المرجع نفسه. شذرات الذهب ص/162 و163.

⁴ المرجع السابق شرح مدونة الأسرة ص/385 و386.

المبحث الثالث : ثبوت النسب بالبينة الشرعية.

فكما تثبت النسب بالفراش و الإقرار ، فإنه يمكن إثباته كذلك بإقامة البينة عليه و حدها ، وذلك بواسطة شهادة عدلين أو بينة السماع و هذا ما أكدته المادة 158 من مدونة الأسرة ، لذا سندرس هذا المبحث في مطلبين، الأول يتحدث عن ثبوت النسب بشهادة عدلين ، و الثاني عن ثبوت النسب ببينة السماع.

المطلب الأول : إثبات النسب بواسطة شهادة عدلين .

الفرع الأول : تعريف الشهادة.

أولاً: الشهادة لغة: البيان ، ويسمى الشاهد شاهداً لأنه يبين الحق للحاكم ، و شهد في اللغة تأتي على معاني، تكون بمعنى علم كما في قوله تعالى: {و كنا لحكمهم شاهدين} ¹ أي عالين و قوله تعالى: {و الله على كل شيء شهيد} ² أي عليم، و تكون بمعنى أخبر كقوله تعالى: {قالوا نشهد إنك لرسول الله} ³ و قوله تعالى: {شهد الله أنه لا إله إلا هو} ⁴ فإنه يصح أن تكون شهد في الآية بمعنى أخبر و بمعنى علم.

ثانياً: الشهادة اصطلاحاً: إخبار عدل حاكماً في مجلس القضاء عن علم ليحكم بمقتضاه. ⁵ أو هي إخبار بحق للغير على النفس. ⁶

الفرع الثاني : مشروعية الشهادة :

مأمور بها شرعاً لإثبات حقوق الناس و قد دل على ذلك أكل من الكتاب و السنة و من الإجماع.

أولاً : من الكتاب.

قال تعالى: " { واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكون رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء} ⁷ وقوله تعالى: { وأقيموا الشهادة لله} ⁸ وقوله تعالى: { و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه} ⁹

ثانياً : من السنة.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ألا أخبركم بخير الشهداء؛ الذي يأتي شهادته قبل أن يسألها " ¹⁰.

ثالثاً : من الإجماع.

و انعقد الإجماع على مشروعيتها لإثبات الدعاوى.

¹ سورة الأنبياء الآية 78.

² سورة المجادلة الآية 6.

³ سورة المنافقون الآية 1.

⁴ سورة آل عمران الآية 18.

⁵ الدكتور الصادق عبد الرحمن الرياني مدونة الفقه المالكي و أدلته | المجلد 4 ص/380.

⁶ نهاية المحتاج ص/144.

⁷ سورة البقرة الآية 282.

⁸ سورة النساء الآية 135.

⁹ سورة البقرة الآية 283.

¹⁰ صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الأفضية 17/12.

الفرع الثالث: الشروط التي يجب توفرها في الشاهد.

يشترط في الشاهد عموماً عدة شروط أجهلها ابن عاصم الغرناطي بالكيفية الآتية:

و شاهد صفته المرعية *** تيقظ عدالة حرية

و العدل من يجتنب الكبائر *** و يتقى في الغالب الصغائر

و ما أبيع و هو في العيان *** يقدر في مروءة الإنسان¹.

و تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في عدد العدول لإثبات النسب فالفقه الحنفي قال؛ بشهادة رجلين أو امرأتين لإثبات النسب، لأن هذا هو الأصل في نصاب الشهادة، في حين يرى الجمهور أن إثبات النسب بالبينة يكون بشهادة رجلين عدلين². و شهادة عدلين تطرق إليها المشرع المغربي من خلال المادة 158 من مدونة الأسرة و التي تنص على ما يلي: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين..."

المطلب الثاني: ثبوت النسب ببينة السماع.

أولاً: تعريف شهادة السماع: عرف ابن عرفة شهادة السماع بأنها: "لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناده شهادته لسماع من غير معين³ و هي بذلك تخرج عن شهادة البث و النقل.

ثانياً: موضوع شهادة السماع: موضوع شهادة السماع يكون في الأمور التي مبناهما الاشتهار كالولادة و ما يترتب عنها من نسب، و النكاح و الرضاع، و الميراث و الجرح و التعديل و الرشد و السفية و الحبس و التقديم و ضرر الزوجين، قال صاحب التحفة:

و أعلمت شهادة السماع *** في الحمل و النكاح و الرضاع⁴.

ثالثاً: مراتب شهادة السماع: لشهادة السماع ثلاث مراتب.

المرتبة الأولى: تفيد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة، وبأن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، فهذه بمنزلة الشهادة بالرؤية والمعاينة التي تفيد العلم⁵ والتواتر يحصل بخبر الكفار، والفاسق، والصبيان، والصبيان، ولا يقيد ذلك بعدد معين، بل ضابطه حصول العلم الضروري به.

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة: وهي الاشتهار الذي يتحدث به الناس ويفيض بينهم، فيرتفع من درجة خبر الأحاد ولا يرتقي لدرجة التواتر⁶ وهي تفيد ظناً يقرب من القطع، مثل الشهادة بأن نافع مولى ابن عمر، واستفاضة واستفاضة عدالة أو جرح شخص، فيؤخذ بها ولا يسأل عن عدالة المشهودين⁷.

¹ المرجع السابق محمد الكشور ص/130.

² المرجع السابق محمد الأزهر ص/376 و377.

³ أبو الحسن ابن عبد السلام التسولي البهجة في شرح التحفة لابن عاصم الاندلسي مطبعة مصطفى البابلي مصر الطبعة الثانية 1951م ص/132.

⁴ الكافي - احكام الاحكام على تحفة الحكام دار الفكر 1973م ص/41.

⁵ شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته الجزء 3/ص56.

⁶ وسائل الإثبات لابن معجوز ص/71.

⁷ شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته الجزء 3 / ص56.

المرتبة الثالثة : وهي التي دون المرتبتين، بحيث يشتهر الخبر بين أفراد ثقات وغيرهم، ولكن لا يبلغون درجة الاستفاضة¹. الشهادة بخبر اشتهر واستفاض بين الناس استفاضة يحصل بها نوعاً من اليقين ، وإن لم يشاهده من يدلي بها ، فإذا استفاض في الناس مثلاً أن فلانا تزوج بفلانة وولد له جاز أن يشهد به ، فيقول: سمعنا أو لم نزل نسمع سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم أن فلانا قد ولد له من فلانة.

رابعا: شروط شهادة السماع :

و إذا كانت شهادة السماع كافية لإثبات النسب فقد اشترط الفقه المالكي لصحتها مجموعة من الشروط الأساسية منها :

- ❖ أن تكون الشهادة بعدلين ذكرين : ذلك أن النسب لا يثبت إلا بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامهما من اللفيف، اثنا عشر رجلاً شريطة أن يسمع إلى كل شاهد منهم ، أما شهادة النساء فلا تجوز في إثبات النسب عند المالكية فجاء في المدونة الكبرى : " رأيت أن شهدن على السماع في الولاء أتجوز شهادتهن ، في قول مالك، قال : ما سمعت من مالك فيه شيء و لا أدري أن تجوز على السماع و لا على غيره في الولاء و لا في النسب لأنه لا تجوز شهادتهن في الدعوى و لا في النسب على حال من الحالات"².
- ❖ الاستفاضة بان يستند إلى عدد غير محصور أو معين .
- ❖ السلامة من الريبة بأن تكون شهادة السماع خالية من غلط او كذب أو سهو الشاهد.
- ❖ أداء يمين التزكية عند الشهادة فلضعف شهادة السماع أوجب الفقه تكملتها بالتزكية .
- ❖ طول الزمن: أن تطول مدة الشهادة حتى يحصل العلم.

المطلب الثالث : الفرق بين الخبير والشاهد :

هناك فروق هامة بين الخبير والشاهد أهمها ما يلي :

- (1) شهادة الشاهد عند الفقهاء تختص بفعل مشاهد محسوس ، وقول مسموع . أما الخبرة فتعتمد الاجتهاد وهي حكم بظن غالب ورأي راجح.
- (2) الخبير يشهد بما أدى إليه اجتهاده ؛ كشهادة القائف بلحاق نسب المدعي به بأحد المتخاصمين . أما طريق الشهادة فهو العلم .
- (3) يشترط في الخبير أن يكون عالماً وصاحب معرفة وتجربة فيما يخبر به . أما الشهادة فلا يشترط فيها ذلك.
- (4) إن عدد الشهود محدد في من حضر الواقعة موضع الخلاف، ولا يمكن استبدالهم بغيرهم ممن لم يشهد الواقعة. أما الخبير فيمكن استبداله بغيره.

¹ وسائل الإثبات لابن معجوز ص/72.

² الإمام مالك الأصبحي رواية الإمام سحنون بن سعد التتوخي عن الامام عبد الرحمان بن قاسم المدونة الكبرى دار الفكر للطباعة ج/5 ص/162.

5) الخبير له تفوق على الشاهد من ناحية صفاء الإدراك , لأن الشاهد وقت معينته للواقعة يؤثر عليه عامل المفاجأة بها ويجول دون إحاطته بها على نحو سليم كامل . وأما الخبير فلا وجود في عمله لعنصر المفاجأة وهو يعنى النظر في هدوء وصفاء.

6) شهادة الشاهد وسيلة إلى إثبات تهدف إلى جمع الأدلة اللازمة في الدعوى . أما خبرة الخبير فهي وسيلة قصد منها مساعدة القاضي من الوجهة الفنية في تقدير دليل قائم في الدعوى¹.

المصادر والمراجع :

- ✓ القرأن الكريم
- ✓ صحيح البخاري
- ✓ صحيح مسلم
- ✓ ابن منظور لسان العرب دار صادر بيروت
- ✓ محمد الكشور - البنية و النسب في مدونة الأسرة - دراسة قانونية و شرعية مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 2007.
- ✓ شرح م الدكتور محمد بن معجوز احكام الأسرة في الفقه الإسلامي الطبعة الاولى 1994م ج/2 محمد عابدين رد المختار على المختار حاشية ابن عابدين دار إحياء التراث العربي بيروت ج.2.
- ✓ دونة الاسرة محمد الازهر.
- ✓ العلامة الفقيه محمد بن محمد قاسو التاويل شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح و الطلاق و النسب منشورات مكتبة السنة الطبعة الاولى 2010م
- ✓ بدران أبو العينين بدران - حقوق الاولاد في الشريعة و القانون مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية .
- ✓ بدران أبو العينين بدران أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ط/ الثانية 1961م مطبعة دار التأليف
- ✓ الدريني بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1994م مجلد 2 ج/1
- ✓ الراغب الأصفهاني معجم مفردات ألفاظ القرآن - دار الكتاب العربي ط/ الأولى
- ✓ الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة لعبد الناصر محمد شنيور تقديم الشيخ رجب التميمي سماحة قاضي القضاة / فلسطين. والدكتور نبيه صالح أستاذ القانون الجنائي دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن - الطبعة الأولى سنة الطبع 1425هـ/2005م
- ✓ الإمام محمد بن علي الشوكاني نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ط/ الثانية 1983م دار الفكر العربي لبنان ج/3

¹ الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة لعبد الناصر محمد شنيور تقديم الشيخ رجب التميمي سماحة قاضي القضاة / فلسطين. والدكتور نبيه صالح أستاذ القانون الجنائي دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن - الطبعة الأولى سنة الطبع 1425هـ/2005م. ص/ 64/63/62 بتصرف.

- ✓ احمد بن محمد الفيومي المصباح المنير المكتبة العلمية بيروت مجلد 2 ج¹ سعدي أبو حيب القاموس الفقهي دار الفكر ط/2 1987م
- ✓¹ أبو البقاء أيوب بن موسى الكوفي الكليات مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية 1993م
- ✓ ابن القيم الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الفكر بيروت الطبعة الأولى 1991م
- ✓ الدكتور الصادق عبد الرحمن الرياني مدونة الفقه المالكلي و أدلته ا المجلد 4
- ✓ أبو الحسن ابن عبد السلام التسولي البهجة في شرح التحفة لابن عاصم الاندلسي مطبعة مصطفى البابلي مصر الطبعة الثانية 1951م.
- ✓ الكافي - احكام الاحكام على تحفة الحكام دار الفكر 1973م .
- ✓ لأمام مالك الأصبحي رواية الأمام سحنون بن سعد التنوخي عن الامام عبد الرحمان بن قاسم المدونة الكبرى دار الفكر للطباعة ج/5 \$.

ما جرى به العمل عند المالكية



من إعداد الأستاذ : إبراهيم والعيز

باحث في الدراسات الإسلامية-المغرب

إن موضوع ما جرى به العمل يعتبر من أهم الموضوعات التي نالت من فقهاء أئمة المذهب المالكي قسطا كبيرا وحظا وافرا من العناية والاهتمام، فعملوا على إمعان النظر فيها، وبذلوا جهودا جلى في جمعها وتدوينها وتصنيفها وتبويبها حتى يسهل تناولها والاستفادة منها والرجوع إليها من طرف الفقهاء والقضاة لتكون مرجعا وعونا لهم - في استجلاء الأحكام - على ما يعرض عليهم من نوازل وقضايا.

وسأحاول - بإذن الله - أن ألقى الضوء على هذا الموضوع من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : ما جرى به العمل؛ المفهوم والنشأة.

1- مفهوم ما جرى به العمل.

لقد تعددت تعريفات مالكية الغرب الإسلامي لما جرى به العمل، والذي يستفاد منها جميعها أن ما جرى به العمل هو: "العدول عن القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف في بعض المسائل رعيًا لمصلحة مجتلبة، أو مفسدة مدفوعة، أو عرف جار، مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به"¹.

ويفهم من هذا التعريف أن إجراء العمل بناء على القول الضعيف، أو الشاذ إذا تعلق به مصلحة شرعية معتبرة أمر اجتهادي لا يقوم به إلا من كان أهلا للاجتهد، وتوفرت فيه شروطه، من العلم بأصول الفقه، والإحاطة

¹ - انظر: * تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1422هـ/ 2001م. ج1. ص/ 43.

* مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، للأستاذ علال الفاسي. مكتبة الوحدة العربية- الدار البيضاء، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع. ص/ 153.

* نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1417 هـ، 1997م. ص/ 102.

بمقاصد الشريعة، والفهم الشامل لواقع الناس، مع أخذ المال بعين الاعتبار حين قصد تنزيل الحكم أو الفتوى على النازلة، ذلك أن فتح الذرائع من أجل تحصيل المصالح والاستزادة منها، يتطلب الموازنة بين المصالح والمفاسد حين تزامنها، كما يتطلب ترجيح بعضها على الآخر بناء على قواعد وآليات أصلها علماء الأصول. واستحضار هذه الآليات والقواعد حين إجراء العمل هو عين الاجتهاد. قال محمد بن

الحسن الحجوي الثعالبي: "وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة، أو ذريعة إليها ويميز ما هو في رتبة الضرورات أو الحاجيات، وما هو في رتبة التحسينات..."¹.

ويفهم من تعريف ما جرى به العمل أيضا، أن العمل أيا كان داعيه فهو مبني على مذهب الإمام مالك، فإذا كان ملتفتا فيه إلى جلب المصالح فهو على أصله في الاستصلاح، وإذا كان منظورا فيه إلى درء المفسدة فهو على أصله في سد الذرائع، وإذا كان مستنده العرف فهو على أصله في مراعاة العوائد والأخذ بالأعراف.

وينقسم العمل باعتبار الوضع الذي يجري فيه إلى :

أ- العمل المطلق، وهو العمل الذي لا يختص ببلدة واحدة، لأنه في الغالب لا يرتبط بالعرف الخاص بل يكون أساسه، إما العرف العام، أو تبدل المصالح والعلل، أو فساد الزمان، أو تطور الأوضاع. وذلك مثل العمل الأندلسي، والعمل الإفريقي، والعمل المغربي. ويدخل في دائرة العمل المطلق، الأحكام الواردة في مختصر الشيخ خليل، وتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي.

ب- العمل المقيد، وهو الذي يجري في بلد معين، وتراعى فيه البيئة المكانية، فلا يطبق إلا في البلدة التي جرى فيها ذلك العرف الذي استندت إليه الأحكام الجاري فيها العمل. وباختصار، فالعمل المقيد لا يتعدى بلده إلى بلدان أخرى، وذلك مثل العمل القرطبي، والعمل الفاسي، والعمل السوسي، والعمل المراكشي، والعمل التطواني.

ولما كان هذا النوع من العمل خاصا غير متعدد، فقد نص العلامة الزقاق في لاميته على ذكر البلدة فاس حينما استعرض المسائل التي جرى بها العمل في فاس، فقال :

وفي البلدة الغراء فاس وربنا *** يقي أهلها من كل داء تفضلا

جرى عمل باللائي تاتي كما جرى *** بأندلس بالبعض منها فأصلا²

ومن أشهر الكتب التي تضمنت العمل الخاص، نظم الشيخ عبد الرحمن الفاسي بالنسبة لفاس، ونوازل العلمي بالنسبة لمناطق اجبالة شمال المغرب، ونوازل العباسي السملالي بالنسبة لمناطق سوس.

¹ الفكر السامي، لمحمد بن الحسن الحجوي. بعناية هيثم خليفة طعيمة. ط/ 1. 1427هـ/ 2006م المكتبة العصرية-بيروت- لبنان. ج/ 2. ص/ 709-710.

² - فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للإمام أبي عبد الله محمد ميارة الفاسي. تحقيق رشيد البكاري. ط/ 1. 1429هـ/ 2008م. المكتبة العصرية-بيروت-لبنان. ص/ 445.

-2- نشأة ما جرى به العمل.

إن ما جرى به العمل نشأ وترعرع على ما يبدو من المراجع التي اعتنت بالموضوع في حواضر الغرب الإسلامي، وكانت بداياته الأولى في القرنين الرابع والخامس الهجريين¹ في ديار الأندلس التي ازدانت حواضرها بفقهاء كبار كان لهم من سعة الأفق ووفور العلم ما أسعفهم على النهوض بفقه القضاء ومواجهة النوازل بفكر ثاقب وقاد.

أما في المغرب فإن تحديد بداية الأخذ بفقه العمل صعب وعسير جدا، غير أن القرائن ناهضة على أن الفقهاء ركنوا إليه في غضون القرن الثامن الهجري، إذ كان العمل بشهادة الليف² جاريا آنذاك. ويدل على ذلك جواب أبي الحسن الصغير (ت: 719هـ) حين سئل عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلا، يكتفى فيه بهذا العدد أم لا بد من عدلين؟ فأجاب: لا بد من عدلين أو ينتهي إلى حد التواتر³.

وقد جنح إلى هذا - ظهور العمل في المغرب في ق8هـ - الدكتور عمر الجيدي وعلل ظهور فقه العمل في المغرب - في هذا الوقت بالذات - باستقلال المغرب في التشريع بعد انكماش ظل الإسلام في الديار الأندلسية ونزوح علمائها إلى العدو المغربية⁴. وقد استروح للرأي ذاته الأستاذ الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري⁵.

وبعد هذه الفترة راحت التوايف والأنظام تتوالى في ما جرى به العمل إلى يومنا هذا، فألف العربي الفاسي (ت 1052هـ) رسالة فيما جرى به العمل من شهادة الليف⁶، وألف محمد بن أحمد ميارة (ت. 1072هـ) كتابا في مسألة الصفقة سماه؛ "تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة"⁷، وعقد أبو الحسن الزقاق (ت: 912هـ) فصلا مستقلا في لاميته لما جرى به العمل في فاس⁸، كما نظم الشيخ عبد الرحمن الفاسي (ت 1096 هـ)، نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل في فاس⁹.

المبحث الثاني: شروط إثبات ما جرى به العمل عند المالكية.

لما كان الأخذ بما جرى به العمل من الأمور المختلف فيها بين العلماء، وكانت الكفة الغالبة هي كفة القائلين بضرورة الأخذ به، نظرا لحاجة الناس إليه، خصوصا لما تعقدت مشاكل الحياة، وظهرت مسائل ونوازل لم تكن معهودة من قبل.

1 - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. ج/ 2. ص/ 708-711. و تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني ج/1. ص/ 10-13.

2 - وهي أن يأتي المشهود له بانثي عشر رجلا كيفما اتفق من اجتماع أو افتراق إلى عدل منتصب للشهادة فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسما آخر أسفل الرسم نفسه، ثم يضع عدلان أسماءهما في أسفل الرسم الثاني. وسميت هذه الشهادة بالليف، لاجتماع من يصلح للشهادة فيها ومن لا يصلح مع اختلاط الناس، وكأنما لف بعضهم إلى بعض.

3 - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري. ص/ 338.

4 - العرف والعمل في المذهب المالكي، للدكتور عمر الجيدي. مطبعة فضالة، المغرب. ط/ 1404 هـ/ 1984. ص/ 351.

5 - مقدمة الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري لكتاب: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. ص/ 4.

6 - طبع في المغرب بتحقيق الفقيه محمد بوخبزة الحسني.

7 - طبع في المغرب بتحقيق الأستاذ عبد السلام حادوش، الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بطنجة، طبعة دجنبر 1995.

8 - شرح لامية الزقاق: الشيخ التاودي، ووضع على شرحه العلامة المهدي الوزاني حاشية، وشرح لاميته كذلك، الشيخ ميارة وسمى شرحه، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق. وكلها مطبوعة.

9 - شرح هذا النظم الناظم نفسه ولم يتمه، وشرحه كذلك أبو عبد الله السجلماسي، والمهدي الوزاني في تحفة أكياس الناس، وعبد الصمد كنون في: جنى زهر الأس في شرح نظم عمل فاس. وهذه الشروح إما مطبوعة متداولة أو مطبوعة على الحجر.

وخوفا من وقوع الانزلاق في أحكام الشريعة الإسلامية بدعوى ما جرى به العمل، فإن علماء المذهب المالكي الأجلاء اشترطوا شروطا دقيقة لقبول الأخذ بما جرى به العمل في القضاء والإفتاء، ومن تلك الشروط¹:

أ- التأكد من صدور العمل عن صاحبه : وذلك سدا للأبواب على كل أفك كذاب، أو مغرض متلاعب بشرع الله، لاسيما وأن العمل أضحى في بعض الأحيان سلاحا يضرب به في صدر الأدلة.

ب- أن يكون صادرا من الأئمة المقتدى بهم : إن العمل لما كان فرعا عن شجرة الاجتهاد، اشترط الفقهاء في إثباته؛ أن يكون صادرا عن أئمة مقتدى بهم في العلم والحال، ومن قصر عن مدارك الاختيار وافتقر إلى آلة الترجيح فباب العمل دونه مسدود، وهو عنه بمعزل، إذ لا يتاح تقديم العمل على المشهور أو الراجح إلا بموجب شرعي يرجع تقديره إلى المجتهد.

ج- معرفة زمان العمل ومكانه : لأن ما ثبت جريان العمل به، ربما يكون مقصورا على زمان ومكان معينين، لخصوصية استوجبت ذلك فيهما، لذا اشترطت معرفة السبب الذي أوجب ذلك، لأنه الأساس الذي يقوم عليه العمل، بحيث إذا انعدم معه لا محالة، وما يلائم الناس في زمان ومكان معين قد لا يلائمهم في غيره.

د- أن يكون العمل جاريا على قواعد الشرع : والمقصود أن يكون العمل مبنيا على جلب مصلحة، أو دفع مفسدة، أو مراعاة ضرورة، ذلك أن العمل لا يقدم على المشهور عند التزاحم إلا بالالتفات إلى المدرك الذي تقوى به، وإلا كان زورا من القول وضربا من الهوى والتشهي.

هـ- معرفة موجب العدول عن المشهور: هل هو المصلحة الراجحة أو الضرورة الملجئة أم حسم وسائل الفساد؟ وذلك حتى إذا زال الموجب عاد الحكم إلى أصله، لأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما كما تقرر في علم الأصول. ومعرفة الموجب تراعى كذلك، حتى نعرف مستند القول الذي جرى به العمل، هل يقوى إلى مرتبة إجراء العمل أم لا؟ لأن

العمل إذا كان مستنده شديد الضعف لا عبرة به. وذلك مثل؛ جريان العمل بترك اللعان وحرمان الزوج منه، مع العلم أن النص القرآني صريح في اللعان والعمل به.

و- أن يتابع القضاة والمفتون المشهود لهم بالكفاءة والعلم هذا القاضي أو المفتي على الحكم الذي أجرى فيه العمل: إن الذي يجري العمل لما تعرض عليه مسألة أو نازلة، لا يخلو أمره إما أن يكون من أهل الترجيح والعلم والنظر والاختيار بين الأقوال المتعارضة، وإما أن يكون مقلدا لا قدرة له على الترجيح ولا على الاختيار بين الأقوال المتعارضة. وإذا كان من أهل الترجيح ومن لهم أهلية الاختيار واختار للخروج من الإشكال الذي وقع فيه أن يعمل بالقول الضعيف ويترك القول المشهور الراجح، وهنا لا يخلو الأمر؛ إما أن يرفض القضاة والمفتون متابعتة على هذا الحكم، ويبقى حكمه فرديا لا عبرة به، وإما أن يختاروا متابعتة عليه، فيتواردون على نفس الاجتهاد الذي قام به وعلى ترك المشهور والراجح والأخذ بالقول الضعيف. وهنا ينشأ الأصل المعتبر لدى متأخري المالكية في حواضر الغرب الإسلامي، ألا وهو ما جرى به العمل.

¹ - ينظر ذلك إجمالا في : تحفة أكياس الناس.

المبحث الثالث : تطبيقات فقهية لفقه ماجرى به العمل في المغرب.

هناك مسائل كثيرة جرى فيها القول بخلاف المشهور في الفقه المالكي، وأكتفي في هذا المقام بذكر مسألتين اثنتين:

1- مسألة الغسل بالصابون الذي صنعه أهل الكتاب : الأصل في اليهود والنصارى عدم التحفظ من النجاسة، ويكون ما صنعه -تبعاً لذلك- ربما مخلوطاً بالنجاسة فصار من المفروض ألا يباح استعماله. والصابون من مصنوعاتهم، والعمل الفاسي- في المغرب- جرى بجواز استعمال الصابون الذي صنعه في الغسل والتطهير قياساً على حلية طعامهم المنصوص عليه في القرآن الكريم، وتغليبا كذلك لجانب الطهارة على غيرها، وتقديماً للنادر على الغالب رحمة بالعباد، ودفعاً للضرر والخرج عنهم عملاً بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

وبما جرى به العمل الفاسي في هذه المسألة، كان يفتي الشيخ عبد القادر الفاسي، وتبعه على ذلك قضاة ومفتو عصره. قال العلامة عبد الرحمن الفاسي :

والغسل بالصابون قد صنعه ***أهل الكتاب ولتجوز بيعه

أفتى به والدنا فحصل ***من قوله الإجماع لما استعمل¹.

2- مسألة النظر إلى عورة المرأة: المعروف في المذهب وغيره، أن المرأة تصدق في داء فرجها، وفي بكارتها، فيما إذا ادعى الزوج أنه وجد بها عيباً، أو أنها ثيب، ولا ينظر إليها النساء. لكن بعض العلماء في المذهب المالكي، خالف ذلك وأفتى بجوار نظر النساء إلى عورة المرأة عند الضرورة، وعد هذا الرأي في المذهب من قبيل الشاذ. وجرى العمل في فاس حاضرة المذهب المالكي في المغرب بالقول الشاذ، وجوز للنساء النظر إلى عورة المرأة حينما يدعو داع إلى ذلك، وعلى هذا نص الزقاق في لاميته بالقول:

والفرج للنسوة للمجال²

وتبعه في ذلك صاحب العمل الفاسي في نظمه :

وجاز للنسوة للفرج النظر ***من النساء إن دعا له ضرر³

وعليه، فلو ادعى الزوج أن بفرج امرأته عيباً يوجب له الخيار، في الإبقاء وعدمه، وأنكرته، واحتجج إلى إثباته، فإن للقاضي أن يمكن من يوثق بخبرهن من النساء -لدينهن ومعرفتهن- النظر لفرجها، وذلك للضرورة الداعية. ولا تصدق الزوجة بعد ذلك في نفيه، "لأنها تتهم في أن تدفع عن نفسها، فالشهادة على ذلك ضرورة لتعلق حق الغير"⁴.

¹ - تحفة أكياس الناس، للمهدي الوزاني. ج/ 1. ص/ 32.

² فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للشيخ ميارة. ص/ 447.

³ - تحفة أكياس الناس. ج/ 1. ص/ 26.

⁴ - فتح العليم الخلاق. ص/ 451.

وواضح أن مبنى المسألة على مراعاة الضرورة، والقاعدة قضت أن الضرورات تبيح المحظورات. ولقد علق الدكتور الجيدي على هذا الأمر، فقال، "هكذا كان العمل جارياً، أما الآن فقد حل الطب المشكل، وأصبح كل من المرأة والرجل يعرضان على الطبيب في كل ما يتعلق بعيوب الزوجين، ولعل في أقوال المتأخرين¹ ما يبرر عملهم"².

المبحث الرابع: أثر فقه ماجرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.

لاشك أن أخذ القاضي المالكي بفقه ماجرى به العمل - مع تقيده بالضوابط الشرعية المشار إليها - عاد على القضاء بعوائد الخير من ثلاثة وجوه:

- الأول: ارتياد القاضي لآفاق البحث والنظر، وأخذ بطرائق الموازنة والتغليب،

وتخلصه من الجمود على تركة المذهب، والتعصب للمشهور المسطر فيه.

- الثاني: إمداد القاضي بألة الاجتهاد المالي؛ ذلك أن حياده عن المشهور قد يكون في بعض الأحيان التفاتاً إلى خصوصية الزمان وخصوصية المكان، باعتبارهما وعاءين مؤثرين في الحكم المراد تنزيله على الواقع، وأكثر ما يتجلى هذا النظر المالي الراشد في تلك المواضع التي يجري فيها الأخذ بما جرى به العمل، درءاً لمفسدة راجحة.

- الثالث: تطوير المذهب الفقهي الذي يدين به القاضي نفسه، عن طريق تأصيل فقهي عملي يعتد بتغيرات الواقع، ويراعي أعراف الناس، ويلتفت إلى مآلات الأمور، وهذا كله صنيع اجتهادي حلو الجنى، جار على مقاصد الشريعة.

¹ - لعله يشير إلى ماجرى به عمل فاس، وهو قول من أقوال المتأخرين.

² - العرف والعمل في المذهب المالكي. ص/ 436.

معنى نأديب العمال و المؤسسة الاقتصادية الجزائرية



بن بدرة عفيف أستاذ مؤقت بالمركز الجامعي غليزان
باحث بصف الدكتوراه ، جامعة تلمسان ، الجزائر
email : Benbadra.affif@yahoo.fr

يلعب التأديب دور كبير في التسيير الحسن للمؤسسة ، كون أنه يتعلق بشريحة أساسية ألا وهي العمال في المؤسسة بحيث تكتسي العلاقة بين المستخدم و العمال أهمية كبرى في نجاح المؤسسة الاقتصادية .

و عليه يدخل التسيير الاجتماعي للمؤسسة في تأثير مباشر على التسيير المالي و التجاري لها ، لذلك وجب لزاما على المؤسسة التمتع بنظام تأديبي مؤطر قانونا ، فبناءا على ذلك يتحتم علينا الامساك بمفهوم التأديب و تأثير هذا الاخير على السير الحسن للمؤسسة .

ونذكر أن قانون العمل يعتبر اللمسة التي تشكل التأديب في أي مؤسسة تعمل في الإقليم الجزائري ، بما أن قانون العمل في الاخير يعبر عن السياسة العامة للبلاد .

لذلك سوف نتطرق الى شرح المؤسسة الاقتصادية و معنى التأديب ، ثم كيف يدخل التأديب كنظام لتسيير المؤسسة ، و كيف عالج المشرع الجزائري التأديب في المؤسسة الجزائرية .

المؤسسة الاقتصادية :

تعتبر المؤسسة في المفهوم الاقتصادي الحديث بمثابة النجم الذي تدور حوله بقية المجرات بحيث أن الاقتصاد القوي لأي بلد هو الاقتصاد الذي يتمتع بعدد أكبر من المؤسسات .

كما أنها تمثل الأكسجين الذي يتنفس منه المجتمع بحكم أنها أداة التشغيل و امتصاص البطالة و تحسين القدرة الشرائية للمجتمع ناهيك عن الآثار الاجتماعية الأخرى، فصارت الأمم تجتهد في زرع أكبر عدد منها و تنظيم جميع النواحي التي تتعلق بها من أجل إنعاشها و خاصتا بالجانب المتعلق بكيفية تسييرها و تسيير الموارد البشرية فيها .

لذلك تناولتها مختلف العلوم كل حسب اختصاصها بحيث نجد أن تعريف المؤسسة يتواجد في علم الاجتماع و في علم السياسة و في علم الاقتصاد إلى جانب القانون و حتى هذا الأخير نجد فيه مفهوم المؤسسة حاضرا في القانون التجاري¹ و في القانون المدني² و في قانون العمل³ .

إن انطلاقة المؤسسة هو عبارة عن مشروع استثماري⁴ و لا يخفى أن الاستثمار يجد ذاته منظم من قبل التشريع على أن له جانبه المالي و جانبه البشري الشيء الذي يتجلى بعد ذلك في شكل مؤسسة .

هذا و ذهب الفقه الفرنسي الحديث⁵ في تعريفه للمؤسسة بمعناها الإصلاحية الدقيق على أنها كل وحدة اقتصادية أو مالية قائمة بذاتها و التي قد تتخذ شكل الشركة في أغلب الأحيان ، و هي تتكون من وحدة إنتاجية في نطاق جغرافي محدد تمارس فيه نشاطها المحلي و يشترط أن تكون مجهزة بالأدوات المادية اللازمة و بالأشخاص العاملين تحت إدارتها⁶

كما أنها تتابع نشاطا معيناً في ميدان معين سواء اقتصادي أو غيره مهما كانت طبيعة المؤسسة لائكيه أو دينية ، محترفة أو هاوية⁷ .

1 م.416 من ق 14/88 ق.م.ج " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة ، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك ."

2 م.544 من مر. التشريعي 08/93 ق.ت.ج ، " يجدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها ، تعد شركات التضامن و شركة التوصية و الشركات ذات المسؤولية المحددة و شركات المساهمة ، تجارية بحكم شكلها و مهما يكن موضوعها ."

3 تعتبر المؤسسة في منظور ق.العمل على أنها المستخدم ، بحيث أن هذا المستخدم يلتزم بمجموعة من الالتزامات بمقتضى عقد العمل ، و يحترم مجموعة من الشروط بمقتضى ق. العمل

4 إن قانون الاستثمار في الجزائر هو الآخر عرف منحى تاريخي مهم و متصل الى حد كبير بالوضعية العمالية وقانون العمل . عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار ، ص 253 و ما بعدها

5 د. على عوض حسن ، الفصل التأديبي في قانون العمل ، دراسة مقارنة ، ص 197

182 J.rivero et J. savatier, droit du travail. P 6

7 J. M. VERDIER, droit du travail. P 56

المؤسسة من منظور قانون العمل :

وتجدر الإشارة إلى أن المؤسسة تكون هي المستخدم بصفتها شخصا معنويا منفصلا عن الأشخاص المكونين له ثم بعد ذلك يتم تفويض شخص طبيعي يتصرف بسلطات المستخدم أو صاحب العمل¹ وقد استقر الفقه و القضاء على أن لفظ صاحب العمل employeur يطلق للدلالة على رئيس المشروع chef d'entreprise أو رب العمل patron أو رئيس المنشأة chef d'établissement و يصب ذلك في معنى واحد يمثل الطرف الذي يدخل في علاقة عمل بصفته متبوعا ومنه يتفرع معنى المشرف وهو ما يمنحه صفة تحمل الواجبات و التمتع بالحقوق الناتجة عن عقد العمل

أما الطرف الثاني وهو التابع فيتمثل في العامل الذي يعتبر بالنسبة للمؤسسة عبارة عن طاقة إنتاج و هو ما يصطلح عليه بالموارد البشرية وللتذكير فإن العامل هو كل فرد مهما كان مع اعتبار عامل السن من دون تمييز الجنس أو الجنسية أو طبيعة عمله² وقد عرفه التشريع الجزائري على أنه كل شخص طبيعي يعيش من حاصل عمله و لا يستخدم لمصلحته عمالا آخرين في نشاطه المهني³.

