

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

➤ من مواضيع العدد السابع: ماي 2013 :

- منازعات نزاع الملكية للمنفعة العمومية.
- نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية.
- التحفيظ العقاري و حماية العقارات الموقوفة .
- استفسار شهود اللفيظ بين الفقه و القضاء.
- مؤسسات الإشراف القضائي و حماية الطفولة .
- مستجدات التوثيق العدلي في المدونات.
- المسؤولية التقصيرية في إطار حوادث السير .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية
اللجنة الاستشارية
أهداف المجلة
أخبار المجلة
اتصال بنا
المدير المسؤول
شروط النشر
مقالات فقهية
مقالات قانونية
مقالات مقارنة
مقالات بلغوية
حوارات علمية
تقارير جامعية
المساهمون بالمجلة
أعداد المجلة
تشارك بالمجلة

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

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

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

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

العدد السابع ماي 2013

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد السابع : لشهر ماي 2013

محتويات العدد :

1. منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في الجزائر : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تبسة الجزائر-04
2. نظرية التحكيم في الشريعة نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية عزل المحكمين - نقض الأحكام - سبل الإلزام - أخذ الأجر على التحكيم : فضيلة الأستاذ الدكتور حاتم محمد الحاج أستاذ الفقه المساعد بكلية الدراسات الإسلامية بجامعة مشكاة عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.....13
3. دور التحفيز العقاري في حماية العقارات الموقوفة - دراسة تحليلية نقدية في ضوء مقتضيات القانون الجديد لنظام التحفيز العقاري ومستجدات مدونة الأوقاف- : ذ / السكتاني عمر أستاذ باحث في قانون الأعمال والمقاولات عضو بمختبر قانون الأعمال التابع لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات محافظ عقاري سابق بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والحرائطية.....36
4. استفسار شهود اللفيف بين أحكام الفقه واجتهادات القضاء مقالة من إعداد : فضيلة الأستاذ زكرياء غطراف المحامي بهيئة مراكش.....57
5. التحاكم الدولي كبديل مؤقت للتحاكم العربي في تسوية المنازعات الحدودية والإقليمية : الدكتور عمار كوسة أستاذ محاضر كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف2- الجزائر.....68
6. أي دور لمؤسسات الإشراف القضائي ومراكز حماية الطفولة والإصلاح والتهديب في تتبع و تأهيل الأحداث الجالحين؟ دراسة من إعداد : الأستاذ الحسين وبا ماستر الطفولة وقضاء الأحداث طنجة.....81
7. المحاكم الإدارية وقضاء التعويض محمد المجني رئيس قسم الموارد البشرية والشؤون القانونية برئاسة جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال باحث في صف الدكتوراه الوطنية وحدة القانون الإداري والعلوم الإدارية - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق -الدار البيضاء.....102
8. الضبط البيئي في التشريع الجزائري : إعداد نورة موسى أستاذة القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر ماجستير قانون إداري و مؤسسات دستورية تخصص قانون عام.....111
9. دور العقوبات الاقتصادية الصادرة من مجلس الأمن في تطبيق القانون الدولي الإنساني : الأستاذ مراد كواشي أستاذ مساعد قسم ب أستاذ : جامعة عباس لغرور خنشلة.....125
10. وضعية حقوق المؤلف في الوطن العربي. (دراسة مقارنة في التشريعات العربية) من إعداد : حاج صدوق لينده باحثة في الدكتوراه القانون الخاص - كلية الحقوق ، الجزائر العاصمة.....144
11. التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر دراسة حالة- واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر دراسة من إعداد : بن صغير عبد المومن أستاذ مساعد قسم ب- بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس-الجزائر.....151
12. الحكامة المالية المحلية من إعداد الباحث : محمد بكشوا طالب باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بوجدة.....173

13. مستجدات التوثيق العدلي على ضوء : -قانون خطة العدالة - مدونة الأسرة -مدونة الحقوق العينية
- بحث من إعداد : الحسن أوجيد طالب باحث ماستر القانون المدني كلية الحقوق جامعة ابن زهر
أكادير.....185
14. المسؤولية التقصيرية في إطار حوادث السير على ضوء الفصل 88 من ق.ل.ع : أحمد بجمان طالب
بسلك الماستر تخصص القانون والممارسة القضائية كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية -
السويسي-الرباط.....211
15. مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام الإجرائي لمسؤولية المهنيين دراسة في التشريع الجزائري والمقارن
: بن طرية معمر أستاذ باحث في الدكتوراه قانون الخصص بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.....217
16. منطلقات الحوار مع الآخر وآدابه : الدكتور محمد ديرا باحث في تاريخ الأديان والفكر الإسلامي
- المملكة المغربية-.....228

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في الجزائر



فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضيف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

- جامعة تبسة الجزائر -

مقدمة :

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

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

وهذا من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية.

المبحث الثاني : خصائص إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية.

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

المبحث الرابع : خضوع كل مراحل النزع للرقابة القضائية.

المبحث الخامس : تطبيقات قضائية.

المبحث الأول: الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية:

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

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

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

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

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

المبحث الثاني: خصائص إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية:

تتميز إجراءات نزع الملكية بالخصائص التالية:

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

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

¹ أنظر سماعين شامة، المرجع السابق، ص 229.

3- نزع الملكية للمنفعة العمومية يكون لدواعي تتعلق أساسا بانجاز مشاريع ذات مصلحة عامة كإنجاز طريق عام أو سد أو ملعب أو مستشفى... الخ. وتملك الإدارة سلطة تقديرية في تحديد المساحة المراد نزعها وإقامة المشروع العام عليها. ويتم ضبط المساحة من خلال لجنة تحقيق في المنفعة العمومية تتكون من ثلاثة أشخاص لا تربطهم أي مصلحة مع المنزوع ملكيتهم. ويعينون من بين الموجودين في قائمة وطنية تعد سنويا لهذا الغرض حسب نص المادة 5 من القانون 91-11 المذكور. وعلى هذا النحو لا يجوز للإدارة النزع من أجل أسباب تتعلق بالمضاربة في المجال العقاري.¹

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

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الرابع : خضوع كل مراحل النزاع للرقابة القضائية :

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

1- الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية :

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

التصريح بالمنفعة العمومية..."

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

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

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

- أهداف عملية النزاع المزمع تنفيذها.
- مساحة العقارات وموقعها ومواصفاتها.
- مشتملات الأشغال المزمع القيام بها.
- تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية.

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

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

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

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

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

2- الطعن في قرار قابلية التنازل :

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

- قرار التصريح بالمنفعة العمومية.

- التصميم الجزئي بقائمة المالكين وذوي الحقوق.

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

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

وحين صدور قرار قابلية التنازل تتولى السلطة الإدارية إيداع مبلغ التعويض لدى الخزينة. ويجب على من نزع ملكيته الإفصاح عن المبلغ الذي يريده في مهلة 15 يوما ابتداء من تاريخ تحديد مبلغ التعويض لدى خزينة

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

الولاية. وتلح النصوص التنظيمية على ضرورة إيجاد صيغ للتراضي وهذا لتجنب الطريق القضائي. ونتيجة لذلك سنكون أمام أحد الوضعيتين:

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

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

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

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

3- الطعن في قرار نزع الملكية :

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

- إذا حصل اتفاق بالتراضي.

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

- إذا صدر قرار قضائي نهائي لصالح نزع الملكية.

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

المبحث الخامس : تطبيقات قضائية :

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

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

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

1- السلطة التقديرية للإدارة في اختيار العقار :

قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 66960 بتاريخ 21-04-1990¹

أقرت الغرفة الاجتهاد التالي :

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

2- من يتحمل دفع التعويض؟

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

القطاع المستفيد لا يتحمل التعويض بل تتحمله الجهة التي نزعت:

قرار مجلس الدولة بتاريخ 14-12-2001²

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

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

وحيث أن والي ولاية عنابة تصرف باعتباره ممثلا للدولة.

حيث أن الوالي يطلب إخراجه من الخصام.

وعليه :

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

¹ أنظر المجلة القضائية العدد 1992، 3، ص 154.

² أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ص 407.

النتيجة المستخلصة من القرار سلطة النزاع هي من تتحمل التعويض.

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

قرار مجلس الدولة الغرفة الخامسة ملف 012368 بتاريخ 25-06-2002¹

الجهة الملزمة بدفع التعويض الجهة المستفيدة.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 015255 فهرس 782 بتاريخ 16-09-2003²

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

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

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

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

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

4- مبلغ التعويض تتحمله الولاية لا الوزارة :

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 015811 فهرس 99 بتاريخ 20-04-2004³

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

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

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

وبالنتيجة قرر المجلس :

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

² غير منشور.

³ غير منشور.

إخراج وزير السكن من النزاع.

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

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

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 013370 فهرس 90 بتاريخ 20-04-2004¹

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

6- يجوز استرجاع القطعة المنزوعة بعد انتهاء المدة القانونية.

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 012358 الفهرس 837 بتاريخ 21-10-2003²

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

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

الإشهاد للورثة بتعهدهم بدفع مبلغ 425.613.00 دج للخزينة العمومية.³

ولقد أشارت عديد الدراسات أن القانون وإن كان قد قطع في أن المراد من عملية النزع هو تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية وإنشاء تجهيزات جماعية وبصفة عامة أعمال كبرى ذات منفعة عامة. إلا أن الإدارة قد تنزع ملكية ولا تنفذ المشروع أو تحول الملك المنزوع لأغراض خاصة كإنجاز تعاونيات عقارية وتوزيع الملك المنزوع في شكل قطع لإنجاز سكنات فردية.⁴

¹ غير منشور.

² غير منشور.

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

⁴ أنظر الدكتور معاشو عمار، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، العدد 2006، 8، ص 156.

نظرية النكح في الشريعة

نظام النكح وظوابطه الشرعية والإجرائية

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



فضيلة الأستاذ الدكتور حاتم محمد الحاج أستاذ الفقه المساعد

بكلية الدراسات الإسلامية بجامعة مشكاة

عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

مقدمة :

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

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

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

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

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

ولقد عنيت في بحثي هذا بالمواضيع الآتية :

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

أولاً : تعريف التحكيم :

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

¹ - المجلة ج 1 ص 365

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

ثانياً : حكم التحكيم :

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

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

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

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

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

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

1- العناية شرح الهداية ج 10 ص 294؛ تبيين الحقائق ج 4 ص 194

2- تبصرة الحكام ج 1 ص 48 - 50

3- الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 241

4- الحاوي الكبير ج 16 ص 170 - 172

5- تبيين الحقائق ج 4 ص 194

6- سنن أبي داود ج 4 ص 289

7- سنن البيهقي الكبرى ج 5 ص 268

8- تبيين الحقائق ج 4 ص 194

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

ثالثا: ما يجوز فيه التحكيم :

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم، فعند الحنفية لا يجوز في الحدود الواجبة لله وكذلك القصاص في الصحيح، وكذا اللعان كونه يقوم مقام الحد.¹ أما المالكية، فجائز عندهم إلا في عشرة مواضع: الرشد وضده والوصية والحبس المعقب وأمر الغائب والنسب والولاء وحد وقصاص ومال² وزاد البعض الطلاق والعتق واللعان، وضعف الزيادة الخرشية في شرحه.³ وعند الشافعية خلاف، والمذهب أنه لا يجوز في الحدود ويجوز في غيرها وقيل بشرط عدم وجود قاض.⁴ أما الحنابلة، فظاهر كلام أحمد جوازه في كل ما يجوز فيه القضاء، حتى مع وجود قاض.⁵ وقال القاضي أبو أبو يعلى بجواز التحكيم في الأموال خاصة وأما النكاح والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم، وهو قول عند الشافعية.⁶

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

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

1-تبيين الحقائق ج 4 ص 194

2-مختصر خليل ج 1 ص 207 - 208.

3-شرح مختصر خليل ج 5 ص 300

4-مغني المحتاج ج 4 ص 378

5-المغني ج 10 ص 137

6-مغني المحتاج ج 4 ص 378

7-أحكام القرآن لابن العربي ج 2 ص 125

8- مغني المحتاج ج 4 ص 379

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

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

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

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

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

(1) الأنعام: 57، ويوسف: 40.

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

(3) المائدة: 44.

(4) المائدة: 50.

(5) حاشية ابن عابدين ج 5 ص 368 - 369.

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

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

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

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

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

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

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

¹-شرح مختصر خليل ج 4 ص 14

²-غياث الأمم ج 1 ص 279

³-الأحكام السلطانية ج 1 ص 58

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

⁵-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

ذلك الحق عند قيام البيئة والحنابلة أسقطوه في وجه بعد الشروع، وحكاه الإصطخري وجهًا عند الشافعية،¹ وهو قول ابن الماجشون من المالكية.²

قول السادة الأحناف :

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

قول السادة المالكية :

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

قول السادة الشافعية :

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

قول السادة الحنابلة :

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

¹-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

²-تبصرة الحكام ج 1 ص 50

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

294

⁴-الشرح الكبير ج 2 ص 346

⁵-تبصرة الحكام ج 1 ص 50

⁶-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

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

الترجيح:

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

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

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

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

¹-الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 241

²-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

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

⁴-لم يرد بهذا اللفظ، وإنما ورد بلفظ "من كتم علما أجمه الله يوم القيامة بلجام من نار." رواه الحاكم (المستدرک على الصحيحين ج:1 ص 18) وغيره وقال: هذا إسناد صحيح من حديث المصريين على شرط الشيخين وليس له علة، ووافقه على تصحيحه جماعة منهم المنذري والزرقاني والزرکشي والألباني.

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

⁶-تبيين الحقائق ج 4 ص 194

⁷-الحاوي الكبير ج 11 ص 0

⁸-المغني ج 10 ص 137

⁹-الحاوي الكبير ج 16 ص 326

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

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

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

قول السادة الأحناف :

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

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

قول السادة المالكية :

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

¹- أحكام القرآن لابن العربي ج 2 ص 125

²- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 639

³- حاشية ابن عابدين ج 3 ص 34

⁴- تبصرة الحكام ج 1 ص 50

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

قول السادة الشافعية :

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

قول السادة الحنابلة :

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

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

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

الترجيح :

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

¹-الشرح الكبير ج 4 ص 136

²-الحاوي الكبير ج 16 ص 172

³-المغني ج 10 ص 137

⁴-إعلام الموقعين ج 3 ص 288

⁵-الإنصاف للمرادوي ج 9 ص 241

⁶-تبيين الحقائق ج 4 ص 194

⁷- سنن البيهقي الكبرى ج 10 ص 120

كان كذلك للملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود.¹ أما في حال الأقليات المسلمة فليس ثم الحاكم الذي يشيرون إليه أصلاً. فينبغي التذكير هنا بخصوصية وضع هؤلاء الحكام في غير بلاد الإسلام، وأنهم إذا لم تكن لهم أحكام القضاة بالكلية، فينبغي أن يكون ترجيحنا بخصوص أحكامهم أقرب إلى الإلزام لسد ذريعة التساهل وضمن الالتزام. إن مآل رد الأحكام المختلف فيها - فيما أرى - هو حصول التهاجر وضياع هيبة الأحكام، وفساد ذات بين الحكام، بل والفرقة والشقاق بين أهل القبلة.

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

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

أما الاعتراض على الشرط بعدم جواز عقد وشرط عند البعض أو شرط معلق كون الجمهور يمنعون من التعليق في العقود، فالصحيح أن الأصل في الشروط النفاذ. قال رسول الله P: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً."³ وفي صحيح البخاري عن عمر T: "مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت."⁴ وهذه الشروط التي معنا تسد ذريعة الاختلاف فهي مستحبة. والأحناف أجازوا الشرط الملائم، والمذهب عند الحنابلة اعتبار الشروط في كل العقود إلا ما حرم حلالاً أو أحل حراماً، وفي التعليق يقول ابن القيم - رحمه الله: "... وقد شرع الله لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج إليه العبد، حتى بينه وبين ربه كما قال النبي P لضباعة بنت الزبير وقد شكت إليه وقت الإحرام، فقال: "حجي واشترطي على ربك فقولني: إن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني، فإن لك ما اشترطت على ربك" ... وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف... واشترى عبد الله بن مسعود جارية من امرأته وشرطت عليه أنه إن باعها فهي لها بالثمن، وفي ذلك اتفاقهما على صحة البيع والشرط، ذكره الإمام أحمد وأفتى به.⁵

¹المغني ج 10 ص 137

²مجموع الفتاوى ج 29 ص 154 - 155

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

⁴صحيح البخاري ج 2 ص 970

⁵إعلام الموقعين ج 3 ص 387

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

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

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

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

أولاً : التعريف :

مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا مؤسسة علمية غير ربحية معفاة من الضرائب تتكون من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، تسعى إلى بيان أحكام الشريعة فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل والأقضية.

الهيئة الرئاسية للمجمع :

الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان، رئيس المجمع

الأستاذ الدكتور علي أحمد السالوس، النائب الأول لرئيس المجمع

الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، النائب الثاني لرئيس المجمع

الأستاذ الدكتور صلاح الصاوي، الأمين العام

الدكتور السيد عبد الحليم محمد حسين، الأمين العام المساعد

ثانياً : خصائص المجمع :

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

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

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

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

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

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

ثالثاً: آلية الإفتاء بالمجمع :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

كيف تصير قرارات التحكيم ملزمة كأحكام المحاكم؟

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

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

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

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

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

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

ويحسن الإشهاد على الرضا بالحكم قبل الدخول فيه وتوثيق ذلك. قال المرادوي - رحمه الله: "... وإن رجع بعد شروعه وقبل تمامه: ففيه وجهان ... واختار في الرعاية الكبرى: إن أشهدا عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم

¹ سنن البيهقي الكبرى ج 10 ص 150

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

³ المنتقى شرح الموطأ ج 5 ص 228

⁴ مغني المحتاج ج 4 ص 379

فليس لأحدهما الرجوع."1 وقد أخرجت أن توثيق عقد التحاكم والإمضاء عليه عند هيئات التوثيق يجعله ألزم، وكذلك تفويض القاضي غير المسلم للمحكم المسلم، يجعله كذلك من جهة القانون ألزم.

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

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

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

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

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

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

أما في شأن التحكيم خاصة، فهذه بعض أقوالهم :

في المبسوط للسرخسي - رحمه الله: "وذكر عن مسروق رحمه الله أنه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلي بالقضاء وكان صاحب يسار فالأولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وإن كان لو أخذ جاز له ... قال الله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف) ... والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم، من وجد، كالقاضي لأنه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استتجاره على ذلك إن لم يكن له فيه نصيب ... "4 والأحناف أشد المذاهب في أخذ الأجرة على القربات ولكنهم يفرقون بين القاضي وغيره، ولا يرون للقاضي أن يأخذ من بيت المال مع الغنى وإن أجازوه، ولعل استصحاب نظرهم في هذه المسألة يفيد من أخذ أجراً

¹ الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 241

² درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 644

³ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 4 ص 639

⁴ المبسوط للسرخسي ج 15 ص 4

على التحكيم في لجم النفس عن مجاوزة الحد. وفي رد المختار ذكر ابن عابدين - رحمه الله - فروقا بين القاضي والحكم، ومنها: "وكذا لم أر حكم قبول الهداية وإجابة الدعوة، وينبغي أن يجوز له [أي للمحكم] لانتهاه التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز وذكر الرحمتي أن الذي ينبغي الجواز لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضي وفيه نظر والله سبحانه أعلم."

وفي فتح العلي المالك للشيخ عليش - رحمه الله: "قال البرزلي: ... لكن لو أتى خصمان إلى قاض فأعطيه أجرا على الحكم بينهما أو أتى رجل للمفتي فأعطاه أجرا على فتوى لم يتعلق بها خصومة، ولم يتعين ذلك عليهما ... هذا ممن اختلف فيه الشيخان فقال الشيخ عبد الحميد أي شيء يمنع من ذلك ولا يجسر على التصريح به وقال اللخمي يمنع ذلك جملة لأنه ذريعة إلى الرشوة، وعلى الأول يحمل ما يروى عن ابن علوان أحد فقهاء تونس ومفتيها أنه كان يقبل الهبة والهدية ويطلبها ممن يفتيه كما نقله عنه ابن عرفة وما شاع وذاع أن القضاة يطلبون أجرا ممن أتى إليهم من الخصوم في الديار المصرية ..."¹ والصواب أنه لا يكون ذريعة للرشوة إن كان بالسوية من الخصمين. ولعل ما ذكر من طلب القضاة الأجر في الديار المصرية إنما محله في الأوقات التي تنقطع فيها الأرزاق من بيت المال.

وفي حاشية الجمل: "ولو قال للمتحاكمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلاً فالخكي عن الشيخ أبي حامد وجرى عليه القاضي أبو الطيب والجرجاني أنه يحل قال في الكناية لأنه لم يذكر أنه طالبه من أحدهما نعم اعتبر البندنجي في جواز ذلك أن يكون القضاء يشغله عن معاشه فإن لم يكن لقله المحاكمات فلا يجوز له أن يرتزق من الخصوم ..."²

والصواب أنه لو فرغ بعض وقته لمثل هذه الأعمال حتى يتضرر به في معاشه، فله أخذ الأجرة وإن لم ينقطع لهذا العمل فلا دليل على لزوم الانقطاع، والحكم قد يقرئ القرآن، أو يعلم الصبيان ويحصل أرزاقه من هذه الأمور مجتمعة ولا يصلح بعضها لكفائته. وفي الفتاوى الكبرى الفقهية للهيتمي جملة من الشروط: "... له أن يقول للخصمين لا أحكم بينكما حتى تجعلا لي جعلاً بشرط أن يكون فقيراً أو أن ينقطع بالحكم بينهما عن كسبه وأن يعلم به قبل الترافع وأن يكون عليهما معا وأن يأذن الإمام أو يعجز عن رزقه أو يفقد متطوع بالقضاء ولم يضر بالخصوم ولا جاوز قدر حاجته واشتهر قدره وساوى بين الخصوم فيه إن استوى وقت نظره وإلا جاز التفاوت ..."³ انتبه إلى مراعاة وقت النظر في كلام الهيتمي - رحمه الله.

وفي التحبير شرح التحرير: "إذا قال لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلاً: جاز، ويحتمل أن لا يجوز' انتهى. والقول الثاني: ليس له الأخذ. قلت: وهو ضعيف ... ومن أخذ من بيت المال لم يأخذ في الحالتين ..."⁴

الترجيح والبيان:

إن الأدلة على جواز أخذ الأجرة على القربات كثيرة مبسطة في كتب الفقه معلومة لأهله مما يغني عن سردها. والظاهر مما سبق جواز أخذ الأجرة على الحكم بين الناس خاصة لمن ينتصب لهذا الأمر الشريف، ممن يستغرق أوقاته في فصل الخصومات وفض النزاعات، وهذا مع الشروط التي ذكرها أهل العلم من وجود الحاجة وانتفاء الشبهة، فإن

¹ ج 1 ص 410

² حاشية الجمل على شرح المنهج ج 5 ص 348

³ الفتاوى الفقهية الكبرى ج 4 ص 310

⁴ التحبير شرح التحرير ج 8 ص 4048

إقامة العدل بين المسلمين من أعظم مصالح دينهم ودنياهم، وإذا لم تتوفر الكفاية لمن ينتصب لها من النابهين، زهد فيها القادرون عليها وتناوشها الطامحون إليها ممن لم يعد لها عدتها ولا يملك شيئاً من آلتها. والأمر من ذلك انصراف الناس إلى المحاكم الوضعية ونبذهم الشريعة الربانية.

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

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

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

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

أما جعل العوض نسبة من المبلغ المتنازع عليه فجائز كون الجعل يبقى معلوماً، وقد يجوز عند البعض إن كان نسبة معلومة من محل الجعالة، وإن كان فيه شيء من الجهالة، كما في الإنصاف: " فإن شرط عوضاً مجهولاً فسد العقد. وإن قال: فلك ثلث الضالة أو ربعها: صح على ما نص عليه في الثوب ينسج بثلثه والزرع يحصد والنخل يصرم بسدسه: لا بأس به. وفي الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس: جاز. وعند المصنف: لا يصح."⁴ وهذا مع الجواز فإن في النفس منه شيئاً في القضية محل البحث كون الأصل أن الحكم بين الناس بالعدل من الواجبات، وإنه لم يتعين على آحاد العلماء، فأعدادهم قليلة، وحاجة الناس إليهم جلية، وقد تنصرف همم البعض منهم إلى فصل النزاعات بين الأغنياء دون الفقراء، وإنما جاز لهم أخذ كفايتهم لا غير، فالذي ينبغي هو ضبط الأمر بعدد الساعات التي يستغرقها العمل، وتحديد الأجر بالساعة، فإما أن يكتفى بذلك فتكون إجارة لا جعالة فيها، وإما أن يضرب حد أعلى لأتعاب المحكمين في القضية كجعل، فإن فسخ المتحاكمين أو أحدهما علم عدد الساعات المبذولة وأجرة الساعة، فإن جاوز المجموع ما سموه، فليس له إلا المسمى. ولا يشكل على جعل العقد إجارة لا جعالة سوى أن الفرق بينهما أن الفاعل في الجعالة لا يلتزم الفعل وقد يطول زمان إنجازه أو يقصر، وهو الأقرب هنا لأنه قد يقدر على الحكم أو لا يقدر، ولكن المخرج من ذلك هو ضرب الأجرة على الحبس دون الحكم.

¹التاج والإكليل ج 5 ص 455

²أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج 2 ص 442

³كشف القناع ج 4 ص 206

⁴الإنصاف للمرادوي ج 6 ص 390

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

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

مشروع قرار مجمعي :

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

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

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

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

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

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

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

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

- نشر الوعي بين المسلمين بحقائق الإيمان وأن تحكيم شرع الله من كبريات تلك الحقائق.
- حض المسلمين على تضمين شرط التحكيم في عقودهم كافة. وكذلك النص على استقلاله عن العقد الأصلي، حتى إن فسد العقد، لا يفسد الشرط.

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

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

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

فهرس المراجع :

- 1- الأحكام السلطانية والولايات الدينية [كتاب] المؤلف أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. - بيروت: دار الكتب العلمية - 1405هـ - 1985م.
- 2- الاختيار لتعليل المختار [كتاب] المؤلف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي/تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1426 هـ - 2005 م، الطبعة الثالثة.

- 3- أسنى المطالب في شرح روض الطالب [كتاب]/ المؤلف زكريا الأنصاري. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي. - شرح فيه (روض الطالب) أحد المتون الشافعية المعتمدة للعلامة شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله اليميني المقرئ المتوفى سنة (837هـ).
- 4- إعلام الموقعين عن رب العالمين [كتاب]/ المؤلف محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن القيم)/ المحقق طه عبد الرؤوف سعد. - بيروت: دار النشر ودار الجيل، 1973 م.
- 5- الأم [كتاب]/ المؤلف محمد بن إدريس الشافعي. - بيروت: دار المعرفة، 1393 هـ. - الثانية.
- 6- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل [كتاب]/ المؤلف علي بن سليمان المرادوي، أبو الحسن/ تحقيق: محمد حامد الفقي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 7- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير [كتاب]/ المؤلف عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي (ابن الملقن)/ المحقق مصطفى أبو الغي. - الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، 1425 هـ. - الأولى. - خرج فيه ابن الملقن (ت 804هـ) أحاديث (فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير) للرافعي (ت 623هـ) وهو شرح لكتاب (الوجيز) في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (ت 505هـ).
- 8- التاج والإكليل لمختصر خليل [كتاب]/ المؤلف محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (المواق)، أبو عبد الله. - بيروت: دار الفكر، 1398 هـ. - الثانية. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل ابن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).
- 9- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام [كتاب]/ المؤلف إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمرى/ المحقق جمال مرعشلي. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1422 هـ.
- 10- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق [كتاب]/ المؤلف عثمان بن علي الزيلعي. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، 1313 هـ. - شرح فيه (كنز الدقائق) أحد المتون الحنفية المعتمدة للعلامة أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي المتوفى سنة (710هـ).
- 11- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تأليف: المؤلف علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، علاء الدين أبو الحسن/ تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح. - الرياض: مكتبة الرشد، 1421 هـ.
- 12- تحفة المحتاج في شرح المنهاج [كتاب]/ المؤلف أحمد بن حجر الهيتمي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت 676هـ) اختصار (الحرر) للرافعي (ت 623هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت 505) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضاً، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت 478هـ).
- 13- الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) [كتاب]/ المؤلف محمد بن إسماعيل البخاري/ المحقق مصطفى ديب البغا. - بيروت: دار ابن كثير واليمامة، 1407 هـ. - الثالثة.
- 14- الجامع لأحكام القرآن [كتاب]/ المؤلف أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي. - بيروت: دار الكتب العلمية. - الأولى.

- 15 - حاشية ابن عابدين (حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) [كتاب]/ المؤلف محمد بن أمين بن عمر (ابن عابدين). - بيروت: دار الفكر، 1421هـ. - حاشية على الدر المختار، وهو شرح العلامة الحصكفي المتوفى (1088هـ) على كتاب تنوير الأبصار للعلامة ابن تمرتاش الغزي الحنفي المتوفى (1004هـ).
- 16 - حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين [كتاب]/ المؤلف أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي. - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. - حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين لزين الدين بن عبد العزيز المليباري (ت 987هـ).
- 17 - حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لذكريا الأنصاري) [كتاب]/ المؤلف سليمان الجمل. - بيروت: دار الفكر.
- 18 - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة [كتاب]/ المؤلف ابن عابدين. - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، - 1421هـ - 2000م.
- 19 - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني [كتاب]/ المؤلف علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي/ تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ. - شرح فيه مختصر المزني، فجاء موسوعة عبقرية في الفقه الشافعي.
- 20 - الخرشني على مختصر سيدي خليل [كتاب]/ المؤلف الخرشني. - بيروت: دار الفكر للطباعة.
- 21 - الدر المختار [كتاب]/ المؤلف محمد بن علي بن محمد الحنفي الحصكفي. - بيروت: دار الفكر، 1386هـ.
- 22 - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام [كتاب]/ المؤلف علي حيدر/تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني. - بيروت: دار الكتب العلمية.
- 23 - روضة الطالبين وعمدة المفتين [كتاب]/ المؤلف يحيى بن شرف النووي، محيي الدين أبو زكريا. - بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ.
- 24 - سنن ابن ماجه (بتحقيق مشهور) [كتاب]/ المؤلف محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني/ بتحقيق مشهور بن حسن آل سلمان وحكم الألباني على درجة الحديث. - الرياض: مكتبة المعارف. - الأولى.
- 25 - سنن أبي داود [كتاب]/ المؤلف سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي/ المحقق محمد محيي الدين عبد الحميد. - بيروت: دار الفكر.
- 26 - سنن البيهقي الكبرى [كتاب]/ المؤلف أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي/ المحقق محمد عبد القادر عطا. - مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، 1414هـ.
- 27 - سنن الدارقطني [كتاب]/ المؤلف علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي/ تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني. - بيروت: دار المعرفة، 1386هـ.
- 28 - الشرح الكبير [كتاب]/ المؤلف أحمد الدردير أبو البركات/ تحقيق: محمد عيش. - بيروت: دار الفكر. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).
- 29 - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان [كتاب]/ المؤلف محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي/ تحقيق: شعيب الأرنؤوط. - بيروت: مؤسسة الرسالة، 1414هـ - الثانية.

- 30- صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) [كتاب]/ المؤلف محمد بن إسماعيل البخاري. - بيروت: دار ابن كثير واليمامة، 1407 هـ - الثالثة.
- 31- صحيح مسلم [كتاب]/ المؤلف مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري/ المحقق محمد فؤاد عبد الباقي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 32- العناية شرح الهداية [كتاب]/ المؤلف محمد بن محمد البابر تي. - بيروت: دار الفكر.
- 33- غياث الأمم والتهذيب [كتاب]/ المؤلف عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي/ تحقيق: فؤاد عبد المنعم، مصطفى حلمي. - الاسكندرية: دار الدعوة، 1979، الطبعة: الأولى.
- 34- الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية [كتاب]/ المؤلف أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني/ تقديم حسنين محمد مخلوف. - بيروت: دار المعرفة.
- 35- فتح الباري شرح صحيح البخاري [كتاب]/ المؤلف أحمد بن علي بن حجر العسقلاني/ المحقق محب الدين الخطيب. - بيروت: دار المعرفة.
- 36- فتح العلي المالك [كتاب]/ المؤلف محمد بن أحمد بن محمد (الشيخ عليش)، طبعة دار المعرفة.
- 37- فتح المعين [كتاب]/ المؤلف زين الدين بن عبد العزيز بن زين الدين ابن علي بن أحمد المعبري المليباري الهندي (المتوفى: 987هـ) الوفاة: 987، دار النشر:
- 38- كشف القناع عن متن الإقناع [كتاب]/ المؤلف منصور بن يونس بن إدريس البهوتي/ تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. - بيروت: دار الفكر، 1402 هـ. - شرح فيه (الإقناع) للحجاوي (ت 960هـ).
- 39- لسان العرب [كتاب]/ المؤلف محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري. - بيروت: دار صادر. - الأولى.
- 40- المبدع في شرح المقنع [كتاب]/ المؤلف إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، أبو إسحاق. - بيروت: المكتب الإسلامي، 1400 هـ. - شرح فيه العلامة إبراهيم بن مفلح (ت 884هـ) (المقنع) وهو أحد المتون الحنبلية المعتمدة لإمام عصره موفق الدين بن قدامة المقدسي المتوفى سنة (620هـ).
- 41- المبسوط [كتاب]/ المؤلف أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة. - بيروت: دار المعرفة. - شرح فيه شمس الأئمة السرخسي (ت 483هـ) كتاب (الكافي) لأبي الفضل الروزي المعروف بالحاكم الشهيد (ت 344هـ) والذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية (المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير، والسير الكبير والصغير) ل محمد بن الحسن الشيباني (ت 189هـ).
- 42- مجلة الأحكام العدلية، اسم المؤلف: جمعية المجلة الوفاة: 9999، دار النشر: كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني
- 43- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر [كتاب]/ المؤلف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، المدعو بشيخي زاده/ تحقيق: خليل عمران المنصور. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1419 هـ. - شرح فيه عبدالرحمن بن محمد بن سليمان (شيخي زاده) (ت 1078هـ) كتاب (ملتقى الأبحر) للإمام إبراهيم بن محمد الحلبي (ت 956هـ)، وهو من المتون الحنفية المعتمدة، وأورد الشارح آراء أصحاب المذهب، والشافعي أحياناً.
- 44- المجموع شرح المهذب [كتاب]/ المؤلف يحيى بن شرف النووي. - بيروت: دار الفكر، 1997 م. - من أجمع كتب الفقه الشافعي بل الإسلام، شرح فيه النووي (المهذب) لأبي إسحاق الشيرازي (ت 476هـ) ولم يتمه،

وإنما شرح ربع الأصل في 9 مجلدات، ثم مات، وجاء تقي الدين السبكي (ت 756هـ) فزاد ثلاثاً، ثم مات، ولم يتمه إلا الحضرمي والعراقي ثم محمد نجيب المطيعي.

45- مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة [كتاب]/ المؤلف خليل بن إسحاق بن موسى المالكي/ تحقيق أحمد علي حركات. - بيروت: دار الفكر، 1415،

46- المستدرک علی الصحیحین [كتاب]/ المؤلف محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري/ المحقق مصطفى عبد القادر عطا. - بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ. - الأولى.

47- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى [كتاب]/ المؤلف مصطفى السيوطي الرحيباني. - دمشق: المكتب الإسلامي، 1961م. - شرح (غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى) للكرمي (ت 1033هـ) جمع (الإقناع) للحجاوي (ت 960هـ) و(منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات) لابن النجار (ت 972هـ) والذي جمع بين (التنقيح المشبع) للمرداوي (ت 885هـ) و(المقنع) لابن قدامة (ت 620هـ).

48- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج [كتاب]/ المؤلف محمد الخطيب الشربيني. - بيروت: دار الفكر. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت 676هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت 623هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت 505) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضاً، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت 478هـ).

49- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني [كتاب]/ المؤلف عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي. - بيروت: دار الفكر، 1405 هـ. - الأولى. - ليس يقتصر على المذهب الحنبلي، بل يعرض الخلاف داخل وخارج المذهب، مع الاستدلال والترجيح، فكان عمدة كتب الفقه المقارن، ولم يدانه في بابه كتاب.

50- المنتقى شرح الموطأ [كتاب]/ المؤلف سليمان بن خلف الباجي. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.

51- منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل [كتاب]/ المؤلف محمد عlish. - بيروت: دار الفكر، 1409هـ. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).

52- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل [كتاب]/ المؤلف محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب)، أبو عبد الله. - بيروت: دار الفكر، 1398 هـ. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (776هـ).

53- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج [كتاب]/ المؤلف محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، شمس الدين. - بيروت: دار الفكر للطباعة، 1404هـ. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت 676هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت 623هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت 505) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضاً، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت 478هـ).

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

دور التحفيظ العقاري في حماية العقارات الموقوفة

- دراسة تحليلية نقدية في ضوء مقتضيات القانون الجديد لنظام التحفيظ العقاري ومستجدات مدونة الأوقاف -



ذ/ السكتاني عمر أستاذ باحث في قانون الأعمال والمقاولات

عضو بمختبر قانون الأعمال التابع لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات

محافظ عقاري سابق بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

يلعب نظام التحفيظ العقاري دورا أساسيا في حماية الملكية العقارية وضمان حماية الدائنين كما يشكل لبنة أساسية لانطلاق المشاريع الاقتصادية والاجتماعية وأرضية صلبة لممارسة الأنشطة التجارية ونقطة للالتقاء بين الملكية العقارية والملكية التجارية ، ورغم الحثيات التي نشأ فيها هذا النظام فإنه سيوفر على المستوى الموضوعي والشكلي مجموعة من المبادئ التي يمكن أن تقدمها أحدث الأنظمة العقارية اليوم في مجال تحقيق الملكية وتوفير ضمانات قوية لفائدة الدائنين والبنوك ومختلف الفاعلين الاقتصاديين والمنعشين العقاريين .