ولا يفوتنا أن نسجل ملاحظة بشأن القانون الجزائري في المرحلة الاشتراكية أينما كان القطاع العام شديد الإتساع حيث كان العامل في المؤسسة هو نفسه منتجا و مسيرا producteur-gestionnaire⁴ فقد حاول المشرع الجزائري من خلال القانون الأساسي للعامل للتوحيد بين جميع العمال ، بيد أنه الآن هناك فروق بين المسيرين و العمال وهناك فروق بين العمال في القطاع العمومي والقطاع الخاص فبالرغم من التشابه المتطابق في بعض الأحيان بين العمال و الموظفين إلا أن الفقهاء ثم بعد ذلك التشريع فرق بين الفريقين بحيث تعتبر الوظيفة العامة شكل خاص من العمل ينتمي إلى إطار قانوني خاص⁵

وأن عمال القطاع العام هم إما عون إداري (داخل الإدارة) agent publics و إما عمال قطاع خاص مرتبطين بالمؤسسات العمومية الاقتصادية وهؤلاء يطبق عليهم قانون العمل

1 فتقوم الإدارة التي تسيير الشركة، تبعا للقانون التجاري ، بأن ينعقد مجلس الإدارة و يعين مديرا يكون عادتا من بين الأعضاء ، كما يمكن أن يكون عن طريق عقد تسيير بأن تعهد له مهمة تسيير الشركة وأن يتصرف على أنه المستخدم ، يمكن أن يكون عبارة عن وكيل مفوض mandataire responsable والذي يعهد إليه بمسؤولية الإنتاج ويفوض في إدارة الشركة بحيث يترك له تعيين من يريد من العمال و الإشراف عليهم بما في ذلك تأديبهم .

2 G .H CAMERLYNCK, traite de droit du travail, contrat de travail, p 110

3 م. 8 من أ. 71/ 74 المؤرخ 1971/11/29 و المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات ، أيضا م. 8 ف 3 من دستور 1976 ، م. 1 من القانون الأساسي للعامل رقم

12/78

4 حيث نصت م. 7 من أ. 74/71 و المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات: " أن عمال المؤسسة الاشتراكية هم منتجون يتحملون مسؤولية تسيير المؤسسة " أيضا

ميثاق التنظيم الاشتراكي للمؤسسات ص 10

ADER, droit administratif, p 24. Comme l'écrit M. Grégoire M « administrer n'est -5 . J. MARIE AUB et ROBERT DUCOS

pas un métier comme un autre, c'est une fonction sociale qui s'apparente plus ou moins a la magistrature »

و فحين أن الأعوان الإداريين هم موظفون يتم توظيفهم بناء على قرار إداري أو عقد إداري فإن العمال الخاضعين لقانون العمل يتم توظيفهم بناء على عقد عمل¹

ويضيف فقهاء القانون أن ما يميز الميدان الخاص هو إمكانية التفاوض بحيث أن أرباب العمل يصارعون سلطة النقابات في المراقبة وأن المنافسة التجارية بين المؤسسات تلعب دور المؤطر لهذا الصراع بينما في القطاع العمومي لا يمكن أن تلعب المنافسة هذا الدور و أن الصراع غير موجود بتلك الحدة².

التأديب كنظام لتسيير المؤسسة :

إن المؤسسة الاقتصادية والتي تقوم على مفهوم المشروع الاستثماري وتحقيق الربح ثم في ظل العولمة بما يصطلح عليه بالقدرة على المنافسة، صارت تتبع أنظمة صارمة في التسيير سواء تسيير الموارد المالية كالتمويل والضرائب، أو الموارد البشرية هذا الأخير الذي يلعب دورا مهما في انتظام سيرورة الإنتاج و إستراتيجية كبرى في حسن سير المؤسسة الحديثة³ لذلك توجب أن يكون داخل المؤسسة نظام يشمل جميع العاملين يحول والمساس بمستقبل المؤسسة ويضمن إطار منتظم للعمل⁴ ، وهو النظام التأديبي في المؤسسة الاقتصادية .

1 T. confl. 25 mars 1996 - 7 .CE,As. 8 juin 1973 ; Les Grands Arrêts p. 21

2 Jean SAGLIO définir l'employeur publique ; Colloque AISLF tours 2004 CRM relation professionnelles

3 « Les ressources humaines deviennent une clef de succès et il appartient aux responsables du personnel de développer cette ressource ,de piloter des changements se l'organisation du travail , de mobiliser des énergies jusqu'alors inexploitées » v. J.François amadiou et J. projet , gestion des ressources humaines et relation professionnelles , p 9

4 بحيث أنه قد ورد من خلال دراسة أجريت أن مشاكل انتظام العمل تمثل أكثر المشاكل انتشارا في كافة المؤسسات ، ففي 200 مؤسسة كان 20% منها تستخدم أكثر من 1000 فرد عامل وجد بأن الغيابات و التأخيرات و سوء استخدام الإجازات المرضية و جوانب أخرى من الانتظام في العمل و الدوام كانت تشكل مشكلة رئيسية لحوالي 79 % من هذه المؤسسات , أنضر في ذلك مؤلف لكل من د. سهيلة حمد عباس و د. علي حسين علي , إدارة الموارد البشرية ، ص 326

ويرتكز مفهوم التأديب على أنه مثلما تمنح علاقة العمل حقوقا للعامل فإنها تفرض عليه التزامات إما إيجابية على شكل أوامر أو سلبية على شكل نواهي، ومنه إذا لم ينفذ الأوامر أو أقدم على النواهي صار عرضة للعقاب الذي يقوم بتنفيذه المستخدم فيتبين مما تقدم أن النظام التأديبي يقوم على عناصر متعددة تستند أساسا إلى إدارة المشروع الذي يحدد الأسس من أوامر ونواهي، كما يستند إلى الفلسفة العامة الاجتماعية¹ وتقاليد الوظيفة والعمل الجاري تنظيمه وأخيرا السياسة العامة للبلاد و يشرح الأستاذ مغراوي محمد شاهين أن كلمة تأديب تعود إلى جذر الأدب وهي في اللغة بمعنى راضه على الحاسن الأخلاق وجزاه على إساءته، و الأدب رياضة النفس بالتعليم و التهذيب على ما ينبغي فعله و يعبر عن التأديب اصطلاحا بأنه رد فعل المنظم بالعقاب على ما صدر من الفرد من سلوك غير مرغوب فيه عن نية و قصد² وتتمثل فعاليات التأديب في العقوبات المقررة قانونا ولائحا على أنه المقصود بالعقاب هو ذلك الجزء الذي يوفر الألم النفسي و المادي لردع مرتكب السلوك الخاطئ و يلتصق معنى التأديب بمعنى آخر هو الانضباط والذي يقصد به توافق سلوك الأفراد العاملين مع ضوابط و مقاييس السلوك المقبول و المحدد من قبل الإدارة إضافة إلى السلوكيات المتعارف عليها في العمل³.

و يشير هذا المفهوم إلى حقيقة مهمة و هي المحاولات المستمرة للأفراد العاملين في تكييف سلوكهم ليتوافق مع السلوك المحدد من قبل الإدارة بحيث تتكون لديهم مشاعر مسبقة مبنية على الانضباط الذاتي، ومع كل ذلك فإنه قد يظهر عدم الاحترام لدى بعض الأفراد الذين لا تكون لديهم مثل هذه المشاعر الذاتية مما يستوجب معه اتخاذ الإجراءات اللازمة لتعديل سلوكهم وتسمى هذه الإجراءات بالعقابية⁴.

1 ويجد الأدب أصلا له في الشريعة الإسلامية الغراء، قال المارودي: "الحدود زواج و وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حضر و ترك ما أمر، لما في الطبع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعجل اللذة، فجعل الله تعالى من زواج الحدود ما يردع به ذا الجهالة من ألم العقوبة و خفية نكال الفضيحة ليكون ما حضر من حارمه ممنوعا و ما أمر به من فروض متبوعا، فتكون المصلحة أعم و التكليف أتم"

مغراوي محمد شاهين، المسائل التأديبية للعاملين بالقطاع العام وفقا لأحكام قوانين 61051 لسنة 1971 ص 443. ومن القرآن و السنة ما يبين مسؤولية العامل و احترامه للتدرج الوظيفي في عمله قال تعالى " وهو الذي جعلكم خلائف في الأرض و رفع بعضكم فوق بعض درجات ليلوكم في ما آتاكم " سورة الأنعام الآية 165 كما قال جل شأنه " من يشفع شفاعتا حسنة يكن له نصيب منها و من يشفع شفاعتا سيئة يكن له كفل منها و كان الله على كل شيء مقبنا " سورة النساء آية 85، و قال تعالى أيضا " المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر " سورة التوبة آية 71 و قال رسول الله " الخادم راع في مال سيده و هو مسؤول عن رعيته " كما قال صلى الله عليه وسلم " من استعملناه على عمل و رزقناه رزقا فما أخذ بعد ذلك فهو غلول "

2 مغراوي محمد شاهين، المرجع السابق، ص 443

3 مؤلف لكل من د. سهيلة حمد عباس و د. علي حسين علي، إدارة الموارد البشرية، ص 319 نقلا عن

George Weinberg, the action approach, newYork. the world publishing company, 1969

4 د. سهيلة حمد عباس و د. علي حسين علي، المرجع السابق، ص 319

ويرى بعض المحللين أن تطبيق التأديب هو حافز للإنتاج الجماعي ويدخل ضمن ما يسمى بالحوافز السلبية للعمل بمعنى إجراءات تمس العامل بالنقصان من أجل دفعه لأداء مهمته بحيث توفر هذه الطريقة مزيدا من التعاون بين الأفراد وتفرض ضغوط على أولئك المتكاسلين و أصحاب الأداء الضعيف .

ويقول أستاذ الاقتصاد محمد حافظ الحجازي " أن أصل السير الحسن للإنتاج في المؤسسة هو فرض العدالة والذي لا يتأتى إلا بعقاب السلوك الغير مرغوب فيه كون هذا الأخير أوجد اختلال في التوازن الأداء سواء على المستوى الإنتاجي أو المستوى السلوكي الذي أثار استياء زملاء " ¹ .

و ذكر العالم النفسي Roach أن هناك مجموعة من العوامل التي تؤثر على الروح المعنوية لدى الأفراد العاملين وذكر اثنا عشرة عاملا من بينها نظام تأديبي متناسق لأنه يلعب دورا في إبداء العدالة بين العمال ما يجعلهم يشعرون بالرضاء²

ولذلك لا بد للنظام تأديبي من أسس و قواعد لإدارته حيث أشارت الدراسات في هذا المجال إلى أن نظام التأديب السلبي يسبب المقاومة و اللامبالاة و عدم الرغبة في المساهمة في تطوير المؤسسة خاصة إذا كان الهدف من العقوبة ليس تقويم سلوك العامل و إنما برهنة على قوة المستخدم و سطوته .

ومن هنا يأتي مفهوم العدالة الذي وإن كان مهما من حيث التسيير كما أسلفنا إلا أنه يطرح و يفرض من طرف القانون ، و يتجلى ذلك من خلال قضية منع المستخدم من التعسف بسلطة التأديب .

الاطار القانوني للتأديب في المؤسسة :

إن السلطة التأديبية التي بيد المستخدم هي ليست خاصة فقط بعلاقة العمل، بل إنها موجودة في جميع الهيئات العمومية أو الخاصة وهو ما يصطلح عليه فقهاء القانون بالتأديب داخل المجموعة (la discipline du groupe) و مثال ذلك النظام التأديبي في الوظيفة العمومية والتأديب العسكري أو المدرسي، أيضا ذلك الذي يعود إلى المهن المنظمة على أساس الأوامر كالجمعيات والاجتماعات البرلمانية...

إن المنع والزجر يقترب من نظيره الجزائي (الجنائي) من حيث الهدف (معاينة خرق القاعدة الذي يسلط على الفاعل) و يبتعد في نفس الوقت من حيث الإجراءات ومن حيث نوع و تعداد العقوبة³

إذاً توجد علاقة قرابة بين مختلف توجهات القانون سواء كان عاما أو خاصا في فرعه التأديبي، وتطرح مشاكل مشتركة في علاقتها مع قانون الدولة ، وفي نفس الوقت النظام التأديبي منفصل عنهم جميعا بحكم أنه يأخذ من الجميع لذلك

1 د. محمد حافظ الحجازي، إدارة الموارد البشرية ، ، دار الوفاء لدنيا الطباعة ، الإسكندرية ، ص 236

2 د. سهيلة محمد عباس ، إدارة الموارد البشرية ، ص 206

3- Jean Rivero- J. Savatier: droit du travail, pp 199 et 200.

وصف الفقيه هوريو القانون التأديبي باليتيم¹ و ذهب الفقيه قولات إلى القول باستقلالية القانون التأديبي كعلم قائم بذاته².

وتجدر الإشارة إلى أنه و إن اختلفت الأنظمة التأديبية من مجال لآخر فلاشك أن النظرية العامة للتأديب واحدة ولا تكمن الخلافات إلا في التفاصيل ، فالتأديب هو الضمانة الفعالة لاحترام العامل لواجباته ووظيفته لذلك أمكن جدا الإستعانة بالمفاهيم المتعلقة بالعقاب والتأديب وقيام المسؤولية من قوانين أخرى كالقانون الإداري والجنائي والمدني .

المؤسسة الجزائرية :

لقد تبنت الجزائر غداة استقلالها الخيار الاشتراكي للتنمية في ظل نظام سياسي قائم على الأحادية الحزبية و قد كانت الإستراتيجية التنموية المتبناة و المستوحاة من نظرية الصناعات المصنعة " لجيرار دوبرنيس "، قائمة على ضرورة الاستثمار في الصناعات الثقيلة التي تعتبر الصناعات الكفيلة بخلق آثار الجذب على الصناعات و القطاعات أخرى

و قد كان الخيار الاشتراكي يضيفي على التنمية بعدا اجتماعيا أولويا، حيث نص ميثاق 1976 على أن " .. غاية الاشتراكية هي أن تضمن لكل مواطن نمطا من الاستهلاك يتجاوز و مقاييس الحياة الكريمة من مسكن و غذاء و لباس و صحة و تعليم.." كما أكد ذات الميثاق على أن " القضاء على البطالة من أولويات الاشتراكية.." ³ إلا أن الأزمة الاقتصادية التي تجلت في منتصف الثمانينات أدت إلى تغيير الأوضاع و الخيارات المتبناة⁴ فقام المشرع الجزائري ببعض التغييرات الهيكلية التي بدأت تركز التراجع عن الخيار الاشتراكي ، و أسهم بمجموعة من الإجراءات من

1 " le droit disciplinaire , dans notre system juridique moderne est un orphelin qui cherche ses parents sans les pouvoir retrouver " HORIOU, cite par Jean Rivero- J. Savatier ,op. p 201

2 L'auteur déclare qu'il y élabore une « théorie de l'autonomie du droit disciplinaire » , Du particularisme de ce volet spécifique du droit, distinct du droit pénal, exclu du droit prive, ce droit disciplinaire est certes une composante du droit administratif et soumis au respect des chartes des droits et libertés il est en quel que sorte, l'armature juridique au soutien de la déontologie des professionnels. " Mario Goulet, le droit disciplinaire des corporations professionnelles, Editions Yvon Blais, 1993 . P 9

3 ملتقى وطني حول: التحولات السياسية و إشكالية التنمية في الجزائر، واقع و تحديات . أيام 16-17 ديسمبر 2008 . مداخلة بعنوان : " آثار الانفتاح الاقتصادي على مسار الإصلاحات السياسية بالجزائر" من إعداد الأستاذتين: لمياء زكري أستاذة مساعدة فضيلة عكاش مكلفة بالدروس قسم العلوم السياسية و العلاقات الدولية. جامعة مولود معمري - تيزي وزو. و قد كان لهذه الخيارات نتائج على أرض الواقع، حيث تم خلق أكثر من مليون و 600.000 منصب شغل، كما تحسنت القدرة الشرائية للعائلات بـ 4 % كمتوسط سنوي خلال الفترة من 1969 الى 1978، و ارتفعت نسبة الدخل الأجرى إلى الدخل الإجمالي من 47 % سنة 1969 إلى 60 % سنة 1978 .

4. لقد أدى انخفاض أسعار البترول في منتصف الثمانينات إلى انخفاض مداخيل الجزائر من المحروقات بنسبة 40 % ، في حين أنها تمثل 98 % من صادرات الجزائر. و قد كان هذا الانخفاض بمثابة المؤشر الذي أظهر اختلال الإستراتيجية التنموية التي تعتمد في تمويلها على مصدر وحيد هو الريع البترولي، بالاطافة إلى نقائص أخرى متعلقة أساسا بسوء التسيير و المركزية الشديدة في اتخاذ القرارات. فالمؤسسات العمومية كانت تعتبر أدوات لتحقيق الإستراتيجية التنموية، بعيدا عن مفهوم المؤسسة الاقتصادية التي تسعى لتحقيق الرشادة الاقتصادية

منظور على أنها إصلاحات¹، مست العدالة و تشريع الاستثمار و التجارة ، الضرائب و العمل... واتخذ قرارات التصفية و قرارات الخوصصة التي مست المؤسسات العمومية ، إلى جانب المصادقة على العديد من الاتفاقيات الدولية مع الانضمام إلى العديد من التكتلات القارية و الدولية التجارية و بذلك بدأت تتغير الملامح الاقتصادية للجزائر بفعل التوجه الليبرالي وبالضبط فيما يتعلق بالمؤسسة² فقد صارت تشير المعطيات إلى تزايد مستمر في عددها سواء بالنسبة للمؤسسات الوطنية³ أو المؤسسات الأجنبية⁴ سواء مؤسسات الخواص أو المؤسسات الاقتصادية العمومية⁵ و لا يتوقف عدد المؤسسات الصغيرة و المتوسطة عن الارتفاع⁶ بحيث يمثل القطاع الخاص حوالي 80 % من الناتج الداخلي الخام خارج قطاع المحروقات و يشغل أكثر من مليون عامل رسمي و حوالي 2 مليون إذا ما أضيف العمال الغير مصرح بهم ، وأن منتدى رؤساء المؤسسات وحده يتكون من حوالي 60 صاحب عمل برقم أعمال يقدر بأكثر من 100 مليار دينار جزائري (نهاية 2001)⁷.

1 غير أن هذه الإصلاحات لم تؤد للنتائج المرجوة منها فالديونية الجزائرية تفاقمت بحوالي 53% في المرحلة بين 1986 و 1994 حيث بلغت 29.5 مليار دولار. في ذات السنة، كان متوقعا أن تمثل خدمة الديون (الواجب دفعها في ذات السنة) حوالي 100 % إجمالي الصادرات، فأصبحت الجزائر في حالة عدم التمكن من الدفع، مما اضطرها لطلب إعادة جدولة ديونها، و عقد اتفاقات مع صندوق النقد الدولي ، كان أولها اتفاق استعداد ائتماني stand-by ، سنة 1994 ، اتبع باتفاق ثاني من نوع تسهيلات التمويل الموسعة سنة 1995 ، و فرض صندوق النقد الدولي على الجزائر تطبيق مجموعة من الإجراءات تهدف لإعادة التوازنات المالية الكبرى و دمج البلاد في اقتصاد السوق العالمي، و قد تضمن برنامج التعديل الهيكلي إجراءات من بينها تشريع عمل يتماشى مع انفتاح السوق

2 Rapport D'évolution du MAEP . Chapitre cinq : Gouvernance des entreprises p.207 www.mae.dz « Selon le RAEP, le nombre pour l'année 2005 est de 109.732 entreprises Vue sous l'angle des secteurs d'activité, la répartition place le commerce, la réparation d'automobiles et les articles domestiques en tête avec 33%, suivis des industries manufacturières avec 21 % » .

3 les données obtenues par le Rapport D'évolution du MAEP n°4 qu'il existe actuellement 1.024.402 acteurs économiques enregistrés auprès du Centre National du Registre du Commerce, dont 931.326 personnes physiques et 93.076 personnes morales. Les investigations de la Mission ont montré qu'en Algérie il y a 10,3 PME pour 1.000 habitants. , MAEP . Chapitre cinq p.232 www.mae.dz

4 la répartition des commerçants étrangers, au titre de personnes physiques, place la Tunisie en tête du peloton avec 41,68 % , suivie du Maroc avec 37,30 % , de la Syrie, de l'Egypte et de la France qui ne représente que 1,84 % . Quant à la répartition des sociétés étrangères, elle place la Syrie en première position avec 455 entreprises, soit 17,47 % , suivie de la France avec 16,47 % . Le Centre National du Registre du Commerce dispose des statistiques détaillées sur les inscriptions et les radiations par secteur d'activité.

5 Le programme d'ajustement structurel mis en œuvre par le gouvernement algérien a permis la restructuration d'un certain nombre de ces entreprises de façon à leur donner une taille moyenne gérable. Ainsi, le nombre des EPE est passé de 125 dans les années 70 à plus de 1.000 entreprises publiques en 2005. MAEP . Chapitre cinq p.2 www.mae.dz

6 قد ورد في " دليل المستثمر" الذي تصدره وت.ج أن عدد المؤسسات المتوسطة و الصغيرة في الجزائر سنة 2001 بحوالي 180000 مؤسسة تشغيل أزيد من 600000 عامل مقابل 160000 نهاية 1990

7 RADP, Conseil National Economique et Social, Eléments de débat pour un pacte de croissance. Projet de rapport, juillet juillet 2005.

المؤسسة الجزائرية بين تطبيق القانون التأديبي أو تطبيق النظام التأديبي :

لقد عرفت المؤسسة الجزائرية مرحلتين، المرحلة الاشتراكية وطبق فيها بما يسمى القانون التأديبي " Disciplinaire Droit "، ثم المرحلة الرأسمالية والتي صار يطبق فيها النظام التأديبي¹ " Règlements Disciplinaire "

إن الجزائر بفعل اعتناقها للنظام الاشتراكي القائم على التسيير المركزي وفي ظل تسيير الدولة للمؤسسات الاقتصادية (وهي المرحلة التي يمتزج فيها قانون العمل وقانون الوظيف العمومي) طبقت القانون التأديبي بحيث تجلّى ذلك في نصوص قانونية وتنظيمية حددت من خلالها كل ما يتعلق بتأديب العمل، فوضع تعريف كل من الخطأ والعقوبة ودرجاتهما وشروط توقيع العقوبة والإجراءات اللازمة والهيئات التي تشارك في ذلك.

هذا وكان التصور السائد للتأديب في المؤسسة إبان النظام الاشتراكي أن مردّ السلطة العقابية في المصانع والمشروعات الكبرى - النظام السفياتي - إلى محاكم العمال التي تحاسب المقصرين منهم عن أخطائهم التأديبية أو الجنائية، ومردود هذه الطبيعة أن السلطة التي تتولى العقاب هي السلطة العامة، وبالتالي وجدت محاكم للعمال والتي هي عبارة عن هيئات قضائية متخصصة ذات طابع متميز.

وكان النظام الاشتراكي يولي العامل أهمية تفوق في كثير من الأحيان المؤسسة نفسها، ومنه فإن فصل العامل هو أمر يتعارض مع النظام الاشتراكي، ويجب أن يلغى ويقتصر على عقاب العامل بالنقل إلى وظيفة أخرى من درجة أدنى².

ولكن بنهاية الثمانينات³ وعزم القرار السياسي في البلاد على التغيير نحو الإقتصاد الحر بعدما كان موجها تغيير معه نمط العمل في المؤسسة الجزائرية، فانسحب المشرع تاركا الحرية للمستخدم في وضع نظام تأديبي من خلال وضع النظام الداخلي مع مشاركة العمال في ذلك وتحت مراقبة إدارية من طرف الدولة - مفتشية العمل - ومراقبة قضائية من طرف المحكمة.

ولكن في خضم هذا التغيير طرحت مسألة حماية العامل بشدة وواجه المشرع انتقادات لاذعة من طرف الفقه والقضاء وثار جدل واسع حول صياغة المادة التي تتعلق بعقوبة التسريح وهي المادة الوحيدة إلى جانب المواد المتعلقة بالنظام الداخلي التي أبقت على رائحة النظام التأديبي في التشريع الجديد، وقضية المؤسسات التي توظف أقل من 20 عاملا والتي هي غير مجبرة على وضع نظام داخلي وبالتالي نظام تأديبي إذ أنه تم اعتبار أن المشرع تنازل لصالح

1 أهمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ص 199.

2 مغراوي محمد شهين، المسألة التأديبية في القانون الإداري، توصيات والحلقة الثانية في القانون والعلوم السياسية، انعقدت في بغداد جانفي 1969، ص 105 و466.

3 طبقت الجزائري النظام الأول إلى غاية صدور قانون 11/90 المؤرخ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل خاصة م. 77 ف2 (والتي ألغيت فيما بعد)، والذي ألغى القانون 302/82 المتعلق بتطبيق قانون علاقات العمل الفردية.

المستخدم بصفة جذرية عن النظام التأديبي بالمقارنة مع العشرين عاما التي خلت الشيء الذي عزز سلطة المستخدم

1

وفي حين أنه تم تبني الحرية على مستوى الأنظمة السياسية والاقتصادية كحل للبلاد من أجل الخروج من الأزمة نجد أن ذلك انعكس بالسلب على المؤسسة والواقع الاجتماعي ككل² فصار التسريح الذي هو العقوبة الأكثر خطورة في النظام التأديبي إلى جانب التسريح الإقتصادي عاملا فعلا في تفشي البطالة في البلاد³

ورغم أن القضاء شهد تطورا ملحوظا في العشرية الأخيرة من حيث كمية الاجتهاد⁴ إلا أنه هو الآخر واجه صعوبات نتيجة الثغرات المسجلة على هذا التشريع⁵ ، وعلى غرار العالم الغربي صار القضاء يميل إلى تفسير عقد العمل وليس تأسيسا على التفكير القانوني الذي يحكم المادة المدنية فحسب.

1 M'hamed Nasr-eddin Koriche les relations du travail dans le secteur public changement de problématique et ruptures normative in R.A.J.S.E.P institut de droit Alger 1994 p244 " La loi n° 90-11 a opéré un passage radical du droit disciplinaire en vigueur ou cours des vingt dernières année, au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, il dispose désormais d'un pouvoir formidable..." .

2 Leïla Handan ; de quelque obstacles à la négociations collectif en Algérie. Revue internationale de droit compare/ Paris, 1999, n° 3 Juillet. P654. « Si les principes fondamentaux affirmés en 1989 vont dans le sens d'une libération du droit, la réalité sociale semble aller à contre courant de cette option. Redéfinir L'action étatique d'envient une urgence de manière à délimiter les responsabilités de chaque social..... ».

3 لقد تصاعدت حدة البطالة بسبب ما رافق عملية الإصلاحات من تسريح للعمال وغلق الوحدات، حيث انتقلت نسبة البطالة من حدود 17% سنة 1998 ووصلت في السداسي الأول لسنة 1999 إلى 29.3% ثم بنسبة 32% سنة 2000. وتمس البطالة أكثر من 80% لا تتجاوز أعمارهم 30 سنة، أنظر: المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي -لجنة التقييم- تقرير حول الظرف الاقتصادي والاجتماعي للسداسي الأول لسنة 1998، أيضا IONS الجزائر بالأرقام سنة 98 نتائج 1996، ولمزيد في موضوع البطالة طالع مداخلة الأستاذ بوحفص حكيم ، الملتقى الدولي في القانون الاجتماعي، وهران 2001 تحت عنوان سوق العمل وانعكاسات الإصلاحات الاقتصادية.

4 من الإحصائيات الصادرة عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بين 185 و2001 شهدت تطورا متواصلا بحيث كان عدد القرارات في 1985، يقدر 343 قرار واستمر في الصعود إلى غاية أن وصل 3537 قرار في سنة 2001. قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي، عبد السلام ذيب، ص 573

وتجدر الملاحظة ان التسريح التأديبي حظي بلجتهاد محترم من طرف المحكمة الجزائرية إلا أن باقي العقوبات في المؤسسة والنظام التأديبي ككل شبه منعدم ، ويحلل هذا على ان القضايا التي تطرح أمام المحكمة العليا لا تحتوي نزاع حول التأديب ويفصل فيها أمام المحاكم الابتدائية، فرغم التشريع الخالي من تنظيم عقوبات درجة أقل من التسريح والاعتماد شبه كلي على القضاء إلا أن هذا الأخير لم يسجل ما عدا التسريح وإجراءات النزاع ، التدخل المنتظر منه.

5 لم يذكر المشرع الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوفر في النظام التأديبي واثم فقط الشروط الشكلية و الذي كان فقط بمناسبة التسريح مما شكل غموض ساعد على ذلك عدم وجود تعاريف ومفاهيم للخطأ والعقوبة.

باعتبار عنصر العمل من أهم العوامل الإنتاجية ، كون أنه يشكل القوة البشرية التي تؤثر على النتائج النهائي ، استجابت حكومات الدول و تدخلت لحماية العامل لمدى أهميته في العملية الإنتاجية .

فمما لاشك فيه أن الآلة مهما بلغت تطورا في إمكانياتها و قدراتها الإنتاجية لا يمكن أن تحل محل العنصر البشري ، وعليه الاخذ بنظام تأديبي محكم و عادل داخل المؤسسة يعتبر سبب لا غنى لنا عنه من أجل الارتقاء بإنتاج المؤسسة الاقتصادية .

ما يستخلص من التجربة الجزائرية ليس عملية الانتقال من إختيار قانون تأديبي " Droit Disciplinaire " ، ثم فيما بعد أثناء المرحلة الرأسمالية والتي صار يطبق فيها النظام التأديبي "Règlement Disciplinaire"

بل الاشكال يكمن في مرور المشرع من الأخذ بالنظام الإشتراكي إلى التسيير الحر والنظام الرأسمالي الذي فتح بما يسمى خصخصة القطاع ، و الذي نتج عنه إنفصال المؤسسة عن الدولة التي كانت فيما مضى هي نفسها المستخدم .

فأدى كل هذا إلى طرح مسألة حماية العامل وهو الإشكال المعضلة الذي واجهته القوانين الرأسمالية منذ بزوغها في القرون الوسطى والثورة الصناعية ومنه القانون الجزائري عبر مختلف مراحل تطوره .

المراجع :

1. القرآن الكريم .

2. دستور 1976 .

3. قانون 14/88 من القانون المدني الجزائري .

4. مرسوم. التشريعي 08/93 من القانون التجاري الجزائري .

5. القانون الأساسي للعامل رقم 12/78 .

6. الأمر. 74/ 71 المؤرخ 1971/11/29 و المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات .

7. قانون 11/90 المؤرخ 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل خاصة .

8. قانون 302/82 المتعلق بتطبيق قانون علاقات العمل الفردية.

1. عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار .

2. د. علي عوض حسن ، الفصل التأديبي في قانون العمل ،دراسة مقارنة .

3. مؤلف لكل من د. سهيلة حمد عباس و د. علي حسين علي ، إدارة الموارد البشرية .

4. مغراوي محمد شاهين ، المسائلة التأديبية للعاملين بالقطاع العام وفقا لأحكام قوانين 61051 لسنة 1971 .

5. مغراوي محمد شهين، المساءلة التأديبية في القانون الإداري، توصيات والحلقة الثانية في القانون والعلوم السياسية، انعقدت في بغداد جانفي 1969 .
6. د. محمد حافظ الحجازي، إدارة الموارد البشرية، دار الوفاء لدنيا الطباعة، الإسكندرية .
7. " دليل المستثمر " الذي تصدره و.ت.ج أن عدد المؤسسات المتوسطة و الصغيرة في الجزائر .
8. أهمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني .
9. عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي .

1. J.rivero et J. savatier, droit du travail.
2. J. M. VERDIER, droit du travail.
3. G .H CAMERLYNCK, traite de droit du travail, *contrat de travail*.
4. J. MARIE AUB et ROBERT DUCOS -ADER, droit administratif.
5. T. confl. 25 mars 1996 - 7 .CE,As. 8 juin 1973 ; Les Grands Arrêts .
6. Jean SAGLIO définir l'employeur publique ; Colloque AISLF tours 2004 CRM relation professionnelles .
7. J.François amadiou et J. projet , *gestion des ressources humaines et relation professionnelles* .
8. -Jean Rivero- J. Savatier : droit du travail .
9. Mario Goulet, *le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Editions Yvon Blais .
10. Rapport D'évolution du **MAEP** . Chapitre cinq : Gouvernance des entreprises www.mae.dz .
11. RADP, Conseil National Economique et Social, Eléments de débat pour un pacte de croissance. Projet de rapport, juillet 2005.
12. M'hamed Nasreddin Koriche *les relations du travail dans le secteur public changement de problématique et ruptures normative* in R.A.J.S.E.P institut de droit Alger 1994 .
13. Leïla Handan ; *de quelque obstacles à la négociations collectif en Algérie*. Revue internationale de droit compare/ Paris, 1999, n° 3 Juillet.

دور المجتمع المدني لتحقيق التوازن البيئي في إطار الحفاظ على التنمية المستدامة



ذ. بن صغير عبدالمومن أستاذ مساعد قسم "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية سيدي بلعباس

ملخص المقال :

في إطار الحفاظ على البيئة وتحسيد فكرة الثقافة البيئية داخل المجتمع الجزائري ينبغي تبني في سبيل تحقيق هذا الهدف عدة آليات من خلال إدارتها المختلفة، و يتمثل هذا الهدف في تعزيز الثقافة البيئية من خلال التثقيف والتوعية البيئية، وهذا لن يتأت إلا ببروز دور المجتمع المدني لأهمية الحفاظ على البيئة والتعريف بالسلوكيات الفردية والجماعية التي من شأنها خلق توازن بيئي، وذلك بزرع فكرة الثقافة البيئية التي ستؤدي في نهاية المطاف إلى نشر الوعي البيئي لخلق شعب يعي ويثمن الموروث البيئي للدولة، وبالتالي التوصل إلى تحقيق تنمية مستدامة، وقد جاء في أحد تقارير المهتمين بحماية البيئة: " لقد نجح مؤتمر قمة الأرض الذي عقد عام 1992 في أن يستنهض ضمير العالم إلى تحقيق تنمية مستدامة بيئية".

و يعنى بالتنمية المستدامة : " التنمية التي تلبى احتياجات الجيل الحاضر دون أن تعرض للخطر احتياجات جيل المستقبل .، و بالرجوع إلى نص المادة 4 من القانون رقم : 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة نجد أن هذه الأخيرة : " مفهوم يعني التوفيق بين تنمية اجتماعية و اقتصادية قابلة للاستمرار و حماية البيئة أي إدراج البعد البيئي في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة و الأجيال المستقبلية".

من هنا تظهر ضرورة للتوفيق بين التنمية الاقتصادية و متطلباتها من جهة ، و ضرورة حماية الموارد البيئية من جهة أخرى ، و بذلك فإن المشكل المثار اليوم هو أن تحقيق النمو الاقتصادي قد تم على حساب الموارد البيئية كالمياه و الغابات و الهواء لذا قرّرت معظم القوانين و التنظيمات استحالة الفصل بين قضايا التنمية و مشكلة البيئة، كما أن التنمية المستدامة تعد بمثابة إحدى الثوابت الجوهرية في سياسة الدولة، كون أن البيئة و التنمية يشكلان وجهان

لعملة واحدة و هي الاستمرارية و البقاء و المحافظة على حقوق الأجيال المقبلة و أي إخلال بهما يؤدي حتما إلى تدهور الحياة الطبيعية و الاقتصادية .

و الملاحظ على التنمية الاقتصادية في الجزائر أنها تمت على حساب البيئة و هذا بالرغم من وجود جملة من النصوص القانونية التي تؤكد ضرورة مراعاة البيئة.

ويعتبر المجتمع المدني إحدى هذه الآليات لتجسيد فكرة تحقيق التوازن البيئي والتنمية المستدامة، وذلك باعتباره يمثل إحدى الجمعيات المستقلة عن الدولة تشتغل خدمة لأهداف إنسانية (اجتماعية، ثقافية، بيئية...)، وتصنف حسب مجال نفوذها إلى دولية ووطنية.

وعليه يمكن القول بأن الإشكالية التي نود طرحها ومناقشتها تتجسد على الشكل التالي:

- إلى أي مدى نجح المجتمع المدني في أداء دوره في المجال البيئي؟ وما مدى نجاعته كآلية لتحقيق التوازن البيئي، و تفعيل سياسة الحفاظ على التنمية المستدامة؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية :

01- ما هي أهداف المجتمع المدني في المجال البيئي؟

02- فيما تتجسد أدواره وطرق عمله؟

03- هل كانت الانجازات المحققة من طرف المجتمع المدني كفيلة بإعادة التوازن البيئي من جهة، و من جهة أخرى تحقيق التنمية المستدامة؟

Summary :

Within the framework of preserving the environment and embody the idea of environmental culture within Algerian society should adopt in order to achieve this goal several mechanisms through managed different, and is this objective in promoting environmental culture through education and environmental awareness, and this will not lights but the emergence of the role of civil society to the importance of maintaining on the environment and the definition of behaviors of individual and collective that will create ecological balance, and that planted the idea of environmental education that will ultimately lead to environmental awareness to create people aware of and appreciate the heritage of environmental state, and thus to reach sustainable development, came in a report interested in protecting the environment : "We have succeeded Earth Summit held in 1992 to draw on the conscience of the world to achieve environmentally sustainable development." (3)

And means for sustainable development: "development that meets the needs of the present generation without jeopardizing the needs of a generation (4) future., And by reference to the text of Article 4 of Law No.: 03/10 on the protection of the environment in the context of sustainable development, we find that the latter:" concept means to reconcile social and economic development of viable and protect the environment any inclusion of the environmental dimension in the context of development to ensure the needs of the present generations and future generations. "

From here show the need to reconcile economic development and requirements on the one hand, and the need to protect environmental resources on the other hand, and so the problem is raised today is that economic growth has been at the expense of environmental resources such as water, forests, air so I decided most of the laws and regulations impossibility of separation between development issues and the problem of the environment, and the sustainable development serves as one of the constants core in state policy, the fact that the environment and development are two sides of the same coin and are continuity and survival and preserve the rights of future generations and any breach of them inevitably leads to deterioration natural and economic life.