وإذا كان الواقع يثبت الحاجة الملحة لهذا النظام وضرورة تعزيزه بمجموعة من الآليات والقواعد الموضوعية والإجرائية التي تضمن له النجاعة والحماية الكافية لمختلف المراكز القانونية فإن هناك مجموعة من الصعوبات التي ظلت تواجهه على مستوى التطبيق ومن أهم هذه الصعوبات تنوع وازدواجية النظام العقاري وتنازع النصوص القانونية وصعوبة التوفيق بينها إذ هناك الأملاك العامة والأملاك الخاصة والأراضي السلالية والأراضي المسترجعة وأراضي الكيش بالإضافة إلى أملاك الأحماس أو الأوقاف هذه الأخيرة التي تثير أكثر من إشكال خلال جريان مساطر التحفيظ العقاري خاصة على مستوى تصفية الوقف الواقع على العقار وطبيعة المستندات والوثائق المعتمد عليها في

إثبات الحبس وإيداع مطالب التحفيظ وإشكالية التسجيل والحوز في الوقف الواقع على العقار المحفظ وتحفيظ الوقف ومدى خضوعه لقاعدة التطهير والتملك النهائي .

ومن هذا المنطلق كان لزاما على المشرع إعادة النظر في المرجعية القانونية المنظمة للعقار بما يساهم في خلق الانسجام بين مختلف الأنظمة القانونية وتحقيق الاستقرار في مجال الملكية العقارية وهو ما تجلّى من خلال القانون الجديد رقم 07-14 المتعلق بالتحفيظ العقاري والقانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية بالإضافة إلى القانون المتعلق بمدونة الأوقاف الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.09.236 بتاريخ 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) والذي جاء بمجموعة من المقتضيات الجديدة في مجال تنظيم الوقف وحماية الرصيد الوقفي سواء تعلق الأمر بالوقف العام الذي خصصت منفعته لوجه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة أو بالوقف المعقب الذي يقصد به ما أوقفه الواقف من أمواله على أولاده وأولادهم ما تناسلوا أو على شخص أو أشخاص معينين ما تناسلوا أو بالوقف المشترك الذي تخصص منفعته على جهة عامة وعلى شخص بذاته أو عليه وعلى عقبه 1 ، بالإضافة إلى تحديد طبيعته القانونية باعتباره لا يعد وسيلة من وسائل نقل الملكية وإنما يعطي للموقوف عليه الحق في الانتفاع بالموقوف فقط دون حق الرقبة الذي يبقى للواقف طبقاً لأحكام المذهب المالكي .

وتتميز الأوقاف بمجموعة من الخصوصيات من أهمها :

- الأملاك الوقفية غير قابلة للتصرف فيها .
- الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز .
- الأملاك الوقفية لا تكتسب بالتقادم .
- الوقف العام يتمتع بالشخصية المعنوية .
- الوقف العام غير قابل للنزع ولا للتخصيص .

لذلك فإن الإشكال الذي يصادفنا في هذا الصدد هو كيف يمكن التوفيق بين خصوصيات المادة الوقفية وبين القواعد العامة لنظام التحفيظ العقاري ، وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال

¹ -الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم ، ج 4 ، دار الفكر ، بيروت ، ص: 342 .
-محمد بن يوسف الكافي ، إحكام الأحكام على تحفة الحكام ، دار الكتب العلمية بيروت ، ص : 216
-ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ، ص : 233 . ابن عبد البر ، الكافي ، ج 2 ، ص : 302 - 304 .

إبراز دور مسطرة التحفيظ في توفير حماية ناجعة للأموال الوقفية (الفقرة الأولى) قبل أن نتطرق إلى دراسة نطاق هذه الحماية بعد تأسيس الرسم العقاري ومدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير (الفقرة الثانية) .

المبحث الأول : آليات ونطاق حماية الوقف خلال سريان مسطرة التحفيظ :

تحتل الأملاك الوقفية مكانة بارزة على مستوى مسطرة التحفيظ العقاري بالنظر لخصوصية الأحكام المنظمة للوقف وخضوعه للعديد من المقتضيات التي تقتضيها طبيعته كعمل يندرج في إطار أعمال التبرعات التي تعطي للموقوف عليه الحق في الانتفاع بالموقوف فقط دون ملكية العين الموقوفة التي تبقى للواقف وفقا لأحكام المذهب المالكي ومقتضيات القانون المغربي ، حيث أحاطه المشرع بمجموعة من الامتيازات كالإعفاء من صوائر إيداع مطلب التحفيظ عندما يتعلق الأمر بتحفيظ الأملاك الحبسية العمومية وعدم القابلية للتفويت أو التقادم وإجبارية التحفيظ عند معاوضة العقارات الحبسية تحبباً عمومياً (المادة 72 من مدونة الأوقاف) وهكذا متى كان العقار المحبس أو المقيض به غير محفظ فإنه يلزم وقبل إتمام المفاضلة تحفيظ هذا العقار بطلب من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أو بطلب من صاحب العقار المقيض به ، وتجد هذه الخصوصيات مبررها في كون الوقف يشكل مصدراً من مصادر قوة المجتمع الإسلامي ومظهرها من مظاهر الرعاية الاجتماعية من خلال ما يضطلع به من وظائف في المجتمع ، الأمر الذي يقتضي البحث عن مدى تجاوب قانون التحفيظ العقاري مع خصوصيات وأهداف المادة الوقفية ، وبصفة عامة فإن حماية الوقف تتم إما بإيداع مطلب التحفيظ وما يقتضيه من عمليات الإشهار والتحديد وتثبيت حدود العقار (الفقرة الأولى) وإما عن طريق سلوك مسطرة التعرض في مواجهة مطالب التحفيظ المقدمة من الغير والشاملة لبعض هذه العقارات الحبسية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : خصوصيات الوقف في مسطرة التحفيظ :

كثيرة هي الإشكالات التي يثيرها الوقف على مستوى مسطرة التحفيظ باعتبارها أداة ناجعة في تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف العامة والخاصة أو المعقبة وحمايتها من الترامي والاعتداء عن طريق تقديم مطلب للتحفيظ من طرف الجهة المؤهلة لذلك قانوناً ، ومن أبرز هذه الإشكالات تحديد من له الحق أو الصفة في تقديم مطلب التحفيظ بالإضافة إلى تحديد خصوصية الإجراءات المتعلقة بالوقف المنصب على عقارات في طور التحفيظ .

أ - من له الصفة في تقديم مطلب تحفيظ العقارات الموقوفة :

لقد اختلف الفقه القانوني حول تحديد من له الصفة في تقديم مطلب التحفيظ في اسمه ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى تأييد إمكانية تقديم مطلب التحفيظ من طرف الواقف مستنداً في ذلك على موقف المذهب المالكي

الذي يعتبر العقار الموقوف باقيا على ملك الواقف بعد التحبيس¹، غير أن هذا الرأي يبقى محل نظر لاسيما وان الحبس لا يمكنه التصرف فيه خلال حياته بعد حبسه ، لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة تقديم مطلب التحفيظ من طرف المستفيدين ، في حين ذهب اتجاه آخر إلى ضرورة تقديم مطلب التحفيظ من طرف ناظر الأوقاف تطبيقا لمقتضيات المرسوم رقم 265008 الصادر بتاريخ 29 رمضان 1384 هـ (2 فبراير 1965) والذي تم بموجبه تعميم نظام التحفيظ العقاري على جميع العقارات الحسبية ، حيث نص في فصله الأول على أن " المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنظام التحفيظ العقاري ولاسيما الظهير الشريف المشار إليه أعلاه المؤرخ في 09 رمضان 1331 (12 غشت 1913) تطبق على العقارات الحسبية الكائنة في أنحاء البلاد غير الجاري عليها هذا النظام ، وبناء على ما ذكر يمكن أن يطلب تحفيظ أي عقار حسبي كيفما كان موقعه ببيعاز من وزير الأوقاف أو نظار الأوقاف المفوض إليهم في هذا الصدد " .

وهذا الرأي الأخير بدوره يبقى محل نظر إذا علمنا أن ناظر الأوقاف لا يملك أي حق عيني على العقار الموقوف ، كل ما في الأمر أن القانون أنط به سلطة الإدارة وتسيير المال الموقوف والمحافظة عليه بتكليف من السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف² ، وهذا الغموض كان له الأثر البالغ على مستوى العمل الإداري بالمحافظة العقارية حيث أدى هذا الخلط في التأويل إلى تحفيظ بعض العقارات الموقوفة إما في اسم ناظر الأوقاف بصفته ممثلا للنظارة التي يرأسها وأحيانا بصفته المالك ، كما تم تحفيظ عدد من العقارات في اسم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في حين أن هذه الأخيرة ليست إلا قطاعا حكوميا مكلفا بإدارة هذه الأوقاف ، بل إن بعضها تم تحفيظه في اسم أحباس مدينة من المدن أو في إسم نظارات الأوقاف علما بأن هذه الأخيرة ليس لها أي حق على العقارات الحسبية ، وهذا الغموض والتناقض في التأويل ليس أمرا نظريا وإنما يحمل في طياته مجموعة من الآثار الخطيرة على حماية الوقف خاصة وأن

¹ لقد اتفق الفقهاء جميعاً على أن منفعة الوقف هي للموقوف عليهم في حين وقع الخلاف حول العين الموقوفة (الأصل الموقوف)، ويمكن تصنيف أقوالهم في ذلك إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : يذهب إلى القول بزوال ملكية الواقف للعين الموقوفة وانتقال ملكيتها للموقوف عليه. وهو قول الشافعية في المشهور من مذهبهم ، ومذهب الحنابلة إذا كان الوقف لأدمي معين كزيد وعمرو أو جمع محصور كأولاد فلان ، أو إعلان. وهو قول عند الإمامية.

الرأي الثاني : ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بزوال ملكية الواقف للعين الموقوفة دون انتقال ملكيتها للموقوف عليه ، بل هي في حكم ملك الله تعالى. وهو رأي الصحابين في المذهب الحنفي (وهو المفتى به) ، والأظهر في مذهب الشافعية ، وهو قول الحنابلة إذا كان الوقف على مسجد ونحوه كمدرسة ، ورباط ، وقنطرة ، وفقراء ، وغزاة ، وما أشبه ذلك.

الرأي الثالث : عدم زوال ملكية الواقف للعين الموقوفة ، بل تظل ملكيتها له . وهو مذهب المالكية في غير المسجد ، حيث يقول القرافي: (...أما أصل ملكه فهل يسقط أو هو باق على ملك الواقف ؟ وهو ظاهر المذهب لأن مالكاً رحمه الله- أوجب الزكاة في الحائط الموقوف على غير المعين نحو الفقراء..) وهو رأي أبي حنيفة ، وقول للحنابلة ، والإمامية. ولكل رأي من هذه الآراء أدلته ليس هذا البحث محل بسطها. انظر في هذا السياق : ابن قدامة، المغني، ج8، ص186 ، أبوزهرة، محاضرات في الوقف، ص99.

² -عبد الرزاق الصبيحي ، الحماية المدنية للوقف العام .

التحفيظ يقوم على مبدأ التطهير وهو الأمر الذي قد يترتب عليه ضياع العديد من العقارات الحسبية ، لذلك فإننا نعتقد بأنه يجب التمييز على الأقل في إطار القانون الحالي بين الأوقاف المعقبة والأوقاف العامة ، فالأولى تحفظ في اسم المستفيدين من الوقف أما الثانية فيجب تحفيظها في اسم الوقف العام ، سندنا في ذلك أن الناظر عندما يقدم مطلب تحفيظ أي عقار حسبي فإنما يقوم بذلك بمقتضى نيابته القانونية عن الوقف العام الذي يتمتع بشخصية معنوية مستقلة تخوله صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ¹ ، لذلك نعتقد بأن مدونة الأوقاف الجديدة كانت على صواب عندما نصت في المادة 50 على أنه :

"....يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه ، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة وتعتبر ممثله القانوني " ، وهو نفس الأمر الذي يمكن استنباطه أيضا من مقتضيات المادة 54 من مدونة الأوقاف التي نصت على ما يلي : " إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنح المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين ..."

غير أننا نعتقد بأن الشخصية المعنوية لا تقتصر على الوقف العام وإنما تشمل حتى الوقف المعقب ، ومهما كان الأمر فإن الاعتراف للوقف بالشخصية المعنوية تترتب عليه مجموعة من النتائج من أهمها :

1- أن للوقف باعتباره شخصا معنويا ذمته المالية المستقلة عن ذمة ناظر الوقف أو متوليه ، وعن ذمة الواقف ، والموقوف عليهم ، فمال الوقف وجميع حقوقه والتزاماته خاص به وأن ذمته لا تشغل بذمة غيره مهما كان ، وتكون هي المالكة - اعتبارياً - لجميع حقوقه وأمواله ، وأن دائي الواقف ، أو الناظر أو الموقوف عليه ليس لهم حق على ذمة الوقف ، كما أن ديونه لا يطالب بها غير الوقف نفسه ، كما أنه لا تقع المقاصة بين ديون الوقف ، وديون هؤلاء .

2- وأن للوقف باعتباره شخصا معنويا أهلية مدنية في كسب الحقوق واستعمالها في الحدود التي رسمها له القانون .

3- وأن له كذلك حق التقاضي ورفع الدعاوى على الغير ، كما للآخرين الحق في رفع الدعوى عليه باعتباره شخصا معنويا .

4- يمثله في كل ذلك ناظر الوقف أو الشخص الذي يحده صك الوقف أو القضاء أو إدارة الوقف حسب النظام الأساسي له ، وأن هذا الشخص عليه ما على الوكيل للشخص الطبيعي من الحقوق والواجبات والمسؤوليات .

¹ - إن الوقف يتمتع بالشخصية الاعتبارية التي تستند إلى ما سبق الإشارة إليه في كلام أهل العلم حول ملكية الوقف ، وتحديدًا إلى القول القائل بخروج ملكية الوقف عن الواقف وعدم دخولها في ملكية الموقوف عليه. ومعنى هذا أن للوقف وجودًا مستقلًا عن ذمة الواقف والموقوف عليه ، ولهذا أجاز جمهور الفقهاء على سبيل المثال الاستدانة على الوقف. ورفض ذلك الحنفية وإن رجعوا إلى القول به بطريق المصلحة. فقد جاء في الدر المختار : لا تجوز الاستدانة على الوقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف ، كتعمير ، وشراء بذور ، فيجوز بشرطين : إذن القاضي ، وأن لا تتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها ، للتوسع أكثر انظر : الدر المختار ج 4 ص : 489 ،

ب - الوثائق والمستندات المدعمة لمطالب تحفيظ العقارات الموقوفة :

لقد وضع المشرع مجموعة من المقتضيات القانونية التي من شأنها تعزيز قرينة الملكية لفائدة طالب التحفيظ ، ومن بين هذه المقتضيات ضرورة تدعيم مطلب التحفيظ بالحجج والوثائق والمستندات الكافية ، حيث ينص الفصل 13 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14 :

" يقدم طالب التحفيظ تصريحاً للمحافظ على الأملاك العقارية مقابل وصل يسلم له فوراً ، مطلباً موقفاً من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة ، يتضمن لزوماً :

8- أصل التملك"

كما ينص الفصل 14 من نفس الظهير على ما يلي :

" يقدم طالب التحفيظ مع مطلبه أصول أو نسخ رسمية للرسوم والعقود والوثائق التي من شأنها أن تعرف بحق الملكية وبالحقوق العينية المترتبة على الملك " ، وهو نفس الأمر الذي سبق تأكيده بمقتضى دورية المحافظ العام الصادرة بتاريخ 2010/5/12 تحت عدد 005656 التي دعى من خلالها المحافظين العقاريين إلى إعطاء أهمية قصوى لكفاية العقود والمستندات المدعمة لمطالب التحفيظ وأن تتوفر فيها الشروط الشكلية والجوهرية المتطلبة قانوناً وارتباطها بالعقار المطلوب تحفيظه ، وهنا يثار الإشكال حول طبيعة الوثائق والمستندات المدعمة لمطالب تحفيظ العقارات الحبسية وموقف المحافظين على الأملاك العقارية من هذه الوثائق والمستندات .

بداية لا بد من التأكيد على أن إيداع مطلب التحفيظ من طرف المحبس عليهم يقتضي الإدلاء بما يفيد ملكية المحبس لما حبس وتعيين الملك المحبس تعييناً واضحاً ودقيقاً بالإضافة إلى الإدلاء بما يفيد التحبيس حسب ما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى عدد 1099 الصادر بتاريخ 12006/04/05 الذي جاء فيه " بأن على من يدعي أن عقاراً محبساً عليه إثبات وجود التحبيس وملكية المحبس ، وأن رسم إثبات المحبس المدلى به من الطالبة عدد 321 بتاريخ 1988/9/29 هو عبارة عن لقيف شهد شهوده بكون مجموعة من الأملاك المذكورة بالرسم هي حبسية ، ولم يشر إلى المحبس ولا سند تملكه للعقارات موضوع التحبيس رغم كون شهادتهم تفيد القطع والجزم ... وأن الحدود الواردة بإشهاد نائب الجماعة مختلفة عن حدود المدعى فيه حسبما ورد في تعليقات القرار مما تكون معه محكمة الاستئناف قد طبقت القانون الواجب التطبيق في دعاوي الملكية وما بالوسيلتين على غير أساس " . وهو نفس المبدأ الذي تم

¹ -قرار المجلس الأعلى عدد 1099 بتاريخ 2006/04/05 ، ملف مدني عدد 2004/3/1/4085 ، المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية ، سلسلة " دليل العمل القضائي " دار الفكر العربي ، ط 1 ، ص : 130 وما يليها .

تأكيده بمقتضى قرار المجلس الأعلى عدد 2832 الصادر بتاريخ 12006/09/27 والذي جاء فيه : " ...أنه لا يقضى للقائم بالحبس إلا بعد إثبات التحبيس ، وملكية الحبس لما حبسه يوم التحبيس ، لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه ، فإثبات ملكية الحبس لما حبسه شرط لاستحقاق الحبس ، ويتم الاشهاد عليه في رسم الحبس باعتبار الاشهاد لازم في التبرعات من حيث هي وفي كل ما كان من غير عوض " ويلاحظ من خلال هذه القرارات القضائية أن المجلس الأعلى يولي اهتماما كبيرا لمسألة ارتباط سند التحبيس بملكية العقار من طرف الحبس احترازا لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه ، وهنا يثار الإشكال حول كيفية إثبات ملكية الحبس لما حبسه والاشهاد عليه وحيازته ؟

لقد جرى العمل سابقا على تطبيق القواعد المنصوص عليها في الفقه الاسلامي وذلك إعمالا لمقتضيات الفصل 75 من ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة الذي كان يحيل على قواعد الفقه الإسلامي ، وهو الأمر الذي أدى إلى كثير من الخلط والاختلاف على مستوى التطبيق سواء من طرف المحافظين العقاريين أو من طرف العمل القضائي ومواقف الفقه ، وانقسم هذا الاختلاف إلى اتجاهين متضاربين أحدهما ينادي بضرورة حصر وسائل إثبات الوقف في رسم التحبيس والآخر يتبنى مبدأ حرية إثبات الوقف .