And observed on the economic development in Algeria it was at the expense of the environment and this in spite of the presence of a number of legal texts that emphasize the need to respect the environment.

The civil society is one of these mechanisms to embody the idea of balancing environmental and sustainable development, and as representing an association independent of the state operate service for humanitarian purposes (social, cultural, environmental, etc.), and classified according to its sphere of influence to the international and national.

And it could be argued that the problem that we would like to put forward and discuss embodied in the following form:

- The extent to which civil society succeeded in performing its role in the environmental field? To what extent survived dementia as a mechanism to achieve ecological balance, and activate the policy of maintaining sustainable development?

And branching out on this major problem the following sub-questions:

01 - What are the objectives of civil society in the environmental field?

02 - embodied roles and working methods?

03 - Was achievements by civil society capable of re-balance, on the one hand, and on the other hand to achieve sustainable development?

مقدمة :

لا تزال إشكالية البيئة مطروحة على بساط الطرح والمناقشة والاجتهاد في حظيرة المجتمع الدولي ، نظرا لتشعب المشاكل التي تثيرها ، حيث يعد موضوع الإنسان والطبيعة إحدى أهم الموضوعات التي يتم دراستها في علم الفلسفة، كعلم يهدف إلى طرح الأسئلة دون الوصول إلى الإجابة عنها، إلا أن الفلاسفة قد تمكنوا اليوم من الإجابة على السؤال الذي طرح منذ القدم: هل الإنسان تأثر بالطبيعة التي يعيش فيها، أم أنه أثر عليها؟

فبعدما كان الإنسان في العصور القديمة حبيس الطبيعة، يأكل ويشرب منها محاولا التأقلم معها أصبح في العصر الحديث يؤثر عليها ويغيرها، وإن كان لهذا الفعل مظاهر إيجابية في تحسين إطار وظروف معيشتها، إلا أن له مساوئ كثيرة تتمثل في جعل الطبيعة ضحية سلوكات الإنسان، فتعرف الطبيعة اليوم تدهوراً مستمراً يرجع إلى سوء تصرف الإنسان واعتداءاته - العمدية والغير عمدية - المتزايدة عليها.

وتحتل موضوعات حماية البيئة *protection of the environment* أهمية دولية كبرى، وتتضاعف هذه الأهمية مع مرور الزمن، لأنها تتعلق بمستقبل البشرية ومصير الإنسان، ولعل الحالة المأساوية التي وصل إليها الكوكب الأرضي، نتيجة النشاط البشري، الذي تجلّى في التقدم الصناعي والتقني وما حمله من آثار سلبية على بيئة الأرض، بفعل التلوث المتزايد والمخيف الذي بات يهدد الحضارة البشرية .

إن نتائج الكارثة البيئية⁽¹⁾، تشمل جميع الدول والشعوب بدون استثناء ، لأن بيئة الأرض واحدة ولا تفصلها حدود جغرافية ولا سياسية ، ولذلك فإن تلوثها في دولة لا يبقى في حدود هذه الدولة ، بل يتعداها ليسهم في تخريب بيئة من حولها ، والإخلال بالتوازن البيئي، وكانت نتائج هذا العبث بالبيئة والطبيعة، كبيرة وهائلة، بقدر لا يستطيع تجاهله، مما أيقظ لديه الوعي البيئي، فاكشف في الوقت نفسه تبدل علاقاته بالبيئة ، وقد أفضى هذا إل فصم روابط التضامن التي كنت تربطه ببيئته، واقتضى الوعي البيئي على المستوى الدولي والوطني، تنبيه وعي الشعوب والأفراد على حد سواء بالخطر الداهم وتخريضهم نحو الشعور بالمسؤولية تجاه الوضع، والمبادرة إلى حماية البيئة والطبيعة من الاعتداء عليها .

لذا أصبح الحديث عن البيئة من الأمور المسلم بها في الوقت الحاضر وغدت مشكلة تزداد تعقيداً وتشابكاً، الأمر الذي أصبحت فيه الحاجة ملحة للتدخل وإجراء الدراسات المتأنية لخصائص البيئة وتشخيص المشكلات التي تعاني منها، والبحث عن أسباب التلوث والإجراءات الواجب إتباعها لحل مشاكلها والبحث عن مدى التوفيق بين البيئة والتنمية، فأخذت قضية البيئة وحمايتها حيزاً كبيراً من الاهتمام على الصعيد الوطني والدولي، وهذا راجع لارتباطها الوثيق بحياة الإنسان والحيوان والنبات مما جعل الحكومات والشعوب تتوجه نحو عقد المؤتمرات وحلقات العمل المتخصصة لبحث الإشكاليات المتعلقة بالبيئة، ولعل من بين الأساليب التي أصبحت توليها الدولة عناية كبيرة الثقافة البيئية⁽²⁾ ، التي تعتبر بحق سلوك إيجابي متميز يستند إلى معيار أخلاقي يحدد علاقة الأفراد بالبيئة الطبيعية الخيطة بهم بحيث تنظم هذه العلاقة بشكل شفاف وعادل يهتم بحقوق الأجيال القادمة ويحترم واجبات الأفراد ويقدر انجازاتهم البيئية ويتحدد الغرض الأساسي التي تهدف إليه عملية نشر الثقافة البيئية، غير أنه من بين الوسائل المتاحة لنشر هذه الثقافة ، المجتمع المدني الذي يعتبر بحق آلية فعالة وناجعة لتجسيد هذه المهمة .

في إطار الحفاظ على البيئة وتجسيد فكرة الثقافة البيئية داخل المجتمع الجزائري ينبغي تبني في سبيل تحقيق هذا الهدف عدة آليات من خلال إدارتها المختلفة، ويتمثل هذا الهدف في تعزيز الثقافة البيئية من خلال التثقيف والتوعية البيئية، وهذا لن يتأت إلا ببروز دور المجتمع المدني لأهمية الحفاظ على البيئة والتعريف بالسلوكيات الفردية والجماعية التي من شأنها خلق توازن بيئي، وذلك بزرع فكرة الثقافة البيئية التي ستؤدي في نهاية المطاف إلى نشر الوعي البيئي لخلق شعب يعي ويضمن الموروث البيئي للدولة، وبالتالي التوصل إلى تحقيق تنمية مستدامة، وقد جاء في أحد تقارير المهتمين بحماية البيئة: "لقد نجح مؤتمر قمة الأرض الذي عقد عام 1992 في أن يستنهض ضمير العالم إلى تحقيق تنمية مستدامة بيئية".⁽³⁾

و يعنى بالتنمية المستدامة: " التنمية التي تلبى احتياجات الجيل الحاضر دون أن تعرض للخطر احتياجات جيل⁽⁴⁾ المستقبل .، و بالرجوع إلى نص المادة 4 من القانون رقم: 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة نجد أن هذه الأخيرة: " مفهوم يعنى التوفيق بين تنمية اجتماعية و اقتصادية قابلة للاستمرار و حماية البيئة أي إدراج البعد البيئي في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة و الأجيال المستقبلية".

من هنا تظهر ضرورة للتوفيق بين التنمية الاقتصادية و متطلباتها من جهة، و ضرورة حماية الموارد البيئية من جهة أخرى، و بذلك فإن المشكل المثار اليوم هو أن تحقيق النمو الاقتصادي قد تم على حساب الموارد البيئية كالمياه و الغابات و الهواء لذا قرّرت معظم القوانين و التنظيمات استحالة الفصل بين قضايا التنمية و مشكلة البيئة، كما أن التنمية المستدامة تعد بمثابة إحدى الثوابت الجوهرية في سياسة الدولة، كون أن البيئة و التنمية يشكّان وجهان لعملة واحدة و هي الاستمرارية و البقاء و المحافظة على حقوق الأجيال المقبلة و أي إخلال بهما يؤدي حتما إلى تدهور الحياة الطبيعية و الاقتصادية .

و الملاحظ على التنمية الاقتصادية في الجزائر أنها تمت على حساب البيئة و هذا بالرغم من وجود جملة من النصوص القانونية التي تؤكد ضرورة مراعاة البيئة.

ويعتبر المجتمع المدني إحدى هذه الآليات لتجسيد فكرة تحقيق التوازن البيئي والتنمية المستدامة، وذلك باعتباره يمثل إحدى الجمعيات المستقلة عن الدولة تشتغل خدمة لأهداف إنسانية (اجتماعية، ثقافية، بيئية...)، وتصنف حسب مجال نفوذها إلى دولية ووطنية.

وعليه يمكن القول بأن الإشكالية التي نود طرحها ومناقشتها تتجسد على الشكل التالي:

- إلى أي مدى نجح المجتمع المدني في أداء دوره في المجال البيئي؟ وما مدى نجاحه كآلية لتحقيق التوازن البيئي، و تفعيل سياسة الحفاظ على التنمية المستدامة؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية :

01- ما هي أهداف المجتمع المدني في المجال البيئي؟

02- فيما تتجسد أدواره وطرق عمله؟

03- هل كانت الانجازات المحققة من طرف المجتمع المدني كفيلة بإعادة التوازن البيئي من جهة، و من جهة أخرى تحقيق التنمية المستدامة؟

04- هل هناك صعوبات وعراقيل تحول دون قيام المجتمع المدني بدوره على أكمل وجه؟

05- هل حان الوقت لإعطاء بدائل وحلول أخرى تجنبنا مشكلة ضعف هذا المجتمع المدني، خاصة في ظل عدم رقي

مختلف الآليات المكرسة لتجسيد الوعي والمحافظة على البيئة؟

المبحث الأول: مفهوم المجتمع المدني و دوره في حماية البيئة :

المطلب الأول : مفهوم المجتمع المدني :

الفرع الأول : تعريف المجتمع المدني :

يمكن تعريف المجتمع المدني بأنه " تلك الشبكة الممتدة من التنظيمات التطوعية غير الحكومية والتي تنبع من مبادرات المواطنين الخاصة ، لتحقيق مصالح أعضائها ، والمساهمة في صياغة التغيير المجتمعي ". فتلك المؤسسات أصبحت سمة بارزة للمجتمعات المتحضرة وتعكس المبادرات الإيجابية والجهود التطوعية للعطاء والإبداع ، لذا فإن دورها مكمل لدور الدولة في النهوض بأوضاع المجتمع والارتقاء بمستوى معيشة المواطن اجتماعيا وثقافيا وتنمية مهارات الأفراد في أداء الخدمات في كافة مجالات الخدمة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية⁽⁵⁾ .

وبما أن أي تقدم عصري ونماء بشري لا يمكن له أن يتحقق دون إعطاء المجتمع دوره الكامل في المشاركة فيه وتفعيل دور الفرد تفعيلا إيجابيا فإن ذلك يوضح الأهمية البالغة لتنظيمات المجتمع المدني في عملية التنمية الشاملة في العالم عموما وفي الجزائر خصوصا .

إن ضمان المشاركة الجماهيرية الفاعلة رهن لتحقيق جملة من الممارسات وصيانة العديد من المبادئ، فالحفاظ على البيئة وترقيتها ومنع تدهورها هي الأهداف الحقيقية من المشاركة، ولا يتم ذلك ما لم تتوافر الهياكل التنظيمية التي تحتوي المواطن وتنظم جهوده لخدمة القضايا البيئية وبنائه فكريا وثقافيا وكذا تمكينه من الإطلاع على المعلومات علاوة على كفاءة حقه في التقاضي وتجاوز العقبات التي تقف عائقا أمام تنمية قدراته وتحول دون تفاعله مع المحيط الذي يحي فيه ومساهمته في عملية التنمية المستدامة بل والبحث عن أفضل الطرق لإشراكه في إدارة الشؤون العامة للدولة وتحميله جانب من مسؤولية صنع القرار التي تتعلق بالبيئة وترقيتها⁽⁶⁾ ، ويعد الحق في المشاركة بالانتماء الحر للجمعيات والاجتماعات أفضل الطرق للوصول إلى الأهداف السابقة كما يعتبر صورة من صور تدعيم الديمقراطية التي عكسها الدستور 1989 الذي دعم بكل جدية الحركة الجمعوية .⁽⁷⁾

'الفرع الثاني : أهداف المجتمع المدني كآلية فاعلة في المجال البيئي :

أصبح الاهتمام بالقضايا البيئية رئيسياً ولا يمكن لأي دولة تريد أن تتقدم في أي مجال إلا أن تأخذ البعد البيئي كإحدى أهم القضايا التنموية التي تخطط لها، حيث أصبحت كلمة البيئة تتلازم مع التنمية؛ لأن أي تنمية لا بد أن تستند على أسس تتلاءم والوضع البيئي⁽⁸⁾ .

ومن القضايا التي يجب السعي إليها إيجاد أنماط جديدة من السلوك تجاه البيئة والمجتمع، ورفع مستوى الوعي البيئي لدى الطلاب والشباب بصفة خاصة في مختلف المواقع، وكذا إعداد وتنفيذ البرامج والمشروعات الميدانية التي تهدف إلى تحقيق التنمية المتواصلة.

ومع تزايد الاهتمام بالوعي البيئي وضرورة تحديث الأساليب والأفكار واستخدام وسائل مبتكرة للمساعدة على نشره ورفع مستواه ، ومن منطلق الدعوة إلى مشاركة الجماهير في قضايا البيئة والعمل على حمايتها فقد استهدفت جماعة الخط الأخضر البيئية أن يدرك الإنسان انه الكائن المؤثر في البيئة وانه جزء لا يتجزأ منها حيث يتوقف على نوعية نشاطه مدى حسن استغلاله لموارد البيئة والحفاظة عليها معتمدا على ما يلي⁽⁹⁾ :

- تعميق الوعي البيئي بين أفراد المجتمع وتعريفهم بخصائص البيئة ومدى ارتباطها بالمجتمع وأثرها في تطوره ونمائه، وتوجيه الجماهير نحو المحافظة على البيئة والمساهمة في حمايتها من عوامل الفقد والتدهور.

- تنمية المعارف والمهارات والسلوك البيئي القويم وغرس الشعور بالمسؤولية الملقة على عاتق كل فرد في جميع مواقع العمل.

- مواجهة كافة أشكال التعديات على البيئة بكافة الوسائل الممكنة والعمل على إيقافها الفوري ومنع استمرارها .-
- التنسيق مع الجهات المعنية وذات العلاقة في سبيل حماية البيئة.
- كشف كافة الممارسات والتعديات على البيئة وتوثيقها.
- إبراز الجهود المبذولة للمحافظة على البيئة من قبل جميع الجهات الحكومية والأهلية.

المطلب الثاني : دور المجتمع المدني في حماية البيئة :

يتمثل دور المجتمع المدني في مجال حماية البيئة في دورين مهمين وأساسيين وهما :

الفرع الأول : دور الجمعيات في حماية البيئة :

كان من أبرز توصيات مؤتمر ستوكهولم المنعقد بالسويد سنة 1973 " أن التكنولوجيات والتنظيمات والتشريعات جميعها يمكن أن تعجز في سبيل تحقيق أهدافها لإرساء سياسة بيئية ذات فعالية لافتقارها الوعي البيئي (10) .

وعلى غرار هذا فإن تنفيذ سياسة تشريعية في مجال حماية البيئة لا تكفي وحدها لإلزام الأفراد بضرورة المحافظة على البيئة ينبغي تعزيز هذه المبادرات التشريعية بأجهزة أكثر فعالية يمكنها الاتصال مباشرة بمختلف الشرائح الاجتماعية في إطار حماية البيئة .

أولا : الإطار القانوني لجمعيات الدفاع عن البيئة في الجزائر :

إن الوعي البيئي له أهمية بالغة في حماية البيئة، فالقوانين والتشريعات لا تكفي وحدها لغرض احترام البيئة⁽¹¹⁾ ، وقبل ذلك فإن قانون البيئة لسنة 1983 ، وخاصة المادة 16 منه اعترف بالحق في إنشاء جمعيات للدفاع عن البيئة .

تزامن ظهور جمعيات حماية البيئة في الجزائر مع المسار الديمقراطي الجديد التي تبناه دستور 1989، وقد تبنى هذا الدستور تكريس الدور للجمعيات والذي عكس بكل جدية تدعيم الدور الجمعي داخل المجتمع الجزائري، مع التنويه إلى أن هذا الحق قد كرسته دساتير الجمهورية السابقة لكن لم يكن بنفس الصورة التي جاء بها دستور 1989. فلجزائر بعد الاستقلال أعلنت تطبيق القوانين الفرنسية باستثناء ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية والقانون الذي كان ينظم الجمعيات آنذاك هو القانون الفرنسي الصادر سنة 1901، كما كرس هذا الحق دستور 1996 في مادته 41 بالنص على أن حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمون للمواطن وكذا في نص المادة 43 بالنص على أن حق إنشاء الجمعيات مضمون وتشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية . وتمشيا مع النصوص الدستورية فقد اعترفت النصوص القانونية كذلك بالحق في إنشاء جمعيات للدفاع عن البيئة ومن ذلك قانون البيئة الصادر سنة 1983.

الذي أجاز إنشاء جمعيات للمساهمة في حماية البيئة ولكنه لم يعط دورا للتثقيف والتوعية البيئية كما نص قانون حماية المستهلك على حق الجمعيات لحماية المستهلكين في القيام بدراسات وإجراء الخبرات المرتبطة بالاستهلاك معترف لها بذلك بدورها في مجال حماية الصحة .

وفي سنة 1990 صدر قانون الجمعيات الذي وضع الإطار القانوني للحركة الجمعوية وأصبحت لها مكانة خاصة في المجتمع باعتبارها همزة وصل بين الإدارة والمواطن لاسيما في مجال حماية البيئة .

ويعتبر القانون 03/10 المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة من أهم القوانين التي كرس دور الجمعيات في مجال حماية البيئة إذ أعطتها صلاحيات واسعة في هذا المجال الحيوي بالإضافة إلى القوانين الأخرى التي أنشأت بموجبها هيئات إدارية مركزية إذ أعطت صلاحيات جديدة للجمعيات البيئية خاصة المرسوم الذي أنشأ الوكالة

الوطنية للنفايات والقانون المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية. ويمكن القول إن الجمعية المعتمدة قانونا في مجال حماية البيئة يمكنها بإبداء الرأي والمشاركة في عمل الهيئات العمومية وهذا حسب نص المادة 35 من قانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة، كما لها الحق في التقاضي في رفع دعاوى القضائية أمام الجهات القضائية عند خرق قوانين البيئة والإضرار بالبيئة، كما يمكن للجمعية المعتمدة قانونا التأسيس كطرف مدني في الجرائم البيئية التي تمس المصلحة الجماعية للأفراد، وعند تعرض أشخاص طبيعية للأضرار جراء جريمة بيئية فيمكن للجمعية حسب قانون 03/10 إن فوضها على الأقل شخصان طبيعيين ممن تضرروا أن ترفع باسمها دعوى قضائية، كما تقوم الجمعية بالدفاع عن المحيط العمراني عند مخالفة التشريع الخاص بحماية المحيط .

وإن كانت الجمعية عند تأسيسها ضمت قانونها الأساسي حماية الشاطئ أن تتأسس كطرف مدني عند وجود مخالفة لأحكام القواعد المحددة لاستغلال الاستعمال السياحي للشواطئ، كما يحق لجمعيات حماية المستهلك القيام بخبرات ودراسات خاصة بالاستهلاك، ونلاحظ أنه في المجال الوطني هناك عدة جمعيات وطنية ومحلية تنشط في مجال البيئة، وتقوم بحملات تحسيسية للمجتمع المدني بضرورة الحفاظ على البيئة .

ثانياً: -صلاحيات الجمعيات البيئية في مجال حماية البيئة :

يمكن حصر مجمل الاختصاصات والصلاحيات التي أوكلت للجمعيات البيئية في مجال حماية البيئة من خلال استقراء مختلف القوانين التي نظمت المجال البيئي (قانون البيئة المعدل 10/03، قانون المستهلك، قانون التهيئة والتعمير، قانون المناجم... الخ)، وذلك على النحو التالي :

- تساهم الجمعيات المعتمدة قانونا والتي تمارس أنشطتها في مجال حماية البيئة وتحسين الإطار المعيشي في عمل الهيئات العمومية بخصوص البيئة وذلك بالمساعدة وإبداء الرأي والمشاركة وفق التشريع المعمول به⁽¹²⁾ .

- الحق في التقاضي (الصفة القضائية) وذلك برفع دعاوى أم الجهات القضائية المختصة عن كل مساس بالبيئة، حتى في الحالات لا تعني الأشخاص المنتسبين لها بانتظام⁽¹³⁾ .

- يمكن للجمعيات المعتمدة قانونا ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بخصوص الوقائع التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصالح الجماعية التي تهدف إلى الدفاع عنها وتشكل هذه الوقائع مخالفة للأحكام التشريعية المتعلقة بحماية البيئة وتحسين الإطار المعيشي وحماية الماء والهواء والجو والأرض وباطن الأرض والفضاءات الطبيعية والعمران ومكافحة التلوث⁽¹⁴⁾ .

- عند تعرض أشخاص طبيعية لأضرار فرضية تسبب فيها الشخص نفسه وتعود إلى مصدر مشترك في الميادين المذكورة أعلاه فإنه يمكن لكل جمعية معتمدة بمقتضى المادة 35 من القانون 10/03، إذا فوضها على الأقل شخصان طبيعيين معينان أن ترفع باسمها دعوى التعويض أمام أية جهة قضائية ويجب أن يكون هذا التفويض كتابيا كما يمكن للجمعية التي ترفع دعوى قضائية وفقا للأحكام السابقة الذكر ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني أمام أي جهة قضائية جزائية⁽¹³⁾ .

- حق الدفاع على المحيط العمراني والمطالبة بالحقوق المعترف بها للطرف المدني مما يتعلق بالمخالفات لأحكام التشريع الخاص بحماية المحيط⁽¹⁵⁾ .

- كما يمكن لكل جمعية مؤسسة قانونا والتي تبادر وفق قانونها الأساسي بحماية البيئة والعمران والمعالم الثقافية والتاريخية والسياحية أن تؤسس نفسها طرف مدني فيما يخص مخالفات أحكام قانون مناطق التوسع والمواقع السياحية⁽¹⁶⁾ .

- لكل جمعية مؤسسة قانونا تبادر بقوانينها الأساسية على حماية الشواطئ أن تتأسس كطرف مدني فيما يخص مخالفات أحكام القانون المحدد للقواعد العامة لاستغلال والاستعمال السياحي للشواطئ.⁽¹⁷⁾

- حق جمعيات حماية المستهلكين بالقيام بدراسات و إجراء الخبرات المتعلقة بالاستهلاك.

أما في إطار وظيفة التحسيس والتوعية البيئية قد ظهرت إلى الوجود خاصة في بداية التسعينات عدة جمعيات إيكولوجية وذلك أن هذه الوظيفة اختصاص أصيل بالجمعيات بصفة عامة نظرا لاحتكاكها اليومي بالأفراد وتعتبر جمعية (Aspwit) لولاية تلمسان التي أنشأت سنة 1977 أقدم جمعية لحماية البيئة في الجزائر، ظهرت مباشرة بعد صدور دستور 1976 الذي كرس حق إنشاء الجمعيات وتمثل هدفها الرئيسي في محاربة التعمير الفوضوي ومنع إنشاء مركبات صناعية بالقرب من الأراضي الفلاحية الخصبة وقد قامت بعدة ملتقيات رائدة في مجال حماية البيئة وذلك من خلال أيام دراسية أهمها:

- سنة 1980 الملتقى الوطني حول البيئة .

- سنة 1981 ندوة حول العمران في تلمسان .

- سنة 1982 ندوة حول مشاكل المياه.

كانت ترمي هذه الأيام المفتوحة إلى التحسيس وتبيان مشاكل البيئة وكذا التنسيق بين مختلف المرافق المعنية بمجال البيئة ومن بين أعمالها كذلك تحسيس الطفولة بالبيئة من خلال حملات التشجير التي تقوم بها على مستوى مدارس الولاية كما قامت بتسجيل شريط صوتي يتعلق بالشجرة والذي وجد ترحابا كبيرا من طرف وزارة التربية كما قامت الجمعية بمخاضة عدة أشخاص أمام القضاء قاموا بنزع أشجار بدون تراخيص (حالة مصنع ميتانون الغزوات) كما تأسست كطرف مدني في عدة قضايا متعلقة بالتعدي على المجال البيئي .

ويعتبر القانون 03/10 المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة من أهم القوانين التي كرس دور الجمعيات في مجال حماية البيئة إذ أعطتها صلاحيات واسعة في هذا المجال الحيوي بالإضافة إلى القوانين الأخرى التي أنشأت بموجبها هيئات إدارية مركزية إذ أعطت صلاحيات جديدة للجمعيات البيئية خاصة المرسوم الذي أنشأ الوكالة الوطنية للنفايات والقانون المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية.

الفرع الثاني :- دور الأفراد في مجال حماية البيئة :

يبدو من الصعب أحيانا فصل الجهد الرسمي للحكومات والمنظمات عن الدور الذي يلعبه الأفراد المجتمعين أو منفردين بسبب تعقد التنظيمات وما تحضى به من دعم وإسناد. وإن الأفراد بكل ما يملكون من مؤسسات ملوثة يحتلون حيزا هاما من الهيكل العام للاقتصاد الوطني ولديهم باع طويل في صنع القرار السياسي للدولة وكذا في توجيه سياسته التشريعية بالشكل الذي يحمي مصالحهم خاصة في البلدان ذات الاقتصاد الحر .

أما دور الأفراد في حماية البيئة فهو دور كبير جدا، فالفرد يمثل المحور الأساسي في موضوع البيئة فهو مصدر التلوث البيئي - أي مصدر الجريمة البيئية، ورغم التشريعات وغزارتها وكثرة الأجهزة المكلفة بحماية البيئة، فهذا كله لا يعطي نتيجة إن لم يكن هناك وعي بيئي لدى أفراد المجتمع، فكل القوانين البيئية تلزم الفرد وتوجه له خطابا مباشرا، لذلك يجب وضع سياسة واضحة لنشر الثقافة البيئية لدى الفرد، وذلك بوضع مادة تدرس داخل المؤسسات التعليمية للتلاميذ الذين سيكونون رجال الغد يحسون فيها بقيمة الحفاظ على البيئة.

وعلى هذا فالفرد يلعب دورا هاما في مجال حماية البيئة إن لم نقل أنه أهم دور في هذا الميدان باعتباره مصدر التلوث البيئي في كل الحالات بصفة مباشرة وغير مباشرة وكما قلناه آنفا تقديما لهذا الفصل فإن غزارة التشريع البيئي

وإحداث أجهزة مكلفة بحماية البيئة وحدهما لا يمكن لهما بلوغ غاية حماية البيئة من دون انتشار الوعي البيئي هذا الأخير لن يتأتى إلا بالعلم الراسخ لأن الكون الذي يحيى فيه الإنسان سخر لخدمته وهو سيد عليه وهو مجبر على المحافظة عليه وصيانتها لتتم خدمته

على أتم وجه وأكمل صورة قال الله تعالى " هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ثم استوي إلى السماء فسواهن سبع سموات"⁽¹⁸⁾ وقال صلى الله عليه وسلم " إن الله جميل يحب الجمال".

ومن خلال استقرائنا وتفحصنا لمختلف النصوص المتعلقة بمجال حماية البيئة فإننا نجد أن المشرع اتجه اتجاه أخلقة القانون (la moralisation de la règle juridique) فقد ألزم الفرد بعدة واجبات تتعلق بحماية البيئة مخاطبا خاصة منتجي وحائزي النفايات وذلك بالقيام بما يلي:

- يلزم كل منتج للنفايات أو حائز لها باتخاذ كل الإجراءات الضرورية لتفادي إنتاج النفايات بأقصى قدر ممكن.⁽¹⁹⁾
- في حالة عدم مقدرة منتجي النفايات أو الحائز لها على تفادي إنتاج أو تجميع نفاياته فإنه يلزم بضمان أو بالعمل على ضمان إزالة هذه النفايات على حسابه الخاص بطريقة عقلانية بيئية.⁽²⁰⁾
- لا يمكن معالجة النفايات الخاصة بالخطرة إلا في المنشآت المرخص لها من قبل الوزير المكلف بالبيئة.⁽²¹⁾
- يحظر خلط النفايات الخاصة بالخطرة مع النفايات الأخرى.⁽²²⁾
- يلزم منتج، أو حائز النفايات الخاصة بالخطرة بالتصريح للوزير المكلف بالبيئة بالمعلومات المتعلقة بطبيعة وكمية وخصائص النفايات⁽²³⁾.

المبحث الثاني : الصعوبات والعراقيل التي تحول دون قيام المجتمع المدني بأداء دوره على أكمل وجه والحلول الممكنة :

المطلب الأول : الصعوبات والعراقيل التي تواجه المجتمع المدني في مجال حماية البيئة :

تواجه المجتمع المدني عند قيامه بدور حماية البيئة عدة صعوبات وعراقيل نذكر أهمها⁽²⁴⁾:

- عدم تفعيل القضايا البيئية الموجودة في أجندة المسؤولين وعدم إعطائها الأولوية ضمن خطط التنمية في الدولة.
- ضعف التشريعات البيئية التي يستند عليها الأهالي في تعزيز مواطنتهم البيئية .
- ضعف الوعي البيئي بسبب ضعف برامج التوعية البيئية المقدمة من قبل الجهات الحكومية المعنية.
- تقييد إشهار منظمات مجتمع مدني معنية بالبيئة عبر تجميد أو إصدار قوانين تعيق عملها.
- عدم إعطاء القضايا البيئية الحيز الكافي ضمن المناهج التعليمية.
- ضعف دور الوسائل الإعلامية المرئية والمسموعة في نشر التوعية البيئية .
- عدم إعطاء الاهتمام الكافي لمنظمات المجتمع المدني المعنية بالبيئة وعدم الحرص على إشراكها في رسم السياسات البيئية في الدولة .

المطلب الثاني : البدائل والحلول الممكنة نحو تفعيل دور المجتمع المدني :

لقد ثبت أن تعزيز المواطنة البيئية في دولة الجزائر لا يمكن إن يتحقق بالشكل الكامل والمطلوب إن لم يدعم ويحمى بتشريعات بيئية يرى فيها المواطن العون والسند له في حماية بيئته ولكي يستند عليها في ممارسته دوره في حماية البيئة ومن هذا المنطلق فقد بعض منظمات المجتمع المدني البيئية نحو المطالبة بإقرار تشريعات بيئية تكون درعا حاميا للبيئة من عوامل الإضرار بها وقد كان من بين التشريعات التي طالبت بها⁽²⁵⁾ :

- 01- المطالبة تشريع قوانين (الحق بالمعرفة وحرية الحصول على المعلومات) المتعلقة بصحة وبيئة .
- 02- السماح بإشهار منظمات مجتمع مدني تعنى بالبيئة وعدم تقييدها بالقوانين المثبطة للعمل التطوعي .
- 03- إشراك القطاع الخاص في تنمية وتعزيز المواطنة البيئية بالتعاون مع منظمات المجتمع المدني البيئية .
- 04- عمل مسابقات بيئية في جميع وسائل الإعلام المسموعة والمقروءة والمرئية .
- 05- فتح المجال أمام المشاركة الشعبية الفعالة وذلك من خلال مقاومة التعديت على البيئة وعمل تظاهرات سلمية تحمل راية الحفاظ على البيئة .
- 07- عمل أسبوع بيئي مدرسي يشارك فيه الطلبة مع الجهات المهتمة بالبيئة .
- 08- رسم أسس التعاون في العطاء والتواصل وتبادل الخبرات بين الشعوب والاستفادة من تجاربهم في تعزيز المواطنة البيئية .
- 09- إتاحة الفرص أمام مساهمات الشباب المتطوع في مجال البيئة وخلق قيادات جديدة.
- 10- إعادة ترتيب الأولويات بما يتناسب مع حوجة المجتمع الجزائري في الريف والحضر .
- 11- تشجيع العمل الطوعي في صفوف الشباب وتقديم العون المادي والمعنوي له وتكريم المتطوعين الشباب في المجال البيئي .
- 12- التطوير المستمر للقوانين والتشريعات المنظمة للعمل الطوعي بما يكفل إيجاد فرص حقيقية لمشاركة الشباب في اتخاذ القرارات المتصلة بالعمل الاجتماعي وكل ما يتعلق بالبيئة.
- 13- تفعيل دور وسائل الإعلام وقادة الرأي العام في تشجيع الأفراد والمؤسسات عامة والشباب خاصة على المشاركة في الأعمال والمشروعات الطوعية الخاصة بالبيئة ودعمها مادياً ومعنوياً.
- 14 - تسليط الضوء على التجارب الناجحة والعمل على تعميمها ونقلها وتطويرها .
- 15 - التقييم والتقويم المستمر للبرامج البيئية والمشروعات الطوعية للتعرف على مواطن القوة لتعزيزها ومواطن الضعف والقصور لتحسينها وتقويمها.
- 16+ - دعم وجهود تشبيك المنظمات الشبابية الفاعلة في ميدان البيئة إقليمياً وعالمياً ودعم مشاركتها في المؤتمرات الإقليمية والدولية كشبكات فاعلة .
- 17 - التدريب هو الوسيلة الأساسية لتمكين الشباب من المشاركة لذلك لا بد من التدريب المكثف للمتطوعين الشباب والمجموعات المستهدفة خاصة وأن إدارة العمل التطوعي لها خصائصها التي تميزها عن الإدارة العامة لأجهزة الدول وإدارة الأعمال التجارية والمؤسساتية لذا يجب دعم إنشاء مراكز تدريب للمنظمات التطوعية لتحقيق ذلك .
- 18- تشجيع مشاريع إدراج الدخل في عمل المنظمات الشبابية لدعم التمويل الذاتي .
- 19- تشجيع استعمال وسائل الاتصالات الحديثة في الجمعيات والمنظمات الطوعية .
- 20- أهمية مواصلة العمل الشبابي المتكامل في الأدوار وتنسيق المواقف والتوافق على مشروعات وبرامج علم واضحة تحقق الخير والرفاه .
- 21- بذل المزيد من الجهود لمعالجة القضايا الملحة للشباب مثل الايدز والمخدرات والبطالة ونشر التوعية العملية والوقائية .
- 22- نقل التجارب بين التنظيمات الشبابية العربية والأفريقية بشكل يعين على ديمومة التواصل بين قطاعات المختلفة .

- 23- المشاركة في المبادرات التي تنادي بتجفيف كافة منابع التلوث البيئي والمساهمة في حركة التنمية وإصلاح ما يهدد الطبيعة.
- 24- تعزيز واثمين دور منظمات المجتمع المدني في حماية البيئة .
- 25- التأكيد على أهمية الدعم السياسي لمساندة القضايا البيئية .
- 26- تعزيز الثقافة المجتمعية بشأن قضايا البيئة .
- 27 - إحكام التنسيق بين منظمات المجتمع المدني ووزارة البيئة والتنمية العمرانية حول القضايا البيئية.
- 28 - إنشاء شبكة تضم كافة المنظمات الطوعية الشبابية لتنسيق الجهود في مجالات البيئة
- 29- النظر في إنشاء وحدة أو إدارة سمعية بصرية بالهيئة الجزائرية للإذاعة والتلفزيون للربط والتنسيق بين الهيئة والمنظمات الطوعية بما يضمن رفع الوعي البيئي .
- 30- تمثيل المنظمات الوطنية التي تعمل في مجال البيئة في المجلس الأعلى للبيئة .
- 31 - أن تستصحب دراسات الجدوى الخاصة بإنشاء المصانع الأثر البيئي لكيفية التخلص من النفايات الناتجة عن الصناعة.
- 32- التأمين على الدراسة والنظرة الإستراتيجية للمردود البيئي .
- 33- التأكيد على وضع رؤية لتحديد أنواع النفايات والأنشطة المرتبطة بعمليات الإدارة المتكاملة للمخلفات .
- 34- ضرورة اتساق القوانين في جميع مستويات الحكم .
- 35- إشراك الطلاب في برامج توعية المواطنين بقضايا البيئة
- 36- تفعيل دور الإعلام بحيث يجب أن يلعب الإعلام دوره على أكمل وجه، وذلك من خلال أن تكون مهمته موجهة بالدرجة الأولى نحو تحسيس الفرد بضرورة حماية البيئة وإيجاد إصدارات متخصصة في معالجة قضايا البيئة، إضافة إلى ضرورة تفعيل دور الجمعيات الأيكولوجية التي تستطيع أن تؤثر في الرأي العام والهيئات إزاء البيئة، وتلعب الشخصيات المحلية، وكذا المنتمة لعالم الرياضة والصحافة المسموعة والمرئية والشخصيات الدينية دورا في توجيه الرأي العام نحو احترام البيئة لأن الفرد هو المصدر الأساسي للتلوث، فإن أصلحنا سلوكه تجاه البيئة نكون قد حمينا البيئة .
- ونرى أن العولة بالرغم مما تحمله من عيوب، يمكن أن تكون ذات محاسن للقضاء على التلوث البيئي، فالبيئة تحتاج إلى التقارب والوعي الموحد والصوت الواحد، فالإعلام الذي هو أحد أوجه العولة في وقتنا الراهن، هو أداة للمحافظة على البيئة وضمان تنمية مستدامة .
- وكما أسلفنا القول، فالفرد هو المحور في حماية البيئة، لذلك يجب رسم خطة إعلامية لتوجيه السلوك العام، وخطة تربوية تعليمية في كل مراحل التعليم للتعريف بالبيئة وبأساليب المحافظة عليها .

الخاتمة :

وعلى ضوء ما سبق ذكره يمكن القول بأن المجتمع المدني في العصر الحاضر من المكونات الأساسية لكل مجتمع ديمقراطي حديثي، ويضطلع بدور حيوي في تعبئة الطاقات لخدمة الصالح العام، والمساهمة الفعالة في تحقيق التنمية والتقدم، حيث يشتمل في تنظيماته وفي أدائه لمهامه على مزايا كثيرة وفوائد متعددة، نشير إلى أهمها فيما يلي :

(1) - ترسيخ الثقافة الديمقراطية، والتربية على المواطنة، وما يعني ذلك من حرية، ومسؤولية، وتنظيم ومشاركة، وتعدد، واختلاف، وحوار، وخضوع للأغلبية، وتسامح، واحترام الرأي الآخر، وتعامل في إطار مؤسساتي وقانوني.

(2) - توسيع قاعدة المهتمين بالمصلحة العامة، وتقوية الشعور بالانتماء الوطني، وروح التطوع، والعمل الجماعي المنظم، والحد من النزعة الفردية والأنانية، وتحقيق الاندماج والتعاون بين أفراد تجمعهم الرغبة المشتركة في خدمة المجتمع.

(3) - امتصاص حالات الاحتقان السياسي والاجتماعي، والتنفيس عنها بتفجير الطاقات بصورة إيجابية، واعتماد النهج السلمي في اتخاذ المواقف المختلفة، والتعبير العلني عن القناعات المتباينة.

(4) - تلبية الاحتياجات المتعددة والمتنوعة للأفراد من خلال مخراطهم في الأنشطة الجموعية التي تتلاءم مع تخصصاتهم وميولاتهم وتطلعاتهم، وبضمان حرية تكوين الجمعيات، والانخراط فيها بدون تمييز، لا يبقى المجال لأي تيار أو فئة لاحتكار العمل في المجالات الاجتماعية والثقافية والحقوقية وغيرها.

(5) - تكوين النخب وإفراز القيادات الجديدة، حيث تتيح منظمات المجتمع المدني لأعضائها التدريب على الخدمة العامة، والتمرس على العمل الجماعي المنظم، ومن خلال أدائها لوظيفتها، تبرز المواهب والكفاءات في التدبير، ويتم اكتساب المهارات الجديدة، وتعميق الخبرة والتجربة، كما أن تبوء مواقع المسؤولية، والقيام بتوزيع الأدوار، وتنظيم العمل، وتديير الاختلاف، والتوفيق بين الآراء، يساعد على امتلاك فن القيادة، وبذلك يصبح المجتمع المدني منجماً للنخب المؤهلة، والقيادات المدربة.

إن تجسيد فكرة المواطنة البيئية، أو نشر الوعي البيئي لا يمكن التوصل إليه إلا بتفعيل التعاون والتضامن بين الدولة والمجتمع المدني، كهزمة وصل من جهة، والفرد من جهة أخرى، وذلك تحت هدف واحد وهو تحقيق التنمية المستدامة، التي لا تتحقق إلا بالعمل على ما يلي:

أولاً: الأهداف الرئيسية:

- الحفاظ على البيئة وحمايتها وترقيتها لتحقيق التنمية المستدامة .
- محاربة الفقر باعتباره عاملاً مؤثراً في تدمير البيئة .
- مكافحة التصحر ودرء أسباب الجفاف .
- تبني نهج متكامل لتخطيط وإدارة موارد الأراضي .
- الحفاظ على التنوع الإحيائي .
- الارتقاء بالحس البيئي .
- الارتقاء بصحة البيئة .

ثانياً: الأهداف الفرعية:

- تحسين البيئة كماً ونوعاً خاصة في الريف بدرجة تمكن المواطن من العيش بعزة وكرامة ورفاء .
- الارتقاء ببيئة الحضر وحمايتها من كل أنواع التلوث .
- ضمان كفاءة تداول واستخدام الكيماويات والمواد الخطرة للأغراض المختلفة وضمان التخلص من نفاياتها .

بصورة آمنة.

- حماية الغلاف الجوي .

- حماية وتنمية البيئة البحرية والساحلية وبيئة المجاري النيلية وغير النيلية وبيئة الوديان .

- تحقيق التنمية المستدامة للبيئات الجبلية .

- تحقيق التنمية المستدامة للغابات والمراعي الطبيعية .

- (تهيئة المناخ للاستثمار البيئي) مثلا السياحة البيئية والزراعية وإعادة تدوير النفايات .

ولتحقيق الأهداف المرجوة اقترحت سياسات محددة لإتباعها شملت ما يلي:

• - جعل حماية البيئة والمحافظة عليها ركناً أساسياً في استراتيجيات التنمية من أجل تحقيق التنمية المستدامة .

• - إتباع سياسة بناء السلام والاستقرار للحفاظ على البيئة لتحقيق الأمن البيئي الشامل .

• - الاهتمام بمحاربة الفقر وتنمية المجتمعات الريفية .

• - التعاون والمساهمة في الحفاظ على البيئة والتأكيد على الالتزامات المرتبطة بالبروتوكولات والاتفاقيات الدولية .

• - والإقليمية والثنائية

• - الاهتمام بالدعم المؤسسي وبناء القدرات البيئية .

• - إشراك المواطنين في وضع السياسات البيئية وتنفيذها على الأخص المرأة والشباب والمجتمعات المحلية والمنظمات

• - الطوعية

• - الاهتمام بنقل وتوطين التكنولوجيا والمنهجيات العلمية لحماية البيئة والاهتمام بالمعلومات والمعلوماتية .

• - الاهتمام بقضايا التصحر والجفاف -

• - إتباع سياسة تحديد القيمة الاقتصادية الحقيقية للموارد الطبيعية وإتباع مبدأ التعويض البيئي (دفع المسبب

• - لتكاليف إزالة الضرر

• - الحرص على اختيار وتشجيع واستخدام تكنولوجيا صديقة للبيئة .

• - إتباع سياسة الإنتاج النظيف .

• - الاهتمام بإدارة الكوارث بإتباع الوسائل الحديثة .

• - الاهتمام بالتعليم والوعي العام البيئي -

• - الاهتمام بمبدأ الحرم الأمن للمشاريع لدرء التأثير السلبي على البيئة المحيطة والمجتمع -

• - الاهتمام بالتنوع الإحيائي وصون الموارد الجينية .

• - استنباط السياسات المالية التي تساعد على المحافظة على البيئة وتحقيق التنمية المستدامة -

• - الاهتمام بالاستثمار البيئي والترويج له .

اقترحت الإستراتيجية الوسائل والتشريعات والفعاليات التي تمكن من تحقيق السياسات الرامية إلى الوصول

للأهداف

المرجوة وهي :

أولاً: الوسائل :

- تفعيل دور المجلس الأعلى للبيئة والموارد الطبيعية .

- إكمال تشكيل المجالس الولائية للبيئة وتفعيل دورها .

- توفير الموارد المالية بتخصيص نسبة من تكلفة أو إيرادات المشاريع المؤثرة سلباً على البيئة للتعويض والأبحاث البيئية واعتماد الآليات المالية لتنفيذها
 - نقل وتوطين واستنباط التكنولوجيا السليمة بيئياً
 - الاستفادة من الآليات الوطنية والتبادل الدولي والإقليمي والثنائي لبناء القدرات
 - تطوير مناهج التعليم في مجال البيئة في المراحل المختلفة
 - تعزيز دور الجمعيات الطوعية وتنظيمات المجتمع المدني في حماية البيئة
 - الاستفادة من منهجية المعلومات البيئية والمسح البيئي والمراجعة البيئية
 - الاستفادة من تقنية الاستشعار عن بعد ونظم المعلومات الجغرافية
 - الاستفادة من وسائل الإعلام الحديثة المختلفة لرفع الوعي البيئي
 - وضع المخططات العمرانية لأقاليم السودان المختلفة مع الأخذ في الاعتبار التوازن البيئي
 - توفير مواد البناء والطاقة البديلة لمنتجات الغابات والعمل على تنمية الغابات لسد النقص من المستهلك منها
 - رفع الوعي البيئي بضرورة الالتزام بالتشريعات البيئية والموروثات المساندة للبيئة
 - الترويج الإعلامي للاستثمار البيئي
- ثانياً: التشريعات:

- صياغة التشريعات اللازمة لتفعيل وتطبيق السياسات وتوفير الوسائل أعلاه.

- تفعيل قانون البيئة لسنة 2010 والقوانين ذات الصلة بالبيئة.

قائمة الهوامش والمراجع:

(1) أنظر: www.arab.ency.com

(2) أنظر: جاسم حسن الشواف، دور جماعة الخط الأخضر الكويتية في تعزيز وترسيخ المواطنة البيئية في دولة الكويت، ورقة عمل مقدمة ضمن الحلقة النقاشية التي أعتها جامعة الدول العربية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة البيئية في جمهورية مصر العربية، ص 01 المشار إليه في الموقع الإلكتروني:

www.greenline.com.kw

(3) أنظر: د. اسماعيل سراج، "حتى تصبح التنمية المستدامة"، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، ديسمبر 1993 ص 6.

(4) أنظر: د. اسماعيل سراج، المرجع السابق ص 7.

(5) أنظر: د عبد الله تركمان، المجتمع المدني في العالم العربي، واقع والمعوقات والأفاق، مقال منشور بمجلة الحوار المتمدن، العدد 2627، المؤرخة في 25/04/2009، ص 05. وأيضاً سعيد سالم جويلي - مواجهة الأضرار بالبيئة بين الوقاية والعلاج، جامعة الامارات، 1999م، ص 12.

(6) أنظر: - الأمر الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 1989/02/28 المتضمن الوثيقة الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 9 المؤرخة في 1989/03/01، المادة 39.

- (7) أنظر: جامعة الدول العربية: الآثار البيئي للتنمية الزراعية، المنظمة العربية للزراعة ص 149.
- (8) أنظر: المادة 16 من القانون 03/83 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة .
- (9) أنظر: محمد إبراهيم حسن، البيئة والتلوث: دراسة تحليلية لأنواع البيئات ومظاهر التلوث، جامعة الإسكندرية- مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 1997م، ص 27.
- (10) أنظر: محمد أمين عامر ومصطفى محمود سليمان . تلوث البيئة مشكلة العصر .، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999م، ص 98.
- (11) أنظر نبيل أحمد حلمي ، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1991م. ص 27.
- (12) أنظر: لمادة 35 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة .
- (13) أنظر: المادة 36 من القانون 10/03 .
- (14) أنظر: المادة 37 من القانون 10/03 .
- (15) أنظر: المادة 38 من القانون 10/03.
- (16) أنظر: المادة 74 من القانون 29/90 المتضمن قانون التهيئة والتعمير.
- (17) أنظر: المادة 41 من القانون 03/03 المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية.
- (16) أنظر: المادة 42 من قانون 02/03 المحدد للقواعد العامة لاستغلال الشواطئ .
- (17) أنظر: أنظر مجلة العلوم القانونية والإدارية لجامعة تلمسان العدد 1 سنة 2003 ص 104 و لقاء مع رئيس السيد مرسلبي يوم 2004/12/03 . ASPWIT الجمعية .
- (18) أنظر: سورة البقرة - الآية 29 .
- (19) أنظر: المادة 6 من القانون 19/01 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها. الجريدة الرسمية العدد 77 لسنة 2001.
- (20) أنظر: المادة 8 من القانون 19/01 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، من نفس الجريدة .
- (21) أنظر: المادة 15 من القانون 19/01 . من نفس الجريدة .
- (22) أنظر: المادة 17 من القانون 19/01 من نفس الجريدة .
- (23) أنظر: المادة 21 من القانون 19/01 من نفس الجريدة .

- (24) أنظر: عبد القادر رزيق مخادمي : التلوث البيئي مخاطر الحاضر وتحديات المستقبل ، ديوان المطبوعات الجامعية 2000 ، وأيضاً سعيد سالم جويلي - مواجهة الأضرار بالبيئة بين الوقاية والعلاج، جامعة الإمارات، 1999م، ص 36.
- (25) أنظر: ماجد راغب الحلو ، قانون حماية البيئة ، المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، طبعة 1994 ، ص 34.
- (26) أنظر: وناسي يحي ، تبلور التنمية المستدامة من خلال التجربة الجزائرية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق تلمسان ، العدد 2003 ص 34-35.

الحالات التي يسأل فيها الشريك الموصي من غير تحديد وبالضامن عن ديون الشركة



الأستاذ : بن قادة محمود أمين

أستاذ مساعد "أ" بكلية الحقوق

والعلوم السياسية قسم القانون الخاص

جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم الجزائر

الخطبة :

مقدمة :

الفصل الأول: مسؤولية الشريك الموصي في حالة تضمن عنوان الشركة اسمه.

المبحث الأول: جزاء إدراج اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة والأساس القانوني لذلك.

المطلب الأول: جزاء إدراج اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة .

المطلب الثاني: الأساس القانوني الذي استند إليه المشرع لترتيب مسؤولية الشريك الموصي من دون تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة حين إدراج اسمه في عنوانها .

المبحث الثاني: مجال المسؤولية من غير تحديد وبالتضامن للشريك الموصي الذي أدرج اسمه في عنوان الشركة.

المطلب الأول: قيام مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز للشريك الموصي أن يدفع فيها مسؤوليته من غير تحديد و بالتضامن، إذا أدرج اسمه في عنوان الشركة.

الفصل الثاني: مسؤولية الشريك الموصي في حالة تدخله في أعمال التسيير "الخارجية".

المبحث الأول: قيام مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة في حال

إجرائه لعمل من أعمال التسيير "الخارجية" وسبب ذلك.

المطلب الأول: قيام مسؤولية الشريك الموصي حين إجرائه لعمل من أعمال التسيير "الخارجية".

المطلب الثاني: سبب حظر أعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي.

المبحث الثاني: نطاق مسؤولية الشريك الموصي في حالة تدخله في أعمال التسيير "الخارجية".

المطلب الأول: مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة المترتبة عن الأعمال التي يشملها الحظر وقام بها.

المطلب الثاني: مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة كلها أو بعضها.

مقدمة:

يوجد الشريك الموصي في شركات التوصية، وهو لا يتحمل ديون الشركة إلا في حدود قيمة الحصة¹ التي قدمها أو تعهد بتقديمها، على خلاف مسؤولية الشريك المتضامن الذي تعتبر مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة² إلا أنه في بعض الحالات نص عليها القانون، يصبح مسؤولاً من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة شأنه شأن الشريك المتضامن. تتجلى هذه الحالات في حالتين هما: حالة إدراج اسمه في عنوان الشركة³ وحالة تدخله في أعمال التسيير الخارجية⁴.

وعليه سيتم دراسة مسؤولية الشريك الموصي حين إدراج اسمه في عنوان الشركة وعند تدخله في أعمال التسيير الخارجية.

الفصل الأول: مسؤولية الشريك الموصي في حالة تضمن عنوان الشركة اسمه:

الأصل أن اسم الشريك الموصي لا يدخل في تكوين عنوان شركة التوصية البسيطة⁵، فإن تمت مخالفة هذه القاعدة رتب المشرع جزاء يتمثل في قيام مسؤوليته من دون تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة⁶.

المبحث الأول: جزاء إدراج اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة والأساس القانوني لذلك

إن المشرع لما حظر على الشريك الموصي إدراج اسمه في عنوان الشركة⁷، رتب على مخالفة هذا الحظر جزاء جزاء مرتكزا في ذلك على أسس قانونية.

¹ - المادة 563 مكرر 1 ف. 2 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية 19 ديسمبر 1975، عدد 101، ص. 1073.

² - المادة 551 ق. ت. ج.

³ - المادة 563 مكرر 2 ف. 2 ق. ت. ج.

⁴ - المادة 563 مكرر 5 ق. ت. ج.

⁵ - وإن كانت مسؤولية الشريك الموصي محددة في إطار الحصة التي يحوزها في الشركة مثل الشركاء في شركات الأموال، إلا أنه لا يمنع على هؤلاء أن يتكون عنوان الشركة من أسمائهم، أنظر بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة المادة 564 ف. 3 ق. ت. ج.: "...عنوان الشركة يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر...". وبالنسبة لشركة المساهمة المادة 593 ف. 2 ق. ت. ج.: "يجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة".

⁶ - المادة 563 مكرر 2 ق. ت. ج.

⁷ - شركة التوصية البسيطة دون شركة التضامن لأن الأولى فقط تتكون من نوعين من الشركاء؛ شركاء موصيين وشركاء متضامنين، أما الثانية فتتكون من النوع الثاني من الشركاء فقط.

المطلب الأول: جزاء إدراج اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة :

يعتبر من بين أهداف العنوان التجاري تبيان الشركاء الذين يتحملون شخصياً ديون الشركة¹ وهم الشركاء المتضامنون²، لذا نص المشرع على أن العنوان التجاري لشركات الأشخاص يتكون من أسمائهم فقط³، دون الشركاء الموصين الذين يحظر عليهم أن يذكر اسمهم في عنوان الشركة⁴، فإن خالفوا هذا الحظر، رتب المشرع جزاء جزاء يتمثل في التزام الشريك الموصي الذي سمح بإدراج اسمه في العنوان من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة⁵ شأنه شأن الشريك المتضامن⁶. والحكمة من ذلك "حتى لا يقع الغير الذي يتعامل مع الشركة في الغلط، الغلط، فيوليها ثقته واثمائه اعتماداً على أموال الشريك الموصي الذي ذكر اسمه في العنوان"⁷ ضناً منه أنه شريك شريك متضامننا يلتزم من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، فيحين أنه شريك موص مسؤوليته محددة بالنظر لمقدار الحصص التي يجوزها. وبالتالي "فإن أنسب جزاء له هو ذلك الذي يحفظ حقوق الغير، وهو أن يتحول هذا الوهم إلى حقيقة وينقلب الشريك الموصي رغماً عنه شريكاً متضامناً بالنسبة للغير⁸، فيطالبونه على وجه التضامن بجميع ديون الشركة وتعهداتها"⁹. لذلك يجب أن تستبعد أسماء الشركاء الموصين من عنوان الشركة منعاً للالتباس والوقوع في الخطأ¹⁰.

هذا، وتجدر الملاحظة أن التشريع الفرنسي كان فيما مضى يحظر على الشريك الموصي إدراج اسمه في عنوان الشركة ويرتب عليه جزاء يتمثل في قيام مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، إلا أنه وبموجب المادة 23 الفقرة 1 من القانون رقم 89-1008 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 ألغى هذا الحظر ولم يعد يرتب عليه أي جزاء¹¹. فبات يميز للشريك الموصي أن يدرج اسمه على غرار الشريك المتضامن في تسمية الشركة¹² مع وجوب أن تكون مسبقة أو متبوعة مباشرة بعبارة شركة توصية بسيطة¹³ وينبغي أن تكون مكتوبة كاملة وليس فقط الاختصارات مثلاً "ش. ت. ب" على خلاف الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي يبيح أن تكون مختصرة فتكتب "ش. م. م"¹⁴.

¹ - J. HÉMAR, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, T. 1, Dalloz, 1972., p. 335, n°329: « la raison sociale ayant pour objet de révéler les associés qui répondent personnellement des engagements sociaux... ».

² - المادة 551 ف. 1 ق. ت. ج بالنسبة لشركة التضامن وتحيل إليها المادة 563 مكرر من نفس القانون بالنسبة لشركة التوصية البسيطة.

³ - المادة 552 ق. ت. ج بالنسبة لشركة التضامن، والمادة 563 مكرر 2 من نفس القانون بالنسبة لشركة التوصية البسيطة.

⁴ - نادية فضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، طبعة 6، 2006، ص. 141.

⁵ - المادة 563 مكرر 2 ف. 2 ق. ت. ج. أنظر أيضاً:

M. SALAH, *Les sociétés commerciales*, T. 1, *Les règles communes, La société en nom collectif, La société en commandite simple*, EDIK, 2005., p. 330, n° 585 : « si la raison sociale comporte le nom d'un commanditaire, celui-ci sera traité comme un commandité et répondra indéfiniment et solidairement des dettes de la société ».

⁶ - D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Armand Colin, 13^{ème} éd. 200., p. 165, n° 364 : « si un commanditaire laissait insérer son nom dans la raison sociale, il assumerait par là même la responsabilité d'un associé en nom collectif ».

⁷ - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مقدمة، الأعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية، 1988، ف. 2-360، ص. 359.

⁸ - هذا لا يعني تغيير صفته من شريك موصي إلى شريك متضامن، وإنما يبقى شريكاً موصياً ولكن يعامل معاملة الشريك المتضامن.

⁹ - علي البارودي - محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الأموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ف. 2-226، ص. 368.

¹⁰ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية - الجزء الرابع شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، ص. 75.

¹¹ - بالنسبة للتشريع الراهن أنظر:

Art. L. 222-3 C. com. fr.: « la société en commandite simple est désignée par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots : "société en commandite simple" ».

¹² - أصبح لشركات الأشخاص في التشريع الفرنسي تسمية تجارية - عوض عنوان تجاري - كشركات الأموال. وهذا بموجب القانون المؤرخ في 11 يوليو 1985 بالنسبة لشركة التضامن، والقانون رقم 89-1008 بالنسبة لشركة التوصية البسيطة.

¹³ - Ph. MERLE, *Droit commercial- sociétés commerciales*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2001., p. 172, n° 165.

¹⁴ - M.-B. MERCADAL, *Mémento pratique, droit des affaires, sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2000., p. 270, n° 4746: « elle doit être précédée ou suivie immédiatement des mots "société en commandite simple". Ces mots doivent figurer en toutes lettres. Contrairement aux SARL, aucune disposition légale ou réglementaire ne permet actuellement de les remplacer par des initiales ».

بالإضافة إلى الجزاء السابق، إن الشريك الموصي الذي يسمح بإدراج اسمه في عنوان الشركة يصبح في مركز الشريك المتضامن، هذا الأخير يكتسب صفة التاجر، مما يسمح بإصباغ هذه الصفة عليه وبالتالي يجوز إخضاعه لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية¹، فيحين أن جانبا آخر ينكر إصباغ صفة التاجر على الشريك الموصي الذي سمح بإدراج اسمه في عنوان الشركة واشترط ثبوت " تكرار ذلك بما يستفاد منه احترامه للأعمال التجارية"². إن هذا الرأي الأخير يتطلب لاكتساب الشريك الموصي صفة التاجر توافر الشروط الموضوعية فيه لاكتسابها، وإذا أردنا تطبيقه على التشريع الجزائري فإن المشرع لم يتطلب توافر هذه الشروط بالنسبة للشريك المتضامن بل وكما جاء به جانب من الفقه أصبغ عليه هذه الصفة بحكم القانون³ فمتى سمح الشريك الموصي بإدراج اسمه - ولو مرة واحدة دون أن يتكرر ذلك لحد الاحتراف - في عنوان الشركة، فإنه يظهر بمظهر الشريك المتضامن فينخدع به الغير حسن النية مما يجعل إصباغ صفة التاجر عليه أمر مقبول إعمالا لنظرية الظاهر⁴ وحماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة.

إضافة إلى الجزاءات السابقة، إذا كانت نية الشركاء ومن ضمنهم الشريك الموصي الذي سمح بإدراج اسمه في عنوان الشركة ملوثة، فإنهم قد يتابعون جزائيا إما لارتكابهم جريمة النصب⁵ لأنهم استعملوا طرقا احتيالية - وهي الصفة الكاذبة⁶ التي انتحلها الشريك الموصي -، دفعت الغير إلى التعاقد وتسليم أمواله⁷ لولاها لما أقدم عليه، كأن يكون الشريك الموصي الذي أدرج اسمه في عنوان الشركة ذا ائتمان ومشهور بيساره وكثرة ماله مثل البنك، ما يدفع الغير إلى التعامل مع الشركة ويسلمهم أمواله، ضنا منه أنه شريك متضامن مسؤول من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة و / أو متابعتهم بجريمة التزوير في المحررات التجارية⁸ لأن الشريك الموصي يكون قد حرف الحقيقة⁹ وانتحل شخصية الشريك المتضامن وحل محله¹⁰ في عنوان الشركة الذي ينبغي أن يتصدر الفواتير الفواتير التي تحررها والمخالصات ووصول التسليم وسندات الطلب والمراسلات وتحرر الشيكات والسفاتيح بعنوان الشركة... هذه الأخيرة كلها محررات تجارية، حيث أنها تشمل " كل الوثائق المتبادلة بين التجار... سواء من أجل دفع مبالغ مالية أو سحبها أو تحويلها"¹¹.

المطلب الثاني: الأساس القانوني الذي استند إليه المشرع لترتيب مسؤولية الشريك الموصي من دون تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة حين إدراج اسمه في عنوانها:

¹ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، ف. 360 - 2، ص. 359.

² - عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة، 2002، ف. 122، ص. 141.

³ - المادة 551 ف. 1 ق. ت. ج.

⁴ - حول نظرية الظاهر أنظر: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، نشر وتوزيع ابن خلدون، النشر الثاني، 2003، ف. 107، ص. 167.

⁵ - المادة 372 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية 11 يونيو 1966، عدد 49، ص. 702.

⁶ - W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2000, p. 9, n° 8 : « la fausse qualité est aussi bien l'usurpation d'un état par exemple banquier ou commerçant... A la fausse qualité il faut enfin assimiler l'abus d'une fausse qualité vraie ».

⁷ - J. LARGUIER, et Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand colin, 9^{ème} éd. 1998, p. 120, n° 133 : « le but de l'escroc est de se faire remettre le bien convoité ».

⁸ - المواد 216، 219 و 220 ق. ع. ج.

⁹ - M. SALAH, *op. cit.*, p. 135, n° 193 : « le faux en écritures de commerce est prévu et réprimé à l'article 219 du Code pénal. Par renvoi à l'article 216 du même code... le faux est l'altération de la vérité ».

¹⁰ - المادة 216-4 ق. ع. ج: "بانتحال شخصية الغير أو الطول محلها".

¹¹ - عبد العزيز سعد، جرائم التزوير وخيانة الأمانة واستعمال المزور، دار هومة، 2006، ص. 52.

لما نص المشرع على أن الشريك الموصي الذي يسمح بإدراج اسمه في عنوان الشركة يلتزم من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، يكون قد استند إلى أساس قانوني، والفقه في بحثه عن هذا الأساس اختلفت آراؤه وقيل فيه برأيين:

الرأي الأول يرده إلى نظرية المظهر¹ "المقررة لحماية للغير"²، لأن "الشريك الموصي الذي يأذن بدخول اسمه في عنوان الشركة يتصرف كأنه شريك متضامن، بحيث يظهر أمام الغير بمظهره، وبالتالي يطمئن له ضنا منه أنه شريك متضامن، ومن ثم يحق للغير حسن النية أن يطمئن إلى هذا الظاهر وأن يعتبر الشريك الموصي كشريك متضامن مسؤول مسؤولية مطلقة وتضامنية عن ديون الشركة"³.

أما الرأي الثاني، فيرى أن "أساس هذا الحكم هو قواعد المسؤولية التقصيرية، باعتبار أن الشريك الموصي الذي يرضى بظهور اسمه في العنوان يكون قد ارتكب خطأ في خلق ائتمان زائف للشركة وهذا ما يستوجب تعويض الغير عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك. وخير تعويض هو اعتبار الشريك الموصي الذي يظهر اسمه في العنوان مسؤولاً مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة"⁴. إن هذا الرأي يبدو أنه قد جانب الصواب لأن المشرع لو ارتكز على قواعد المسؤولية التقصيرية المسطرة في المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁵ لاكتفى بها كأساس لمسؤولية الشريك الموصي دون تكرار لذلك بسنه نص آخر وهو المادة 563 مكرر 2 من القانون التجاري، بالإضافة إلى ذلك أنه اعتبر أن تقرير مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن كتعويض عن الضرر اللاحق بالغير، وفي الحقيقة فهي لا تعد تعويضاً لأنها لا تجبر أي ضرر وإنما هي وسيلة لتسهيل وتبرير الحصول على التعويض لأن الشريك الموصي ليس بإمكانه أن يدفع لا بالتجريد ولا بالتقسيم في مواجهة الغير الذي يطالبه بالتعويض، وبالتالي يسهل عليه الأمر أكثر لو لم تقرر مسؤولية الشريك الموصي بالتضامن ومن غير تحديد.

بناء على ما تقدم يبدو أن المشرع قد اعتمد على نظرية المظهر حماية للغير حسن النية الذي اطمأن إلى ظاهر الأشياء فقرر مسؤولية الشريك الموصي الذي سمح بإدراج اسمه في عنوان الشركة.

المبحث الثاني: مجال المسؤولية من غير تحديد وبالتضامن للشريك الموصي الذي أدرج اسمه في عنوان الشركة:

¹ - J. HÉMAR, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 336, n° 329 : « le commanditaire dont le nom figure dans la raison sociale est traité comme un commandité, ce qui est bien la sanction la plus satisfaisante, puisqu'il s'en est donné l'apparence ».

² - الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 77.

³ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، ف. 360-2، ص. 359.

⁴ - حسين الماحي، الشركات التجارية، ف. 173، ص. 122، مذكور من قبل الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 78.

⁵ - كانت هذه المادة تنص على أن: "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، وبموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الذي يعدل ويتم الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية 26 يونيو 2005، عدد 44، ص. 17، عدلت وأصبحت صياغتها كما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". وبمجرد إجراء مقارنة بسيطة على هذه المادة قبل وبعد التعديل يمكن ملاحظة النقاط التالية:

- أراد المشرع أن يكون أكثر وضوحاً لأنه قبل تعديل المادة 124 من القانون المدني كان ينص على أن: "كل عمل" والعمل إذا أخذناه بمعناه الضيق الظاهري يكون دائماً فعلاً إيجابياً يتضمن الحركة فقط، فيحين بعد تعديلها بات ينص "كل فعل" والفعل معناه أوسع فيشمل الأفعال الإيجابية التي تتطلب الحركة ومنها كل عمل ويشمل أيضاً الأفعال السلبية التي لا تتطلب الحركة بل السكون أي أفعال الامتناع.

- يكون المشرع قد وسع من دائرة من يمكن متابعتهم مدنياً عن أفعالهم الشخصية فكان ينص قبل تعديل هذه المادة على أنه: "... يرتكبه المرء..." ولفظ المرء ينصرف معناه إلى الشخص الطبيعي أي الإنسان فقط، أما بعد تعديله لهذه المادة فقد نص على أنه: "... يرتكبه الشخص..." والشخص يشمل الشخص الطبيعي كما يشمل الشخص المعنوي.

- أضاف المشرع بعد التعديل لفظ: "... بخطئه..." وبالتالي فإنه أصبح يشترط لقيام المسؤولية عن الأفعال الشخصية توافر الخطأ ممن يراد متابعتهم مدنياً.

تثبت مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن بمجرد إدراج اسمه في عنوان الشركة، فلا يقبل منه أي دفع لإبعاد هذه المسؤولية عنه، غير أن هناك حالات إن توفرت يجوز له أن يدفع بها عنه تلك المسؤولية، الأمر الذي يتطلب دراسة قيام مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة أولاً، ثم التطرق للحالات التي إن توفرت جاز له المطالبة بعدم مسؤوليته.

المطلب الأول: قيام مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة:

يصبح الشريك الموصي مسؤولاً مسؤولية تضامنية ومن غير تحديد بمجرد ظهور اسمه في عنوان الشركة، لأن هذا الأخير يجب أن يشتمل فقط على أسماء الشركاء المتضامين¹ الذين تعتبر ذمهم ضماناً لوفاء ديون الشركة² لذا متى ظهر اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة طبق عليه حكم الشريك الذي يجب أن يتضمن عنوان الشركة اسمه، ألا وهو الشريك المتضامن. وبالتالي جعله يتحمل ديون الشركة من غير تحديد وبالتضامن. هذا ولا يجوز له الاحتجاج بأن اسمه قد ورد في عقد الشركة كشريك موص وأنه كان بإمكان الغير أن يعرف الحقيقة بمجرد الاطلاع على عقد الشركة، لأن القانون من شأنه أن يحمي الغير حسن النية وهو أولى بالحماية ممن أوقعه في الغلط، أي الشريك الموصي، سواء كان ذلك عن قصد أو من غير قصد³. كما لا يجوز له أن يحتج بعدم علمه بإدراج اسمه في عنوان الشركة، لأن ذلك يشكل تقصيراً في الرقابة الشيء الذي يبرر مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة⁴.

الشريك الموصي وإن كان يلتزم من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة متى أدرج اسمه في عنوان الشركة، فإن مسؤوليته هذه تكون قبل الغير. فلا تمتد إلى علاقته بالشركة والشركاء، فهو في مواجهتهم يظل محتفظاً بصفته الحقيقية كشريك موص، لذا له أن يرجع على الشركة والشركاء⁵ بما دفعه للغير زائداً عن حصته⁶.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز للشريك الموصي أن يدفع فيها مسؤوليته من غير تحديد و بالتضامن، إذا أدرج اسمه في عنوان الشركة:

كما سبق ذكره، تقوم مسؤولية الشريك الموصي، من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، إذا أدرج اسمه في عنوانها. ولا يجوز له الاحتجاج بعدم علمه بذلك، أو أنه كان يفترض بالغير أن يعلم بأنه شريك موص إذا أطلع على عقد الشركة. إلا أن هناك حالات يجوز للشريك الموصي إن توفرت أن يدفع عنه مسؤوليته تلك⁷، وهي:

- إذا علم بإدراج اسمه في عنوان الشركة ولم يسكت على ذلك بل اعترض أمام الشركة والشركاء، ويقع عبء الإثبات عليه⁸، لذا يستحسن به أن يواجهه اعتراضه بواسطة رسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام. وأن يقوم بتنبية الغير بأنه شريك موص. هنا يجب التفرقة بين نوعين من الغير؛ الغير الذي يعرفه الشريك الموصي والذي تتعامل معه الشركة عادة، يجب تنبيهه شخصياً بتوجيهه له رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام. والغير الذي لا

¹ - المادة 563 مكرر 2 ق. ت. ج.

² - المادتان 563 مكرر و 551 ق. ت. ج.

³ - الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 75.

⁴ - J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 336, n° 329 : « il semble bien que la sanction soit applicable, même au cas où l'utilisation de son nom dans la raison sociale est faite à l'insu du commanditaire. On peut alors lui reprocher un manque de surveillance qui justifie sa responsabilité indéfinie ».

⁵ - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق الذكر، ف. 122، ص. 141.

⁶ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، ف. 360-2، ص. 359.

⁷ - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، 2003، ف. 125، ص.

122 و 123،، الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 76.

⁸ - نادية فضيل، المرجع السابق الذكر، ص. 142.

يعرفه الشريك الموصي، أو الذي يحتمل أن تتعامل معه الشركة مستقبلاً ففي هذه الحالة يكتفي بالنشر في الصحف والجرائد أو بأية طريقة أخرى تكفل الإعلان، فإن علمه وجب تنبيهه شخصياً.

- إذا أثبت أن ظروف استثنائية حالت بينه وبين معرفة إدراج اسمه في عنوان الشركة دون أن ينسب إليه أي خطأ أو إهمال. كإثباته مثلاً أنه لزم الفراش حيناً من الزمن نتيجة لمرض ألزمه إياه، خلالها عمد الشركاء إلى إدراج اسمه في عنوان الشركة. ففي هذه الحالة لا يكون الشريك الموصي قد ارتكب خطأً في الرقابة يبرر قيام مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة. وعليه بمجرد علمه بذلك أن يسعى إلى الاعتراض أمام الشركة والشركاء، وأن يقوم بتنبيه الغير بذلك.