فالاتجاه الأول : يشترط لإثبات الحبس ضرورة الإدلاء برسم التحبيس وأن يكون هذا الأخير مستجمعا لكافة أركانه وشروطه التي حددها الفقهاء ، ومن أهم هذه الشروط ملكية الحبس لما حبس يوم التحبيس ، تعيين الملك المحبس بدقة ومحدود واضحة ، حيازة الموقوف عن الواقف ، الإشهاد على الحبس من طرف عدلين في رسم يخاطب عليه القاضي، ومعنى ذلك أن الوسائل الأخرى غير رسم التحبيس تبقى غير كافية في الإثبات كالحالات الحبسية وشهادة السماع والشهادات اللفيفية وغيرها .

اما الاتجاه الثاني : فإنه يذهب الى ضرورة توسيع نطاق الإثبات في مجال الوقف وإمكانية الاعتماد على كل وسائل الإثبات المسموح بها شرعا بما فيها الشهادات اللفيفية وشهادة السماع والحالات الحبسية ورسم تصفح كناش الأحباس ، وفي هذا السياق جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- تحت عدد 848 بتاريخ 2004/3/17 أنه " بمقتضى قواعد الفقه المعمول به ، يكفي في ملكية الأحباس أن يشهدوا بمعرفتهم للملك اسما وموقعا وبأنه حبس على جهة معينة وأنه يجاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها ، ولا يشترط فيه شروط الملك المعبرة شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة " 2 ، كما جاء في قرار آخر تحت عدد 3431 صادر بتاريخ

¹ -قرار المجلس الاعلى عدد 2832 الصادر بتاريخ 2006/09/27 ، ملف مدني عدد 2005/3/1/2217 ، ن م س ، ص : 136 وما يليها .

² قرار المجلس الاعلى عدد 848 ، بتاريخ 2004/3/17 ، ملف مدني عدد 2003/1/1/2275 ، ن م س ، ص : 116 وما يليها .

12003/12/3 : " أن شهادة السماع يعمل بها في الحبس ، ويكفي فيها قول شهودها بأننا نسمع من الثقة وغيرهم منذ عشرين سنة أن الشئ حبس على جهة معينة ، وأنا نعلم أنه يحترم بجرمة الأحباس عملا بقول صاحب التحفة :

وحبس ما حاز من السنينا***عليه ما يناهز العشرينا....."

نفس المبدأ أيضا أكده القرار عدد 485 الصادر بتاريخ 2008/05/22 الذي جاء فيه أن " ... ادعاء المستأنف للحيازة الطويلة الأمد يبقى غير منتج في النازلة على اعتبار أن الأملاك الحبسية لا تكتسب بالحيازة الطويلة الأمد و لو استوفت كل شروطها في حين يبقى رسم الحوالة الحبسية المستدل به ... له حجيته وبالتالي عامل في النزاع ... " 2 ، ولعل هذا التوجه القضائي هو الذي سار على منواله العمل الإداري بالمحافظة العقارية حسب ما يستفاد من دورية المحافظ العام عدد 014085 الصادرة بتاريخ 2009/11/24 التي أكدت على إمكانية إيداع مطالب التحفيظ استنادا الى شهادة السماع الفاشي التي يشهد فيها شهودها بأنهم مازالوا يسمعون عن الثقات منذ عشرين سنة بأن ملكا معيناً قد حبس على فلان وأنه يحترم بجرمة الأحباس .

يبدو من خلال عرض موقف الفقه والقضاء من طبيعة الحجج اللازمة لإثبات الحبس غياب مرجعية واحدة وواضحة يمكن الاعتماد عليها في نطاق التطبيق ، فين الفقه والقانون يبقى التعارض مطروحا لاسيما وأن ضبط المتون والفروع الفقهية يعتبر من أكثر الأمور تعقيدا على مستوى التأويل والاستنباط والتنزيل وذلك لغياب التكوين الفقهي الكافي وعدم الإلمام باليات الاستنباط والتنزيل والترجيح ، ولعل هذا الأمر يعتبر من الأسباب المباشرة لتضارب الاجتهاد القضائي والفقهي ، ولتجاوز هذا الوضع كان لزاما على المشرع المغربي التدخل عن طريق إصدار مدونة للأوقاف تراعي في نفس الوقت المرجعية الفقهية من جهة والاجتهاد الذي يراعي مقاصد الشريعة ومتغيرات الحياة الاجتماعية³ ، حيث نصت هذه المدونة في المادة 48 على أنه :

" يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات ، وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس ... " .

ونعتقد أن هذا الموقف الذي سار على منواله المشرع المغربي يستحق التأييد لأنه يؤدي الى حماية العديد من العقارات الحبسية من الاعتداء والتراخي عليها وترتيباً لذلك فإن تحفيظ أي عقار من هذا النوع يتوقف فقط على الإدلاء بسند التحبيس مهما كان نوعه وطبيعته شريطة تحقق الشروط التالية :

¹ -قرار محكمة المجلس الأعلى عدد 3431 ، بتاريخ 2008/12/3 ، ملف مدني عدد 2003/1/1/2180 ، ن م س ، ص ، 120 وما يليها .
² -قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 485 ، بتاريخ 2008/5/22 ، ملف شرعي عدد 8/07/36 ، ن م س ، ص ، 125 وما يليها .
³ - حول دور مقاصد الشريعة في استنباط الأحكام انظر ، الشاطبي ، الموافقات ، انظر أيضا علم مقاصد الشريعة وواجب التجديد مجلة الإحياء ، العدد 36 مايو 2012 ص ، 72 وما يليها .

- 1 - أن يكون سند التحبیس المعتمد علیه فی مطلب التحفیظ محررا وثابت التاريخ .
 - 2 - أن يكون الوقف صادرا عن محبس مسلم .
 - 3 - أن يكون المحبس مالكا للعقار عند إنشاء عقد التحبیس .
 - 4 - أن يكون العقار المحبس معينا بمقتضى سند التحبیس تحديدا دقيقا ونافيا لكل جهالة .
 - 5 - أن تكون الجهة المستفيدة قد حازت العقار المحبس .
- ج - خصوصيات الوقف المنصب على عقارات في طور التحفیظ :

قد ينصب الوقف على عقارات في طور التحفیظ وفي هذه الحالة يتعين البحث عن القنوات القانونية التي يمكن سلوكها من أجل ضمان الحماية القانونية للأوقاف في مواجهة الأثر المنشئ لنظام التحفیظ العقاري .

وهذه الحماية تجد مبرراتها القانونية في كون مسطرة التحفیظ العقاري تقوم على مبدأ الإشهار ومبدأ تسلسل التقييدات الذي تتفرع عنه قاعدة أساسية وهي قاعدة الأسبق قيدا أسبق حقا بالإضافة الى حماية الغير حسن النية ضمانا لمبدأ الشرعية .

وانسجاما مع هذه المبادئ القاطعة التي يقوم عليها نظام التحفیظ العقاري كان لزاما على المشرع إيجاد آليات لحماية كل من ترتب له حق على عقار في طور التحفیظ تتراوح بين مسطرة الخلاصة الإصلاحية المنصوص عليها في الفصل 83 من ظهير التحفیظ العقاري ومسطرة الإيداع في إطار الفصل 84 من نفس الظهير ، ولكل مسطرة خصوصياتها وإيجابياتها وشروط ممارستها .

فبالنسبة لمسطرة الخلاصة الإصلاحية يمكن للجهة المكلفة بالإشراف على الأوقاف أو للمستفيد من الوقف بناء على مقتضيات الفصل 83 ظ ت أن يطلب من السيد المحافظ على الأملاك العقارية أن يعمل على أن تتابع مسطرة التحفیظ في اسم من يخوله القانون ذلك حيث يكتسب صفة طالب التحفیظ في حدود الحق المعترف له به عن طريق نشر خلاصة إصلاحية بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية ، ومن أبرز خصوصيات هذه المسطرة أنها تؤدي إلى فتح أجل جديد للتعرض مدته شهرين من تاريخ نشر الإعلان الجديد عن انتهاء التحديد ، غير أنه في هذه الحالة لا تقبل التعرضات إلا في حدود الحق المعترف به من جديد وفق الخلاصة الإصلاحية ، وبالإضافة الى ذلك فإن طالب الخلاصة الإصلاحية يكون ملزما بأداء الرسوم الخاصة بنشر الخلاصة الإصلاحية وكذا رسوم الإعلان الجديد عن انتهاء التحديد .

أما مسطرة الإيداع المنصوص عليها في إطار الفصل 84 من ظ ت ع فتقوم على أساس إشهار الحق من أجل ترتيبه والاحتجاج به في مواجهة الغير عن طريق إيداع الوثائق اللازمة لذلك بالمحافظة العقارية حيث يقيد هذا الإيداع في سجل خاص يدعى سجل التعرضات ويحتفظ برتبته عند تأسيس الرسم العقاري .

الفقرة الثانية: حماية الوقف عن طريق سلوك مسطرة التعرض :

يعتبر التعرض من أهم الآليات المقررة لحماية الأشخاص المتضررة من جراء مسطرة التحفيظ ، بمقتضاه يحق لكل شخص أن ينازع إما في حق ملكية طالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق وإما في حدود العقار .

وبناء على ذلك يمكن للمستفيدين من الوقف أو للجهة المشرفة على الأوقاف والمحافظة عليها التعرض على مطالب التحفيظ التي تمس بعقارات الأقباس داخل أجل التعرض المحدد في أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية ، غير أنه يمكن استثناء للمحافظ على الأملاك العقارية قبول التعرضات المقدمة خارج الأجل من طرف الجهة المكلفة بتدبير شؤون الأوقاف ولو لم يكن مطلب التحفيظ مثقلا بأي تعرض ، غير أن استعمال هذه الإمكانية يتوقف على إقناع المحافظ بالمبررات والأسباب الاستثنائية التي حالت دون تقديم التعرض داخل الأجل وكذا تقديم الوثائق والحجج المدعمة لطلب التعرض ، وفي حالة رفض التعرض المقدم خارج الأجل من طرف المحافظ فإن قراره في هذه الحالة يكون نهائيا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن (الفصل 29 ظ ت ع) .

وتأسيسا على ذلك يمكن القول بأن القانون الجديد حاول إيجاد مجموعة من الحلول الممكنة لمختلف الثغرات التي كانت موجودة في ظل القانون السابق كما أعطى للمحافظ صلاحيات واسعة في قبول التعرض من عدمه دون أن تشاركه في ذلك أية جهة أخرى خلافا للقانون السابق الذي كان يعطي لوكيل الملك إمكانية قبول التعرضات خارج الأجل وما نتج عنها من آثار سلبية من خلال تداخل صلاحيات كل من وكيل الملك والمحافظ على الأملاك العقارية ، الأمر الذي ينعكس سلبا على مسطرة التحفيظ كما أن صلاحيات محكمة التحفيظ تقتصر على البت في موضوع التعرض من حيث صحته من عدمه دون أن تكون لها صلاحية مناقشة شكليات التعرض من حيث تقديمه خارج الأجل من عدمه ولا تملك صلاحية تغيير نطاق هذا التعرض أو قبول إدخال الغير في الدعوى وذلك انسجاما مع مقتضيات المادة 3 ق م م التي تنص على أنه لا يمكن للمحكمة أن تقضي إلا في حدود طلبات الأطراف ، هذه الطلبات التي تقدم وجوبا في شكل مقال افتتاحي أمام المحافظ حيث يقوم باستخلاص الرسوم القضائية قبل إحالة الملف على المحكمة المختصة ، جاء في قرار للمجلس الأعلى تحت عدد 485 بتاريخ 2008/5/22 : " ...حيث أنه

بخصوص...مخالفة الحكم المستأنف للقانون لكون التعرض قدم خارج أجله القانوني ، هو سبب يبقى غير مؤسس ، لأن محكمة التحفيظ لا تنظر في شكليات التعرض من حيث تقديمه داخل الأجل القانوني أو خارجه ، لأن أمر ذلك يدخل في اختصاص المحافظ على الأملاك العقارية ، وأن نظرها يقتصر على البت في موضوع التعرض من حيث صحته وعدمه فقط " 1 .

وبناء على ذلك فإن المحكمة لا يمكنها النظر في التعرضات إلا ضمن الحدود التي قدمت فيها إلى المحافظة العقارية وكما أحالها المحافظ على كتابة الضبط سواء من حيث الحقوق المطالب بها أو من حيث الوثائق والمستندات المدلى بها ، ويترتب على ذلك أنه يجب على الجهة المشرفة على الأوقاف العامة والأوقاف المعقبة تقديم الحجج والوثائق المدعمة للتعرضات المقدمة من طرفها ضد مطالب التحفيظ قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاه أجل التعرض تحت طائلة اعتبار التعرض لاغيا وعدم الأثر تطبيقا لمقتضيات الفصل 32 من قانون التحفيظ العقاري ، وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى ملاحظة أساسية وهي أن المحافظ ليست له صلاحية تقدير مدى صحة وكفاية الحجج المدلى بها تدعيما للتعرض أم لا وإنما هذا العمل يدخل في اختصاص محكمة التحفيظ التي تملك سلطات واسعة في مجال تقدير الحجج والمستندات المدعمة للتعرضات المحالة عليها ، وهكذا جاء في القرار رقم 485 الصادر بتاريخ 2008/05/22 المشار إليه أعلاه ما يلي : " وحيث ... أنه من الثابت من أوراق الملف أن المتعرضة استندت في تعرضها على الحوالة الحبسيةوحيث أنه فضلا عما ذكر فإن رسم الشراء المستدل به من طرف المستأنف أسس على رسم مخارجه وهذا لا يعد سنداً للملكية ، ورسم الشراء المؤسس عليه لا يفيد هو الآخر الملك ، كما أن ادعاء المستأنف للحيازة الطويلة الأمد يبقى غير منتج في النازلة على اعتبار أن الأملاك الحبسية لا تكتسب بالحيازة الطويلة الأمد ولو استوفت كل شروطها الشرعية ، في حين يبقى رسم الحوالة الحبسية المستدل به من طرف المتعرض له حججته ، وبالتالي عامل في النزاع والحكم المستأنف بقضائه بصحة التعرض يكون قد صادف الصواب الأمر الذي يتوجب معه تأييده " .

وحتى لا تضيع حقوق الأحياس يجب على السلطة المشرفة على الأوقاف أن تأخذ كثيرا من الاحتياط من أجل التدخل في مسطرة التحفيظ في الوقت المناسب عن طريق التعرض داخل الأجل القانوني ، وإذا كانت هناك مجموعة من الآليات التي تساعد على ذلك سواء تعلق الأمر بالجريدة الرسمية أو عن طريق عمليات الإشهار الواسعة التي تتم بمصالح المحافظة العقارية والجماعات ومكاتب السلطة المحلية والمحاكم الابتدائية فإننا نعتقد أنه يجب إدخال بعض المقتضيات القانونية التي تسمح بإخبار الجهات المشرفة على الأوقاف بكل مطالب التحفيظ التي يتم إيداعها لدى المحافظة العقارية ، وهي إمكانية يمكن أن تساهم في حماية الأملاك الوقفية من الترامي من جهة وفي الحفاظ على أهم

¹ -قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 485 ، بتاريخ 2008/5/22 ، ملف شرعي عدد 8/07/36 ، ن م س ، ص ، 125 وما يليها.

ثروة وطنية في بلادنا لما تقوم به من دور أساسي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، لكن كثيرا ما يقوم طالب التحفيظ بوقف العقار موضوع مطلب التحفيظ وبعد وفاته يسرع الورثة إلى إيداع رسم الإرث وترتيب مجموعة من التصرفات القانونية على العقار وقد كانت هذه الوضعية تثيرا كثيرا من الخطورة في ظل القانون السابق للتحفيظ العقاري وهو ما عمل المشرع على تداركه بمقتضى القانون الجديد من خلال الفصل 24 الذي أجاز إمكانية التدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق التعرض في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84 ، ونعتقد أن هذا المقتضى الذي جاء به المشرع كان صائبا لأنه سيضع حدا لكثير من الأوضاع التي كان يترتب عليها ضياع حق الملكية حيث كان يحتفي كل من اكتسب حقا على العقار في طور التحفيظ وراء الفصل 84 ولا يظهر إلا حين اتخاذ قرار التحفيظ وتأسيس الرسم العقاري ، وبناء على ذلك يمكن للجهة المستفيدة من الوقف التعرض على جميع الحقوق التي تمس بالوقف والمعلن عنها في إطار الفصل 84 من ظهير التحفيظ .

المبحث الثاني : آليات ونطاق حماية الوقف بعد تأسيس الرسم العقاري :

إذا كان الحبس ملكا ممنوعا من التملك والإرث والهبة ونحوهما طالما أنه خصص للغرض الذي حبس من أجله¹، فهو بذلك يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات حيث تكون له شخصية معنوية مستقلة ولعل ذلك ما جعل المشرع يخول لوزارة الأوقاف ممثلة في نظارة الأحباس الصفة في المحافظة على الحبس وإن كان معقبا والتعرض على تحفيظه كملك خاص ، غير أنه رغم هذا الإشراف والمراقبة فإنه كثيرا ما يتم الترامي على العقارات المحبسة من طرف الغير الذي قد يتأتى له تحفيظ العقار في اسمه الأمر الذي يثير إشكالية مدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، كما أنه قد يكون محلا لبعض التصرفات القانونية وهنا يتعين تحديد المقتضيات القانونية التي يجب احترامها من طرف المحافظين العقاريين ضمانا لحماية الوقف .

لذلك سوف نتطرق أولا إلى تحديد مدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار (الفقرة الأولى)، وثانيا إلى إشكالية الحوز والتسجيل بالنسبة للوقف الواقع على العقار المحفظ والإشكاليات التي تثيرها مختلف التصرفات الجارية عليه (الفقرة الثانية).

¹ محمد بن صالح الصوفي، الحقوق العينية العرفية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2002 ص 348.

الفقرة الأولى : تحفيظ الوقف ومدى خضوعه لقاعدة التطهير والتملك النهائي :

يجب الإشارة في البداية إلى أن تحفيظ العقارات الموقوفة في اسم الجهة المستفيدة يؤدي إلى تطهير العقار من كل الحقوق والتحملات غير المطالب بها خلال مسطرة التحفيظ حيث يعتبر الرسم العقاري نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة تطبيقا لمقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر بتاريخ 09 رمضان 1331 (12 غشت 1913) كما وقع تعديله وتتميه بالقانون رقم 07/14 ، وبناء على ذلك فمتى تم تحفيظ العقار الموقوف في اسم الجهة المستفيدة من الوقف فإن قرار التحفيظ المتخذ من طرف المحافظ على الملكية العقارية يعتبر قرارا نهائيا غير قابل لأي طعن كيفما كان نوعه ، وإذا كانت هذه القاعدة من القواعد القطعية التي يقوم عليها نظام التحفيظ العقاري فإنه أحيانا يتم التطاول والترامي على العقارات المحبسة وبالتالي الإسراع إلى إيداع مطالب للتحفيظ والاستفادة من مسطرة الإشهار من أجل الحصول على رسم عقاري نهائي واستغلال نظام التحفيظ لإضفاء الشرعية على أوضاع غير حقيقية على حساب المصلحة العليا للمجتمع، لذلك ثار الإشكال على مستوى الفقه والقضاء حول مدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، ولعل ما عمق من هذا الإشكال هو التناقض الحاصل بين مقتضيات نظام التحفيظ العقاري والقواعد المنظمة للوقف والتي تعود في كثير من أحكامها إلى أحكام الفقه الإسلامي، ولتوضيح جوانب هذا الإشكال يكون من اللازم التمييز بين مرحلتين مرحلة ما قبل صدور مدونة الأوقاف بتاريخ 23 فبراير 2010، ومرحلة ما بعد صدور هذه المدونة.