- إذا أثبت أن الغير المتضرر من إدراج اسمه في عنوان الشركة سيئ النية، أي كان يعلم بأنه شريك موص، كأن يثبت بأنه قد نبهه بذلك، أو أن يثبت بأية طريقة أخرى أنه كان يستحيل عليه أن يجهل بأنه شريك موص، مثلاً إذا كان الغير شخصاً معنوياً وكان من يتولى إدارته شريك الشريك الموصي في الشركة التي أدرج اسمه في عنوانها، فيستحيل أن يجهل صفته وأن مسؤوليته محددة بمقدار ما قدمه من حصص في الشركة¹.

في جميع الحالات على الشركاء أن يشطبوا اسم الشريك الموصي الذي أدرج اسمه في عنوان الشركة من هذا الأخير، فإن لم يفعلوا، حق له ووجب عليه أن يرفع دعوى على الشركة والشركاء يطلب فيها شطب اسمه من عنوان الشركة، فإن تراخى فيما بعد، في طلب شطب اسمه من عنوان الشركة عن طريق المحكمة، عدت كأنها إجازة لاحقة منه بإدراج اسمه في العنوان فيصبح مسؤولاً من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة.

الفصل الثاني: مسؤولية الشريك الموصي في حالة تدخله في أعمال التسيير "الخارجية":

تقوم مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، إذا قام بعمل من أعمال التسيير "الخارجية"، يختلف نطاقها باختلاف جسامه العمل وتكرار إتيانه².

المبحث الأول: قيام مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة في حال إجرائه لعمل من أعمال التسيير "الخارجية" وسبب ذلك:

تقوم مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، إذا تدخل في الإدارة، ويجب أن يكون التدخل بموجب عمل من أعمال التسيير "الخارجية". والمشرع لما رتب مثل هذا الجزاء يكون قد ارتكز على سبب هو محل اختلاف بين الفقهاء.

المطلب الأول: قيام مسؤولية الشريك الموصي حين إجرائه لعمل من أعمال التسيير "الخارجية":

يحظر على الشريك الموصي التدخل في أعمال التسيير وإلا أصبح ملتزماً من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، هذا هو المبدأ، غير أنه لا يؤخذ على إطلاقه، بل له مجال يشمل فقط أعمال التسيير "الخارجية".

أولاً- قيام مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة نتيجة مخالفته الحظر:

¹- الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 76.

²- المادة 563 مكرر 5 ق. ت. ج وتقابلها المادة 28 من القانون التجاري المصري عباس مصطفى المصري، المرجع السابق الذكر، ف. 123، ص. 142، والمادة 230 من قانون التجارة اللبناني، الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 90، والمادة 43 من قانون الشركات الأردني، فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص. 160. و بالنسبة للتشريع الفرنسي أنظر:

Art. L. 222-6 al. 2 C. com. fr.

يصبح الشريك الموصي مسؤولاً، مسؤولية من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، إضافة إلى حالة إدراج اسمه في عنوان الشركة، إذا تدخل في إدارة الشركة بقيامه بعمل من أعمال التسيير "الخارجية" ولو تم ذلك بموجب وكالة¹.

"يستوي في الحظر على الشريك الموصي أن يكون مديراً² للشركة نفسها أو لأحد فروعها... ولا يشترط أن يكون العقد قد تم على يديه فعلاً، بل يكفي للقول بالحظر أن يكون الشريك الموصي قد حضر له أو دخل في مفاوضات مع الغير بشأن إبرام التصرفات بشكل يوقعه في الغلط في صفته فيعتقد أنه شريك متضامن يمثل الشركة"³. كما "لا يجوز له أن يتدخل في إدارة الشركة حتى ولو أساء الشريك المفوض المتضامن في إدارة الشركة بل ينحصر حقه في طلب إقصاء الشريك المفوض عن الإدارة وإحلال مدير قضائي محله إذا توفرت الشروط المفروضة في هذا المجال"⁴. لذا، فلا يقبل منه أن يتعذر بأن مدير الشركة قد أساء القيام بالمهام المنوطة به، مما اضطره إلى التدخل. كما يحظر عليه أيضاً أن يعين كمدير مؤقت بعد عزل مدير الشركة⁵، إذ يمنع عليه منعاً باتاً أن يعين مديراً للشركة⁶، سواء في العقد التأسيسي أو باتفاق لاحق، ومتى تم ذلك فإنه عادة ما يقضى بتحويل الشركة من شركة توصية بسيطة إلى شركة تضامن نتيجة لتنافي وجود شريك موص في منصب مدير مما يؤدي إلى تحويله إلى شريك متضامن، فإن كان الشريك الموصي الوحيد تتحول الشركة إلى شركة تضامن⁷.

ثانياً- حدود المبدأ، حظر أعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي دون سواها:

بادئ ذي بدء ينبغي التطرق إلى أصل قاعدة حظر أعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي، ثم بعد ذلك تحديدها.

(أ) أصل قاعدة حظر أعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي:

يحظر المشرع على الشريك الموصي أعمال التسيير "الخارجية" فقط⁸، هذا معناه، بمفهوم المخالفة أنه لا يشمل أعمال التسيير الداخلية. هذه القاعدة تجرد مصدرها في اجتهاد القضاء الفرنسي بدءاً من رأي مجلس الدولة بتاريخ 20 أبريل 1809 الذي جاء فيه أن الحظر يشمل "الأعمال التي يجريها الشريك الموصي ممثلاً لشركة التوصية كمدير حتى لو تمت بوكالة". والقضاء بعد ذلك توسع في هذا المفهوم، ولم يبحث عن تدخل الشريك الموصي في

¹- المادة 563 مكرر 5 ف. 1 ق. ت. ج.

²- إن مسؤولية الشريك الموصي محددة في إطار الحصة التي يجوزها في الشركة مثل الشركاء في شركات الأموال، إلا أنه لا يمنع عليهم أن يتولوا إدارة الشركة. أنظر: بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة المادة 576 ف 2 ق. ت. ج. : "ويجوز اختيارهم خارجاً عن الشركاء" بمفهوم المخالفة يمكن اختيارهم من الشركاء. وبالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة أنظر المادة 610 ق. ت. ج. : "يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن اثنا عشر عضواً على الأكثر"، أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس المديرين أنظر المادة 643 ف. 1 من نفس القانون: "يدير شركة المساهمة مجلس مديرين يتكون من ثلاثة إلى خمسة أعضاء" والمادة 644 ف. 1 ق. ت. ج. : "يعين أعضاء مجلس المراقبة أعضاء مجلس المديرين...".

³- M.-B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 273, § 4800: « il n'est pas nécessaire que les conventions soient conclues par le commanditaire lui-même : il suffit que celui-ci les ait préparées et que les tiers aient été induits en erreur sur la qualité de l'intervenant ». Ph. MERLE, *op. cit.*, p. 174, n° 168: « la jurisprudence considère qu'il y a immixtion même si le commanditaire n'est intervenu que dans la préparation de l'acte, sans le conclure ».

⁴- حكم صادر عن قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، بتاريخ 08 أبريل 1975، مذكور من قبل: الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 93.
⁵- A. BOUGNOUX, *Sociétés en commandite simple, Fonctionnement. Gérance. Contrôle de la gérance. Décisions collectives*, Juriscl. soc. 1998, fasc. 62-50, p. 6 : « il en va également ainsi, même s'il s'agit d'une gérance provisoire, l'un des commanditaires ayant été autorisé à gérer temporairement la société après suspension du gérant : ce commanditaire devient indéfiniment responsable à l'égard des tiers de tous les engagements sociaux ».

⁶- J.- Ph. DOM, *Droit des sociétés, l'essentiel du cours, un QCM : 200 questions pour évaluer vos connaissances*, Vuibert, 2001., p. 112, n° 379: « les commanditaires ne peuvent ni être gérants, ni s'immiscer de fait dans la gestion externe de la société ».

⁷- A. BOUGNOUX, *Sociétés en commandite simple, Fonctionnement. Gérance. Contrôle de la gérance. Décisions collectives*, Juriscl. soc. 1998, fasc. 62-50., p. 6 : « il va de soi que la prohibition... interdit tout d'abord à un commanditaire de se faire attribuer ostensiblement la qualité de gérant soit par les statuts, soit par une délibération de associés. A vrai dire, cette situation est rare, et lorsqu'elle se rencontre, les tribunaux considèrent généralement que son incompatibilité avec le type de la société en commandite a pour résultat d'écarter la qualification donnée à la société ; celle-ci doit être considérée comme une SNC ... ».

⁸- المادة 563 مكرر 5 ق. ت. ج.

التسيير فحسب وإنما تعداه إلى سلوكه الذي يوحي للغير أنه يتصرف كمدير ممثل للشركة¹، ثم بعد ذلك تبنى المشرع الفرنسي هذا الاجتهاد القضائي بسنه للمادة 28 من قانون 24 جويلية 1966، مفرقا بين أعمال التسيير "الخارجية" التي يحظر على الشريك الموصي إتيانها وأعمال التسيير الداخلية المباح له القيام بها². أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه قد تبنى هذا الموقف بموجب المادة 563 مكرر 5 من القانون التجاري حين تعديله هذا الأخير بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 والسابق الذكر. وتجدر الإشارة إلى أن حظر القيام بأعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي يكون أثناء حياة الشركة فقط، فإن تم حلها يزول هذا الحظر ويكون بإمكانه إتيان تلك الأعمال وبالتالي يجوز أن يعين كمصنف للشركة³.

في الأخير ينبغي التنويه إلى أن جانب من الفقه يرى أنه يمكن أن يهجر المشرع مستقبلا نظرية حظر تدخل الشريك الموصي دون ضرر، فهي تحدث الكثير من الإزعاج أكثر من نفعها، لأنها تخلق الارتباك في نفس الشريك الموصي حول طبيعة العمل ما إذا كان من أعمال التسيير المباح له القيام بها أو المحظور عليه إتيانها⁴.

(ب) تحديد أعمال التسيير المحظورة على الشريك الموصي - أعمال التسيير الخارجية فقط دون سواها:

تتمثل أعمال التسيير المحظورة على الشريك الموصي، والتي إن أتتها قامت مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، في أعمال التسيير "الخارجية". تشمل هذه الأخيرة جميع الأعمال والتصرفات التي تجعله في صلة وعلاقة مع الغير لحساب الشركة، كإبرام العقود والصفقات والاقتراض وكذلك سحب الأوراق التجارية باسمها وخصمها، إلى غير ذلك من التصرفات التي يترك الشريك الموصي من جراء القيام بها انطبعا كأنه مسؤول عن ديون الشركة في أمواله الخاصة⁵. ويمكن وصفها بأنها جميع الأعمال التي تعطي مظهرا مظللا للشريك الموصي في أعين دائني الشركة فيجلب لها ائتمانا وهميا⁶ ضنا منهم أنه شريك متضامن، خاصة إذا كان ذا مال، حيث يظن دائنو الشركة أنه شريك متضامن يمكن الاعتماد على ذمته المالية فيقدموا على التعامل معها، ولما يتقهقر حال الشركة المالي وتعجز عن الوفاء أو ترفض ذلك، يسارعوا للمطالبة بدينهم منه فيتفاجؤوا بأنه شريك موص وأن مسؤوليته محدودة.

وعلى عكس أعمال التسيير "الخارجية" توجد أعمال التسيير الداخلية، هذه الأخيرة غير محظورة على الشريك الموصي⁷ لأنه "ليس من شأنها أن توقع الغير في الغلط في حقيقة مركز - الشريك - الموصي والتي لا تخرج تخرج عن كونها استعمالا لحقه كشريك"⁸ ولأنها "تضع الشركاء الموصين في صلة وعلاقة مع الشركاء المتضامين"

¹ - J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 342, n° 334: « ... dans un avis du Conseil d'Etat du 20 avril 1809, selon lequel la prohibition n'est applicable qu'aux actes que les associés commanditaires font, en représentant comme gérant la maison commanditée, même par procuration. La jurisprudence a largement développé cette idée et recherche non seulement si le commanditaire a participé à la gestion mais si, par son attitude, il a laissé croire aux tiers qu'il agissait en tant que gérant représentant la société ».

² - G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 1, Vol. 2, par M. GERMAIN, L.G.D.J., 1996., p. 667, n° 880: " la loi de 1966 a recueilli la distinction faite par la jurisprudence entre les actes de gestion externe qui sont interdits et ceux de gestion interne qui ne le sont pas ".

³ - J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 344, n° 335.

⁴ - J. HILAIRE, H. MERLE et H. SERBAT, sous la direction de A. VIANDIER, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, Librairies techniques, 1993, p. 193, n° 244: « la théorie de la défense d'immixtion du commanditaire pourrait être abandonnée sans grand inconvénient par le législateur de l'avenir ... elle crée plus de gêne qu'elle ne donne de bons résultats, car elle jette le trouble dans l'esprit du commanditaire sur la détermination des actes qui lui sont permis ou défendus ».

⁵ - M. SALAH, *op. cit.*, p. 333, n° 590: « ...les actes qui mettent le commanditaire en rapport avec les tiers, pour le compte de la société. Il en est généralement ainsi des marchés conclus au nom de la société, de la négociation des emprunts et de la signature des effets de commerce... En effet, par son immixtion dans la gestion, le commanditaire laisse croire qu'il est tenu du passif social sur ses biens personnels ».

⁶ - P. PIC, *La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion des sociétés et la crise actuelle*, D. H. 1933, chron., p. 21: « seraient, en d'autres termes, des actes d'immixtion prohibée, tous actes extérieurs qui, émanant du commanditaire, risqueraient d'abuser les créanciers sur sa véritable qualité, et tendraient à procurer à la société un crédit trompeur ».

⁷ - M. SALAH, *op. cit.*, p. 334, n° 590: « l'article 563 bis 5 du Code de commerce vise l'interdiction des seuls actes de gestion externe. Reste donc permis au commanditaire l'accomplissement des actes de gestion interne ».

⁸ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، ص. 366، ص. 362.

¹ دون الغير، فالشركاء المتضامنين لا تخفى عليهم صفة وحقيقة الشركاء الموصين ويستحيل أن تلتبس عليهم. وهي "تتعلق إما بتنظيم المؤسسة أو أيضا إدارتها الداخلية أو توجيه نشاط الشركة الذي ينبغي توضيحه من قبل الشركاء"². ومن أمثلتها الآراء والاستشارات وأعمال الرقابة والتفتيش وأيضا أعمال تنظيم الإدارة وتعيين مدير جديد أو عزله وكذلك منح الإذن المسبق للمدير للقيام ببعض التصرفات التي تتجاوز حدود السلطات الممنوحة له³، له³، فإن تجاوزها تجاز تلك التصرفات في إطار جمعية الشركاء⁴. وبالنسبة للتشريع الجزائري، المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري لم يعن بإعطاء أمثلة عن أعمال التسيير الداخلية، على خلاف كل من المشرع اللبناني⁵ والمشرع الأردني⁶ والفرنسي⁷ الذين قاموا بذكر بعض الأمثلة للأعمال التي لا يشملها الحظر وبإمكان الشريك الموصي القيام بها دون أن تقوم مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة.

بالإضافة لما سبق ذكره يمكن للشريك الموصي أن يرتبط مع الشركة بعقد عمل لا يجعله في علاقة مباشرة مع الجمهور⁸، يمكنه من تمثيلها في القيام بالمبادلات التجارية وإبرام العقود⁹، حيث يستطيع أن يكون حتى مديرا تقنيا تقنيا بالرغم من خطر الالتباس الذي قد ينشئه اسم هذا العمل - مدير تقني - وطبيعة المهام المسندة له¹⁰ المهم ألا يتعامل مع الغير باسم الشركة¹¹، كما يمكنه أن يتعاقد مع الشركة نفسها " كأن يشتري منها بضاعة أو يقرضها مالا، أو يؤجرها محلا لممارسة تجارتها فيه، أو أي عقد آخر شرط ألا يوليه سلطة الإدارة. ويجوز للموصي أن يكفل الشركة في التزاماتها تجاه الغير أو أن يقدم تأمينا أو رهنا لدائنيها شرط أن يقوم بذلك ليس كشريك موص، بل كشخص من الغير يؤدي كفالة لمص—لحتها"¹².

بناء على ما تقدم يحظر على الشريك الموصي التدخل في أعمال التسيير "الخارجية" التي تجعله في صلة وعلاقة مع الغير، مما يؤدي بهذا الأخير إلى الوقوع في خطأ ظنا منه أن من يتعامل معه شريك متضامن مسؤول من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، ذلك أن الشريك الذي يمكنه القيام بتسيير شركة التوصية البسيطة هو الشريك المتضامن. ويجوز للشريك الموصي القيام بأعمال التسيير الداخلية التي لا تجعله في صلة وعلاقة مع الغير.

¹ - G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 668, n° 880 : « les actes de gestion externe qui sont interdits et ceux de gestion interne qui ne le sont pas ... les seconds ne mettent en rapport que les commandités et les commanditaires ».

² - J. HÉMAR, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 344, n° 335 : « ... concernent seulement, soit l'organisation de l'entreprise (ou encore son administration intérieure), soit l'organisation de l'activité sociale, à définir entre associés ».

³ - Civ., 28 mai 1921, in. R. HOUIN et B. BOULOC, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1976, p. 225 : « ... attendu qu'il résulte de ces appréciations que ces délibérations ne présentaient pas le caractère des actes de gestion extérieure, seuls interdits aux commanditaires... ».

⁴ - هذه الأمثلة هي قضائية حدد بموجبها القضاء أعمال التسيير الداخلية، لمزيد من المعلومات أنظر:

M. SALAH, *op. cit.*, note n° 1, pp. 335 et 336.

ثم بعد ذلك اعتنى المشرع الفرنسي بتقنينها بموجب المادة 18 من المرسوم رقم 67-236 الصادر بتاريخ 23 مارس 1967، وهي حاليا المادة 222-2 R. من القانون التجاري الفرنسي.

Art. R. 222-2 C. com. fr.: « Les avis et les conseils, les actes de contrôle et de surveillance de l'associé commanditaire ne constituent pas des actes de gestion externe au sens de l'article L. 222-6 ».

⁵ - المادة 230 من القانون التجاري اللبناني: " على أن أعمال مديري الأشغال والآراء والنصائح التي تسدى إليهم والترخيص لهم في إجراء أعمال تتجاوز حدود سلطتهم كل ذلك لا يعد من أعمال التدخل " إليس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 91.

⁶ - المادة 43 من قانون الشركات الأردني: " إنما يجوز له أن يطلع على دفاترها وحساباتها والسجلات الخاصة بالقرارات المتخذة في سياق إدارتها وأن يستوضح عن حالتها وأمرها ويتداول والشركاء الآخرين بشأنها " عزيز العكيلي، المرجع السابق الذكر، ف. 106، ص. 173.

⁷ - Art. R. 222-2 C. com. fr.

⁸ - F. LEMEUNIER, *Société en nom collectif, société en commandite simple, société en participation, création, gestion*, Encyclopédie Delmas, 1999., p. 224, n° 1909 : « un commanditaire peut également occuper dans la société un emploi salarié qui ne le met pas en rapport avec le public ».

⁹ - D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, Armand Colin, 13^{ème} éd. 2000., p. 166, n° 366 : « le commanditaire peut être employé par la société dans toutes sortes de fonctions mais celles-ci ne doivent pas le conduire à représenter la société dans des transactions ou des contrats avec les tiers ».

¹⁰ - G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 668, n° 881 : « le commanditaire peut être directeur technique en vertu d' un contrat de travail, malgré le danger de confusion avec la gérance que le titre et les fonctions peuvent faire naître ».

¹¹ - M. SALAH, *op. cit.*, p. 335, n° 590 : « Il lui est même possible de se lier avec celle-ci par un contrat de travail à condition que les fonctions qu' il exerce en qualité de salarié ne le conduisent pas à traiter avec les tiers au nom de la société ».

¹² - إلياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 111 و 112.

وتبقى السلطة التقديرية للقاضي لتحديد ما إذا كان التصرف من أعمال التسيير "الخارجية" المحظورة أو أعمال التسيير الداخلية المباح إتيانها¹.

المطلب الثاني: سبب حظر أعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي:

لقد اختلف في تحديد سبب حظر المشرع أعمال التسيير "الخارجية" على الشريك الموصي وترتيبه قيام مسؤوليته عن ديون الشركة إن خالفه؛ فمنهم من يرى أن هذا المنع مقرر على أساس التفرقة بين الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين، ومنهم من يرى أنه لحماية الغير وحماية الشركاء المتضامنين، ومنهم من يرد ذلك لأسباب تاريخية.

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن سبب منع الشريك الموصي من القيام بعمل من أعمال التسيير "الخارجية"، يرجع إلى التفرقة القائمة بين الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين "فمن الطبيعي أن يكون الدور الرئيسي في تسيير الشركة من حظ الشركاء المتضامنين الذين يسألون مسؤولية مطلقة في كل أموالهم، فهم أحرص على مصالح الشركة لأنهم يربطون وجودهم بوجودها، وحسب الشركاء الموصين أنهم قد حددوا مسؤوليتهم عن ديون الشركة منذ بداية تكوينها"²، لذا يحظر عليهم القيام بأي عمل من أعمال التسيير "الخارجية".

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الهدف من منع الشريك الموصي من القيام بعمل من أعمال التسيير "الخارجية" هو حماية الغير وحماية الشريك المتضامن نفسه من تصرفات الشريك الموصي³.

تتجلى حماية الغير في درء وقوعه في خطأ في حقيقة مركز الشريك الموصي فيعتقد أنه شريك متضامن مسؤول عن ديون الشركة مسؤولية غير محدودة، ثم يتبين بعد ذلك أنه شريك موص لا يسأل إلا في حدود حصته، لذا يجب ألا يكون هناك احتمال لبس في التمييز بين الطائفتين من الشركاء بالنسبة للغير⁴. ويستدل على هذا من طبيعة الجزاء الجزاء على مخالفة هذه القاعدة وهو قيام مسؤولية الشريك الموصي عن ديون الشركة في كل أمواله⁵.

أما حماية الشركاء المتضامنين من الشركاء الموصين، تظهر في صورتين؛ الصورة الأولى تتجلى في كون الشركاء المتضامنين مسؤولين مسؤولية من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، الأمر الذي لا يصح معه " أن تترك مقدراتهم - أموالهم - وتعرضهم للمسؤولية، في يد شريك قد لا تمنعه مسؤوليته المحدودة، من القيام بتصرفات غير مسؤولة لا يتوخى فيها الحذر، مما يعرض الشركة إلى مخاطر قد تتعدى إمكانياتها المالية وبالنهاية يتحمل تبعه ذلك التصرف الشركاء المتضامنون"⁶. أما الصورة الثانية تظهر من خلال حماية الشريك المتضامن من تأثير شريك موص يكون في مركز أقوى منه، خاصة ماديا كالبنك مثلا، مما يجعله مهيمنا عليه متحكما فيه⁷، "هذه الصورة الثانية أدت إلى

¹- P. PIC, *op. cit.*, p. 25: « les juges du fond ont d'ailleurs, en ce qui concerne les faits constitutifs des actes de gestion, un pouvoir d'appréciation souverain ».

²- الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 95.

³- نادية فضيل، المرجع السابق الذكر، ص. 145.

V. aussi., R. RODIÈRE, *Droit commercial, groupements commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd. 1977., p. 110, n°99: « Après le code de commerce, on avait parfois expliqué cette défense d'immixtion des commanditaires par l'intérêt des associés en nom... Aussi, préfère-t-on expliquer cette défense d'immixtion par l'intérêt des tiers ».

⁴- A. BOUGNOUX, *op. cit.*, p. 5: « il faut qu'aux yeux des tiers aucune confusion ne soit possible entre les deux catégories d'associés, commandités et commanditaires, afin qu'en traitant avec la société, les tiers ne prennent pas en considération le crédit personnel du commanditaire: c'est là une règle de loyauté, qui interdisait aussi... de figurer dans la raison sociale d'autres noms que ceux des commandités ». V. aussi, F. ANOUKAHA et autres, *Sociétés commerciales et G.I.E. Collection droit uniforme africain*, Juriscope, 2002., p. 355, n° 724: « cette règle... est destinée à assurer la protection des tiers, qui ne doivent pas être exposés au risque d'être induits en erreur sur la situation du commanditaire, qu'ils pourraient prendre pour un associé indéfiniment responsable ». Y. FAURE, *la société en commandite simple et les établissements de crédit*, Banque et droit 1996, n° 46, p. 17: « cette défense d'immixtion du commanditaire est destinée à protéger les tiers, car l'intervention de celui-ci dans la gestion pourrait laisser croire qu'il est tenu au passif social de manière illimitée comme les associés commandités ».

⁵- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الرابع في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ف. 106، ص. 172.

⁶- فوزي محمد سامي، المرجع السابق الذكر، ص. 161.

⁷- G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 667, n° 879. V. aussi, A. BOUGNOUX, *op. cit.*, p. 5: « le commandité - qui généralement gère la société- est responsable sur tous ses biens et doit donc être protégé contre une intervention excessive des commanditaires dans la conduite des affaires sociales; ceux-ci pourraient le dominer à tel point qu'il ne serait plus qu'un homme de paille ».

إلى تطبيق صارم لمبدأ الحظر، بحيث اشترط حماية الشريك المتضامن حتى من تجاوز السلطات التي قد يرتكبها الشريك الموصي في سير العمل الداخلي للشركة¹. بناء على ما تقدم تظهر حماية الشركاء المتضامنين من خلال حظر تدخل الشريك الموصي في أعمال التسيير "الخارجية"، في حمايتهم من قيام هذا الأخير بعمليات مضاربة شديدة الخطر دون تحرز أو احتياط مطمئنا إلى تحديد مسؤوليته²، وحمايتهم من تأثير وهيمنة الشريك الموصي عليهم، إذا كان هذا الأخير في مركز أقوى منهم، خاصة ماديا.

بالنسبة للرأي الأول والثاني، يعاب عليهما أنه يمكن للغير أن يكون مديرا للشركة ويظهر بمظهر الشريك المتضامن، وبإمكانه القيام بأعمال التسيير الخارجية التي قد تكون نتائجها وخيمة على الشركة والشركاء، بالإضافة إلى أن الشريك الموصي له مصلحة مباشرة في الشركة على خلاف الغير الذي يعهد له بالإدارة فقد لا يكون حريصا كالشريك الموصي، بالرغم من هذا، فإن هناك من يرى³ أن إدارة الشركة من قبل شخص غير شريك يعلم يعلم الغير صفته هذه ويدركون أنه ليس بشريك متضامن، خير من أن يقوم بها شريك موصي ويضن الغير أنه شريك متضامن. لذا فإن جانبا من الفقه يرد سبب تقرير المشرع مسؤولية هذا الأخير من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة لأسباب تاريخية.

الرأي الثالث: يرى جانب من الفقه⁴، أن مرد تقرير مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة حين قيامه بعمل من أعمال التسيير "الخارجية" تعود "في الواقع، إلى أصلها التاريخي، حيث كان الموصي ممولا يسلم أمواله للشريك المتضامن حتى يستثمرها لحسابهما المشترك دون أن يظهر الموصي كشريك متضامن حيال الغير، إذ أن وضعه الاجتماعي والسياسي أو المهني كان يحول عادة دون إدارة المشروع تجاريا". فقاعدة "منع الشريك الموصي من الإدارة قاعدا قديمة ترجع إلى تاريخ ظهور هذا النوع من الشركات، والتي ظهرت في أوروبا في القرون الوسطى، وكانت تمثل مخرجا للطبقات التي كان يمنع عليها مزاولة التجارة، كالنبلاء ورجال الكنيسة وغيرهم، لاستثمار أموالهم بدون أن يظهرها بمظهر التجار. كما كانت شركة التوصية البسيطة تمثل تحايلا على أنظمة الكنيسة التي كانت تحرم عقد القرض بفائدة ربوية. فالشريك الموصي كان في الأصل مقرضا يخالف أحكام الكنيسة، وشخصا ذا مركز اجتماعي محظور عليه الظهور بمظهر التاجر أمام الغير، وقد ترتب على ذلك أن الشريك الموصي يعمل في الخفاء من دون أن يظهر عندما يتعامل الشركاء المفوضون - المتضامنون - مع الغير"⁵. بالإضافة إلى أن "جاك سافاري" ذكرها في مؤلفه "التاجر الكامل" وحرص المشرع الفرنسي فيما بعد على تقنينها⁶، وبالتالي، فإن أصحاب هذا الرأي يردون سبب منع الشريك الموصي من القيام بأي عمل من أعمال التسيير الخارجية إلى أصلها التاريخي وكيفية ظهورها.

المبحث الثاني: نطاق مسؤولية الشريك الموصي في حالة تدخله في أعمال التسيير "الخارجية":

¹ - G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 667, n° 879 : « cette seconde raison conduirait à une application plus stricte de la défense d'immixtion car elle exigerait que le commandité soit protégé contre les abus de pouvoir que le commanditaire pourrait commettre dans le fonctionnement interne de la société ».

² - الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 95.

³ - R. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 110, n°99 : « certes, les tiers peuvent également se méprendre lorsque la gestion est confiée à un étranger à la société, mais la méprise est plus à craindre parce que l'ambiguïté est plus grande lorsqu'il s'agit d'un associé (on sait que M. X... est associé, ce qui est vrai, mais on ne sait pas qu'il est seulement commanditaire) que lorsqu'il s'agit d'une personne absolument étrangère à la société ».

⁴ - جاك الحكيم، مذكور من قبل فوزي محمد سامي، المرجع السابق الذكر، ص. 162.

⁵ - الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 96.

⁶ - محمد فريد العريني، المرجع السابق الذكر، ف. 136، ص. 123.

حسب ما ورد في المادة 563 مكرر 5 الفقرة 2 من القانون التجاري يتحمل « الشريك الموصي الذي يتدخل في أعمال التسيير "الخارجية" بالتضامن مع الشركاء المتضامنين ديون الشركة عن الأعمال التي يشملها الحظر وقام بها. فإن بلغ هذا التدخل حدا من الجسامة، بحيث يتدخل في جميع أعمال التسيير الخارجية الخاصة بالشركة أو مجملها، جاز تحميله المسؤولية عن جميع ديون الشركة أو بعضها»¹. وعليه، فإن نطاق مسؤولية الشريك الموصي يختلف باختلاف عدد وأهمية الأعمال المحظور القيام بها، وهذه الأعمال "يمكن إثباتها عن طريق كافة وسائل الإثبات في الميدان التجاري كالدفاتر التجارية، المراسلات، شهادة الشهود وحتى القرائن"².

المطلب الأول: مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة المترتبة عن الأعمال التي يشملها الحظر وقام بها :

في هذه الحالة يكون الشريك الموصي قد قام بأعمال تسيير "خارجية" منفردة ملزمة للشركة، لذا ينبغي "أن تكون في حدود السلطات الممنوحة للمدير في العلاقات مع الغير، حتى لو تجاوزت تلك المخصصة للإدارة بموجب القانون الأساسي"³. فيكون حينئذ ملتزما من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة الناتجة عن الأعمال الخارجية التي قام بها والتزمت بها الشركة⁴ كما لو كان شريكا متضامنا⁵. يعتبر هذا الجزء⁶ الحد الأدنى الذي يمكن أن يحكم به القاضي وهو إجباري⁷ ويقع بقوة القانون⁸، أي ليس للقاضي أي سلطة تقديرية للحكم به أو عدمه. فتمتد بتدخل الشريك الموصي في عمل من أعمال التسيير "الخارجية" للشركة، وجب على القاضي الحكم على الشريك الموصي بمسؤوليته من غير تحديد في ذمته المالية وبالتضامن مع الشركة وباقي الشركاء المتضامنين عن الالتزامات الناشئة عن العمل الذي قام به، متى طلب منه ذلك⁹ من قبل الغير الذي تم التعاقد معه، إذ لا يقبل من أحد من الغير لم يكن طرفا في عمل التسيير "الخارجي" الذي تجاوز به الشريك الموصي الحظر أن يطلب تقرير مسؤولية هذا الأخير من غير تحديد وبالتضامن.

المطلب الثاني: مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة كلها أو بعضها :

إذا تعددت أعمال التسيير "الخارجية" التي أجزاها الشريك الموصي أو بلغت حدا من الأهمية والجسامة، يمكن أن يلزم بكافة ديون الشركة أو بعضها¹⁰. فالشريك الموصي يجوز أن تقرر مسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن ليس فقط عن أعمال التسيير الخارجية التي أجزاها وإنما عن كل التزامات الشركة أو بعضها. وقيام مسؤولية الشريك

¹ - M. SALAH, *op. cit.*, p. 333, n° 590: « la loi prévoit une gradation dans la sanction ; et suivant le nombre et l'importance des actes prohibés commis par le commanditaire, ce dernier peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques uns seulement ».

² - P. PIC, *op. cit.*, p. 25: « l'immixtion du commanditaire peut être prouvée par tous les modes de preuve usités au commerce : livres, correspondance, preuve testimoniale ou même présomptions ».

³ - J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 344, n° 336 : « la société est engagée par tout acte du commanditaire entrant dans les pouvoirs conférés au gérant dans les rapports avec les tiers, même si cet acte excède ceux attribués à la gérance par les statuts ».

⁴ - M. SALAH, *op. cit.*, p. 332, n°590 : « le commanditaire ne peut être gérant de droit ou de fait, sous peine d'être tenu solidairement avec les commandités des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés ».

⁵ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، ف. 367، ص. 363.

⁶ - كان هذا الجزء في القانون التجاري الفرنسي لعام 1807 قاسيا لأنه كان يقضي بتحمل الشريك الموصي الذي تدخل في عمل من أعمال التسيير الخارجية ديون الشركة كلها من غير تحديد وبالتضامن، وليس فقط ديون العمل الذي قام به، إلا أنه عدل عن هذا الموقف وخففه بتعديله للمادة 28 من القانون التجاري الفرنسي بموجب قانون 6 ماي 1863، وقرر مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن الأعمال التي قام بها وشملها الحظر. أنظر:

D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 167, n° 367.

⁷ - J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 344, n° 336 : « c'est la sanction minimale qui puisse atteindre le commanditaire et elle est obligatoire », V. aussi, A. BOUGNOUX, *op. cit.*, p.10 : « En principe, le commanditaire n'est indéfiniment responsable que des conséquences des seuls actes passé par lui... c'est la sanction minimale ; elle est obligatoire ».

⁸ - نادية فضيل، المرجع السابق الذكر، ص. 147.

⁹ - لأن القاضي لا يحكم بما لم يطلب منه أو أكثر مما طلب منه وإلا كان حكمه محل التماس إعادة النظر، أنظر المادة 194 ف. 2 ق. 1 م.

¹⁰ - المادة 563 مكرر 5 ف. 2 ق. ت. ج.

الموصي بهذه الطريقة هي جوازية، بحيث يبقى الأمر "متروكا لتقدير القضاء مستهديا بعدد وجسامه أعمال التسيير "الخارجية" التي قام بها الشريك الموصي¹ وما ترتب على ذلك من أثر بالنسبة إلى الغير"². وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "إذا ثبت للمحكمة أن الشريك الموصي قد تدخل في إدارة الشركة وتغلغل في نشاطها بصفة معتادة وبلغ تدخله حدا من الجسامه كان له أثر على ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال، فإنه يجوز للمحكمة أن تعامله معاملة الشريك المتضامن وتعتبره مسؤولا عن كافة ديون الشركة وتعهداتها"³. لذا تترتب مسؤوليته كالشريك المتضامن عن ديون الشركة كلها أو بعضها، لفترة معينة أو غير معينة، تبعا لعدد وأهمية وجسامه أعمال التسيير "الخارجية" التي قام بها⁴. ولا يكون ملتزما من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة قبل الغير الذي تعاقد معه فقط، وإنما قبل جميع دائني الشركة عن الديون التي تحددها المحكمة حتى ولو لم يكن للشريك الموصي دخل في العقود التي رتبت تلك الديون على الشركة⁵.

يعد الشريك الموصي الذي يتدخل في أعمال التسيير الخارجية كأنه شريك متضامن تطبيقا "لنظرية المظهر الذي يحل محل الحقيقة ويقوم مقامها، إذ أن الموصي الذي يقوم بأعمال التسيير "الخارجية" يظهر أمام الغير بمظهر الشريك المتضامن. ومن ثم يجب أن تتمحي صفته المستترة كشريك موص أمام صفته الظاهرة كشريك متضامن إزاء الغير الذين اعتقدوا أنهم يتعاملون مع شريك متضامن"⁶. فيجب ألا يغير ذلك من حقيقة مركزه كشريك موص في علاقته مع بقية الشركاء، حيث يستطيع أن يرجع عليهم بما دفعه زيادة على حصته في الشركة⁷.