قبل صدور مدونة الأوقاف ذهب جانب من الفقه إلى التمسك بعمومية مقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري 12 غشت 1913 ولا شك أن هذا الاتجاه الفقهي تترتب عليه نتائج خطيرة على صيانة الوقف خاصة في شقه العام، لأنه بدون هذه الحماية سيتأثر الاقتصاد الوطني سلبا فضلا عن الانعكاسات الخطيرة على استقرار المجتمع الذي يرتبط مصير فئات عريضة منه بوضعية الأوقاف¹، لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى استثناء العقارات الحبسية من قاعدة التطهير والتملك النهائي مستندا في ذلك على مجموعة من الاعتبارات التي تتصل من جهة بالمصلحة العامة ومن جهة أخرى بطبيعة الوقف وخصائصه الذاتية والتي من بينها عدم القابلية للتقادم والتفويت وبالتالي خروجه من دائرة التعامل الخاص²، بل إن قاعدة التطهير حسب هذا الاتجاه الفقهي

¹ عبد الرزاق الصبيحي مرجع سابق ص 16.

² محمد الكشور التطهير الناتج عن تحفيظ العقار ص 36-39 / المختار بن أحمد العطار التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي 1429هـ-2008، ص 86.

تتناقض كلياً مع ما هو مقرر فقهاً من أن الحبس لا يعجز ولا يجاز عليه¹، فقاعدة عدم تعجيز الوقف تعني أنه متى قامت الحجة على الوقف فإنه ينتزع ممن هو تحت يده مهما طال مدة حيازته له لأن "الحبس لا يجاز عليه" لأنه يتعلق بحق الله تعالى وحق الغائب² حيث ينفرد بمجموعة من الخصوصيات كعدم قابليته للتفويت وعدم إمكان اكتساب ملكيته عن طريق التقادم³، ويبدو أن هذا الاتجاه هو الذي استقر عليه القضاء المغربي - رغم التضارب الذي عرفه في بداية الأمر - حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - بتاريخ 2008/02/20 " ... إن الحبس لا يطهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبس عليها... أن ترفع الدعوى بشأن الحبس ولو كان في طور التحفيظ، بل حتى ولو حصل تحفيظه لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه... "4. فمن خلال هذا القرار يمكن القول بأن القضاء المغربي يسير في اتجاه تكريس نسبية قاعدة التطهير في مواجهة الأحباس خاصة عندما رتب على ذلك بطلان عملية التحفيظ برمتها، ولا شك أن هذا القرار يعتبر قراراً جريئاً لأنه حاول تفسير الصفة النهائية بالرسم العقاري من خلال مراعاة الخصوصيات التي ينفرد بها الوقف، وهو نفس المبدأ الذي سبق وأن كرسه المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر بتاريخ 1983/10/13 حينما قرر عدم إمكانية الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه حقوق محبسة لأن العقارات المعقبة يتلوها في ذلك مثل العقارات الحبسية العامة غير قابلة للتصرف إلا بإذن جلاله الملك عملاً بمقتضيات الفصل الثامن من ظهير 13 يناير 1918 المتعلق بضبط مراقبة الأحباس المعقبة، مما يجعل تحفيظ العقار في اسم الغير باطلاً⁵، وهو نفس التوجه الذي سبق أن كرسته محكمة الاستئناف بطنجة في قرارها الصادر بتاريخ 1983/11/13⁶، عندما قررت عدم إمكانية الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه الحقوق الحبسية لأن العقارات الحبسية مثلها في ذلك مثل العقارات الحبسية العامة لا يمكن التصرف فيها إلا بإذن من جلاله الملك عملاً بمقتضيات الفصل الثامن من ظهير 13 يناير 1918 حول مراقبة الأحباس المعقبة حيث انتهت المحكمة إلى اعتبار تحفيظ العقار موضوع النزاع تحفيظاً باطلاً، ونعتقد أن هذا التوجه الذي كرسه القضاء المغربي كان صائباً حينما سوى بين الوقف العام والوقف المعقب من حيث الأثر المتمثل في بطلان التحفيظ الذي يمس بحقوق الأوقاف ويترتب على ذلك أنه في حالة ما إذا تجاوز مالك أرض على أرض محبسة مجاورة وحصل على قرار لتحفيظ أرضه مضافاً إليه الجزء المتجاوز عليه من الأرض الموقوفة فإن قاعدة التطهير واكتساب رسم التملك الصفة النهائية لا

¹ محمد التاويل، إثبات الحبس في الفقه الإسلامي ندوة الإثبات، في المادة الحبسية المنظمة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالرباط بتاريخ 2005/29/28.

² المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى منشورات وزارة الأوقاف، 82، ص 362.

³ محمد الكشور بيع العقار بين الرضائية والشكل، ص 118 وما يليها.

⁴ قرار عدد 688 صادر بتاريخ 2008/02/20 ملف مدني عدد 2006/03/01/1162، المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، دار الفكر العربي الطبعة الأولى 2011، ص 163 وما يليها.

⁵ قرار عدد 363 صادر بتاريخ 1983/10/13 ملف شرعي عدد 02/82/358

⁶ قرار عدد 82/382 صادر بتاريخ 1983/11/13، غير منشور

تطبق في هذه الحالة ، ولعل ما يدعم هذا الاتجاه هو خصوصيات الحماية المقررة للأوقاف في نظام التحفيظ العقاري وإلزام طالب التحفيظ بالتصريح في مطلب التحفيظ بأن الملك المراد تحفيظه ليس جماعيا ولا حبسيا ولا غابويا، وهذا الالتزام يدل دلالة قوية على تحمل طالب التحفيظ مسؤولية عدم الإقرار بحبسية العقار المراد تحفيظه ، وفي نفس الاتجاه ومن أجل الحيلولة دون إعداد بعض المحتلين لرسوم الاستمرار والتملك لعقارات الأحباس يستلزم السادة العدول الإدلاء بشهادات تثبت أن تلك العقارات ليست أملاكاً حبسية¹، فالوقف يلعب دورا كبيرا في إرساء أسس التضامن والتكافل الاجتماعي بين المسلمين حيث يعتبر من أعمال التبرعات التي حث الشارع على فعلها وندب للقيام بها وذلك بالإنفاق في وجوه البر والخير لما له من أهمية على المستويين الاجتماعي والاقتصادي والمساهمة في متطلبات التنمية المحلية وتحقيق أهداف التعمير وكذا إيجاد عقارات للاستثمار الزراعي وخدمة المصلحة العامة كبناء المساجد والمستشفيات والإدارات وغيرها من المرافق التي تعود بالنفع العام على الأفراد داخل المجتمع ، وانسجاما مع هذه الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للوقف نصت في المادة 54 من مدونة الاوقاف على ما يلي :

" إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين .

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وفقا عاما ، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به ، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق ، ويقيد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة " .

إن هذا النص يستدعي إبداء ملاحظتين أساسيتين :

1- يلاحظ أن المشرع قد ميز بين الوقف المعقب والوقف العام حينما استثنى هذا الأخير من قاعدة التطهير ، ونعتقد أن هذا التمييز ليس له ما يبرره وكان الأولى أن يشمل المشرع بعطفه أيضا الوقف المعقب لاشترائهما في العلة كما أن الحبس المعقب ينقلب إلى وقف عام إذا انقطع نسل المعقب عليه الأمر الذي يقتضي استثناءه من قاعدة التطهير والحجية المطلقة .

2- إن الاستفادة من مقتضيات هذا النص تقتضي تقديم مقال افتتاحي للدعوى أمام المحكمة المختصة في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين تطبيقا لقاعدة نسبية الأحكام وانتظار صدور حكم في الموضوع حائز لقوة الشيء المقضي به ، وهي مرتبة يصل إليها إذا أصبح غير قابل لا للتعرض ولا للاستئناف وإن ظل قابلا لطرق الطعن غير العادية² ،

¹ - د/ أحمد اجعون، تدبير الأملاك الحبسية، أنظر ندوة الأملاك الحبسية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10-11 فبراير 2006، ط I ، المطبعة والوراقة الوطنية، ص 166.

² - د/ ادريس العلوي العبدلاوي ، القانون القضائي الخاص ، ج 2 ، ص : 187 وما يليها .

ويثير هذا الأمر إشكالا حول الأثر الموقوف للتنفيذ الناتج عن الطعن بالنقض تطبيقا لمقتضيات المادة 361 ق م م ، والحقيقة أن هذا الأمر أثار خلافا كبيرا بين القضاء الذي يتمسك بالمفهوم الضيق لعبارة " التحفيظ العقاري " وحصره في نطاق الأحكام الصادرة في مسطرة التحفيظ ، وبين موقف المحافظة العقارية التي عدلت عن هذا التفسير بمقتضى الدورية رقم 324 الصادرة بتاريخ 1995/1/20 بعدما تبين بأن هذا المفهوم الضيق يثير كثيرا من المشاكل والصعوبات التي تمس استقرار المعاملات والثقة في نظام التحفيظ والقضاء على السوء خاصة إذا لم يساير هذا قرار محكمة النقض القرار الاستثنائي ، وبناء على يجب في حالة صدور أحكام تقضي بصحة الوقف العام فيجب إرفاقها بشهادة عدم الطعن بالاستئناف أو بشهادة عدم الطعن بالنقض إذا تعلق الأمر بقرارات استئنافية .

الفقرة الثانية: آثار الوقف الواقع على العقار المحفظ ومدى خضوعه لقاعدة التقييد بالسجل العقاري والإشكاليات الناتجة عن تصفية الوقف :

تعتبر قاعدة تسجيل الحقوق العينية في الرسم العقاري من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام التحفيظ العقاري المبني على الإشهار الذي يرمي إلى استقرار المعاملات من خلال القوة الثبوتية التي تتمتع بها الحقوق العينية المقيدة وحجيتها بين المتعاقدين والأغيار، حيث يعتبر الشخص المقيد بالرسم العقاري هو صاحب الملك ويمكنه التصرف فيه بجميع أنواع التصرف تطبيقا لمقتضيات الفصلين 65 و66 من قانون التحفيظ العقاري اللذين يكرسان لمفهوم الأثر المنشئ للتقييد حيث ربط المشرع نشوء الحق بتاريخ التقييد بالرسم العقاري¹، غير أن أعمال هذه القاعدة بخصوص العقارات الموقوفة أثار نقاشا كبيرا من طرف الفقه والقضاء، ومضمون هذا النقاش يتجلى في كون الوقف يعتبر من عقود التبرعات التي يشترط لقيامها تطبيقا لأحكام الفقه المالكي توافر الحوز والاشهاد عليه والمعاينة خلافا لقواعد التحفيظ العقاري التي تقتضي ضرورة التقييد وإشهار سند التحسيس بالرسم العقاري ومن تاريخ هذا التقييد يعتبر الوقف موجودا وثابتا قانونا ومنتجا لآثاره بين طرفيه وتجاه الغير، لذلك طرح الإشكال في أوساط الفقه والقضاء حول مدى كفاية الحوز الفعلي والإشهاد عليه للقول بصحة الوقف الواقع على العقار المحفظ أم لا بد من تقييده بالرسم العقاري؟ وهل الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي؟

¹ محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، الطبعة الخامسة 2009، ص 98 وما يليها.

لقد انقسم الفقه بالنسبة لهذا الإشكال إلى اتجاهين :

اتجاه أول يرى بأن التسجيل وحده يكفي لصحة التبرع وأنه يغني عن الحوز الفعلي للمتبرع به من طرف المتبرع له ، ويستند هذا الاتجاه إلى مقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري¹، أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى وجوب التفرقة بين الحوز الفعلي والحوز القانوني وأن أحدهما لا يغني عن الآخر، فالحوز الفعلي يعتبر شرطا فقهيا لصحة تمام التبرع والتسجيل ضروري لاعتبار وجود السند قانونا وإنتاج آثاره بين المتعاقدين وتجاه الغير، ويترتب على ذلك أن الحوز القانوني لا يغني عن الحوز الفعلي الذي اشترطه الفقهاء²، ويساير هذا الاتجاه الثاني موقف الفقه المالكي الذي يشترط قبض وحيازة الحبس من طرف الموقوف عليه أو من ينوب عنه ببينة تشهد بأن المال المحبس قد خرج من سلفه الواقف قبل موته أو مرضه أو إفلاسه³.

ثانيا : موقف القضاء :

لقد تضاربت مواقف قضاء الموضوع حول ضرورة توافر الحوز الفعلي إلى جانب الحوز القانوني والقول بكفاية التقييد في الرسم العقاري ، فالبعض كان يكتفي بعملية التقييد والبعض الآخر كان يستلزم ضرورة توافر الحوز الفعلي إلى جانب الحوز القانوني أما بالنسبة لموقف المجلس الأعلى -محكمة النقض- فإنه يعتبر أحيانا بأن تقييد سند التبرع بالرسم العقاري يغني عن الحوز الفعلي شريطة أن يتم التسجيل قبل حدوث المانع من وفاة المتبرع أو إفلاسه استنادا إلى قواعد الفقه الإسلامي ، ويترتب على هذا الموقف القضائي أنه متى وقع المانع قبل التقييد فإن عقد التبرع يكون باطلا وغير منتج لأي أثر، كما ذهب أحيانا أخرى إلى تأكيد كفاية الحوز الفعلي معتبرا أن "عقد التحبيس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها وتوثيقا كان صحيحا وثابتا، ومنتجا لأثره وفقا لقصده الحبس، وتسجيله في الرسم العقاري يجب أن يتم ولو عارض ورثة المحبس في ذلك بعد وفاته" ⁴ كما جاء في قرار صادر بتاريخ 2002/2/13 انه " بمقتضى الفصل 75 من ظهير 1915/6/2 فإن تدبير الأملاك المحبسة يبقى خاضعا لضوابط الشريعة الإسلامية وبالتالي فالعبرة لنهاذ التحبيس بالحيازة المادية للعقار المحبس وليس بتقييد وثيقة التحبيس بالرسم العقاري " ⁵ ويترتب على ذلك أنه عندما يتمثل المال الموقوف في عقار محفظ يكون على المحافظ العقاري تحت

¹ - محمد القدوري، شرط الحوز في التبرعات في الفقه المالكي، مجلة الإشعاع عدد 14 ص 52.

² - محمد القدوري ، ن م.س ص 52.

³ - يقول الامام أبو عبد الله محمد التاودي : " ...فإن لم يحز حتى مات المحبس أو فليس أو مرض بطل ..."

⁴ - قرار مجلس الأعلى عدد 579 المؤرخ في 2002/02/13 ملف مدني عدد 4054 / 95/09/01، المنازعات الوظيفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية سلسلة " دليل العمل القضائي " ، ص 183 وما يليها.

⁵ - قرار منشور بمجلة القصر عدد 2/ماي 2002 ، ص : 119 وما بعدها .

طائفة مسؤوليته ألا يقيد أي وقف الا بعد التحقق من ثبوت الحوز بمعاينة البينة ، وأمام هذا الاختلاف الفقهي والقضائي تدخل المشرع بمقتضى مدونة الأوقاف حيث نص في المادة 23 على ما يلي :

" يشترط لصحة الوقف شرطان :

-الاشهاد على الوقف

-حوز المال الموقوف قبل حصول المانع ... " ولتحديد طبيعة الحوز المطلوب لصحة الوقف نصت المادة 26 من مدونة الأوقاف على أن :

" الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه

يصح الوقف بمعاينة البينة ، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف... "

كما جاء في المادة 31 : " يشترط لصحة وقف شخص محل سكنه إفراغه ، إما بمعاينة البينة لذلك ، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما " .

فمن خلال هذه النصوص يمكن القول بأن المشرع حاول التوفيق بين كل الآراء الفقهية السابقة حيث سوى بين الحوز الفعلي والحوز القانوني تفاديا لما أدى إليه التأويل السابق من آثار سلبية على استقرار المعاملات وبالتالي تحقيق الانسجام بين قواعد التحفيظ العقاري وخصوصيات المادة الوقفية من غير مخالفة لقواعد الفقه الإسلامي الذي يعتبر المنبع المباشر لنظام الوقف بالمغرب حسب ما جاء في ديباجة مدونة الأوقاف ، ورغم وجهة هذا الموقف التشريعي فإننا نعتقد أن الحوز في العقار المحفظ حوز فعلي وقانوني وإذا اختل أحدهما فلا أثر للوقف، لأن انتقال الملكية في العقار المحفظ لا يقف عند ثبوت معاينة الحوز قبل المانع فقط ، بل يلزم فيه كذلك حوز آخر هو الحوز القانوني الذي يتم في التسجيل في الرسم العقاري عملا بمقتضيات الفصلين 66 و 77 من ظهير التحفيظ العقاري ومن ثم فإن الوقف إذا اختل فيه الحوز الفعلي استحال فيه الحوز القانوني ، ومن الثابت في الأحكام الشرعية ضرورة معاينة الحوز في العطفة قبل حصول المانع وإلا بطلت لتعلق حق الغير بها من ورثة ودائنين، وحتى تصح هذه المعاينة وتسري عليهم وجب أن تثبت من شخص محايد لا أن ينعقد بها مجرد إقرار بين المعطي والمعطى له، والشخص المحايد هم العدول والموثقون أصلا واستثناء اللفيف والشهادة أمام القاضي بعد أداء اليمين والمعاينات القضائية والقرائن القوية المنضبطة التي يتبناها القاضي ، فالحكمة من الحوز المادي أو الفعلي هي قطع الطريق أمام

تصرفات الشخص في أمواله طول حياته تصرفا مستترا يلحق الضرر بالورثة والدائنين ، جاء في الدخيرة : " " القبض إنما اشترط عندنا لنفي التهمة لثلا ينتفع الانسان بمال طول عمره ، ويخرجه عن ورثته عند الموت "1 وحتى يكون الكل على بينة وعلم من التبرع الحاصل بخلاف التسجيل وحده فهو لا يحقق هذا الغرض الشرعي .

ومهما كان فإن تقييد الوقف بالرسم العقاري تترتب عليه مجموعة من الآثار سواء بين طرفيه أو في مواجهة الغير ، كما يمكن أن يكون محلا لبعض الأعمال والتصرفات القانونية ، حيث تجري على الأموال الموقوفة وقفا عاما جميع التصرفات القانونية الهادفة الى الحفاظ عليها وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف سواء عن طريق المعاوضة أو الكراء ، ولا يجوز بيعها حيث يقول الإمام مالك " لا يباع العقار المحبس ولو خرب وبقاء احباس السلف دائرة دليل على منع ذلك "2 وتفاديا لما كان يثيره الوقف من مشاكل فقد تدخل المشرع بتنظيمه بما يضمن استمراريته في أداء الغاية التي وجد من أجلها ، ومن هذه المقتضيات منع إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة أو جلسة أو جزء أو مفتاح أو استئجار أو عرف أو حلاوة أو غيرها على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة (المادة 103) ، كما نص المشرع على انقضاء هذه الحقوق العرفية في الحالات التالية :

- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك والعائدة إلى صاحب الحق العرفي .
- عدم أداء صاحب الحق العرفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متواليتين .