بالإضافة إلى الجزاء السابق المتمثل في تقرير مسؤولية الشريك الموصي من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة جراء تدخله في أعمال التسيير "الخارجية" الخاصة بها، يمكن لدائني الشركة مقاضاته أمام القسم التجاري على الأقل من قبل الغير الذي تعاقد معه، باعتباره قد قام بأعمال تجارية تعطي لهذا القسم الاختصاص في النظر بالمنازعات الناجمة عنها⁸، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بتدخل الشريك الموصي في أعمال التسيير الخارجية يكون يكون في منزلة المدير الواقعي، لأنه وإن لم يعين كمدير في القانون التأسيسي للشركة أو في عقد لاحق إلا أنه يكون مارس صلاحيات المدير وظهر بمظهره، مما يبرر إخضاعه للتسوية القضائية والإفلاس إن كان ما يبرر ذلك⁹.

¹- M. SALAH, *préc.*

²- مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، ف. 367، ص. 364.

³- فوزي محمد سامي، المرجع السابق الذكر، ص. 165.

⁴- الياس ناصيف، المرجع السابق الذكر، ص. 102.

⁵- J. HÉMAR, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 346, n° 336: « la sanction plus sévère de la responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard de tous les engagements sociaux est prononcée à son encontre, tous les créanciers de la société peuvent agir contre lui ... ».

⁶- مصطفى كمال طه، المرجع السابق الذكر، هامش رقم 1، ص. 363.

⁷- عزيز العكيلي، المرجع السابق الذكر، ف. 106، ص. 165.

⁸- A. BOUGNOUX, *op. cit.*, p.10: « le commanditaire qui s'imisce dans la gestion, soit qu'il effectue des actes isolés, soit qu'il se comporte en véritable gérant, se trouve accomplir des actes de commerce qui le rendent justiciable du tribunal de commerce, tout au moins à l'égard des tiers qui ont contracté avec lui ».

⁹- المادة 224 ق. ت. ج: "في حالة التسوية القضائية لشخص معنوى أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا".

نفقة الابن والمكفول-وجهه النشابه والاختلاف-



الدكتورة : فتيحة الطلحاوي باحثة في القانون

الخاص تخصص القانون المدني المعمق بالرباط

مقدمة :

تشمل النفقة حسب المادة 189 من مدونة الأسرة " الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد ... "

وتعد البنية الشرعية أي الولادة من زواج شرعي من الأسباب الموجبة للنفقة على أساس أن الأب هو الذي تسبب في إيجاد أبنائه - فهم جزء منه - وتستند نفقتهم على قرابة الدم ، فالولد ينسب إلى أبيه ولا يشاركه أحد في هذا النسب ونفقته حق له تثبت بإثبات النسب.

إذا كانت هذه هي القاعدة ، فان نفقة الالتزام إستثناء وصورته الكفالة وهي كما نص عليها القانون¹ المنظم لها " كفالة طفل مهممل بمفهوم هذا القانون ، هي الالتزام برعاية هذا الأخير و تربيته وحمايته والنفقة عليه ، كما يفعل الأب مع ولده ، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث ."

وأكدت المادة 22 من نفس الظهير أعلاه على أن الكافل يتحمل تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة عليه ...

فهل يتمتع المكفول بحق النفقة-أثناء قيام الرابطة الزوجية بين الزوجين الكافلين وبعد انفصامها- مثله مثل الابن الشرعي؟

المبحث الأول : نفقة الابن الشرعي.

المطلب الأول : أثناء قيام الرابطة الزوجية بين الأبوين.

¹ - بتاريخ 13 يونيو 2002 ، صدر ظهير شريف رقم 1.02.172 ، بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ناسخا في مقتضياته المتعلقة بجميع مقتضيات الظهير الشريف بمطابقة قانون 1.93.165 الصادر في 10 شتنبر 1993.

نصت المادة 197 من المدونة على ما يلي : " النفقة¹ على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام هذه المدونة " ، لذلك يكفي لوجوب النفقة على الأب أن يكون قادرا على الكسب ولا يشترط يساره ، وحفاظا على مصالح القاصر ، يتحمل الزوجان معا واجب النفقة كلما كان للزوجة مال² فقد نصت المادة 199 من المدونة على أنه " إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده ، وكانت الأم موسرة وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب " .

طبقا لهذا النص تجب النفقة على الأم إذا توفر شرطان أساسيان :

1 - عجز الأب عن النفقة :

وفي هذه الحالة هو المكلف بإثبات العسر ، وللام أن تثبت خلاف ذلك.

2 - يسر الأم : وتكون هي المكلفة هنا بإثبات أنها غير موسرة حتى تتخلص من هذا الالتزام التشريعي ، وللأب أن يثبت خلاف ذلك.

ومتى تحقق الشرطان أعلاه ، وجب على الأم أن تنفق على أولادها بمقدار ما عجز عنه الأب ، ولتطبيق هذا الحكم يجب التحري بشأن عجز الأب عن الإنفاق ، وهل هو كلي أو جزئي³.

وتجدر الإشارة هنا ، إلى أن قوانين العديد من الدول أقرت وجوب نفقة الأم حماية للابن ، ومنها مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي اعتبرت الأب الشرعي للطفل مطالبا بصفة رئيسية بالإنفاق على هذا الأخير وتلبية حاجياته الحياتية والدراسية ، عملا بأحكام الفصل 23 من م.أ.ش الذي نص في فقرته الرابعة على أنه " ... على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالمهم في نطاق مشمولات النفقة ... " ، كما أنها اعتبرت الأم مطالبة بالإنفاق على الطفل أيضا وذلك حسب إحدى صفتين :

- بصفتها مدينة " تكميلية " بواجب الإنفاق على الولد ، وذلك على أساس واجب التعاون القائم بين الزوجين طوال قيام الرابطة الزوجية ، حيث ورد صراحة بالفصل 23 من م.أ.ش " ... الزوجان يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم... "

ومن أبرز أوجه التعاون التي أقرها المشرع التونسي بتنتيخ 12 جويلية 1993 الواجب الجديد المحمول على الزوجة والمتمثل في النفقة، حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من م.أ.ش على أنه " ... على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال " .

- وبصفتها مدينة " احتياطية " بواجب النفقة على أبنائها ، وذلك في صورة عسر الأب عملا بأحكام الفصل 47 من م.أ.ش الذي ينص على أن " الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها " . وكذلك في صورة وفاة الأب حيث تصبح الأم بقوة القانون حاضنة وولية شرعية على الطفل بصفة تلقائية عملا بأحكام الفصلين 57

1 - النفقة لغة : هي الإخراج ، وتعني ما يخرج الإنسان على عياله ، وشرعا يقصد بها الطعام والكسوة والسكنى.

2 - يرى بعض فقهاء القانون أن النفقة يظهر عليها أثر التطور الاقتصادي (عبر التاريخ) ... ثم بداية المرحلة الحديثة التي أصبح الزوج والزوجة فيها من جديد يتحملان النفقة ، (عبد البني ميكو ، الوسيط في شرح مدونة الاحوال الشخصية ، بدون سنة ، ص 280).

3 - محمد الكشور ، أحكام الحضانة - دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء ، سنة 2004 ، ص : 143 - 144.

و 154 من م أش¹ ونفس الحكم نص عليه قانون الأسرة² الجزائري حيث جاء في المادة 75 منه ما يلي " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ... " ، وتضيف المادة 76 أنه " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

ويبقى الأب بصفته المكلف الرئيسي بنفقة ابنه إلى أن يصير قادرا على كسب ما يكفيه من ضرورياته ، وقد نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 198 على ما يلي " تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد ، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته.

وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها، ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب "

فمن خلال هذا النص ، حدد المشرع السن الذي تنتهي فيه النفقة بكيفية عادية بالوصول إلى سن الرشد القانوني ، وهي قد تستمر استثناء إلى حدود إتمام سن خمس وعشرين سنة من العمر متى كان الولد يتابع دراسته إذ مصلحة الطفل في هذه الحالة الأخيرة تفرض ذلك.

وقد اعتد المشرع بالوضعية الخاصة بالبنت فقرّر أن نفقتها لا تنتهي إلا بإثبات أنها تتوفر على الكسب ، أو بوجوب تلك النفقة على زوجها بالبناء بها أي بدخوله بها دخولا صحيحا.

ولم يغفل المشرع حالة الأطفال المصابين بإعاقة بدنية أو ذهنية والعاجزين عن الكسب حيث تستمر نفقة الأب عليهم ما داموا على حالتهم تلك.

المطلب الثاني : بعد انفصام الرابطة الزوجية :

لقد سبق الذكر أن النفقة وفق المادة 189 من مدونة الأسرة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج ، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد ، فهذه المصاريف يؤديها الأب بصورة تلقائية خلال استمرار الحياة الزوجية بينه وبين الأم دون تحديد النفقة بقدر معين ، على سبيل التخصيص ، لكن الأمر يختلف في حالي انفصال الزوجين وانضمام الابن في سن الحضانة إلى أمه أو إلى حاضنة غيرها - في حالة وفاة هذه الأخيرة أو عدم صلاحيتها - وامتناع الأب أو الولي عن أداء مستحقات الطفل.

ففي هاتين الحالتين ، يتعين تحديد النفقة بمقدار معين تحدد قيمته بالنقود ، ويراعى في تقديرها التوسط ودخل الملتزم بالإنفاق ، وحال مستحقيها ومستوى الأسعار وما تواضع العرف على اعتباره نفقة ، وكذلك ما جرت به عادة الناس واستعمالاتهم بشرط أن يقر الشرع هذه الأعراف والعادات، وبالنسبة لنفقات التعليم تدخل فيها³ مصاريف النقل والأدوات المدرسية دون إلزام المكلف بأداء مصاريف المدارس الخاصة مبدئيا ، إلا إذا كان الطفل يتابع دراسة معينة في مدرسة خاصة وكان نقله منها قد يتسبب في عرقلة دراسته؛ ففي هذه الحالة ينبغي دراسة الموضوع بعناية للتوفيق بين إمكانيات الأب الحقيقية وأداء واجب الدراسة وبين مصلحة الطفل في إنهاء دراسته في مرحلة معينة.

1 - محمد الحبيب الشريف ، شرح مجلة حماية الطفل ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 1 ، سنة 2002 ، ص : 120 - 121 .

2 - عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، سنة 2004 ، ص 54 - 55 .

3 - أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع والقانون ، 1995 دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ص : 7 .

أما مصاريف التطبيب يدخل فيها ما يحتاجه الولد للحفاظ على صحته والعلاج عند الاقتضاء ، وإذا كان مصابا بمرض مزمن فإن أباه ينفق بقدر استطاعته¹ ، وإلى جانب مشمولات النفقة المذكورة ، تجب السكنى على الأب كما نصت المادة 168 من المدونة السابق الإشارة إليها " ... يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم ، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكراهه .. "

وضمنا لتحصيل مبلغ النفقة ومصاريف السكن ، نصت المادة 191 من المدونة على التالي : " تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة ، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه ، أو اقتطاع النفقة من منبع الربيع أو الأجر الذي يتقاضاه ، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة ، الحكم الصادر بتقدير النفقة يبقى سارى المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يخل محله ، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة " .

وإذا امتنع الأب عن أداء مستحقات أبنائه ، وطالبت الحاضنة بها عن المدة التي توقف فيها هذا الأخير عن أدائها فإنه يحكم عليه بها عن تلك المدة كلها.² شأنها في ذلك شأن نفقة الزوجة ، بخلاف نفقة الأبوين حيث أنه لا يحكم بها إلا عن المدة التي تبتدئ من تاريخ رفع الدعوى ، وفي هذا تنص المادة 200 على ما يلي : " تحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الأداء " .

فهذه المادة تضمن للقاصر استيفاء كامل مستحقاته ، وتحصيل كل نفقته من تاريخ امتناع والده عن دفعها ، بخلاف المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري³ التي نصت على ما يلي : " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " .

ولأهمية النفقة بالنسبة لحياة الطفل ونموه ، فقد استوجب المشرع المغربي في المادة 190 من المدونة ، البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد.

وأكد الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية⁴ على البت في طلبات النفقة باستعجال وتنفيذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن.

وتجدر الإشارة إلى أن طلب النفقة لا يوجب توفر المدعي على سن الرشد القانوني - وذلك استثناء - كما يمكن تقديمه دون أداء الرسوم القضائية مهما كان مبلغ النفقة ، وذلك تيسيرا على القصر طالبي النفقة ، فيمكن للطفل الذي بلغ سن التمييز وهو اثنا عشرة سنة فما فوق أن يتقدم بنفسه وبدون إذن وليه لان ذلك من باب جلب المنفعة التي له حق اكتسابها بدون مساعدة وليه طبقا للفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي " يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعا ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم ... " وقد اخذ القضاء المغربي بهذا النص ، وتغاضى عن شرط الاهلية المعتمدة كسبب للطعن بالنقض ضد قرار استثنائي صدر لفائدة القاصر بقراره " للقاصر من باب جلب المنفعة حق إقامة الدعوى للمطالبة بالنفقة لأنها تجلب له فائدة

1 - ابراهيم بحماني ، الطفل والنفقة ، نظرات في الفقه والقانون ، العدد 5 سنة 1997 ، ص : 44 - 45.

2 - عبد الكريم شهبون ، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، الجزء الأول ، سنة 1987 ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، ص : 491.

3 - عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص : 56.

4 - ظهير شريف بمتلب قانون ، رقم 447 - 74 - 1 بتاريخ 28 شتنبر 1974 ، صادق على نص قانون المسطرة المدنية ، واضيف هذا الفصل بمقتضى القانون رقم 03-72 الجريدة الرسمية عدد 2303 مكرر بتاريخ 1974 ، ص : 2741.

ومن حقه اكتسابها بدون مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم ، ويفقد الولي في هذه الحالة صفة الولاية الشرعية لأنه لا يجوز أن تكون له في ان واحد صفة المدعي المطالب بالنفقة وصفة المدعى عليه المطالب بها " 1

كما قضى المجلس الأعلى في قرار آخر تمشيا مع روح الفصل 5 من ق.ل.ع بما يلي " ان طلب القاصرين يتعلق بالنفقة وهي تدخل ضمن باب المنفعة كما نص على ذلك الفقهاء ويعتبر طلبهم مقبولا ولو تم من غير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم وان الفصل 147 من المدونة المحتج بها لا يطبق على هذه النازلة إلا في حالة الخوف من سوء تصرف " 2

هذا ، وتعد نفقة الأبناء من الديون الممتازة على كل المنقولات ، وتأتي بعد مصروفات الجنازة ، ومصروفات مرض الموت والديون الناشئة عن مهر الزوجة وامتعتها ، فقد نص عليها الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود " الديون الممتازة على كل المنقولات هي مباشر وفقا للترتيب التالي : - ثانيا مكرر : الديون الناشئة عن مهر الزوجة وامتعتها - المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر - ونفقتها ونفقة الأولاد والأبوين " .

هذه المقتضيات القانونية المذكورة وغيرها لم يسع المجال لذكرها ، تشكل ضمانات لحصول الولد على نفقته في حالة انفصام رابطة الزوجية بين ابويه ، والسؤال المثار في هذا الصدد ، هو هل يتمتع الطفل المكفول بنفس هذه الضمانات؟

1 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1977/3/9 ، مجلة القضاء والقانون عدد : 128 ، ص : 98 .
2 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1979/9/26 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد : 26 ، 1980 ، ص : 134 .

المطلب الأول: أثلة قيام الرابطة الزوجية بين الزوجين الكافلين:

نصت المادة 22 من ظهير 13 يونيو 2002 السابق الإشارة إليه، على أن الكافل¹ يتحمل تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة عليه² ... مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، طبقا للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بنفقة الأولاد. فتبعا لهذه المادة وكذلك المادة 198 من مدونة الأسرة التي حلت محل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، يتضح أن الكافل ملزم بالإففاق على المكفول الذكر إلى أن يتم ثمانية عشرة سنة كاملة، وإذا كان يتابع دراسته تستمر نفقته إلى أن يتم الخامسة والعشرين سنة، وإذا كان معاقا أو عاجزا عن الكسب يستمر الكافل في الإففاق عليه إلى أن تنتهي الكفالة بأسباب انتهائها المنصوص عليها في المادتين 25 و 26 من ظهير 13 يونيو 2002.³

وغني عن البيان أن هذه المقتضيات تشكل حماية قانونية لعدد من المكفولين الذين تمنعهم حالتهم الصحية من ضمان قوت يومهم.

أما إذا كان المكفول أنثى، فإن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 22 من الظهير المذكور أعلاه، على أن تستمر نفقتها إلى أن تتزوج في حين أن المادة 198 من المدونة ذكرت أن نفقة البنت تسقط بزواجها أو بتوفرها على كسب، ولعل هذا الاختلاف راجع إلى رغبة المشرع في حماية المكفولة تحسبا من أن يدفع بها الكافل للعمل ليتوقف عن أداء مستحققاتها.

المطلب الثاني: بعد انفصام رابطة الزوجية بين الزوجين الكافلين:

نظم المشرع وضعية المكفول في حالة انفصام رابطة الزوجية بين الكافلين في المادة 26 من ظهير 13 يونيو 2002 التي نصت على ما يلي: " إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائيا، أمرا إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات ...".

وفقا لهذا النص، يكون مصير المكفول - في هذه الحالة - أحد أمرين:

1 - إذا كان الكافل مؤسسة إيوائية، يتعين عليها الإففاق على المكفول وضمان كل ما يتطلبه نموه ورعايته الصحية والاجتماعية والنفسية وكذلك الإففاق على تعليمه قصد تأهيله للحياة، وفي هذا السبيل يجب أن تمتد النفقة على من يتابع دراسته إلى أن ينهيها أو إلى أن يصير قادرا على كسب عيشه بنفسه نتيجة تكوينه المهني، أمال جلال، بعض الجوانب القانونية لرعاية الطفل في المغرب، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، سنة 1979، ص: 30-31.

2 - يرى الفقه الإسلامي بأن نفقة اللقيط تكون من ماله إن وجد معه مال، وإلا فنفقته من بيت المال لأن هذا الأخير معد لحوائج المسلمين، فإن لم يتيسر فعلى من علم بحاله أن ينفق عليه، لأن ذلك إنقاذ له من الهلاك ولا يرجع على بيت المال إلا إذا كان القاضي اذن له بالنفقة عليه، فإن لم يكن أذن له كانت نفقته تبرعا، موفق الدين أبي محمد بن قدامة، المغنى والشرح الكبير، الجزء 6 دار الكتب العلمية بيروت، ص: 379 - 380.

أما إذا كان من تكفل بالطفل سيغطي الزكاة، فللحنابلة قولان: الجواز وعدمه وبالأول قال أكثرهم، علاء الدين المر داوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد. تحقيق محمد حامد ألفي، دار إحياء التراث العربي، طبعة 2 سنة 1980، ص: 261.

3 - تنص المادة 25 من ظهير 13 يونيو 2002، على ما يلي: " تنتهي الكفالة بأحد الأسباب التالية، بلوغ المكفول سن الرشد القانوني ولا تسري هذه المقتضيات على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب / موت المكفول / موت الزوجين الكافلين معا والمرأة الكافلة / فقدان الزوجين الكافلين لأهليتهما معا / فقدان المرأة الكافلة لأهليتها / حل المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة / إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو بتنازله عن الكفالة أو إذا اقتضت ذلك المصلحة القضي للمكفول.

وتنص المادة 26 من نفس الظهير "إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا باستمرار الكفالة لأحدهما أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات ..."

- يستمر أحد الزوجين في التكفل به ، وإذا كانت الزوجة هي الكافلة ، فإنها تتحمل نفقته لوحدها كما تتحمل باقي الالتزامات ، لأن المطلق الكافل يكون قد أنهى الكفالة بإراداته (الفقرة الأخيرة من المادة 25).

- يتخذ القاضي الإجراءات التي يراها مناسبة بما فيها إصدار أمر بإنهاء كفالة الزوجين المنفصلين معا (المادة 28) ، وإسنادها إلى غيرهما ، مما يجعل المكفول في حالة عدم استقرار دائمة ، وربما في حالة إهمال وتشرد .

يتضح أن المشرع في هذه المادة لم يلزم المطلق الكافل بتنفيذ التزامه بالنفقة على المكفول ، بل العكس من ذلك ، فقد حول له حق التنازل عن الكفالة. وبهذا يكون قد ناقض باقي مقتضيات القانون المنظم للكفالة ، وكذلك نصوص مدونة الأسرة المحال عليها في هذا القانون ، وخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذه المسألة ، فالمادة الثانية من ظهير 13 يونيو 2002 ، عرفت الكفالة بأنها " التزام برعاية طفل مهمل ... والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده.. ". فالكفالة هي التزام بالرعاية والنفقة ، والالتزام بالإنفاق¹ يأتي - كما هو ثابت في مذهب مالك وجميع أصحابه² في صورة التبرع أي أن الملتزم لم يربطه بشيء من عمل أو واقعة ما ، وحكمها في هذه الحالة أنها مثل باقي الالتزامات التبرعية ، تسقط بالإفلاس وفقدان الأهلية والوفاة.

بمعنى أن الالتزام بالنفقة - حسب هذا الفقه - لا يسقط في غير هذه الحالات الثلاث الخارجة عن إرادة الملتزم ، وبتعبير آخر ، لا يجوز للملتزم أن ينهي التزامه ويمتنع عن الإنفاق بإراداته.

وأكثر من ذلك ، يرى بعض الفقهاء³ بأن النفقة لها طبيعتها الخاصة ، لذا ينبغي أن لا تلحق بباقي التبرعات ، وإنما يعتبر الالتزام بها ديناً على الملتزم لا يسقط عنه مادام قادراً على الوفاء به ، وبعد وفاته يؤخذ من التركة مثل بقية الديون التي يخلفها خاصة وأنه من الناحية الشرعية والقانونية ليس هناك ما يحول دون اعتبارها ديناً في ذمة الملتزم بها.

ويرى هذا الفقه ، بأنه ليس من العدل قطع النفقة بمجرد وفاة الملتزم بدعوى أنها تبرع لم ينفذ خاصة وأن أغلب الحالات التي يتم فيها الالتزام بالنفقة يتعلق بالاحتاجين والعاجزين (الطفل المهمل) لذلك ينبغي أن يقرر لهذه النفقة امتياز على الديون العادية فتستوفى قبلها.

إذا كان الفقه يرى بأنه من غير العدل قطع نفقة الملتزم له بوفاته الملتزم ، فهل من العدل قطع نفقته بإرادة هذا الأخير؟!

هذا من جهة ومن جهة أخرى نصت المادة 205 من المدونة⁴ على ما يلي :

" من التزم بنفقة الغير صغيراً كان أو كبيراً لمدة محدودة ، لزمه ما التزم به ، وإذا كانت المدة غير محدودة ، اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها".

1 - الالتزام في عرف الفقهاء هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء ، فهو بمعنى العطفية ، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك. وفي الاصطلاح القانوني الالتزام ، رابطة قانونية بين طرفين أحدهما دائن والآخر مدين ، يترتب بمقتضاها على الطرف المدين " الملتزم " تجاه الطرف الدائن الملتزم له " الوفاء بالتزامه ، والأصل في الالتزام قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " سورة المائدة الآية 1 ، وقوله سبحانه " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً " سورة الإسراء الآية 34 ، وهذه النصوص القرآنية الكريمة تفيد أن تعهد الإنسان الذي باشره بإرادته الحرة ملزم بنتائجه وآثاره الشرعية. عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح مدونة الأسرة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 2006 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ص 477.

2 - الخطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، جزء 4 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1995 ، ص : 274 ، وما بعده.

3 - أحمد الخليلي ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، سنة 1994 ، ص 282 - 283.

4 - نصت المادة 187 من المدونة على التالي " ... أسباب وجوب النفقة على الغير : الزوجية والقرابة والالتزام ".

وفقا لهذه المادة ، من تعهد بالنفقة على طفل ، وان لم يحدد مدة التعهد صراحة ، فان العرف يقتضي أن يكون ذلك إلى أن يبلغ الطفل سن الرشد ويقدر على نفقة نفسه¹ ولم تذكر هذه المادة حق الملتزم في التنازل عن التزامه بالنفقة.

ويوافق هذا المقتضى المنصوص عليه في المادة 205 من المدونة ما جاء في المادة 22 من ظهير 13 يونيو 2002 ، والتي تلزم الكافل بالإنفاق على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني ، وزيادة على هذا ، أحالت هذه المادة على مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالنفقة على الأبناء الشرعيين ، وهذا يعني أن المكفول يتمتع بنفس الضمانات القانونية المخولة لهؤلاء ، للحصول على نفقته سواء في حالة استمرار العلاقة الزوجية بين الزوج الكافل والزوجة الكافلة أو في حالة انفصالهما.

فالزوجان الكافلان التزما معا - قبل انفصالهما - بإيراداتهما الحرة بالتكفل بالطفل المهمل ، لذا فهما ملزمان معا بنتائج هذا التعهد وبآثاره الشرعية ولا يجوز لأحدهما إنهاء الكفالة بإراداته.

ويؤكد القضاء من جهته ، هذا القول ففي قرار للمجلس الأعلى² جاء فيه ما يلي : " حيث ان الفصل 23 من ظهير 1993/09/10 الخاص بالأطفال المهملين ينص على أنه يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية بتنفيذ الالتزامات المتعلقة برعاية الطفل المهمل وضمن تنشئته في جو سليم مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني ، وان الفصل 131 من مدونة الأحوال الشخصية يقتضي بأنه من التزم بنفقة الغير صغيرا كان أو كبيرا لمدة محدودة ، لزمه ما التزم به ، فمحكمة الاستئناف ومالها من سلطة تقديرية في تقييم الحجج ولا رقابة عليها في ذلك من طرف المجلس الأعلى ؛ إلا من حيث التعليل خلصت إلى أن الثابت من أوراق الملف أن الطرفين تسلما الطفل المهمل وتعهدا بالإنفاق عليه وتربيته وتدبير شؤونه إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني ، وان انفصام رابطة الزوجية بينهما لا يحول دون تنفيذ ما التزما به ولا وجه لما أثاره المستأنف من كون نفقة الطفل تقع على عاتق المستأنف عليها مادام الطفل يوجد معها ، وتواجهه معها لا يعفيه من واجب النفقة سيما وأن عقد التكفل بالطفل لا يتضمن أي شرط أو بند يعفي الطرفين من المسؤولية أو أحدهما عند حدوث طارئ معين وأن الحضانة لا تقتصر على الأم وحدها... "

وفي قرار³ آخر صدر عن المجلس الأعلى ، بعد دخول ظهير 13 يونيو 2002 حيز التنفيذ جاء فيه ما يلي : " تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا كافيا حين اعتبرت أن التنازل عن كفالة البنت المكفولة غير ذي موضوع طالما أن الكافل التزم بالرعاية والإنفاق عليها ... "

من خلال ما سبق ، يمكن القول انه يتعين على المشرع تعديل المادة 26 وإعادة النظر في الفقرة الأخيرة من المادة 25 والمادة 28 ، ليحدث الانسجام بين جميع مواد ظهير 13 يونيو 2002 ، وليطابق هذا الأخير نصوص مدونة الأسرة ، حتى يستفيد المكفول من الضمانات القانونية التي تسمح له باستيفاء نفقته بدون عراقيل في حالة انفصال الزوجين الكافلين وامتناع المطلق الكافل عن الإنفاق عليه ، خاصة وأن التشريع المغربي قد وسع من نطاق الحماية الجنائية المقررة للأسرة عامة والطفولة خاصة ، واعتبر التقصير في واجب الإنفاق على الأبناء جريمة جنائية ، فقد نصت المادة

1 - أحمد الخليلي ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، المرجع المذكور أعلاه ، ص : 288.

2 - قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف الشرعي ، عدد 2001/117 ، منشور في مقال لمليكة بنزاهير ، دور القضاء في حماية الطفل ، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ، عدد 5 / 2005 ، ص : 289 - 290.

3 - قرار عدد 15 بتاريخ 14/1/2004 ، ملف شرعي ، عدد 2003/222 ، منشور في كتاب لمحمد الشافعي ، كفالة الأطفال المهملين ، دراسة في القانون المغربي ، التنبني في القانون الفرنسي ، الطبعة الأولى 2007 ، المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش ، ص : 148.

202 من المدونة على ما يلي: " كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول ، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة ".

وجريمة إهمال الأسرة لعدم الإنفاق تجد سندها القانوني في الفصل 480 من القانون الجنائي¹ الذي ينص على التالي: " يعاقب بنفس العقوبة أي الحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجة أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد.

وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا ، والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك " وبالنسبة للطفل المكفول نص ظهير 13 يونيو 2002 في مادته 30 على ما يلي: " تطبق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين على الجرائم التي يرتكبونها في حق الأولاد ... " تبعا لهذه المادة يحق للمكفول الاستناد إلى الفصل 480 من القانون الجنائي لعدم إنفاق الكافل ، وتطبق على هذا الأخير أحكام إهمال الأسرة ، وهذه الضمانة المخولة للمكفول في المادة 30 من ظهير 13 يونيو 2002 ، تقتضي إعادة النظر في المادة 26 من نفس الظهير السابقة الذكر حتى تتلاءم مقتضيات القانون المنظم للكفالة.

¹ - القانون الجنائي وفق آخر التعديلات المدخلة بموجب القانون رقم 07.03 والقانون رقم 24.03 الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 5 يونيو 1963 ، و مشار إليه أيضا في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، الطبعة الأولى 2004 ، عدد 98 ، ص : 160.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون الموريتاني



عبد الوهاب محمد حاصل على ليسانس قانون خاص

مسلك قانون الأعمال والمؤسسة من جامعة نواكشوط

مقدمة :

تمثل الشركات التجارية أهمية كبرى باعتبارها ركيزة اقتصادية هامة ومعيارا تقييما لمدى قوة الدول وتقدمها خاصة في مثل هذه الظروف التاريخية التي تتميز بتطور نظام عالمي جديد حتم على الدول المنصهرة أن تطوع منظومتها التشريعية بشكل يتلاءم والتوجهات الحديثة ويساعد على تحقيق الرهانات المطروحة. كان لهذا الزحف الرأسمالي أثره في الاقتصاد الموريتاني الذي توجه نحو ليبرالية تعتمد تشجيع المبادرة الحرة في إنشاء الشركات ذات المسؤولية المحدودة , وتدعيم الإذخار بوصفه وسيلة لتركيز الموارد المالية ومصدر خلق ثروات قادرة على تحقيق المشاريع الكبرى التي تتطلبها التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد, مواكبة للتطورات المذكورة اتبع المشرع الموريتاني سياسة إصلاح شاملة لمنظومتنا القانونية لمست العديد من الميادين غير أن أبرزها يبقى الميدان الاقتصادي الذي شهد إصدار مدونة التجارة سنة 2000 والتي أضفت نفسا جديدا على تكوين وتسيير الشركات التجارية.

وتحتل الترتيبات المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ضمن هذه المدونة المرتبة الثانية من حيث الحجم والأهمية بعد التنظيم الخاص بشركات الأسهم أو بالشركة خفية الإسم على وجه الخصوص.

وقد تناولت المادة 339 م.ت تعريف الشركة أما المادة 340 م. ت فقد ألزمت من يريد تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة بإضافة الإسم المخصوص أو الأحرف الأولى وذلك كي لا يقع الغير في الغلط¹.

1 - تنص المادة 340 م.ت على أنه : (تحدد تسمية الشركة التي يمكن أن يدرج معها اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبوقة متنوعة مباشرة بعبارة "شركة ذات مسؤولية محدودة" أو بالأحرف الأولى منها أي "ش. ذ. م. م" أو "شركة ذات مسؤولية محدودة بشريك وحيد".

ونستعرض هذا الموضوع من خلال تناول مميزات الشركة ذات المسؤولية المحدودة وتكوينها (المبحث الأول) ثم نتعرف على كيفية إدارتها وانقضائها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مميزات الشركة ذات المسؤولية المحدودة وتكوينها :

انطلاقاً من مدونة التجارة فإن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي إحدى الشركات التجارية، وتتخذ نظاماً مزدوجاً فهي في نفس الوقت شركة أشخاص وشركة أموال وبهذا فإنها تأخذ عناصر من نوعي الشركات مع احتفاظها بخصوصيتها¹ وستكون معالجتنا لهذا المبحث من خلال مميزات الشركة ذات المسؤولية المحدودة (المطلب الأول) وكذا شروط تكوينها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مميزات الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

تعتبر الشركة ذات المسؤولية المحدودة صنفاً مزيماً من شركات الأشخاص وشركات الأموال² وهذه المميزات منها ما يتعلق بالشركاء (فقرة أولى) ومنها ما يتعلق بإسم الشركة ورأس مالها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : المميزات المتعلقة بالشركاء.

– الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب أن لا يتجاوز عددهم الخمسين (50) وإن كانت بعض القوانين لا تحدد حداً أقصى للشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، كما هو الحال في القانون الأردني لعام 1997م³، كما أن على الشركاء أن يقدموا حصص اشتراك وهم غير ملتزمون بديون الشركة إلا في حدود حصصهم، وهذا ما نصت عليه المادتان 341-342 م.ت، كما أنها

تتواصل في حالة اجتماع كل الحصص بيد شخص بمفرده المادة 343 م.ت، ولذا فإن مميزات شركات المسؤولية المحدودة تتمثل بتحديد حد أقصى للشركاء (أولاً) ثم قابليتها لشريك وحيد (ثانياً) ومحدودية مسؤولية الشريك فيها (ثالثاً).

أولاً : تحديد حد أقصى للشركاء:

– فقد جاء في المادة 342 م.ت. (لا يمكن أن يزيد عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن الخمسين إذا ضمت الشركة أكثر من الخمسين من الشركاء يجب أن تتحول في ظرف سنتين إلى شركة خفية الاسم. في غياب ذلك تتحل الشركة إلا إذا بلغ عدد الشركاء في نفس الأجل العدد المرخص فيه قانوناً).

وهذا يعني إلزام الشركة ذات المسؤولية المحدودة بعدد لا يتجاوز الخمسين (50) وإلا تحولت إلى شركة خفية الاسم، إلا أن هذا الإطلاق حددته المادة 392 م.ت، التي اشترطت أن يكون التحويل بعد السنتين الماليتين المتتاليتين أو بإتخاذ القرار من طرف شركاء يمثلون أغلبية رأس المال.

1. د. محمد النكرش - محاضرات في القانون التجاري للسنة الثالثة قانون خاص جامعة أنواكشوط - العام الدراسي 2009-2010
2. د. أحمد شكري السباعي - الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن - ج6 - دار المعرفة للنشر والتوزيع - الرباط 1992 ص 322
3. د. بنزال الكسواني - مبادئ القانون التجاري - دار المستقبل للنشر والتوزيع - الأردن - ط 2001 ص 138

— ثانيا : قابليتها لشريك وحيد :

جاء في المادة 339 م.ت.ف1 أنه: (تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف شخص أو عدة أشخاص.....).

وعلى هذا الأساس فإن هذه الشركة تصح بشخص واحد خلافا للقاعدة العامة

- الشركة عقد — لا يصح إلا بشخصين أو أكثر— والتي أسست لها المادة 920 ق.إ.ع ومشرة باب لشركة الرجل الواحد في هذا الصنف من الشركات على الأخص دون غيره، كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 339 م.ت: (إذا لم تتضمن الشركة إلا شخصا واحدا فإنها تسمى شريكا وحيدا).

ثالثا : مسؤولية الشريك المحدودة :

الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة غير مسئول عن دين الشركة إلا بقدر مساهمته في رأس المال وهذا ما نصت عليه المادة 339 في فقرتها الأولى التي جاء فيها أنه (... لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص).

الفقرة الثانية : إسم الشركة ورأس مالها :

جاء في المادة 340 م.ت تحديد التسمية المخصصة للشركة ذات المسؤولية المحدودة كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة تحديد مبلغ رأس مال هذه الشركة.

أولا: إسم الشركة :

يشترط في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يكون إسمها صريحا حتى لا يقع الغير في اللبس وهذا ما نصت عليه المادة 340 ف1، فإسمها يكون متضمنا كلمة مسؤولية محدودة .

ثانيا : رأس المال :

يعد رأس مال الشركة ذات المسؤولية محدودة الضمان الوحيد لدائنيها إذ لا يحق له لهؤلاء الرجوع على أموال الشركاء الخاصة إذا لم تكفي موجودات الشركة لوفاء ديونهم، لهذا السبب حرص المشرع شأن القانون المقارن جله أن يضع حدا أدنى لمقدار رأس مال الشركة ليوفر قسطا أدنى من الضمان للمتعاملين معها.

نصت المادة 341 م.ت. على أنه يجب أن يكون رأس مال هذه الشركة مليون (1000.000) أوقية على الأقل.

وينقسم رأس مال الشركة إلى حصص اشتراك متساوية لا يمكن أن يقل مبلغها المسمى عن 5000 أوقية.

وهذا التحديد لرأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة اتجهت إليه أغلب التشريعات المعاصرة كما هو الحال في القانون الأردني المادة 55 من قانون الشركات حيث حدد هذا المبلغ بثلاثين ألف (30000) دينار، مقسم إلى حصص متساوية القيمة قيمة الحصة الواحدة دينار واحد على الأقل¹.