- تصفية هذه الحقوق عن طريق شراء إدارة الأوقاف للحق العرفي لفائدة الغير أو شراء صاحب الحق العرفي لرقبة الملك الوقفي أو عن طريق بيع الرقبة والحق العرفي معا عن بالزاد في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين ، وفي كافة الأحوال تنقضي بمرور عشرين سنة من تاريخ دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ ، وفي هذه الحالة يتعين على صاحب المصلحة أن يتقدم بطلب إلى السيد المحافظ من أجل التشطيب على تلك الحقوق من الرسم العقاري ، غير أنه كثيرا ما ينصب الوقف على حصة مشاعة في العقار حيث يثار الإشكال حول مدى جواز ممارسة الشفعة عندما يبيع احد الشركاء حصته في العقار ذاته ، وللجواب على هذا الإشكال يميز الفقه بين الواقف والموقوف عليه

¹ القرافي ، الدخيرة ، ج 6 ، تحقيق سعيد محمد أعراب ، دار الغرب الاسلامي ، ط 1 ، 1994 ، ص : 228 .

² - الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ، " ط 1 ، 2002 ، ص : 202 .

بالنسبة للواقف ذهب بعض الفقه¹ إلى انه يمكن للواقف أن يشفع ما بيع من العقار الذي كان شريكا فيه بحصته التي أوقفها ، شريطة أن تتم الشفعة لمصلحة هذه الحصة على أساس انه المالك الأصلي لها ، في حين يرى جانب آخر من الفقه² انه لا يمكنه أن يشفع ما بيع من ذلك العقار لان ما حبسه يخرج عن ملكه وبالتالي لم يعد شريكا في العقار ، وأمام سكوت المشرع عن هذه المسألة نعتقد أنه يجب الأخذ بالاتجاه الأول الذي يقضي بجواز ممارسة الشفعة من الواقف إذا كان في ذلك مصلحة للحصة الموقوفة كالزيادة في غلته ونفعه أو إبعاد شريك جديد غير مرغوب فيه .

أما بالنسبة للموقوف عليهم فإننا نعتقد بأنه لا يجوز له ممارسة الشفعة بالنسبة للحصة المبعة لأنهم ليس شركاء في الرقبة مع البائع وإنما يملكون المنفعة فقط ، والشفعة لا تكون إلا للشريك في الأصل ولا عبرة بشركة المنفعة .

إلى جانب إشكالية الشفعة ثار النقاش في أوساط الفقه حول مدى إمكانية تصفية الوقف المعقب الواقع على العقار الحفظ ، وإذا كان الفقه الإسلامي يمنع منعا كليا تصفية الأوقاف المعقبة سواء عن طريق البيع أو القسمة ، غير أن الواقع قد يعرف بعض الحالات التي تتضاءل فيها مردودية الوقف بسبب زيادة عدد الموقوف عليهم من الأعقاب مع مضي الزمن وجمود وعدم تنمية العقارات الموقوفة وتطوير مداخيلها وكثرة النزاعات والخصومات بين المستفيدين³ لذلك وتفاديا لهذه الصعوبات والاكراهات الاقتصادية والاجتماعية فقد أجاز المشرع بمقتضى مدونة الأوقاف إمكانية تصفية الأوقاف المعقبة في الحالات الآتية :

-إذا انقطع نفع المال الموقوف أو قل نفعه إلى حد كبير ،

-إذا أصبح المال الموقوف في حالة يتعذر معها الانتفاع به ،

-إذا أصبح عائده لا يغطي نفقاته والواجبات المفروضة عليه ،

-إذا كثر المستفيدون وقل نصيب كل واحد منهم ،

1 محمد مهدي الجم ، التحفيظ العقاري في المغرب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الدار البيضاء ، 1986 ، ص :137.

2 محمد بن معجوز ، أحكام الشفعة في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة ، 1993 ، ص : 66 .

3 ذ/ محمد بونبات ،تصفية الوقف المعقب على العقار في ضوء الاكراهات الاقتصادية والاجتماعية ، ندوة الاملاك الحيسية بكلية الحقوق بمراكش ، يومي 10 و11 فبراير 2006 ، ص :60 وما يليها .

وإذا كان العقار المحفظ تحكمه مجموعة من المبادئ التي يتأسس عليها نظام التقييدات ككل وأهمها الأثر التأسيسي والقوة الشبوتية للتقييدات فإنه تبعاً لذلك ينبغي أن تنطلق كل مقررات التصفية من واقع الرسم العقاري غير هذا الأمر يثير كثيراً من الصعوبات نتيجة عدم تطابق الوضعية الواقعية للعقار مع وضعيته التي يعكسها الرسم العقاري حيث أثبت الواقع بأن كثيراً من مقررات التصفية لا تعرف طريقها إلى التطبيق والسبب في اعتقادنا يعود إلى عدم تحيين الرسوم العقارية وعدم اشتراط وثيقة شهادة المحافظة العقارية المثبتة للوضعية القانونية للعقار الموقوف محل التصفية ضمن الوثائق المنصوص عليها في المادة 124 من مدونة الأوقاف ، فضلاً عن عدم مراعاة بعض التشريعات المنظمة للعقار المحفظ خاصة تلك المتعلقة بمراقبة العمليات العقارية ، كالقانون رقم 25/90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الأمر الذي يترتب عليه استحالة تطبيق مقررات التصفية .

وبناء على ذلك يمكن القول بأن المشرع قد حاول إيجاد مجموعة من الحلول التشريعية لحماية الوقف عن طريق مدونة الأوقاف وضمان أداء وظائفه الاجتماعية والاقتصادية ، انسجاماً مع الخصوصيات التي ينفرد بها بالمقارنة مع باقي الأنظمة العقارية ، حيث يعتبر الوقف من المؤسسات التي أسهمت إسهاماً كبيراً في بناء الحضارة الإسلامية وتمويل العديد من المرافق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية بالمغرب لذلك خصه المشرع بمجموعة من الامتيازات في مجال التحفيظ العقاري ، سواء أثناء مسطرة التحفيظ أو خلال مسطرة التقييدات تفادياً لكل محاولة للترامي على الأملاك الوقفية ، غير أن الممارسة أثبتت الكثير من الصعوبات التي تقف في وجه تحفيظ العقارات الموقوفة خاصة في شقها الخاص أو المعقب نتيجة لتكاثر الأعباء وكثرة النزاعات لذلك يبقى الحل بيد القضاء باعتباره الجهة المؤهلة قانوناً لتنزيل النصوص وتحقيق العدالة التي نطمح إليها جميعاً الذي يجب عليه الأخذ بمقاصد التشريع عند تفسير النصوص .

استفسار شهود الليف بين أحكام الفقه واجتهادات القضاء



مقالة من إعداد : فضيلة الأستاذ
زكرياء غطراف المحامي بهيئة مراكش

تمهيد :

تعد الشهادة بحق، من أهم وسائل إثبات الحقوق في الفقه الإسلامي (1) إذ خصها الفقهاء بالعناية الفائقة و الدراسة المستفيضة، فبسطوا أحكامها في مؤلفاتهم و قارنوا بين ما هو معتمد منها عند هذا المذهب أو ذلك حتى تمكنوا من وضع قواعد فقهية جليلة لازال العمل بها أمام القضاء إلى الآن. و الأصل في الشهادة أنها تحمل و تؤدي (2) من طرف شهود عدول و ذلك لقوله تعالى: " وأشهدوا ذوي عدل منكم " (3).

إلا أنه نتيجة للتحويلات الاجتماعية و الاقتصادية التي عرفتتها المجتمعات الإسلامية وما تمخض عنها من انتشار للفساد وندرة الناس الذين تتوفر فيهم صفة العدالة، اضطر الفقهاء و القضاة إلى قبول شهادة غير العدول استثناء من الأصل و ذلك تفاديا لضياح الحقوق.

و تعد شهادة الليف من بين الأمور المستحدثة في العمل القضائي بالغرب الإسلامي (4) و التي تقوم على أساس شهادة مجموعة من الأشخاص (5) من غير العدول - أي غير المنتصبين للشهادة - على واقعة معينة يعلمون تفاصيلها شخصيا بحكم عامل المجاورة و المخالطة و الاطلاع على الأحوال (6).

و اعتبارا لكون العمل بشهادة الليف يبقى في حكم الاستثناء (7). و ذلك لشدوده عن القاعدة التي تقتضي العمل بشهادة العدول في إثبات الحقوق، و من هذا المنطلق، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بقوة هو معرفة مدى إلزامية استفسار شهود الليف وفقا لما انتهجه فقهاء المذهب المتأخرين اللذين جعلوا من الاستفسار شرطا جوهريا للعمل بشهادة الليف(*) و من تم اكتشاف مدى تأثير الاجتهاد القضائي المغربي المعاصر بالفقه و ما جرى به العمل في المذهب المالكي بهذا الخصوص.

ذلك ما سنحاول دراسته من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : تعريف الاستفسار و حكمه و دواعيه.

المبحث الثاني : صاحب الحق في طلب الاستفسار.

المبحث الثالث : القواعد المسطرية المتعلقة بإجراء الاستفسار.

المبحث الرابع: أجل المطالبة بإجراء الاستفسار.

المبحث الخامس: الآثار المترتبة عن استفسار شهود الليف.

المبحث الأول: تعريف الاستفسار و حكمه و دواعيه.

أولا: تعريف الاستفسار:

يعد استفسار شهود الليف أمرا مستحدثا لا أصل له في المذهب، وإنما جاء نتيجة للاجتهاد بحيث كان القاضي أبو عبد الله الفشتالي (8) أول من أحدث العمل بالاستفسار، ومنذ ذلك الحين أصبح هذا الأخير إجراء متعارف عليه في العمل القضائي بالغرب الإسلامي (9).

و الاستفسار أو الاستفصال هما لفظان لمعنى واحد وهو "استفهام الشهود عما شهدوا به" (10). و يتم استفسار شهود الليف عن طريق سؤالهم عن الشهادة التي سق أن أدلوا بها و عن كيفية أدائها ومستند علمهم بما شهدوا به.

و لقد أورد أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي في معياره تعريف سيدي عبد الله العبدوسي للاستفسار بقوله: " لأن معنى الاستفسار سؤال الشاهد عن شهادته التي أداها عند القاضي كيف أداها، فإن أتى بشهادته نصا أو معنى، و إن اختلف اللفظ صحت، وإلا بطلت و هذا ما مضى به العمل في استفسار الشهود" (11).

ثانيا: حكم الاستفسار:

أ- في الفقه المالكي:

لقد انقسم الفقه المالكي بخصوص استفسار شهود الليف في الحالات العادية (12) إلى رأيين متباينين. * الرأي الأول: يرى أن استفسار شهود الليف هو أمر واجب وملزم ولو لم يطلبه الخصم (المشهود عليه) أو يأمر به القاضي وذلك للمبررات التالية:

- 1) إن كل من شهد بشهادة و لا يعرف كتابتها بل الغير الذي كتبها عنه، فلا بدا للقاضي من استفساره، إذ لعل الكاتب كتب ما لم يشهد به الشاهد من فصول الشهادة كلها أو بعضها (13).
- 2) - استفسار شهود الليف أصبح أمرا ضروريا و حثميا نظرا لانتشار الفساد و سوء الأخلاق و ظهور الحيل في تعاملات الناس فيما بينهم (14).

3) - لزوم الاستفسار لكونه يقوم مقام لتزكية المطلوبة شرعا في كل شاهد (15).

* الرأي الثاني: يرى عدم وجوب الاستفسار إلا إذا كانت الشهادة مجملة أو مبهمة أو بها احتمال أو في حالة طلبه من الخصم.

حيث علل أصحاب هذا الرأي مذهبهم هذا بكون الشاهد غير ملزم بأداء ثان الشهادة، وحسبه أن يقول قد أديت شهادتي أداء بينا لا إجمال فيه، فلا يلزمي أداء ثان، و ذلك اعتبارا لكون الاستفسار بمثابة أداء ثان للشهادة، في حين أن الشاهد غير ملزم بأداء الشهادة مرتين لما في ذلك من أضرار به (16) و لقوله عز وجل: " و لا يضار كاتب و لا شهيد" (17).

ب) في الاجتهاد القضائي المعاصر:

من خلال استقراء مجموع الاجتهادات القضائية الصادرة بخصوص استفسار شهود الليف، يتضح جليا على أن موقف المجلس الأعلى كأعلى جهة قضائية، يتقاسمه رأيين متباينين:

أ- الأول: يوجب استفسار شهود اللفيف وهو الرأي الذي تمثله الاجتهادات الصادرة عن الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى، حيث جاء في القرار عدد 506 ما يلي: " لا يعمل باللفيف إلا إذا كان مستفسرا و لو لم يكن به إجمال أو إبهام و لا طلبه الخصم، فأحرى إذا طلبه كما في النازلة" (18).

و لقد تم تعليل القرار المذكور أعلاه و ذلك من خلال الاستشهاد بأقوال فقهاء المذهب أمثال أبي عباس الونشريسي الذي قال " كل من شهد شهادة و لا يعرف كتبها وإنما كتبها غيره، فلا بد للقاضي من اختباره" (19).

ب - أما الرأي الثاني فيجعل استفسار شهود اللفيف أمرا مندوبا، لا يوجب على المحكمة سلوكه و هو الاتجاه الذي كرسته الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 2408 و الذي جاء فيه: " استفسار البينة لا يعتبر شرطا لصحتها لاسيما إذا لم يكن فيها إجمالا ولا غموضا و أن المحكمة بعدم استفسارها لبينة المطلوين لم تخرق القواعد الفقهية مستعملة سلطتها التقديرية في تقييم الحجج" (20).

ثالثا: دواعي الاستفسار.

للاستفسار أسباب وجيهة توجهه، ذلك انه من أجل توصل القاضي إلى الحكم الموافق لأحكام الشريعة، كان لزاما عليه التحري و تقصي حقائق البينات الاسترغائية المعروضة عليه، ومن هذا المنطلق تبرز أهمية استفسار شهود اللفيف باعتباره إجراء من إجراءات البحث و التحقيق في الدعوى.

و لقد أجمل فقهاء المذهب دواعي أو أسباب الاستفسار في أربع حالات (21) و هي:

- (1) - التحقق من أقوال الشهود الواردة في الرسم (22).
- (2) - بيان مجمل أو مبهم الرسم الأول (23).
- (3) - تقرير الشاهد على الأداء بمحضر عدلين ليبراً القاضي من عهدة انفراده بالأداء (24).
- (4) - استدراك ما فات الشاهد (25).

المبحث الثاني: صاحب الحق في طلب الاستفسار:

أولا: في أحكام الفقه المالكي:

انقسم رأي الفقهاء المتأخرين بخصوص صاحب الحق في طلب استفسار شهود اللفيف إلى قسمين:

1) الرأي الأول يرى أن الاستفسار حق للقاضي و لا حق للشهود عليه (الخصم) في طلبه، وهو ما ذهب إليه كل من أبو الحسن وأبو سعيد بن لب و أبو الفضل العقباني (26) هذا الأخير الذي أجاب عن سؤال بهذا الخصوص بالقول بان الاستفسار لا حق للمشهد عليه فيه و إنما الحق و النظر فيه للقاضي معللا ذلك بما يلي:

أ- أن ربما كان في شهادة الشاهد إجمالا واحتمالا فيتطلب الأمر ضبط ما يذكره الشاهد، فيكون بذلك القاضي هو صاحب الحق في الاستفسار كلما تبين له أن شهادة الشاهد جاءت مجملة أو مبهمة (27).

ب - إن المشهود عليه قد يكون من أهل الاستطالة و ممن لا يتحاشى قول السوء أو الذين يلدون في الخصام، فيلتجأ لطلب الاستفسار ليضار به الشاهد، و هو الأمر المنهي عنه شرعا (28).

2) الرأي الثاني يرى أن الاستفسار هو من حق الخصم (المشهد عليه) وهو ما جرى به العمل بفاس، ذلك أن القضاة لا يستفسرون شهود اللفيف إلا إذا طلبه الخصم و هو القول الذي ذهب إليه صاحب العمل الفاسي في منظومته قائلا:

وممكن من نسخة استفسار*** إن طلب الخصم بلا أعدار (29).

ولقد تم تعليل ما ذهب إليه هذا الرأي بأن الاستفسار لا يكون حتى يطلبه الخصم، أما قبل ذلك، فلا يعتد به، لأنه يكون بمنزلة من حلف قبل أن يطلبه خصمه باليمين، فإنها تعاد (30).

ثانيا : في الاجتهاد القضائي:

باستقراء مجموع الاجتهادات القضائية المتعلقة بتحديد صاحب الحق في الاستفسار - وذلك على قلتها - يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي قد مر بفترتين.

أولاهما: تلك التي كان خلالها مجلس الاستئناف الشرعي كأعلى هيئة قضائية بالمغرب فخلال هذه المرحلة لم يتبنى القضاء أي من الرأيين الفقهيين المبسوطين أعلاه، بل جعل استفسار شهود الليف من حق القاضي كما هو حق للخصم، وهذا ما يتجلى في الحكم عدد 8 الصادر بتاريخ 13 شعبان عام 1351 هـ في القضية عدد 1568 الذي جاء فيه "عدم استفسار الموجب (اللفيفي) لا يقتضي بطلانه، لأن الاستفسار إما أن يكون من حق القاضي كما قال بعضهم و إما أن يكون من حق الخصم على ما استقر عليه عمل فاس" (31).

ثانيهما: و هي الفترة الممتدة من تاريخ تأسيس المجلس الأعلى إلى الآن، حيث نجد أن هذا الأخير قد تبنى الرأي الفقهي الأول الذي يرى أن الاستفسار حق للقاضي، وهذا ما يتضح جليا من خلال القرار عدد 34 س 3 الصادر بتاريخ 1980/02/06 في الملف المدني عدد 61405 و الذي جاء في بعض حيثياته ما يلي: " لكن حيث إن الليف عدد 1116 الشاهد بملكته موروث الطاعنين يعتبر من الشهادات الاسترعاية التي نظمت قواعدها مقتضيات الفقه المالكي على ما جرى به عمل المتأخرين من فقهاء المالكية بالمغرب و إن للقاضي أن يسترىب منها مجرد احتمال شيء... مع أن الأصل في أداء الشهادة موكول إلى أمانة القاضي أو من يثق به ممن تكون فيه أهلية الضبط، وحينئذ، فإن الحق في الاستفسار الذي يعبر عنه بالاستفصال أيضا يرجع للقاضي بمحض سلطته التقديرية و له أن يثيره تلقائيا..."