1- د. لطيف جبر كومانبي - الوجيز في شرح قانون الشركات الأردني - الدار الأبجدية للنشر والتوزيع - عمان 1994 ص 476

المطلب الثاني: شروط تكوين الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

تخضع الشركة ذات المسؤولية المحدودة كغيرها من الشركات التجارية لوجوب توفر الأركان العامة لعقد الشركات وفقا للمادة 920 (مكررة) ق.إ.م وهي الرضاء والمحل والسبب، كما تتطلب توافر الأركان الخاصة لعقد الشركة وهي تقديم الحصص والمشاركة في الأرباح والخسائر ونية الإشتراك¹.

— الفقرة الأولى: الأركان العامة لعقد الشركة:

انطلاقاً من كون الشركة عقد فإنها تخضع للشروط اللازمة لسائر العقود وهي الرضى (أولاً) والمحل (ثانياً) والسبب (ثالثاً).

— أولاً: الرضى:

لا يقوم عقد الشركة إلا إذا توافر رضى الشركاء السالم من عيوب الإرادة وأن يكون هذا الرضاء منصبا على عناصر العقد كشكل الشركة مثلاً.

— ثانياً: المحل:

محل الشركة هو النشاط التجاري الذي تقوم به والمحدد في عقد تأسيسها، ويشترط لصحته أن يكون موجوداً قائماً أو يمكن الوجود وأن لا يكون غير مشروع (المادة 77 ق.أ.ع).

— ثالثاً: السبب:

وهو الباعث على الإشتراك والمتمثل في الرغبة في جني الأرباح الشيء الذي جعل البعض يقول بجمالية مشروعيتها². إلا أنه في الواقع يجب مراعاة الإطار الشرعي والنظام العام إذ لا يجوز أن يكون السبب خارجاً عنها وإلا كان باطلاً (المادة 82 وما بعدها من ق.أ.ع).

— الفقرة الثانية: الأركان الخاصة لعقد الشركة:

وهذه الأركان هي التي تميز عقد الشركة عن غيره من العقود المشابهة ومنها ماهو جوهرى كتعدد الشركاء وتقديم الحصص ونية الإشتراك والمساهمة في الأرباح والخسائر ومنها ما هو شكلي كالكتابة والإشهار³. وتشكل الحصص التي يقدمها الشركاء رأس مال الشركة وقد تكون عينية كما قد تكون نقدية إلا أنها لا يمكن أن تكون حصة بعمل كما تبين ذلك المادة 346 م.ت.ف 2 حيث تنص على أنه: (لا يمكن أن تكون الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بشكل تقديم عمل.....).

إلا أن الإشكال يثور حول مقتضيات الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي جاء فيها: (...يحدد النظام الأساسي نصيب الشريك بالعمل في المساهمة في الخسائر بدون أن تصل إلى أكثر من التي للشريك الذي قدم الأقل. يبين في النظام الأساسي طرق اكتتاب هذه المشاركات)

1- د.محمذن النكرش - محاضرات في القانون العام للشركات - لطلبة ليصانص قانون خاص - العام الدراسي 2012-2013

2- د.فوزي محمود سامي - شرح القانون التجاري - المجلد الثالث - دار مكتبة التريبة - بيروت - 1995 ص 182

3- د.محمذن النكرش - محاضرات في القانون العام للشركات - لطلبة ليصانص قانون خاص - العام الدراسي 2012-2013

الفقرة الثالثة: الشروط الشكلية لعقد الشركة :

تقرر المادة 925 جديدة من ق.أ.م. أنه: (يجب أن يجر النظام الأساسي بمكتوب وإلا كان باطلا).

والإلتزام بالكتب مفروض على جميع الشركات التجارية بمقتضى المادة 205م.ت حيث تتضمن أنه: يجب لصحة عقد الشركة — باستثناء المحاصة — أن يجر بواسطة مكتوب.

وتضيف المادة 206 المتعلقة بالبيانات الوجوبية أنه: (يجب تحت طائلة البطلان أن يؤرخ النظام الأساسي وأن يتضمن).

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للغير أن يثبت وجود عقد الشركة بجميع وسائل الإثبات — على خلاف الشركاء — متى كانت له مصلحة مشروعة¹.

المبحث الثاني : إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة وانقضاءها :

لا تكتمل دراسة الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا بالتعرض للنظام القانوني لتسييرها (المطلب الأول) ثم كيفية انقضائها (المطلب الثاني)

المطلب الأول : تسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

نصت المادة 359 من مدونة التجارة على أن يتولى إدارة الشركة مسير أو عدة مسيرين , ولم يشترط المشرع حدا للمسيرين كما فعل المشرع الأردني في المادة 60 من قانون الشركات حيث نص على أنه : (يتولى إدارة الشركة مدير أو هيئة مديرين لا يقل عدد أعضائها عن اثنين ولا يزيد عن سبعة)²

وتقابل هذه المادة من قانون الشركات اللبناني المادة 16 التي لم تحدد كذلك حدا للمسيرين وإنما اكتفت بالنص على كيفية تعيينهم , حيث يعينون بواسطة النظام الأساسي أو بصك لاحق لمدة محددة أو غير محددة³

والإدارة بمعناها الواسع تتولاها في الشركة ذات المسؤولية ذات المسؤولية المحدودة ثلاث هيئات هي :

المدير (الفرع الأول) وجمعية الشركاء (الفرع الثاني) ومفوضو الحسابات (الفرع الثالث)

الفرع الأول : المدير :

المدير أو هيئة التسيير يكلف بإدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتم تعيينه أو تعيينهم في النظام الأساسي للشركة أو باتفاق لاحق , ويكون من الشركاء كما يمكن أن يكون من خارجهم (المادتين 359 — 360 من مدونة التجارة).

أولاً: تعيين المدير :

يعين المدير سواء كلن نظاميا أو بقرار لاحق من طرف جمعية الشركاء العادية وتكون له مدة محددة , وإذا لم تحدد هذه

1- د.محمّد النكرش - محاضرات في القانون العام للشركات (نفس المرجع)

2- د.نزال منصور الكسواني - مبادئ القانون التجاري (مرجع سابق) ص144

3- د.مفلح العواد - الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الرجل الواحد - دار الثقافة للنشر والتوزيع - لبنان - ص60

المدة في النظام الأساسي فإن التشريعات تحددها , تكملة لإرادة الأطراف وهي ثلاث سنوات في تشريعنا التجاري , وأربعة – 4 سنوات – في التشريع الأردني¹

ثانيا : سلطات المدير :

إذا لم تكن صلاحيات المدير محددة في النظام الأساسي للشركة فإنه يقوم بكل الأعمال التي تصب في مصلحة السير الحسن للشركة , وإذا تعدد المديرين فإن كل واحد منهم يتمتع بهذه الصلاحيات على حدة (المادة 362 م.ت).

ولذا فإن المدير يقوم بجميع الأعمال التي تدخل في موضوع الشركة دون نظر لما إذا كانت هذه الأعمال من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف²

وإذا قيدت صلاحيات المدير باتفاق الأطراف فإن ذلك لا يكون نافذا في حق الغير إلا اعتبارا من نشره. ولا يحق للمدير كقاعدة عامة التبرع من أموال الشركة إلا في حد معقول يستلزمه حسن تسيير العمل في الشركة.

وفي حال تعدد المديرين يحدد النظام الأساسي صلاحيات كل منهم وإذا لم يعين النظام الأساسي هذه السلطات يكون لكل منهم أن يقوم بأعمال الإدارة ويبقى من حق كل من المديرين الباقيين الاعتراض على العمل قبل البدء فيه (المادة 362 م.ت) هذا عن علاقة المدير بالشركاء .

ثانيا : عزل المدير :

يختلف عزل المدير بحسب ما إذا كان نظاميا (أ) أو غير نظامي (ب).

أ) عزل المدير النظامي :

يتم تعيين المدير النظامي ضمن النظام الأساسي للشركة ولا يمكن عزله إلا من قبل الجمعية غير العادية للشركاء أو من قبل القضاء لسبب مشروع³ ويعد سببا مشروعا : غياب الأهلية , سوء التسيير والمرض الذي لا يرجى شفاؤه ...

وقرار العزل يصادق عليه الشركاء الممثلين لنسبة ثلاث أرباع رأس مال الشركة وهذه القاعدة آمرة لا يجوز الإشتراط فيها (المادة 369 م.ت).

ب) عزل المدير غير النظامي :

يتم عزل المدير غير النظامي من قبل الجمعية العادية للشركاء وهذه الجمعية هي التي تعينه .

إلا أن له الحق بالمطالبة بالتعويض إذا كان العزل تعسفيا . كما يمكن عزله من قبل القضاء لسبب مشروع كما هو الحال بالنسبة للمدير النظامي .

ثالثا : إلتزامات المدير ومسؤوليته :

يلتزم مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة بإلتزامات (أ) كما تتقرر مسؤوليته إذا بإلتزام من هذه الإلتزامات (ب).

1- د. الياس ناصيف - الكامل في القانون التجاري - الجزء الثاني - ص 151
2- د. مفلح العواد - الشركة ذات المسؤولية المحدودة (مرجع سابق) ص 62

أ) إلتزامات المدير :

يلتزم المدير ببذل عناية الشخص العادي في مثل ظروفه وعليه يذكر في الأوراق والنشرات التي تصدر عن الشركة عبارة "ذات المسؤولية المحدودة" مع بيان رأس مالها¹. كما ينظم نهاية كل سنة تقريراً عن أعمال الشركة في تلك السنة , ويبلغ ذلك إلى الشركاء ويدعوهم إلى جمعية عامة للشركاء خلال ستة أشهر من اقفال حسابات السنة المالية يتم التصديق في الجمعية العامة على أعمال المدير , وقبل 15 يوماً على الأقل من الوقت المعين للجمعية العامة يودع المدير أصل تقرير التسيير وإجراء الجرد والكشوف الإجمالية في مركز الشركة مع تقرير مفوض الحسابات عند وجوده , كذلك نص التوصيات المقترحة عند الاقتضاء (المادة 370 مدونة التجارة الموريتانية "م.ت.م").

كما نصت المادة 370 آنفة الذكر على أنه : (... ابتداء من الإبلاغ المنصوص عليه في الفقرة السابقة, يكون لكل شريك الحق في أن يطرح أسئلة كتابية ويجيب عليها المسير أثناء الدورة...) فالمدیر بناء على طلب أي من الشركاء يقدم المستندات المتعلقة بأعمال السنوات الثلاثة السابقة

كما يقع باطلا كل بند يعفي المدير من هذه الإلتزامات (الفقرة الأخير المادة 370 م.ت.م).

ب) مسؤولية المدير :

- المسؤولية المدنية: إن المدير أو المديرين مسؤولين بشكل فردي أو بالتضامن فيما بينهم بحسب الحالات تجاه الشركة أو تجاه الغير سواء عن مخالفة الأحكام القانونية الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة أو عن أي مخالفة للنظام الأساسي أو عن أي خطأ في التسيير طبقاً للمادة 367 وما بعدها من مدونة التجارة الموريتانية .

— المسؤولية التجارية: يطبق افلاس الشخص الاعتباري على هيئة التسيير كلا أو بعضاً في حالة ارتكابها أحد التصرفات المبينة صلب المادة 1436 م.ت.م .

— المسؤولية الجنائية : قد يتعرض المدير إلى مسؤولية جزائية ويعاقب بعقوبات الإحتيال , إذا أقدم مباشرة أو بواسطة الغير على توزيع أرباح خيالية بدون وجود ميزانية واحتساب الأرباح والخسائر أو بواسطة ميزانية وحساب أرباح وخسائر غير متفقين مع الواقع أو إذا أقدم على سحب المقدمات المودعة في أحد المصارف قبل اتمام معاملات التأسيس² ...

الفرع الثاني : جمعية الشركاء :

جمعية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة هيئة رقابية لها صلاحيات واسعة ولدراسة هذه الهيئة نتناول : تأليفها وانعقادها (الفقرة الأولى) وكذا الصلاحيات المخولة لها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : تأليف جمعية الشركاء وانعقادها :

تتألف جمعية الشركاء من جميع الشركاء , يكون لكل شريك عدد من الأصوات في الجمعية يعادل عدد الحصص التي يمتلكها أو يمثلها كما نصت على ذلك المادة 372 من م.ت.م بقولها : (يجوز لكل شريك أن يساهم في القرارات وله

¹ - د. الياس ناصيف - الكامل في القانون التجاري (مرجع سابق) ص 153

² - د. الياس ناصيف - الكامل في القانون التجاري (مرجع سابق) ص 176

عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي يمتلكها في الشركة).

ولا يجوز أن ينيب شخصا من غير الشركاء بتمثيله ما لم ينص في النظام الأساسي خلاف ذلك (المادة 372 فقرة 2 م.ت.م) تعقد الجمعية نوعين من الاجتماعات: عادية وغير عادية ويحق لكل شريك حضور الاجتماعات ومناقشة الأمور التي تعرض عليها والتصويت على القرارات التي تتخذها مهما كان عدد الحصص التي يملكها¹.

أولا: الاجتماعات العادية:

تدعى الهيئة العامة للشركاء من قبل المدير أو رئيس هيئة المديرين للاجتماع غير العادي وقد تدعى بناء على طلب عدد من الشركاء يملكون ربع رأس مال الشركة على الأقل أو بناء على طلب من مفوض الحسابات عند الاقتضاء (المادة 371 م.ت.م).

النصاب القانوني يتمثل في حضور عدد من الشركاء يمثل أكثر من نصف رأس مال الشركة، فقد نصت المادة 374 من مدونة التجارة الموريتانية على أنه: (. - تتخذ القرارات في الجمعيات أو خلال الاستشارات الكتابية من واحد أو عدة شركاء يمثلون أكثر من نصف حصص الشركة

وإذا لم تحصل هذه الأغلبية، تجب دعوة الشركاء أو استشارتهم حسب الأحوال مرة ثانية على أن تصدر القرارات بأغلبية الأصوات مهما كان عدد المصوتين، ما لم ينص النظام الأساسي على شرط يخالف ذلك).

وبناقش في الاجتماع العادي الأمور التالية:

- 1- تقرير المديرين من أعمال الشركة للسنة المالية السابقة
- 2- الميزانية وحساب الأرباح والخسائر والمصادقة عليها.
- 3- انتخاب مدير الشركة وهيئة الإدارة.
- 4- انتخاب مدقق الحسابات وتحديد أتعابه.

5- أي قرار أو أمر يراه المدير مهما شريطة أن لا يكون من الأمور التي تناقش في الاجتماع غير العادي، أما عن نصاب اتخاذ القرار فنصت المادة 374 م.ت.م على أنه: (... تصدر القرارات بأغلبية الأصوات مهما كان عدد المصوتين، ما لم ينص النظام الأساسي على شرط يخالف ذلك).

ثانيا: الاجتماعات غير العادية:

يعقد الاجتماع غير العادي في الحالات الإستثنائية بدعوة من أي من المديرين أو المراقبين أو عدد من الشركاء يمثلون 15% من رأس مال الشركة.

أما الأمور التي تناقش في الاجتماعات غير العادية فمنها:

- 1- تعديل عقد الشركة أو نظامها (المادة 375 م.ت)

- 2_ تخفيض رأس المال أو زيادته .
- 3_ دمج الشركة مع شركة أخرى.
- 4_ فسخ الشركة وتصفيتها.
- 5_ إقالة المدير أو هيئة الإدارة .
- 6_ بيع الشركة.

أما نصاب اتخاذ القرار في هذا الاجتماع فيكون من طرف الشركاء الذين يملكون ثلاث أرباع رأس المال (المادة 375 م.ت).

الفرع الثالث : مفوضو الحسابات :

1. تعيين المراقبين وعزلهم : يتم تعيين المراقبين من قبل جمعية الشركاء العادية بقرار يتخذ بالأكثرية المفروضة في الجمعية العادية كما نصت على ذلك المادة 383 م.ت (يمكن أن يعين الشركاء مفوضاً أو مفوضي حسابات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 374).

وقد جاء في ف2 المادة 374: (تتخذ القرارات في الجمعيات أو خلال الاستشارات الكتابية من واحد أو عدة شركاء يمثلون أكثر من نصف حصص الشركة...).

ويكون هذا التعيين في الشركات التي يتجاوز رقم أعمالها عند اقفال حساباتها السنوية 40.000.000 أوقية وجوباً (المادة 383 م.ت).

والأصل أن يعين المراقبون اختياريًا في النظام الأساسي للشركة , وفضلاً عن هذا كله تنص المادة 385 م.ت على أنه : (. - يسوغ لشريك أو أكثر يمثلون ما لا يقل عن ربع رأس مال الشركة إما فردى أو جماعات كيف ما كان شكلهم رفع طلب إلى رئيس المحكمة المختصة بوصفه قاضي الاستعجال لتعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير.

إذا تمت الاستجابة لهذا الطلب، حدد الأمر الاستعجالي نطاق مهمة الخبير وصلاحياته، على أن يتم استدعاء الممثلين القانونيين للشركة إلى الجلسة استدعاء صحيحاً.

ويمكنه أن يجعل الأتعاب على حساب الشركة).

هذا ويتم اختيار مفوضي الحسابات من الأشخاص المقيدون في جدول الخبراء عند الشركة وذلك ما نصت عليه المادة 386: (لا يجوز لأي كان مزاوله مهام مفوض الحسابات ما لم يكن مسجلاً مسبقاً في لائحة تم إعدادها لهذا الغرض)

وقد حظر القانون على بعض الأشخاص تولي مهمة مفوض حسابات وذلك لأنهم قد يخضعون لتأثير مهامهم الشخصية وذلك ما نصت عليه المادة 387 م.ت : (لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمفوضي حسابات الشركة:

1. المسيرين وأزواجهم؛
2. أصحاب الحصص العينية والمستفيدين من امتيازات خاصة؛
3. الأشخاص الذين يتقاضون من الشركة أو من المسيرين أجورا دورية كيفما كان نوعها وكذلك أزواجهم) يعزل مفوضو الحسابات بالطريقة التي يعينون بها ولا يجوز عزلهم إلا لأسباب جدية ومشروعة أو بانتهاء مدة انتباههم وتنص المادة 388 من م.ت على مدة الإنتداب بقولها: (يتم تعيين مفوض الحسابات لمدة ثلاث سنوات مالية وتنتهي مهامه بانتهاء اجتماع الجمعية العامة التي تبت في حسابات السنة المالية الثالثة).

2. صلاحيات مفوضو الحسابات :

تتمثل صلاحيات مفوضو الحسابات في المراقبة الدائمة لسير أعمال الشركة عن طريق التدقيق في قيودها وحساباتها ولهم من أجل ذلك أن يطلعوا على جميع السندات والدفاتر وأن يدققوا قائمة الجرد والميزانية وحسابات الإستثمار العام وحسابات الأرباح والخسائر وأن ينبهوا المدير أو المديرين على الأخطاء الواردة في المحاسبة¹.

كما أن من صلاحيات مفوضي المراقبة دعوة جمعية الشركاء للإنعقاد في حال تخلف المدير عن القيام بهذا الواجب , كما يضع مفوضي المراقبة تقريرا سنويا عن أعمال الشركة وميزانيتها ويضمنونه الاقتراحات الخاصة بتوزيع الأرباح ويوضع هذا التقرير تحت تصرف الشركاء للإطلاع عليه قبل انعقاد جمعيتهم العادية².

3. مسؤولية مفوضي الحسابات :

يعتبر مفوضي الحسابات مسؤولين مدنيا اتجاه الشركة و الغير عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء القيام بمهامهم وتترتب عليهم هذه المسؤولية إما بصورة فردية و إما بالتضامن فيما بينهم إذا كانوا متعددين إذ تنصت الفقرة الأخيرة من المادة 378 م.على أنه : (يسأل مسيرو الشركة والأشخاص المكتتبين في زيادة رأس المال على وجه التضامن خلال مدة خمس سنوات اتجاه الأغيار عن القيمة الممنوحة للحصص المذكورة).

وبالإضافة إلى المسؤولية المدنية يساءل مفوضو الحسابات جزائيا – إذا وزعت أنصبة كأرباح دون ميزانية أو بمقتضى قائمة جرد أو ميزانية أو حساب أرباح مغشوشة عن جريمة – ويعاقبون بعقوبة الاحتيال³.

المطلب الثاني : انقضاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

تنقضي الشركات التجارية عموما إما بالبطان (الفقرة الأولى) أو الحل (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : البطان :

يترتب البطان كقاعدة جزائية على تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة لعقد الشركة وبطلان الشركة يتفق مع القواعد العامة في البطان من حيث النوع : فهو إما أن يكون بطلان مطلق أو نسبي بحسب السبب الذي أسس عليه إلا أنه يختلف مع هذه القواعد من حيث الآثار , ذلك أنه إذا كان يترتب على بطلان العقود إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فإنه وللطبيعة الخاصة بعقد الشركة فإن القضاء قد عدل أحكام

1- د. أحمد شكري السباعي – الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن – ج5- دار المعرفة للنشر والتوزيع - الرباط 1992 ص348

2- د. لطف جبر كوماني - الوجيز في شرح قانون الشركات الأردني - دار الأبجدية للنشر والتوزيع - عمان - 1994 ص 217

3- د. د. إلياس ناصيف – الكامل في القانون التجاري (مرجع سابق) ص121

القواعد العامة بحيث قصر آثار البطلان على المستقبل وذلك ما يتجلى في نظرية الشركة الفعلية¹.

ولأن البطلان فيه شائبة عقاب فإنه لا بد فيه من نص وقد كرس المشرع هذا المبدأ في المادة 244 من مدونة التجارة بالنص على أنه: (لا يمكن أن يترتب بطلان الشركة أو التصرفات والمداوات المعدلة للنظام الأساسي إلا بمقتضى نص صريح من هذه المدونة أو مقتضيات المادة 996 - 1 و ما بعدها من قانون الالتزامات والعقود).

والبطلان إما أن يؤسس على تخلف الشروط الموضوعية العامة , أو تخلف الشروط الموضوعية الخاصة , أو غياب الشروط الشكلية .

ولأن موضوعنا الشركة ذات المسؤولية المحدودة وينبغي أن نركز على خصوصياتها فإننا نحيل بطلان الشركات بوجه عام و نكتفي بإبراز ملاحظتين .

الأولى : أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة تبطل بأسباب البطلان المقرر في باقي الشركات التجارية التي تدرس في إطار النظرية العامة للشركة .

الملاحظة الثانية : أن أحكام البطلان منقولة في قانون الالتزامات والعقود بمقتضى المادة 996 - 1 و ما بعدها من قانون الالتزامات والعقود). وكذا المادتين 204 - 205 المتعلقة بالشروط الشكلية ...

وهناك حظر على الشركة ذات المسؤولية المحدودة في ممارسة نشاطات معينة وهو ما ورد في المادة 339 من مدونة التجارة الموريتانية : (... لا يمكن لشركات الصيدلة والبنوك والائتمان والاستثمار والتأمين والرسملة والادخار أن تتخذ شكل شركة ذات مسؤولية محدودة) , ويكون جزاء مخالفة هذا التقييد هو البطلان .

الفقرة الثانية : الحل :

يعد البطلان أمر عارض يصيب الشركة نتيجة الإخلال بشروط التكوين فهو إذن الجزاء المترتب على ذلك , أما الحل فهو مسألة طبيعية بالنسبة لعقد الشركة باعتبارها شخص معنوي له كيان مستقل².

وللحل أسباب عامة تسري على جميع الشركات كانهاء المدة وتحقيق غرضها والهلاك الكلي لرأس مالها وكذا الحل لسبب معتبر وقد وردت هذه الأسباب وغيرها صلب المادة 985 ق.إ.ع.م.

ونحيل في دراسة الأسباب العامة لجميع الشركات إلى دراسات أخرى تتناول النظرية العامة لحل الشركات التجارية .

ونشير فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى ما يلي :

1. زوال تعدد الشركاء :

تشير المادة 920 (مكررة) من ق.إ.ع.م إلى شرط أولي في الشركات التجارية وهو تعدد الشركاء بحيث يلزم حلها كلما لم يكن هذا الشرط متوفرا إلا أنه واستثناء من هذه القاعدة العامة ومن وحدة الذمة المالية للشخص³ فقد أجاز المشرع تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف شخص واحد كما نصت على ذلك المادة 339 م.ت :

1- د. محمد النكرش - محاضرات في القانون التجاري للسنة الثالثة قانون خاص - 2009-2010

2- الشركة ذات المسؤولية المحدودة - بحث لنيل شهادة المتريز - اعداد جميلة بنت باباه - إشراف: د. محمد النكرش - السنة الجامعية: 2003-2004

3- وقد أشارت إلى هذا المبدأ المادة 1169 ق.إ.ع.م حيث تنص على أن: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه..."

تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف شخص أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من الحصص...

ومن باب أخرى لا يؤدي اجتماع حصص تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد شخص واحد إلى حل هذه الأخيرة (المادة 343 م.ت.م).

2. عدد الشركاء :

تنحل الشركة ذات المسؤولية المحدودة عندما يزيد عدد الشركاء على الخمسين (50) إذا لم يتم تحويلها في ظرف سنتين إلى شركة خفية الاسم وفقا للمادة 342 م.ت.م كما يمكن أن يطالب كل ذي مصلحة بجل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا كان الشخص الطبيعي شريكا وحيدا في شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة , وكذلك إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة شريكا وحيدا في شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة (المادة 344 م.ت.م).

3. الوضعية الصافية للشركة :

تنحل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا أصبحت الوضعية الصافية للشركة تقل عن ربع رأس مالها ما لم يتم تخفيض رأس المال (المادة 391 م.ت.م) .

4. أسباب انحلال شركات الأشخاص :

الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات طابع مزدوج وقد أشرنا إلى هذه الخاصية ومن هنا يمكن أن تنحل بالأسباب الخاصة بالانحلال شركات الأشخاص إذا اتفق الشركاء على ذلك أما إذا لم يتفقوا على ذلك فالأصل أن تلك الأسباب لا تؤدي إلى حل الشركة ذات المسؤولية المحدودة فقد جاء في المادة 390 م.ت.م : (لا تنحل الشركة ذات المسؤولية المحدودة عندما يصدر في حق أحد الشركاء حكم في التصفية القضائية أو حظر تسيير أو إجراء بالمنع من الأهلية.

كما أنها لا تنحل بموت أحد من الشركاء إلا إذا تضمن النظام الأساسي شرطا مخالفا).

خلاصة :

نستخلص مما تقدم أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي صنف وسيط يشتمل على بعض مميزات شركات الأشخاص كما يشتمل على بعض مميزات شركات الأموال .

أن المشرعين لم يتركوا تأسيس هذا النوع من الشركات لحرية التعاقد بل أخضعوه لقواعد آمرة رتبوا على مخالفتها مسؤوليات مدنية بل وحتى جنائية في بعض الحالات وذلك لخطورة وأهمية هذا النوع من التجمعات فلا يترك لحرية الإرادة وذلك حماية لمصالح الأغيار الذين يتعاملون مع الشركة أو التجمع .

الإختصارات :

ق.إ.ع.م : قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني .

م.ت.م : مدونة التجارة الموريتانية .

CADRE GENERAL DES SERVICES PUBLICS : QUELQUES ELEMENTS DE DEFINITION ET HISTOIRE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC



Article réalisé par :

- **Mr Mohamed CHAOUI**, Doctorant à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociale de Salé,

Laboratoire : évaluation des politiques publiques,

Formation Doctorale : Droit Public et Sciences Politiques

Université Mohamed V- Rabat-MAROC

- **Mlle. Amina BOUTAKBOUT**, Doctorante à l'ENSA d'Agadir, Laboratoire : Génie Industriel et Informatique-ENSA-

Formation Doctorale : Sciences et Techniques de l'Ingénieur-CED Université Ibn Zohr –Agadir- MAROC

CADRE GENERAL DES SERVICES PUBLICS : QUELQUES ELEMENTS DE DEFINITION ET HISTOIRE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

Quelque soit le type de toute organisation, publique ou privée, elle suit un régime et un cadre spécifique relatif à son organisation et à son fonctionnement. Quoique le service public soit l'affaire de l'État, pris dans un sens large, il est soumis aux règles du droit public, forgées au fil du temps, selon les circonstances internes et externes de la société et les contraintes qu'il met en jeu. Quelle définition recouvre le champ de service public ? Et à quelle époque remonte cette notion ? Ce sont les questions auquel cet article tente de leurs trouver une réponse.

Grand nombre de textes législatifs se réfèrent au service public, mais si la mention est d'usage courant dans la loi, elle n'a jamais été définie d'une manière concise et précise. Pour certains juristes cette notion, présente un timbre qui couvre les activités d'intérêt général, permettait ainsi au juge surtout administratif de délimiter le champ d'action dans certaines décisions rendues.

Rares sont les auteurs qui s'accordent sur les contours précis de cette notion. Il faut dire que le service public touche plusieurs réalités et domaines : L'organe chargé de l'assuré, ses compétences, ses missions, ses fonctions, son périmètre d'action et ses limites avec le domaine privé.....

Traiter la notion de service public, fait donc partie d'un exercice de vocabulaire, car il s'agit de définir un certain nombre de concepts, principes et termes, et d'un exercice d'histoire, vu que le concept actuel est le résultat d'un long chemin de décisions juridiques, de réflexions culturelles et de discussions politiques, qui ont participé au fil du temps à le complexifier.

I- Quelques éléments de définition de la notion de service public

L'idée de service public se base sur le fait que certaines activités économiques et sociales doivent être à l'écart, en fonction de la nature des objectifs et des intérêts qu'elles mettent en jeu, de toute application de la logique marchande et de la recherche du profit, pour être gérées selon des réglementations et des référentiels particuliers, permettant une équité d'accès de tous à certains biens et services, et assurant ainsi l'équilibre et la cohésion économique, sociale et culturelle de la société. Les services publics permettent de prendre en considérations les mécanismes que le marché néglige : la gestion de la chose publique au long terme, les investissements lourds, la préservation d'un bien rare ou précieux, la gestion de l'espace et de l'environnement...

On parle de service public, dans le cas où une collectivité territoriale (locale, régionale, nationale) estime que, à un moment donné et dans son périmètre géographique de responsabilité, un bien ou un service indispensable pour tous (existant ou nouveau) ne peut être réalisé de façon qu'elle juge satisfaisante exclusivement par le marché. Sa mise en œuvre s'accompagne d'un processus de régulation. La définition du service public est donc évolutive dans le temps et dans l'espace. Elle implique l'existence de procédures d'évaluation de la gestion de la chose publique. Cette définition doit être relativisée par la prise en compte de différents repères (économique, juridique, historique, culturel...). Chaque pays en développe sa propre définition.

De ce fait, il est difficile de prétendre définir d'une manière précise ce qu'est le service public, vu l'absence de ce concept dans certains pays, à l'image des États-Unis ou de la Grande Bretagne, où cette notion est quasiment inexistante.

Selon Martinand, le service public est considéré comme : « le *regroupement d'un ensemble de traditions juridiques, sociologiques et politiques propres à chaque pays*¹ ». Cette notion faisant souvent appel à une appréciation d'ordre politique, pouvant être élargie ou rétrécie selon sa volonté. En réalité, est service public ce que la puissance publique définit politiquement comme tel, dans l'objectif soit de l'intégrer dans le secteur public, soit de lui appliquer des règles spécifiques de droit public. Les activités d'un service public sont soumises à un régime juridique spécifique. Quoique, il faut faire cependant, une distinction terminologique entre service public et secteur public.

Le secteur public est composé d'une part, des administrations publiques de l'État et des collectivités locales, et d'autre part des établissements et entreprises publics, dont le capital social est détenu majoritairement par l'État, ou par l'un de ses démembrements. Ainsi, la nuance qu'il faut faire entre ces deux notions, est la suivante :

Certaines activités relevant du service public peuvent être assurées par le secteur privé, généralement par le biais d'une délégation de ce dernier : transport urbain, collecte des déchets ménagers, distribution de l'eau et de l'électricité, traitement des eaux...

A l'inverse, des fonctions sans grande relation avec le service public, sont parfois assurées par le secteur public.

En somme, un service public est une activité qui vise à accomplir un service d'intérêt général, on notera ainsi, qu'une collectivité publique possède le choix entre deux alternatives :

¹ Claude Martinand, L'accès pour tous aux services essentiels, L'encyclopédie du développement durable, Les éditions des récollets, 2006.

- Assurer directement un service public par ses propres moyens ;
- Déléguer sa gestion à un organisme spécifique du secteur public ou à un organisme relevant du champ du droit administratif.

En effet, il est à chaque fois le résultat d'une décision politique affirmant que telle ou telle activité relève du service public. Soit elle en assure elle-même le service (à travers une administration, une régie, une agence...), soit elle le délègue (et le contrôle) à une entreprise ou à une association, à travers un régime de concession, licence, franchise, cahier des charges, fixation de tarifs, contrôle des investissements...

Concernant les fonctions de service public réalisées par le secteur public, on distingue de ce fait :

- Celles liées à la souveraineté de l'État ;
- Celles liées au secteur administré ou au secteur marchand mais que le secteur public a pris leur monopole. Ceci s'explique par un besoin ou une nécessité d'intérêt général essentiel, stratégique ou d'ordre sécuritaire, dont la nature est incompatible avec le fonctionnement, organisation du marché et les modes de management privés. Sont citées par exemple, certaines infrastructures nécessaires au fonctionnement des établissements publics comme privés : routes, voies ferrées, ports, l'exploration spatiale...

Les domaines concernés par les services publics, sont ceux assumés par l'État, dans la conception actuelle, ou par le roi ou le prince au moyen âge. C'est pour cette raison qu'on les nomme fonctions régaliennes :

- Le maintien de l'ordre (police) ;
- La lutte contre toute invasion extérieure (armée) ;
- La justice ;
- L'émission de la monnaie.

Ces fonctions sont souvent vues comme difficiles à déléguer, ou à sous traiter à des organismes privés. Nonobstant, la détermination de ce qui relève du secteur public, de ce qui relève du secteur privé, ou d'un éventuel mélange des deux, varie d'un pays à un autre. Elle évolue aussi dans le temps et dans l'espace en fonctions des régimes et des décisions politiques où interviennent les autorités gouvernementales à des degrés divers :

- Contraintes structurelles : degré d'évolution de la population, besoins prévisibles à terme ou exprimés par la population ;

- Contraintes conjoncturelles : Environnement politique, économique...

Ainsi, l'évolution de la société peut faire émerger le besoin et la nécessité de nouveaux services publics, comme elle peut en rendre certains inutiles et inopérants.

Une nouvelle nomenclature des activités, faisant partie du domaine de service public, a été forgée à la fin du 19 siècle et au début du 20 siècle, en introduisant des activités à caractère industriel et commercial, suite aux différents mouvements de la libération des grands services publics nationaux. Soutenue par l'ensemble des forces sociales ayant participé à la résistance, en conséquence, il fut consacré par le Préambule de la Constitution Française de 1946 : « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité* ».

D'où la conceptualisation d'un service public, qui regroupe la démarche juridique (jurisprudence du Conseil d'État Français contenant les principes d'égalité, continuité et adaptabilité du service public), et économique (keynésianisme, théories des biens publics¹ et du monopole naturel). Ceci est l'aboutissement d'un long processus de négociations, entre les différents partenaires économiques, politiques et sociaux, chacun d'eux vise des objectifs relatifs à sa sphère et à son domaine : Les élus locaux agissent dans l'obligation de desservir leurs électeurs, durant leur mandat politique, en jouant sur la péréquation tarifaire. Les organisations syndicales revendiquent les intérêts des salariés, la préservation de leurs prestations sociales, le partage du surplus et la garantie de l'emploi. Les consommateurs qui sont devenus de plus en plus exigeants et sensibilisés à la qualité des services et au processus de contrôle de la gestion de la chose publique.

Si l'on se réfère aux missions et aux finalités, le service public se présente comme le résultat d'un mode d'organisation sociétal, d'un stade de cohésion sociale développé et du degré de maturation du tissu productif, industriel et administratif local. A cet égard, il représente à la fois, quelque soit l'échelle d'étude :

- La garantie équitable d'accès à des biens et services essentiels, définis comme tels par l'autorité qualifiée, et celle de pratique des droits fondamentaux liés à l'individu ;
- Un élément essentiel que s'offre la puissance publique pour équilibrer et réguler le marché, orchestrer des politiques publiques (protection de l'environnement, l'aménagement de l'espace, recherche-développement...)

¹ La théorie des biens publics tente de justifier l'existence de l'Etat à partir d'un point de vue utilitariste et moral. L'argument des biens publics permet aux étatistes d'intervenir dans n'importe quel domaine de la vie des individus, en posant comme argument le principe que cette intervention est utile, voire indispensable. Pour les libertariens, l'État n'est pas une institution nécessaire, mais au contraire une institution nuisible, qui est régulièrement confondue avec les institutions nécessaires qu'elle monopolise. Il n'y a aucune justification rationnelle pour l'intervention étatique, tous les arguments avancés ne visent qu'à cacher la seule raison, qui est l'emploi de la force selon la loi du plus fort, pour réaliser l'oppression des politiquement faibles par les politiquement forts.