كما جاء في حيثية أخرى من نفس القرار ما يلي: "حيث إن الاستفسار كما سبق القول في الرد على الوسيلة الثانية يعتبر حقا للقاضي لأنه بمثابة التزكية، إذ يدخل في سلطته التقديرية" (32)

المبحث الثالث : القواعد الفقهية المسطرية المتعلقة بإجراء الاستفسار :

إن المقصود بالقواعد الفقهية المسطرية المتعلقة بإجراء الاستفسار هو تلك الإجراءات التي سنها فقهاء المالكية المتأخرين و التي يتم سلوكها خلال إعداد رسم الاستفسار إلى أن يصبح وثيقة عدلية جاهزة للعمل بمقتضاها. وعليه، فإن الإلمام بهذه القواعد يقتضي منا في بادئ الأمر تحديد الجهة المختصة بإجراء الاستفسار (الفقرة الأولى) ومن ثم تناول الكيفية التي يجرى بها الاستفسار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الجهة المختصة بإجراء الاستفسار:

إذا كان العمل القضائي بالمغرب قد جرى باستفسار شهود الليف سواء كان بطلب من الخصم أو بقرار من القاضي، فإن الأشكال الذي يظهر نتيجة لذلك هو المتعلق بتحديد الجهة المختصة بإجراء هذا الاستفسار. و بالرجوع إلى الآراء الفقهية بهذا الخصوص، سنجد على أن الفقه انقسم إلى ثلاثة آراء سنتولى تبيانها وذلك بعد الحديث عن الطرف الذي يقع على عاتقه إعداد رسم الاستفسار.

أ - حول الطرف الذي يقع على عاتقه إعداد رسم الاستفسار :

لقد أرسى الاجتهاد القضائي القاعدة الفقهية القائلة بأن استفسار شهود الليف يعد بمثابة تزكيتهم (33) و بمقتضى هذه القاعدة وإعمالا لقواعد العدل و الإنصاف، فإن الطرف المدلي بالبينة الليفية هو الذي يجب عليه إعداد رسم الاستفسار والإدلاء به وذلك لتكون حجته تامة به، فيصح حينئذ الاستناد إليها عند الحكم بها بعد سلامتها من القوادح و الطعون خصوصا تلك المتعلقة بالتجريح (34).

و بهذا الصدد، فقد جاء عن المجلس الأعلى في قراره رقم 198 الصادر بتاريخ 1980/03/04 في الملف الشرعي عدد 68398 ما يلي: "الاستفسار في الموجب اللفيقي بمنزلة تزكية شهود اللفيق فيعد بذلك مكملا له و يقع على عاتق المدلي بالموجب أن يقوم بهذا الاستفسار متى طلبه الخصم، و لهذا تكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما صرحت بأن الاستفسار يقع على طالبه" (35).

ب - تحديد الجهة المختصة بإجراء الاستفسار:

كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه، فإن رأي الفقه بخصوص الجهة التي يجري أمامها الاستفسار قد انقسم إلى ثلاثة آراء و هي:

- الرأي الأول: يرى أن استفسار شهود اللفيق يجب أن يتم عند القاضي و يمثل هذا الرأي الشيخ أبي الحسن الصغير الذي أجاب عن سؤال في الموضوع قائلا: "وإما استفهام شهود الرسم المبرزين لا يجوز للقاضي أن يبيحه البتة إذ ليس الاستفهام عند المبرزين هو الأداء المعتبر بل الأداء المعتبر إنما يكون عند القاضي... إذ من شروط النقل تعذر أداء الأصل عند القاضي لمرض أو غيبة معتبرة و الأصل هنا حاضر و القاضي متمكن من استفهامه عما أبهم فيبطل اعتماده على استفهام المبرزين" (36).

- الرأي الثاني: يرى أن الاستفسار يجب أن يتم عند القاضي بحضور عدلين، وهو الرأي الذي أورده العلامة سيدي أحمد الرهوني في شرحه على لامية الزقاق (37) حيث قال: "و الذي أدركنا عليه العمل عند قضاة تطوان هو إيقاعه عند القاضي بمحضر عدلين و يقع غالبا في مجلس واحد تلقي و أداء و استفسار" فيجلب الشهود في آن واحد لمحكمة القاضي أو خليفته و يتلقى منهم العدلان أمامه وهم يؤدون عليه شهادتهم واحدا بعد واحد ثم يسرد عليهم العدلان شهادتهم و يستفسرونهم عنها واحدا بعد واحد ثم يكتبون رسم التلقي كما مر، ثم يكتبون رسم الاستفسار مسجلا" (38).

- الرأي الثالث: يرى أن استفسار شهود اللفيق إنما يكون عند العدول المبرزين من غير حضور القاضي و هو ما جرى به العمل بفاس حيث جاء في شرح سيدي أحمد الرهوني على لامية الزقاق ما يلي: "و الذي للوانشريسي أنه لا يشترط حضور القاضي بل يكفي عند العدول المبرزين وهو الذي استمر عليه عمل فاس إلى زمن التسولي وقال الشيخ الهواري و الشيخ الوزاني عليه العمل الآن بفاس" (39).

ومن خلال بعض الاجتهادات القضائية الحديثة و ذلك على قلتها يمكن القول بأن العمل القضائي قد سار على غرار ما جرى به العمل بفاس، حيث يتم استفسار شهود اللفيق بواسطة العدول الذين يجررون رسم الاستفسار ثم يعرضونه على قاضي التوثيق لينخاطب عليه، وهو الأمر الذي يستشف من خلال الواقع العملي و مما جاء في تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 717 للأستاذ عاصم فطبقا لقواعد التوثيق التي تنظم إجراءات اللفيق، فإن الشاهد يؤدي شهادته أمام العدلين و ليس أمام القاضي و لا يحلف اليمين و اليمين حجز الزاوية في حجة الشهادة فالفصل 76 من ق.م.م يشترطها تحت طائلة البطلان" (40).

الفقرة الثانية: كيفية استفسار شهود اللفيق:

لقد جرى العمل لدى فقهاء المذهب المتأخرين (41) على أن استفسار شهود اللفيق إنما يكون بواسطة عدلين مبرزين (42) حيث يمسك أحدهما برسم الشهادة الأصلية، فيعمد إلى قراءته على الشهود (43) وذلك على كل واحد منهم إن لم يحضروا جميعا أو عن جميعهم في حالة حضورهم مجتمعين في آن واحد، فتكون قراءته بشكل واضح ومفهوم، حتى إذا أتم القراءة سأل كل واحد من أولئك الشهود عن شهادته المضمنة بالرسم الأصلي كيف يؤديها و عن مستند علمه فيها وذلك بأن يسأل عن كل فصل يتوقف تمام الشهادة عليه، فإذا أجاب بشيء كتب بلفظه حرفا

حرفا ولو ملحونا (44) و لا يكتب في رسم الاستفسار أن بعض الليف اسقط فصلا بمجرد سكوته عنه، بل حتى يسأل عنه الشاهد (45).

المبحث الرابع : أجل المطالبة بإجراء الاستفسار:

أولا : في الفقه المالكي :

بالرجوع إلى ما تم التنظير له بهذا الخصوص يمكن القول بأن آراء الفقهاء قد اختلفت حول ضرورة تحديد أجل الاستفسار من عدمه: فانقسمت نتيجة لذلك إلى رأيين فقهيين.

الرأي الأول: استحسّن تحديد أجل إجراء الاستفسار في ستة أشهر كحد أقصى وذلك من تاريخ علم المشهود عليه بالموجب الليفي المحتج به و هو ما جرى به العمل (46) وفقا لما نص عليه كل من صاحب العمل الفاسي في منظومته:

و ستة الأشهر حد استفسار ***البيانات قال في المعيار

وصاحب العمل المطلق في نظمه :

و استحسّنوا إن مر نصف عام ***من الإداء ترك الاستفهام.

و في هذا الرأي تفصيل مضمونه ما يلي:

إن العمل بستة أشهر كأجل لاستفسار شهود الليف هو مشروط بكون المشهود عليه (الخصم) حاضرا و رشيدا و ذلك لقول ابن هارون: " أما الحاضر العالم، فإن الحد فيه ستة أشهر على ما جرى به العمل".

و لقد علل أصحاب هذا الرأي مذهبهم في تحديد أجل ستة أشهر، باحتمال نيسان الشاهد للشهادة التي سبق له أن أدلى بها و المضمنة بالبينة الليفية (47)

الرأي الثاني: يرى أن لا ضرورة لتحديد أجل الاستفسار بل يستحسن تركه مفتوحا، بحيث يمكن للخصم (المشهود عليه) المطالبة به في أي وقت (48).

وهكذا نجد أن أصحاب هذا الرأي قد انتقدوا تعليل الرأي الأول حيث جاء عن سيدي محمد التاودي بخصوص علة نيسان الشاهد لشهادته ما يلي: " إذ كيف ينساها لسته أشهر من أدائها وهو إنما يؤديها دائما من حفظه و قد يؤديها لسنين من تحملها" (49).

ثانيا : في الاجتهاد القضائي :

بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الصادرة في هذا الشأن، سيتضح على أن المجلس الأعلى لا زال لم يستقر على رأي موحد بين غرفتيه المدنية والشرعية.

فهكذا، نجد أن الغرفة المدنية قد تبنت الرأي الفقهي الأول الذي حدد أجل الاستفسار في ستة أشهر كحد أقصى، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 3627 ما يلي: "لا ينبغي للمحكمة أن تتمسك باستفسار شهود الرسم بعد مضي ستة أشهر من إقامته" (50).

أما الغرفة الشرعية فتبنت الرأي المخالف الذي لا يرى ضرورة لتحديد أجل الاستفسار، بحيث نصت في قرارها عدد 1040 على ما يلي: "إن حق المطالبة بالاستفسار لا يتقدم بمرور ستة أشهر لأنه إجراء إلزامي باعتباره يقوم مقام التزكية وهو ما درج عليه قضاء المجلس وأن المحكمة إذ لم تستجب لهذا الطلب بدعوى مرور المدة المذكورة تكون قد خرقت حقوق الدفاع وعرضت قرارها للنقض." (51).

المبحث الخامس : الآثار المترتبة عن استفسار شهود الليف.

تختلف النتيجة المترتبة عن استفسار شهود الليف بحسب تطابق أو اختلاف شهادة الشاهد في الاستفسار مع شهادته المدونة في الرسم الأصلي، مما يمكن معه القول بأن الاستفسار قد يؤدي إما إلى تصحيح الرسم الأصلي والعمل به (النتيجة الأولى)، وإما إلى إلغاء الرسم الأصلي واستبعاده (النتيجة الثانية).

فالنتيجة الأولى : تتحقق في الحالة التي تتطابق فيها شهادة الشاهد في الاستفسار مع شهادته المدونة في الرسم الأصلي، وفي هذه الحالة لا بد من الإشارة إلى المبدأ التالي:

- إن المخالفة بين ألفاظ الاستفسار والرسم الأصلي لا تضر حيث اتحد المعنى: أي أن اختلاف ألفاظ الشاهد خلال الاستفسار عن ألفاظه المدونة في الرسم الأصلي لا يفقد الشهادة مصداقيتها وحجيتها متى اتحد المعنى في كل من رسم الاستفسار والرسم الأصلي (52) وهو ما عبر عنه الإمام ابن غازي المكناسي في نظمه التالي:

إن يختلف لفظا ومعنى يتفق *** لفق فكلهم عليه يتفق
أما النتيجة الثانية : فهي التي تتحقق في الحالة التي تختلف فيها شهادة الشاهد في الاستفسار عن شهادته في الرسم الأصلي فتؤدي إلى إلغاء الرسم الأصلي واستبعاده. وفي هذه الحالة توجد أيضا بعض المبادئ الفقهية المنظمة لها وهي:

- إن الزيادة أو النقصان في الشهادة خلال الاستفسار عما هي مدونة في الرسم الأصلي تبطل هذا الأخير.
- إن إنكار الشهادة عند الاستفسار أو الادعاء بالنسيان يعد بمثابة رجوع عن الشهادة، و الرجوع قبل الحكم يبطل الشهادة.

- إن الامتناع عن الاستفسار يسقط شهادة الشاهد الواردة في الرسم الأصلي (53).

خاتمة :

من الملاحظ من خلال مجموع الاجتهادات القضائية المتعلقة بشهادة الليف الصادرة عن المجلس الأعلى، أن هذا الأخير ومنذ إنشائه كان ولا يزال يتحاشى الخوض في مدى قانونية شهادة الليف وذلك لتعارضها مع مقتضيات قواعد الإثبات بواسطة الشهود المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

وعملا بالرأي الفقهي القائل بأن العمل بشهادة الليف يبقى في حكم الاستثناء وأن القاضي لا يحكم إلا بما جاء على لسان الشهود الماثلين أمامه وذلك بعد أدائهم اليمين القانونية، فإنه يمكن القول بأن الحل الأمثل لهذه الإشكالية هو الاستفسار.

ذلك، أن استفسار شهود الليف هو إجراء ضروري لإضفاء تلك الشرعية القانونية على شهادة الليف، وذلك لما يلي:

- إن الاستفسار أصبح مكونا من مكونات ما جرى به العمل القضائي في ميدان الليف.

- إن الاستفسار يمثل في حقيقة الأمر تطبيقا من تطبيقات الفصل 76 من ق.م.م إذا ما تم إجراءاته أمام القاضي (54).

و على العموم، فمن خلال ما تم بسطه أعلاه من أحكام الاستفسار يمكن القول بأن استفسار شهود الليف يبقى إجراء جوهريا ولا غنى عنه للعمل بشهادة الليف خصوصا في حالة إجمال أو إبهام الرسم الأصلي.

(1) تجدر الإشارة بهذا الصدد أن الفقهاء المتأخرين قد أطلقوا لفظ البينة على الشهادة بمفهومها المتعارف عليه فقها وقضاء في حين أن البينة هو لفظ عام يشمل كل ما من شأنه أن يبين الحق ويظهره كما جاء في إعلام الموقعين لابن القيم الجزء الأول ص 88 طبع دار الحديث 1993.

(2) التحمل لغة يطلق على الالتزام أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرف الإمام الأكبر بن عرفة التونسي التحمل بقوله " التحمل عرفا علم ما يشهد به بسبب اختياري و التحمل إما أن يتم بالسماع فقط و بإحدى طرق تحصيل العلم بالشهادة كالمعاينة و المخالطة و الاطلاع على الأحوال أما الأداء فعرفه بن عرفة في حدود بما يلي: " الأداء عرفا إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به " ومن ضمن شروطه أن يكون المؤدي علما بما تحمل به و أنه لا يؤدي إلا على البت و العلم من أمر تحمله أنظر كتاب شرح حدود بن عرفة الإمام من ص 646 إلى 652 طبع وزارة الأوقاف المغربية سنة 1992.

(3) سورة الطلاق الآية 2.

(4) على الرغم من تعرض الفقهاء المالكيين المتأخرين لشهادة اللفييف في مؤلفاتهم إلا أن تاريخ بدأ العمل بهذا النوع من الشهادات يبقى من الأمور المجهولة غير أن بعض الدراسات أكدت أن بداية العمل بشهادة اللفييف كان من بين القرنين الثامن و العاشر الهجريين مستدلين بفتوى الشيخ أبي الحسن الصغير الذي عاش خلال القرن السابع الهجري، حيث لم يكن أنداك العمل بشهادة اللفييف بمفهومها المتعارف عليه حاليا قد بدأ وهذا ما تؤكده الفتوى المشار إليها و التي سنورد نصها في الهامش الموالي.

(5) جرى العمل لدى الفقهاء و القضاة المتأخرين في شهادة اللفييف على الاكتفاء باثني عشر شاهدا في الحالات العادية من غير الرشد و السفه و ذلك خلافا للأصل الذي كان معمولا به من قبل، و ذلك يقتضي حصول التواتر و الاستفاضة المحصلين للعلم اليقيني، لذلك فإن الاقتصار على اثني عشر شاهدا لا أصل له في المذهب، و بهذا الصدد نورد السؤال الموجه إلى الشيخ أبي الحسن الصغير حول رسم شهد فيه أحد و ثلاثون رجلا، هل يكتفى به بمجرد العدد أو لا بدا من عدلين؟ فقال: " لا بد من عدلين أو ينتهي حال القاضي الذي أدوا عنه إلى العلم القطعي كالتواتر، انظر كتاب فتح العليم الخلاق في الشرح لامية الزقاق، بتحقيق رشيد البكري ص 282 طبع دار الرشد الحديثة 2008.

(6) انظر محاضرات في مادة التوثيق للدكتور محمد الربيعي في باب الاسترعاء اللفييفي ص 135 السنة الجامعية 2006/2007.

(7) بهذا الصدد، انظر بحث ذ أحمد جدوي المعنون ب " هل الإثبات بشهادة اللفييف قاعدة أم استثناء " و الذي توصل من خلاله الباحث إلى ضرورة التمييز بين الوقائع المادية كالوفاة و الضرر و الحيازة، و الوقائع القانونية كالبيع و باقي المعاملات التي تنحو منحاه، معتبرا أن المجموعة الأولى يجوز إثباتها بشهادة اللفييف أما الثانية، فلم يبق أي داع للاعتماد على اللفييف في إثباتها، وهو رأي صائب في نظري المتواضع و ذلك نظرا لتغير الأحوال، و لتوافر إمكانيات اللجوء إلى التوثيق العدلي الذي أصبح متلحا في وقتنا الراهن في جميع ربوع المغرب، بل حتى في الأسواق الأسبوعية بالبوادي النائية للمزيد من الاطلاع، انظر مجلة محاكمة العدد 5 ص 34.

(*) للإشارة فقط، فإن كل من ابن رشد و المتيطي و ابن هلال قد نصوا على أن الشاهد العدل المبرز أو المتوسط إذا كان غير عالم بما تصح به الشهادة فإنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم فإذا كان هذا في شهادة العدل المبرز، فإن شهادة غير العدل أولى بالاستفسار انظر كتاب شهادة اللفييف لأبي حامد محمد العربي الفاسي ص 10 منشورات مركز إحياء التراث المغربي 1988.

(8) هو قاضي الجماعة بفاس أبو عبد الله محمد بن أحمد الفشتالي الفاسي وسلفه من أهل الصلاح و الخير، الإمام الفقيه المحقق المتقن الخطيب الفرضي الموثق، أخذ عن أبي الحسن بن سليمان و القاضي ابن عبد الرزاق و السطبي و بن أجروم و أبي عبد الله الرندي و القباب و غيرهم، له تأليف في الوثائق مشهور توفي سنة 780 هـ - هذه الترجمة منقولة عن كتاب شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للشيخ محمد مخلوف الجزء الأول ص 235 طبعة 1349 هـ المطبعة السلفية.

(9) انظر كل من كتاب مجالس القضاة و الحكام و التنبيه و الإعلام للقاضي أبي عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي، الجزء الأول ص 162 الطبعة الأولى 2002 مركز جمعة الماجد للثقافة و التراث و كذا كتاب فتح العلم الخلاق في شرح لامية الزقاق س ص 291.

(10) م: س - فتح العليم الخلاق - ص 288

(11) انظر المعيار المغرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس و المغرب لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي الجزء العاشر ص 173 طبع وزارة الأوقاف بالمغرب سنة 1981.

(12) ذكرنا هنا الحالات العادية تمييزا لها عن الحالات التي يعد فيها الاستفسار أمرا واجبا بالإجماع، وهي الحالات التي لا تقبل فيها الشهادة إلا مستفسرة ومبينة كما جاء في لامية الزقاق و هي ثمان حالات:

شهادة إعتاق و رشد و ضده ** و جرح و تعديل و تأليج أسجلا

و إثبات ملك أو أخ في إرثه** تفسر الأمن ذوي العلم فاقبلا

أي: (1) العتق (2) الرشد (3) السفه (4) التعديل (5) التجريح (6) التوليح (7) الاستحقاق (8) إثبات الأخ في الإرث. و لقد أضاف بعض الفقهاء إلى هذه الحالات حالات أخرى و هي: الغبن، التكفير، السرقة، الشهادة بالزنا و اللواط، الشهادة بالولاء، الشهادة بالقذف، الشهادة في التعنيس، الشهادة على العدم، الكفاءة في الزواج و غير ذلك إلى أن جعلوها سبعة عشر حالة، للمزيد من التوسيع في الموضوع المرجو الرجوع إلى كتاب فتح العلم الخلاق في شرح لامية الزقاق م س ص 298 و ما بعدها.