La notion de service public embrasse donc l'individuel et le collectif; l'administratif, l'économique, le social, le politique, et le culturel ; le marchand et le non marchand ; le local, le régional, le national et le supranational ; les besoins du consommateur, de l'individu, du citoyen, de la société et de la communauté...

II- Histoire de la notion de service public

Dans toute collectivité humaine, depuis l'origine, il se constitue un service collectif ou plusieurs. C'est lié au vivre ensemble dans une communauté. Cette idée a été véhiculée par Jacqueline Russ dans les théories du pouvoir, elle a parlé d'exigence vitale d'organisation¹, comme nécessité de garantir la survie de tout être humain.

a- De l'antiquité à la révolution française

La notion de service public n'est apparue que dans 20 siècles, comme telle qu'elle est connu actuellement, sa naissance a eu lieu après un long chemin de réflexions, de discussions et même de phases affranchies relatives à l'évolution du rôle de l'État, et de ses prérogatives. L'approche adoptée pour exploiter le terrain historique de cette notion, est l'analyse de l'évolution des fonctions accomplies par le pouvoir (autorité la plus haute du sommet de toute société). De ce fait, la première codification existante en la matière, qui relate d'une manière exhaustive le lien entre le pouvoir et ses subordonnés, est celle de Hammourabi, qui remonte au siècle AJC.

Dans le code de Hammourabi², on trouve une description du pouvoir mésopotamien comme centralisateur de toutes les autorités. Quoique les villes mésopotamiennes possèdent des administrations, qui leurs sont propres, un collège d'anciens et un maire. Le roi centralise toute l'activité économique du pays, il fixe également le montant des salaires, le prix des marchandises. Il s'occupe aussi de la perception des taxes et des impôts, de même il assure l'entretien de certaines infrastructures : les voies d'eau, l'entretien et l'extension du système d'irrigation et le bornage des champs. Nonobstant, les moyens d'action du roi restent primitifs, vu qu'il met à la disposition, des fermiers héréditaires ou à ses serviteurs³, ses terres dans le but de les mettre en valeur. Dans cette situation, les terres constituent une rémunération.

Les États mésopotamiens sont donc organisés autour de la figure royale. Ainsi, le roi accapare tous les pouvoirs, et il est considéré comme: chef de guerre, administrateur, législateur... il exerce une autorité absolue mais rend compte aux dieux de l'exercice de son pouvoir. On constate donc à travers cette situation remarquable, ce qu'est la fondation de la royauté, un phénomène réellement démocratique qui consiste à

¹ Jacqueline Russ, Les théories du pouvoir, 1994, LGF/ Livre de Poche.

² Les sujets abordés dans ce code couvrent les droits pénal et civil. Ils touchent également la famille, l'esclavage, le droit professionnel et commercial, agricole et administratif.

³ Administrateurs, soldats et travailleurs de palais.

renoncer à l'autonomie locale pour se placer sous la protection et l'autorité d'un personnage puissant, capable de prendre en charge la droiture des affaires du gouvernement, c'est presque la même chose que joue le pouvoir législatif actuellement, dans le contrôle des actes du gouvernement.

La civilisation égyptienne antique se caractérise par un système très centralisé, hiérarchisé et symbolisé par les pyramides. Au sommet du système judiciaire égyptien on trouve officiellement le pharaon qui est chargé de promulguer les lois, de rendre la justice et de maintenir l'ordre public. Ceci concerne le volet juridictionnel des fonctions attribuées au pharaon. A cette époque, on trouve des monopoles d'État qui ont été constitués pour garder la main mise sur des secteurs jugés prioritaires, c'est le cas par exemple, du commerce avec les pays riverains. Le pouvoir assure également la construction d'infrastructures¹ pour contrôler la répartition de l'irrigation des terres. A cet effet, la société égyptienne antique possède des services publics (non connus à l'époque comme tel), ils touchent la justice, la promulgation des lois, le maintien de l'ordre public, la construction des infrastructures et le commerce extérieur.

La notion du service public a pris une autre dimension dans la société grecque et romaine, à cette époque le terme employé était l'utilitas communis, qui désigne l'intérêt du peuple, ou bien l'utilisation de la chose publique au-delà des intérêts immédiats de l'État, pour préconiser la protection des intérêts de la communauté individu par individu.

Sous le règne du Bas Empire, l'utilitas communis laisse place à la notion d'utilitas publica, principe général qui justifie l'intervention de la Cité à l'époque. Ainsi, Thomas d'Aquin est l'une des premières références au terme de la chose publique, « bonus communis » qui désignait : *« l'ensemble des conditions sociales qui permettent, tant aux groupes qu'à chacun de leurs membres d'atteindre leur perfection, d'une façon plus totale et plus aisée 2 »*.

En ce qui concerne la pensée arabo musulmane, Ibn Khaldoune préconise que l'homme vit en société par un besoin inné, il pense ses besoins, il se regroupe par intérêt, car c'est le seul moyen de réaliser ses souhaits, via ce mode de pensée la société trouve une certaine harmonie entre l'équilibre individuel et l'équilibre collectif, (c'est ce qui sera expliqué au dessous, par le lien entre l'ascension ou décadence de l'État et la régression ou la prospérité économique,). A travers cet enchaînement, on trouve les prémices du principe avancé par Adam Smith « la main invisible », la somme des intérêts individuels assure l'intérêt général de la société. A cet effet, c'est dans la vie collective que le besoin d'équilibre se concrétise.

1 « il faut construire les digues pour briser le courant et retenir le limon (sol léger et fertile), des réservoirs pour conserver l'eau en vue de l'irrigation durant la saison sèche,...lutter contre l'invasion du sable, réglementer l'usage de l'eau pour les particuliers. Pour construire et entretenir un tel équipement, surtout avec des moyens matériels limités, il fallait un énorme travail collectif organisé : on était ainsi amené à établir une autorité centrale, capable de mobiliser, de coordonner et éventuellement de contraindre les énergies individuelles en vue de l'œuvre commune. Ainsi, s'explique le caractère très centralisé de l'organisation politique et son intervention dans la vie économique » Cours de l'histoire des faits économiques et sociaux, M. AMRI, 2004/2005, Extrait de l'historien Maillet.

2 Riccardo Petrella, Le bien commun : éloge de la solidarité, Labor, 1996.

Pour Ibn Khaldoune, le pouvoir peut se reposer :

- Soit sur la loi religieuse ;
- Soit sur une politique rationnelle, c'est-à-dire inscrire l'intérêt particulier dans l'intérêt général ;
- Soit sur une domination charismatique traditionnelle.

En d'autres termes l'État tire sa légitimité de l'Acabyya¹ : on ne peut pas avoir aucune cohésion de l'État sans ce concept, Ibn Khaldoune semble faire de l'Acabyya le moteur de l'histoire et la base solide de toute dynastie pour assurer sa continuité, c'est la condition essentielle pour en garder sa survie. Il faut rappeler qu'à cette époque la société maghrébine évolue en fonction de lois historiques déterminées, pour Ibn Khaldoune toute société passe nécessairement par deux étapes marquantes à savoir :

La phase d'épanouissement : époque qui résulte d'une activité remarquable qui est liée à une sédentarisation accrue ;

La phase de décomposition : époque caractérisée par le gaspillage des richesses et par la disparition de l'esprit de corps Al Açabbyya. Ainsi, Ibn Khaldoune met en rapport la compréhension de la société, son devenir et ses transformations et la situation économique dans ce livre AL MOUQADDIMA : « *Il faut savoir que les différences dans les manières d'être des sociétés humaines ne sont dues qu'à la façon dont elles pourvoient à leur substance* ». Il découle de cet extrait que l'économique est très lié au social qu'il conditionne et qu'il le conditionne lui aussi à son tour, d'où l'existence d'une relation d'influence réciproque. L'environnement politique, et plus précisément la composante du pouvoir, constitue un facteur déterminant de cet environnement social. Ce mode de pensée, se rapproche de la conceptualisation du mode de production faite par K. Marx « *Le mode de production de la vie matérielle détermine, en général, le processus social, politique et intellectuel de la vie* » extrait de sa préface « La critique de l'économie politique ». Cette façon d'analyse conduit Ibn Khaldoune, à mettre en exergue une nouvelle approche entre la prospérité ou la régression économique et l'ascension ou la décadence de l'État (dans la plupart des cas dirigé par une dynastie, qui est le produit d'un groupe tribal : Açabbyya, a lancé à l'usurpation du pouvoir). Cette approche trouve ses origines dans le rôle important des impôts et des finances publiques dont l'évolution correspond au cycle politique de l'ascension décadence de l'État dans la détermination du rythme de l'activité économique.

Durant la phase d'épanouissement de tout État, le lien tribal prédomine sur les intérêts personnels du groupe au pouvoir, le chef de l'État (en général le roi) se considère comme le serviteur de sa tribu². Ainsi, les relations liant le sommet de l'État et les citoyens vont revêtir le caractère participatif, et ce au niveau du

1 Par Al Açabyya, Ibn Khaldoune entend les liens dynamiques, l'esprit de clan à base de parenté de sang, ils cimentent socialement et politiquement tous les rapports entre les contribuables et clients ou entre des tribus.

2 Car il est arrivé au pouvoir grâce au soutien de cette dernière, et par le biais de l'Açabbyya.

pouvoir et au niveau de la répartition des richesses. Vu le caractère léger de la charge fiscale, durant la première phase, les contribuables citoyens ont une propension élevée au travail comme contre partie. A cette époque l'environnement économique se caractérise par un accroissement de la cadence économique, cet accroissement va stimuler l'augmentation des recettes publiques et par conséquent les dépenses publiques. Cette stratégie financière s'accroîtra tout au long de la phase d'épanouissement. La nécessité de respecter les engagements du serviteur du peuple vis-à-vis sa tribu, justifie une telle stratégie, on constate à ce niveau l'existence d'un certain pacte ou consensus social entre le pouvoir et le peuple, ses fondements sont la réduction des impôts en contre partie de l'accroissement de l'activité économique, ce consensus va favoriser l'augmentation de l'assiette fiscale et par conséquent le revenu public.

Au cours de la phase de décomposition, tous les points forts de la première phase se transforment à des points de faiblesses, le despotisme politique est le fait marquant de ce changement, expliqué par la difficulté de concilier et de converger les intérêts des personnes au pouvoir et ceux de la tribu. La naissance d'autres types d'impôts et l'augmentation de ceux existants auront lieu, ceci dans le but de répondre aux dépenses croissantes du pouvoir, on assiste ici à une sur-imposition de la population, la conséquence majeure de cette sur-imposition, est la baisse du revenu public suite à la diminution de la propension au travail (désintéressement des agriculteurs et des commerçants à leurs activités).

Ibn Khaldoune établit une classification des activités économiques : économie artisanale et marchande, et économie de subsistance. Pour l'économie artisanale et marchande, elle se base sur l'effort humain. Quant à l'économie de subsistance, elle ne se base pas sur la fourniture de travail humain, c'est le cas des impôts. Compte tenu de cette classification des activités économiques, Ibn Khaldoune ramène le rôle de l'État à quatre principes généraux :

- La sécurité des hommes et des biens ;
- La justice ;
- La régulation et l'arbitrage des transactions sans que l'Etat n'intervient ;
- La perception de l'impôt à condition qu'il ne soit pas trop lourd.

Une première lecture de ces quatre rôles de l'État, nous montre clairement que les services offerts par l'État embrasse à la fois : le volet sécurité : quelque soit la sécurité des hommes et des biens ; le volet justice : offrir un service équitable aux justiciables sans aucune discrimination ; le volet régulation et arbitrage : l'État se contente du rôle d'observateur et de régulateur sans aucune intervention, et pour le dernier volet il se résume à la perception des impôts sans alourdir les portefeuilles des contribuables. Certes, la notion de service public est inexistante à l'époque en tant qu'on la connaît actuellement, mais le groupe dirigeant prend

en charge les quatre fonctions déjà citées en haut, et si en les comparant avec la terminologie du rôle de l'État régalien, on constate bel et bien leur symétrie avec les quatre missions régaliennes traditionnelles.

Au XVI siècle, l'absolutisme naissant développe la terminologie des services communs, et l'on se réfère de plus en plus explicitement à « l'intérêt public » et au « service public », lequel s'étend avec Colbert aux fonctions régaliennes 1 mais aussi sociales, culturelles et économiques. Le Colbertisme 2 fait de l'Etat l'acteur principal du commerce et de l'industrie. Ainsi, l'État intervient au niveau des manufactures en construisant davantage les infrastructures pour favoriser leur développement et en construisant des « villages usines », à cette époque la richesse de l'État se mesure par les réserves qu'il détient en métaux précieux, d'où l'intérêt remarquable octroyé au commerce extérieur, pour assurer une balance commerciale excédentaire. Tantôt, le rôle de l'État selon Colbert, se résume à :

- L'augmentation du produit des Impôts ;
- Le développement d'une marine forte, pour assurer un commerce extérieur épanouit ;
- La construction d'infrastructures routières et maritimes, dans le but de faciliter le transport des produits industriels afin de les commercialiser ;
- L'édification des manufactures pour éliminer la dépendance de l'État aux autres pays.

De même Colbert a soutenu la thèse de Nicolas Delamare, avancée dans son ouvrage « traité de la police », où il attribue aux responsables de la police onze champs de compétence, parmi eux on trouve la santé, la religion, les mœurs, la gestion de la pauvreté, la science et art libéraux...A cet égard, on constate la naissance d'un autre type de service rendu par l'État (police) qui revêt un caractère social, scientifique, religieux et disciplinaire.

Pour les classiques, Adam Smith préconise que les fonctions régaliennes sont définies dans leur sens moderne : la protection des libertés individuelles fondamentales contre les agressions intérieures et extérieures. Pour autant, Smith ne rejette pas l'idée de l'interventionnisme économique de l'État. Dans le but de protéger les citoyens et leurs biens contre les injustices venues de l'intérieur et d'empêcher les invasions d'armées étrangères, Smith attribue à l'État une fonction d'intérêt général : « *Le troisième et dernier devoir du souverain est d'entretenir ces ouvrages ou ces établissements publics dont une grande société retire*

1 Les fonctions régaliennes, du latin jura regalia, désignent les marques de souveraineté, dont dispose la royauté ou l'Etat. Ils ont été définies clairement en particulier au 16 siècle, par les penseurs de l'absolutisme. On y inclut couramment la sécurité interne (police et justice), la sécurité extérieure (armée) et la monnaie.

2 Forme d'interventionnisme étatique pratiquée en France sous Louis XIV par son ministre J.B Colbert (1619-1683) et inspirée des théories mercantilistes. Dictionnaire d'Economie et de des Sciences Sociales, NATHAN, quatrième édition.

d'immenses avantages, mais sont néanmoins de nature à ne pouvoir être entrepris ou entretenus par un ou plusieurs particuliers, attendu que, pour ceux-ci, le profit ne saurait jamais leur en rembourser la dépense¹ ».

Selon Smith, le marché ne peut pas prendre en charge toutes les activités économiques, car certaines ne sont rentables pour aucune entité économique ou industrielle, et pourtant elles profitent amplement à la société toute entière. Ces activités doivent alors être assurées par l'État. Il s'agit surtout des grandes infrastructures, mais l'analyse peut s'étendre aux services publics, c'est le cas des dépenses collectives afférentes à l'armée, ils relèvent de l'intérêt général sans qu'il soit possible d'en saisir le bénéficiaire. Pour Adam Smith, une armée bien structurée et bien organisée est nécessaire pour assurer la sécurité interne et externe, elle garantit la protection de l'État contre l'invasion d'autres sociétés indépendantes. Une armée forte peut être considérée comme une clé porteuse de civilisation : *« Ce ne peut être que par ce moyen qu'un pays barbare peut passer tout à coup à un état passable de civilisation »*. En effet, une armée bien réglée est garante de la sécurité intérieure, c'est un moyen qui aide à faire régner la loi sur tout le territoire placé sous la tutelle de la dite armée. Le souverain se trouve dans l'obligation de mettre en œuvre une justice équitable : *« Le second devoir du souverain, celui de protéger, autant qu'il est possible, chacun des membres de la société contre l'injustice ou l'oppression de tout autre membre de cette société,..., exige aussi des dépenses qui, dans les différentes périodes de la société, s'élèvent à des degrés fort différents »*. Il encourage l'intervention des pouvoirs publics pour le bon fonctionnement de l'économie, en construisant les infrastructures routières, les ponts, les canaux, les ports, les hôpitaux, la poste... pour le bon accompagnement du développement économique. Adam Smith, est l'un des encourageants du protectionnisme, pour lui la protection des industries stratégiques passe avant tout, même si cette protection freinera la croissance du revenu national : *« la sécurité de l'État est d'une plus grande importance que sa richesse »*.

Durant le siècle des lumières, un terme nouveau s'est apparu «le contrat social », cette notion s'est concrétisée à la Révolution Française, période dans laquelle le dirigeant n'est plus vu comme un maître mais comme organisateur, à qui l'on a délégué la gestion et l'administration des biens communs. L'impôt va servir d'alimenter les caisses de l'État pour assurer la gestion des services publics.

Même la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, fait signe à la notion d'intérêt général, ainsi que le principe d'utilité publique, qui devient le moyen de réaliser et de mettre en œuvre la loi de manière satisfaisante et en conformité avec l'intérêt national. Elle indique que la force publique *« est instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée »* (article 12).

¹ Adam Smith, Richesse des nations, Livre 5.

b- Le XIXe siècle

Les pouvoirs de l'État ne cessent de croître au XIXe siècle et la notion d'intérêt général est fortement utilisée, mais l'État libéral offre une place importante aux libertés publiques. Dans cet ordre d'idées, l'école historique allemande développe la théorie organique de l'État, une théorie qui préconise la légitimité de l'intervention de l'État. L'un de ses fondateurs, Adolphe Wagner stipule dans son ouvrage¹ que : « *une portion relative toujours plus grande et plus importante des besoins collectifs d'un peuple civilisé en progrès se trouve satisfaite par l'État* ». Pour Wagner, l'État est le seul garant du développement économique, ainsi, son rôle doit s'étendre à toute la sphère économique. Wagner constate que le développement économique et social de la société, s'accompagne d'une augmentation du poids des dépenses publiques² dans le produit intérieur brut : « *plus la société se civilise, plus l'État est dispendieux* ». Pour Wagner l'augmentation des dépenses publiques, s'explique par l'émergence de trois catégories de besoins qui naissent au fur et à mesure du degré de développement de la société :

- Le besoin de réglementation pour faire face à la complexification de la société, en particulier : à la protection de la propriété intellectuelle, industrielle ou commerciale ; l'industrialisation ; l'aménagement du territoire ; à l'urbanisation... Ces aspects qui résultent du développement économique, nécessitent l'instauration de nouvelles règles inconnues dans les sociétés traditionnelles. Les sociétés modernes doivent se doter de nouvelles règles du jeu qui accompagnent leur essor économique.

- Les besoins économiques et sociaux conjugués à l'amélioration du niveau et de la qualité de vie, le citoyen devient de plus en plus conscient de ses droits et exigeant vis-à-vis de la société, la montée des courants socialistes et l'émergence des syndicats en jouent le rôle. Dans les sociétés modernes, les individus aspirent à améliorer leur condition via la formation, la culture, la santé, les loisirs... Ces aspirations constituent en outre des facteurs de croissance, vu qu'ils créent des nouvelles activités et par la suite de nouveaux besoins en formation, ce qui va générer à leurs tours de nouveaux débouchés.

- Les besoins d'infrastructures nécessaires au développement des échanges et de la production. Le développement industriel est nécessiteux d'un développement énergétique, logistique, sanitaire... A cet égard, l'État se présente comme le seul garant de ces investissements lourds, desquels le retour sur investissement n'est pas assuré, ainsi que leur impact ne sera connu qu'au long terme.

Pour Wagner, l'accroissement du rôle de l'État dans la sphère économique, est lié au niveau du développement industriel. Il ne résulte pas de la sphère politique ou idéologique, mais du progrès industriel.

¹ Adolphe Wagner, « les fondements de l'économie politique », 1867, Paris, page 378.

² Loi de Wagner.

Ainsi, au 19^e siècle les missions de l'État restent très limitées et s'exercent principalement dans les actes de police administrative¹ par un État « gendarme ». Avec l'essor du capitalisme, les conditions économiques et sociales des États sont devenues critiques et l'intervention de l'État progresse dès la première moitié du siècle, en matière de travail des enfants ou d'enseignement par exemple². L'interventionnisme se fait dans le domaine économique, social et culturel. L'État s'engage de plus en plus dans le social, ceci a été théorisé par Léon Bourgeois qui systématise en 1898 la relation entre le solidarisme et l'interdépendance social, pour construire une théorie des droits et des devoirs sociaux : « *chacun est redevable d'une dette du seul fait qu'il vit en société, parce qu'il a hérité de l'acquis de la civilisation* ³ ». D'où la naissance de la notion de l'État solidaire, au service de la société.

Sous l'angle juridique, la notion du service public, est pas à pas concrétisée par le Conseil d'État Français, qui différencie en particulier ce qui relève du champ de la gestion publique, du champ de la gestion privée, pour une même entité. L'expression est employée dans une décision du Tribunal des Conflits dans l'Affaire Blanco ⁴, en date du mille huit cent soixante treize.

c- Le XXe siècle

Selon Max Weber, l'État est le seul possesseur du « monopole de contrainte physique », l'État a souvent vu son champ d'action rétrécit dans le volet économique. A cet égard, Weber préconise qu'il est impensable de séparer l'agir économique et l'agir politique, ces deux sphères restent fortement connecter, vu que l'agir économique contient des dimensions politiques, le cas par exemple des relations bilatérales commerciales, ainsi, que l'agir politique exige un agir économique, et ce au niveau des discours électoraux, des promesses des élus locaux aux nationaux, quelque soit l'échelle de la décision politique. En effet, L'État en situation de cirse, développe des politiques conjoncturelles multiples, ces politiques manipulent plusieurs variables économiques : taux de change, taux de chômage, taux d'inflation, taux d'intérêt... Face à la conception du vingtième siècle, d'un État minarchisme ⁵ de Max Weber⁶, on trouve une autre conception de l'État ; qui tend à élargir son périmètre d'action, allant au-delà de la conception précédente ; de Musgrave. Il a défini en 1959, les trois principales fonctions de l'État, dans son ouvrage « *The theory of public finance* » :

1 La police administrative est l'activité qui vise à prévenir les troubles de l'ordre public. Depuis le code des délits et des peines de 1795, elle est distincte de la police judiciaire.

2 Loi n°9203 du 22 mars 1841 réglementant le travail des enfants ; loi sur l'instruction publique du 28 juin 1833, dite "loi Guizot", obligeant les communes de plus de 500 habitants à créer une école primaire élémentaire.

3 Jacques Chevallier, le service public, PUF, 2008.

4 L'État peut agir comme personne civile ou propriétaire, auquel cas il est soumis aux mêmes règles que les particuliers et relève de la compétence judiciaire ; ou bien il peut agir comme personne publique : il échappe alors au droit privé et n'est judiciaire que de la juridiction administrative.

5 Le Minarchisme est une variante du libéralisme, considérée comme théorie qui prône la limitation du rôle de l'Etat, ses fonctions doivent être limitées à la défense du territoire, la justice et le maintien de l'ordre.

6 Le premier sociologue du 20^e siècle, est l'un des fondateurs de la sociologie politique.

- L'affectation ou l'allocation des ressources : État affecte des moyens pour financer les secteurs non marchands, le cas de l'éducation, de la santé, de la justice...dans ce cas de figure l'État applique une tarification au coût marginal. En mettant, au profit de la population des biens collectifs ;
- La redistribution des revenus et des patrimoines : elle vise essentiellement, l'équité sociale, et la réduction des inégalités entre les différentes tranches de la population ;
- La régulation de la conjoncture économique : l'État doit intervenir d'une manière dynamique dans la scène économique, en agissant sur la demande via la politique fiscale, qui favorisera un transfert de revenus de plus riches vers les plus pauvres, et en agissant ainsi, sur l'investissement par l'encouragement des entreprises locales à investir, ceci va se réaliser par la construction des infrastructures et par la baisse du taux d'intérêt, afin de rendre les investissements rentables. De cette façon de faire, les pouvoirs publics vont prévenir les situations des déséquilibres qui pourraient dériver d'un laisser faire exagéré.

L'apogée des services publics se développe tout au long du XX siècle, dans une démarche de forte expansion, tandis que le service public devient le principe d'unification des grandes notions du droit administratif. Les services publics administratifs se distinguent des services publics industriels et commerciaux dès les années 1920, alors que se développe la gestion de services publics par des personnes privées.

L'interventionnisme de l'État connaît un fort essor, à cette époque au travers des lois économiques et sociales de plus en plus nombreuses. Au niveau local aussi les initiatives se multiplient, au point d'inciter le juge administratif à rappeler le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais cela ne freine pas l'expansion du secteur.

Pour autant la notion demeure relativement floue et imprécise, raison pour laquelle les années 1960 ont recours à une définition fonctionnelle du service public, fondée sur une double logique : les activités des personnes publiques sont présumées être des services publics ; les activités des personnes privées (dont les entreprises publiques organisées comme des sociétés commerciales) sont présumées être de nature privée ; pour qu'il y ait création de service public il faut une condition formelle, un critère subjectif et un certain nombre d'indices matériels complémentaires 1.

Le secteur économique du service public s'est renforcé dans l'entre-deux guerres et détient une place essentielle dans l'économie des pays développés. Il faut cependant nuancer le recul de l'interventionnisme de l'État : la planification régionale demeure, de même que la régulation de la concurrence ou les politiques

1 La personne privée a reçu délégation pour accomplir une certaine mission (condition formelle) ; la qualification de cette mission dépend de la recherche de l'intention de l'autorité qui a été à l'origine de sa création (critère subjectif) ; si cette intention n'est pas explicite, il faut analyser le régime de l'activité, notamment la finalité poursuivie et le contrôle exercé sur le gestionnaire (indices matériels).

d'aménagement du territoire. Ce qui semble se dessiner dans les années 1990 est plutôt un changement dans la forme de cet interventionnisme, car la tutelle de l'État sur la société n'a guère faibli aujourd'hui. On peut même dire que les collectivités publiques en général interviennent de plus en plus dans le domaine de la sûreté sanitaire ou de la protection de l'environnement. Mais l'abandon progressif de la sphère économique par l'État est réel. S'ils sont souvent confondus, service public et secteur public sont deux réalités différentes. C'est la multiplication des entreprises publiques à vocation industrielle et commerciale actuellement, qui a contribué à les distinguer nettement.

Bibliographie :

- Adam Smith, Richesse des nations, Livre 5.
- Claude Martinand, L'accès pour tous aux services essentiels, L'encyclopédie du développement durable, Les éditions des récollets, 2006.
- Jacqueline Russ, Les théories du pouvoir, 1994, LGF/ Livre de Poche.
- Jacques Chevallier, Le service public, Paris, Editions PUF, 2008.
- Riccardo Petrella, Le bien commun : éloge de la solidarité, Labor, 1996.
- Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, Edition Boccard, 1923.
- Louis Rolland, Droit administratif, 1934.
- Michel Crozier. Le phénomène bureaucratique : essai sur les tendances bureaucratiques des systèmes d'organisations modernes et sur leurs relations en France avec le système social et culturel. Paris, Editions du Seuil.

Maroc : Regard sur l'organisation de la gestion des affaires publiques locales



**Solimani Mohammed : Docteur en
Droit public ; Académie de Montpellier**

Le Maroc est « résolument » engagé dans un processus conjoint de décentralisation et de déconcentration qui prend la forme plus particulièrement d'une décentralisation territoriale et d'une réforme administrative du secteur public. Ces deux phénomènes s'inscrivent dans le cadre de la transition démocratique affichée par l'Etat marocain qui inclut l'instauration d'une démocratie au niveau local, une démarche participative aux affaires locales et la modernisation du secteur public. Depuis les années 2000, de nombreuses mesures ont vu le jour dans le but de faire évoluer les structures administratives, convaincu qu'elles seront un moyen d'impulser le changement dans la gestion des affaires publiques.

La régionalisation au Maroc se met en place, entre autre, à travers ces deux volets de l'action publique. Elle vise à mettre en place une démocratie locale et à assurer un développement régional intégré à travers les élus locaux, les organisations socio professionnelles et la prise en charge et la participation active des citoyens.

Au-delà de ces mots, comment sont régies la décentralisation et la déconcentration ? Quels mécanismes ont été mis en place ? Quels sont les opportunités et les blocages à une véritable effectivité de ces deux volets ? Ces interrogations seront traitées en deux articles : le premier article présentera la mise en place de la décentralisation et la déconcentration au Maroc à travers une analyse des textes législatifs ; le second article portera sur l'expérience de la

décentralisation à travers le travail de la Commune de Belfaâ, qui a mis en place un travail participatif avec les acteurs de la société civile et la population locale. Il importe en premier lieu de retracer le processus de déconcentration et de décentralisation au Maroc, afin de relever les éléments qui permettent d'évaluer les opportunités et les blocages existants, depuis presque dix années de constant démarrage.

Déconcentration et décentralisation, quels apports mutuels ?

Les deux volets de l'action publique peuvent être envisagés de manière complémentaire.

Une réforme administrative qui prend en compte la décentralisation permet de gagner en légitimité en opérant davantage sur le terrain. De ce fait, la réforme décentralisée s'attaque aux obstacles des procédures ou tend à améliorer les conditions d'accès du plus grand nombre aux prestations fournies par les administrations C'est pourquoi, en appliquant la décentralisation à la réforme administrative, cela permettrait à la réforme administrative d'être présente auprès de la population.

Une politique de décentralisation qui prend en compte la réforme administrative amène les services décentralisés à travailler dans un souci d'efficacité et de performances puisque cela implique que les services décentralisés s'inscrivent dans les objectifs de la réforme administrative.

La décentralisation territoriale, la réalité des blocages anti-démocratiques

Les enjeux de la démarche politique de la décentralisation

La décentralisation met en place un environnement favorisant la participation active des citoyens à la gestion des affaires publiques locales.

En théorie, la décentralisation est un choix sociétal et politique qui, dépasse le périmètre du champ purement administratif. Il ne suffit pas de s'engager dans un processus de décentralisation pour réaliser effectivement la modernisation du système de gestion publique.

Même si la décentralisation n'est pas nommée tel quel dans la Constitution de 1996, elle a un statut privilégié pour participer pleinement au processus démocratique. L'article 101 de la Constitution annonce que les collectivités sont disposées à « élire des assemblées chargées de gérer démocratiquement leurs affaires ». L'article 38 souligne le lien entre la démocratie locale

et le national par la représentativité des collectivités locales au sein de la chambre des conseillers. Par ces références, on comprend que le niveau communal vise à inverser le sens des décisions où au lieu de partir du haut vers le bas, l'action locale partirait de la population vers les élus locaux en remontant par le Parlement avec la Chambre des conseillers.

Par ailleurs, la décentralisation constitue un défi de première importance pour l'apprentissage de la vie politique (au sens large du terme politique) dans un pays qui éprouve des difficultés à travailler de manière collective avec les forces vives du pays : Partis politiques et syndicats, presse, mouvements sociaux contestataires, etc.

La configuration de la décentralisation au Maroc

La décentralisation est organisée à partir de trois niveaux.

Politiquement, juridiquement et financièrement, **les communes** supportent l'ensemble de l'édifice de la politique territoriale. La charte communale de 2002 s'attache à élargir les attributions des élus, la rationalisation des mécanismes de fonctionnement d'assemblée et la responsabilisation accrue de l'exécutif communal.

Le niveau provincial (ou préfectoral) est sous contrôle de l'Etat. Il est le relai de l'action de l'administration centrale. Il constitue un espace de suivi et de contrôle des libertés communales, en assurant un pouvoir territorial via des fonctions de surveillance politique et d'encadrement social. La dépendance envers l'administration centrale ne lui permet pas d'avoir une légitimité populaire, ses attributions restent symboliques, et ne détient aucune autonomie budgétaire.

La région est en évolution du fait que la notion elle-même est récente, datant des années 1990 (le premier texte sur l'autonomie régionale date de fin 2001). La notion de région est liée à celle de développement économique et social. La préoccupation majeure des conseils régionaux est l'aménagement du territoire national, via la promotion de l'investissement, le soutien à la création des activités et emplois pour un dynamisme durable de développement. Elle fournit un appui aux communes, en termes d'équipements des territoires.

La région et la Province sont la confluence de la décentralisation et de la déconcentration

Depuis quelques temps, le processus de déconcentration s'est accéléré en réponse à la nécessité d'un agencement entre déconcentration et décentralisation. La déconcentration se définit comme la délégation des pouvoirs du niveau central aux niveaux régional et/ou provincial. Le

niveau provincial est privilégié mais il constitue plus une main mise de l'administration centrale qu'une véritable coordination. Depuis quelques années, la région émerge en tant que niveau privilégié de la déconcentration, notamment à travers l'institution des walis de régions et de la Lettre royale sur les Centres régionaux d'investissement.

La région accuse d'une indépendance très relative puisque l'article 41 de la Charte régionale atteste que le Ministère de l'intérieur est l'autorité de tutelle qui doit approuver : le budget régional, les emprunts contractés, les ouvertures de comptes spécifiques et les concessions, gérances et autres formes de gestion des services publics régionaux.

De surcroît, le Président du Conseil Régional (CR) est directement rattaché à l'autorité de tutelle. L'article 50 énonce que « l'exercice des compétences du président du CR fait appel aux services de l'Etat de la région par l'intermédiaire du gouverneur du chef lieu », à savoir le Wali.

Par ailleurs, le désaccord profite de plein droit à l'autorité de tutelle dans la situation où en référence à l'article 44 qui stipule que « quand il y a une saisine du tribunal administratif par l'autorité de tutelle alors celle-ci l'emporte de plein droit pour la suspension de l'exécution délibérée. »

Le Maroc gère une déconcentration verticale puisque c'est l'administration centrale qui transfère ses prérogatives au délégué régional qui ne permet pas de favoriser la prise de décision au niveau régional. Le problème se pose au niveau du wali ou du gouverneur du chef lieu qui se présente comme un simple coordinateur de l'action gouvernementale au lieu d'être porteur d'un projet de développement régional.

La déconcentration soutient l'autorité de tutelle qui obstrue une véritable existence des instances décentralisées, au lieu d'assurer une meilleure combinaison entre la décentralisation (assemblées des élus) et la déconcentration. Dans ce schéma quels rôles détiennent des élus locaux ?

Des obstacles structurels : des blocages à l'effectivité d'une démocratie locale participative

Il existe une politique publique de décentralisation mais la réalité prend plusieurs formes tant au niveau territorial qu'au niveau des pratiques de gestion.

- Les communes ont à remplir des fonctions davantage bureaucratiques, dépendantes des instances supérieures, notamment du Wali. L'administration administrante prend le dessus sur la mission de développement prévue par les textes régissant les fonctions des communes ;
- Outre des fonctions supplémentaires des élus locaux tel que stipulé dans la Charte communale, des dysfonctionnements internes tels que l'incompétence, le laxisme, l'analphabétisme et le clientélisme montrent une inertie structurelle qui entrave une réelle gestion communale. Non sans dire que cela est une généralité mais elle représente une des principales lacunes qui une fois solutionné remédieraient à plusieurs maux de la décentralisation. Le calendrier électoral est évidemment en première position des intérêts des élus locaux, passant sous silence une gestion effective des communes. Un autre profil existant est l'arrivée de gestionnaires qui ont un intérêt économique qui prime sur la réponse aux besoins collectifs de la collectivité locale. De ce fait, les leviers de développement sont insuffisamment maîtrisés et cela n'offre pas de perspectives stratégiques au profit des questions urgentes et de solutions de court terme.
- Outre des problèmes structurels, le démembrement des services publics locaux au profit des entités privées fragilise la mission principale des élus locaux, à savoir assurer les services sociaux de base pour répondre aux besoins fondamentaux de la population locale (éducation, santé, transports).
- Ces trois niveaux sont interdépendants les uns des autres, mais tous dépendantes de l'administration centrale qui souhaitent rester ancré dans les décisions. Le Maroc est pris dans une dichotomie entre une formalisation du modernise et une réalité des pratiques archaïques.
- Les plans de développement régionaux continuent d'être conçus de manière quasi uniforme à travers le pays par les administrations centrales des ministères, sans de véritables coordinations et sans inscription dans le cadre d'un projet régional de développement.

Ces chantiers ne se réalisent pas sans des relations complexes. Pour autant dans le cas du Maroc, ces relations se complexifient davantage puisque que la structure centralisatrice de l'administration marocaine reste omniprésente. Ce constat entrave l'adoption de méthodes modernes non bureaucratique pour répondre aux demandes sociale, alors que toutes les annonces étatiques tendent à promouvoir un système de gouvernance locale moderne, dynamique et diversifiée.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st