(13) و هو القول المعتمد من طرف الشيخ أبي الحسن الصغير، انظر فتح العليم الخلاق م س ص 289 و كتاب شهادة اللفييف لأبي حامد محمد العربي الفاسي ص 25 طبع مركز أحياء التراث سنة 1988.

(14) و هو القول المعتمد من طرف الشيخ أبي الحسن علي بن قاسم الزقاق في لاميته، انظر فتح العليم الخلاق م س ص 290 و ما بعدها.

(15) و هو ما ذهب إليه صاحب العمل الفاسي بقوله:

بينة اللفييف فيها بادية** فيها كفى استفسار عن تزكية

و التزكية هي كل لفظ يعبر به عن عدالة الشاهد و إجازته للانتصاب للشهادة و التزكية لها أركان و هي: (1) المزكي: و يشترط فيه أن يكون مبرزا عاقلا فطنا لا يحد في عقله (2) المزكى: و هو شخص محل التزكية حيث قال فيه سحنون لا ينبغي للمزكي أن يزكي المزكى حتى يعرفه بالصحة الطويلة و المعاملة و الأخذ و العطاء. (3) لفظ التزكية: قال ابن دبوس: قال مالك: (لا تجوز التزكية حتى يقول هو عدل رضي و أراه عدلا) انظر مجالس القضاة ج 2 م س ص 687.

(16) و هو الرأي الذي ذهب إليه سيدي عبد الله العبدوسي في فتوى له أوردها الونشريسي.

(17) سورة البقرة الآية 282.

(18) القرار عدد 605 صادر بتاريخ 19/04/1988 في الملف الشرعي عدد 85/4104 منشور بقضاء المجلس الأعلى عدد 43/42 ص 168.

(19) للإشارة، فإن القرار المذكور أعلاه قد أقر القاعدة الفقهية القائلة بأن الاستفسار بمثابة التزكية و هي القاعدة التي أصبحت معتمدة في العديد من الاجتهادات القضائية المتعلقة بشهود اللفييف، حيث جاء في القرار عدد 198 ما يلي: " استفسار الموجب اللفييفي بمنزلة تزكية شهود اللفييف، فيعد مكملا له " قرار صادر بتاريخ 04/03/1980 في الملف الشرعي عدد 68398 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية ج 1 ص 255، كما جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بلجديلة في الملف عدد 2004/258/1 الصادر بتاريخ 20/12/2005 ما يلي: " وحيث إن الإجمال المذكور يعد قادحا في الشهادة مما يجعلها و العدم سواء، هذا فضلا على أن رسم اللفييف لم يتم استفسار شهوده، مع أن الاستفسار يعد بمثابة تزكية له حسب ما جرى به العمل القضائي على المستوى المجلس الأعلى وبدونه تفقد الشهادة قيمتها الإثباتية منشور بكتاب المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الشروح و الدلائل عدد 10 ص 239.

(20) قرار عدد 2408 صادر بتاريخ 15/04/1998 في ملف مدني عدد 1/3900/5/1997 منشور بقضاء المجلس الأعلى عدد 54/53 ص 122 و بهذا الصدد نورد ما جاء في الحكم عدد 8 الصادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى و الذي جاء فيه " عدم استفسار الموجب اللفييفي لا يقتضي بطلانه لأن استفسار الموجب إما أن يكون من حق القاضي كما قال بعضهم و إما أن يكون من حق الخصم على ما استقر عليه عمل فاس " منشور بكتاب الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى ص 49 المجلد الثالث طبعة 2006.

(21) وهي الحالات التي ذكرها سيدي محمد العربي بن يوسف الفاسي في كتابه " شهادة اللفييف " م س ص 25، كما أوردها بالنقل عن نفس المصدر الشيخ ميارة في شرح لامية الزقاق في مؤلفه " فتح العليم الخلاق " م س ص 289 و الذي يشكل في هذا الجزء من الكتاب تلخيصا لمؤلف " شهادة اللفييف ".

(22) و هو قول الشيخ الحسن الصغير و الذي ذكره في الفقرة السابقة المتعلقة بحكم الاستفسار.

- (23) وهو قول الشيخ أبي الفضل العقباني، ومضمونه أن الإجمال أو الإبهام في شهادة الشهود من ضمن الأسباب التي تستدعي استفسار شهود اللفيف.
- (24) هو قول الأستاذ أبي سعيد بن لب.
- (25) هو كذلك القول المعتمد من طرف أبي سعيد بن لب، مبينا في هذا السبب أنه وفي حالة استدراك ما فات الشاهد، فإن ذلك الاستدراك على سبيل الزيادة في الشهادة أو النقص منها لا يقبل إلا من عدل مبرز، (انظر تأليف شهادة اللفيف م س ص 25).
- (26) انظر كتاب الحواشي الشريفة و التحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق للشيخ أبي الحسن التسولي ص 68 طبعة 1301 هـ المطبعة التونسية الرسمية و كتاب شهادة اللفيف لأبي حامد محمد العربي الفاسي ص 25 نشر ومركز أحياء التراث المغربي 1988.
- (27) و بهذا الصدد وتذكيرا بالرأي القائل بالزامية استفسار شهود اللفيف نورد مسألة وردت في النوازل الكبرى الشيخ أبي عيسى محمد المهدي الوزاني عن الفقيه سيدي عبد الكريم اليازغي التي جاء فيها، " لا يجوز للقاضي أن يحكم بينة اللفيف قبل الاستفسار و قد نص شيخ شيوخنا الحسن بن رحال على أن القاضي إذا حكم بالبينة قبل الاستفسار غرم ما حكم به لتعديده و هو من حق القاضي على المعتمد " ص 466 ج 9 طبع وزارة الأوقاف.
- (28) انظر المعيار العرب و الجامع المغرب للونشريسي ج 10 ص 172 و بهذا الصدد نسوق للقارئ الكريم تعقيب الشيخ المهدي الوزاني على أصحاب الرأي الذي يجعل الاستفسار حق القاضي حيث قال: " و فيه نظر (أي في هذا الرأي) لأنه إذا كان من حق القاضي فله تركه و لا شيء عليه، وإنما يغرم إذا قلنا إنه من حق الخصم وطلبه ومنعه منه، كما في نظم أبي زيد الفاسي لعمليات فاس و حكم بدونه، إما إذا قلنا هو حق للقاضي و حكم بدونه فلا " النوازل الكبرى " ص 466 ج 9 م س.
- (29) علق سيدي العربي الفاسي عن هذا البيت بقوله " لو قال الناظم بلا أضرار بدل قوله لا أعذار لكان أولى فيكون بذلك قد أشار إلى أن شرط التمكين من الاستفسار رهين بعدم إضرار الشهود بأن يحضر الخصم المشهود عليه لاستفسارهم " انظر حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ص 173 الطبعة السادسة المطبعة السلفية للقاهرة عام 1349.
- (30) النوازل الكبرى للشيخ أبي عيسى محمد المهدي الوزاني الجزء التاسع ص 305.
- (31) انظر الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي المجلد 3 ص 49 منشورات المجلس الأعلى سنة 2006.
- (32) مجلة رابطة للقضاة عدد 7/6 ص 151/745.
- (33) للاطلاع على الاجتهادات الصادرة بهذا الصدد يرجى مراجعة القرار عدد 215 الصادر بتاريخ 1988/2/9 في الملف الشرعي عدد 4883-85 منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 43/42 ص 168 و القرار عدد 1040 الصادر بتاريخ 1992/10/6 في الملف الشرعي عدد 6207-89 منشور مجلة المرافعة عدد 6 ص 156 و القرار الصادر عن محكم الاستئناف بالجديدة تحت عدد 04/253 بتاريخ 2004/12/17 مجلة الملف عدد 7 ص 253 ثم القرار عدد 198 الآتي فيما بعد.
- (34) انظر تعليق ذ العراقي بمجموعة قرارات المجلس الأعلى/ مادة الأحوال الشخصية 1989/1965 ص 258.
- (35) القرار منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى م س ص 255 وهو القرار الذي كان محل تعليق ذ الوافي العراقي.
- (36) و هو رأي مصادف للصواب، ذلك أنه كلما وجد القاضي إجمالا أو احتمالا في الرسم الأصلي و جب عليه استفسار شهود اللفيف. أنظر المعيار العرب و الجامع المغرب للونشريسي ذ 9 ص 171.
- (37) موسوعة قواعد الفقه و التوثيق مستخرجة من حادي الرقاق عناية ذ القدوري ص 214 الطبعة 1 2004.
- (38) وهو مذهب الشيخ التسولي الذي يقول بالجمع ما بين الأداء الأول و الاستفسار انظر كتاب الحواشي الشريفة م س ص 68.
- (39) موسوعة قواعد الفقه و التوثيق م س ص 214 و كتاب شهادة اللفيف ص 27.
- (40) التعليق منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المواد المدنية 1966 – 1982 ص 579 طبعة 1985.
- (41) على رأس هؤلاء الفقهاء نجد سيدي علي بن هارون صاحب مختصر والإمام ابن عرضون و العبدوسي و أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي.

(43) بهذا الصدد قال ابن عبد السلام بناني في شرحه على لامية الزقاق إنه لا يشترط في الاستفسار سرد المستفسر الوثيقة على اللقيف بل المعتبر حصول المعنى انظر مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ج 1 ص 416 الناشر المكتبة الأزهرية للتراث 2008.

(44) ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن كتابة الاستفسار بألفاظ الشهود ليس بلازم و المعتبر هو كتابة معاني ألفاظهم بأي لفظ كان لأن العبرة بالمعاني و لا فائدة في كتابة ألفاظ الشهود الملحوظة هذا وإتماما للفائدة قال الشيخ محمد المهدي الوزاني بأن العمل لا زال إلى عهده في الاستفسار بما ذكر أعلاه إلا أنه في نظره يبقى غير واجب أن يكون بلفظ الشاهد الذي نطق به بل المعتبر حصول المعنى بأي لفظ كان وفقا لما نظمته الشيخ ابن غازي :

إن يختلف لفظا ومعنى يتفق ***لفق فكلهم عليه يتفق

انظر كل من مواهب الخلاق ج 1 ص 416 و النوازل الجديدة الكبرى للشيخ المهدي الوزاني ج 9 ص 469.

(45) مواهب الخلاف المرجع السابق ج 1 ص 413 و النوازل الجديدة الكبرى ج 9 ص 466 استدراك (42) وبهذا الصدد نورد ما جاء في النوازل الجديدة الكبرى حيث ذكر أنه لا يكفي في الاستفسار العدل الواحد بل لابد من عدلين يسمعان من شهود اللقيف و يسألانهم عما شهدوا به لأن الشهود إن ثبتوا على شهادتهم و أتوا بها على نحو ما قيد عنهم العدلان الأولان في الرسم الأصلي، فسماع العدل الواحد زائد لا عبرة به، وإن رجعوا عنها فلا يكفي أيضا لأن الرجوع بالشاهد الواحد لا يضر و هذا ما يتفق مع مقتضيات المادة 27 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة التي تنص على أن الأصل في تلقي الشهادة أن يتم بحضور عدلين منتصبين للإشهاد وذلك في آن واحد.

(46) إتماما للفائدة نورد بهذا الصدد ما جاء في المعيار عن مؤلفه أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي حيث قال: " جرى عمل بعض قضاة المغرب في هذا الزمان باستحسان ترك الاستفصال بعد ستة أشهر من أداء الشاهد شهادته معللا ذلك بأن هذه المدة مظنة نسيان الشهادة" المعيار المغرب ج 10 ص 174 وانظر مواهب الخلاق م س ج 1 ص 414.

(47) انظر كل من مواهب الخلاق م س ص 119 ج 1 و الحواشي الشريفة و التحقيقات المنيفة للتسولي على لامية الزقاق ص 70.

(48) مواهب الخلاق على شرح لامية الزقاق م.س.ج 1 ص 421.

(49) الحواشي الشريفة و التحقيقات المنيفة م.س.ص 70 والمعيار الجديد أو النوازل الجديدة الكبرى للمهدي الوزاني ج 9 ص 441 وهو رأي يصادف الصواب لأن الشاهد إنما يؤدي الشهادة مما ترسخ في ذاكرته مما يستبعد معه الادعاء بنسيان الشهادة بعد مرور ستة أشهر من أدائها.

بالإضافة إلى ذلك وحسب هذا الرأي، فإن ما يدعى إلى جعل الاستفسار غير مقترن بأجل هو جنوح بعض المتقاضين بسوء نية و بغرض أكل أموال الناس بالباطل إلى الاحتيال فيعمد كل من يريد إبطال حق خصمه إلى تأخير القيام عليه حتى ينصرم أجل الستة أشهر ليقتضى له يلفيفه بدون مراجعة أو استفسار، انظر شرح التاودي على لامية الزقاق م س ج 1 ص 421.

(50) الملف المدني عدد 94/2656 الصادر بتاريخ 1997/06/11 منشور بكتاب نظرات في الفقه والقانون ذ.إدريس السباعي عدد 8 ص 144 نقلا عن كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشرعية ص 11 الطبعة الأولى 2004.

(51) الملف الشرعي عدد 89/6207 الصادر بتاريخ 1992/10/06 منشور بمجلة المرافعة العدد 6 ص 156.

(52) مواهب الخلاق على شرح لامية الزقاق م.س.ج 1 ص 419 وما يليها.

(53) نفس م.س.ج 1 ص 414.

(54) و هو الأمر الذي يتضح معه أرجحية الرأي الفقهي القائل بإجراء الاستفسار أمام القاضي.

النحاكم الدولي كبديل مؤقت للنحاكم العربي في نسوية المنازعات الحدودية والاقليمية



الدكتور عمار كوسة أستاذ محاضر كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سطيف2- الجزائر: koussaammar@yahoo.fr

ملخص البحث:

ورثت الدول العربية عدة منازعات حدودية واقليمية بعد أن تخلصت من الاستعمار. وبقيت هذه المنازعات تؤثر على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لهذه الدول، حتى أصبحت تهدد الامن والسلم العربيين. فشلت التسوية السياسية لهذه المنازعات في العديد من المرات، مما تطلب اللجوء إلى التسوية التحكيمية. لكن في ظل غياب أجهزة تحاكم عربي، لأسباب متعددة، كان لا بد من اللجوء إلى أجهزة التحاكم الدولية التي نجحت في كل المنازعات الحدودية والاقليمية العربية التي عرضت عليها رغم قلتها. وكانت اشكالية البحث هي سبب نجاح التحاكم الدولي. هل غياب أجهزة تحاكم عربية كانت دافعا لهذا النجاح؟ وإذا كان هذا هو الدافع، فلماذا لم تنصب أجهزة تحاكم عربية؟ وهل اللجوء إلى التحاكم الدولي، مع هذا الغياب، يبقى البديل المؤقت والوحيد في انتظار تنصيب أجهزة تحاكم عربية؟

كانت نتائج البحث هي ضرورة انشاء هيئات تحاكم عربية (محكمة عدل عربية على الأقل) لتسوية المنازعات العربية، ومنها المنازعات الحدودية والاقليمية المتراكمة والمتعددة. كما أن انشاء هذه الهيئات سيساعد جامعة الدول العربية في حل أي نزاع قانوني يطرح عليها وتجنب اللجوء إلى الهيئات الدولية، السياسية والتحكيمية. وفي انتظار ذلك يبقى اللجوء إلى التحاكم الدولي بديلا وحيدا ومؤقتا يقي الدول العربية أي نزاع قد لا يعرف مدها.

Abstract:

Arab countries have inherited some territorial and frontiers' disputes right after decolonisation or their independence. These conflicts affected badly their political, economic & social relations and even menaced their peace and security. The political settlement couldn't succeed in solving the problem so it was necessary to turn to international adjudication which was a success in the few submitted cases, particularly with the absence of the system within the Arab world. The main problematic of our research is to find out the reasons behind this success. Was

the absence of Arab adjudication system the right reason? and if so, why Arab countries haven't created it?, Is this international adjudication system the only settling Arab territorial and frontiers conflicts means awaiting the creation of a proper Arab one? We concluded that Arab adjudication system is necessary (at least an international Arab Court) for the settlement of their disputes including numerous territorial and frontiers' disputes waiting for solution. The creation of such a system will help the Arab league to find solutions for all legal problems arising within it and avoiding the use of the international political and adjudication system. While waiting for the creation of such a system within the Arab World, all Arab disputes are to be treated solely by the international adjudication system.

مقدمة :

يعرف الواقع العربي منازعات حدودية واقليلية عديدة، وهي منازعات لها جذور تاريخية، سببها الاول الاستعمار الاجنبي، ولدت تداعيات سياسية واقتصادية واجتماعية واقتصادية، كانت سببا في الوضع المتأزم الذي يشهده العالم العربي اليوم.

لا شك في أن التسوية السلمية للمنازعات الحدودية والاقليمية العربية تعتبر أمراً ضرورياً، ليس فقط بالنظر إلى ما قد يمثله بقاء هذا النوع من المنازعات دون حل من خطورة تهدد حسن العلاقات واستقرارها بين الدول العربية المتجاورة، وإنما أيضاً لأن استمرار بقاء هذه المنازعات دون تسوية قد يؤدي مع مرور الوقت إلى مشكلات قانونية معقدة يمكن أن تتسبب في إحداث المزيد من التدهور في العلاقات المتبادلة بين الدول المعنية. والراصد لخصائص التطور العام للعلاقات الدولية فيما يتعلق بالمنازعات الحدودية والاقليمية يمكنه أن يلاحظ أن الدول المتنازعة لجأت إلى طرق وأساليب شتى من أجل تسوية هذه المنازعات، وتفاوتت هذه الطرق أو تلك الأساليب بين اللجوء إلى الوسائل السياسية أو الدبلوماسية، بدءاً من المفاوضات، سواء منها المباشرة أو غير المباشرة، ومروراً بالأشكال المختلفة للتسوية التي تتم من خلال تدخل طرف ثالث (*third-party settlement*) كالمساعي الحميدة والوساطة، وانتهاءً بالوسائل القانونية التي تتمثل في التحاكم الدولي، بشقيه التحكيمي والقضائي.

لكن المنازعات الحدودية والاقليمية العربية بقيت تراوح مكانها عند اللجوء إلى التسوية السياسية للنزاع، لأن هذا النوع من التسوية كان فاشلاً في معظم الحالات، وهو ما خلق توترات عسكرية وتدخلات أجنبية كان يمكن تفاديها لو تم اللجوء إلى التسوية التحكيمية.⁽¹⁾ فمعظم هذه المنازعات بقيت بدون تسوية تحكيمية رغم فشل التسوية السياسية. والسبب في ذلك يعود إلى غياب جهات تحكيمية عربية. أما النزاعات القليلة التي تمت تسويتها فكان الفضل فيها للتحاكم الدولي، الذي نجح في تسويتها إلى أبعد الحدود، سواء من محكمة تحكيم أو محكمة قضائية.

إن الاشكالية المطروحة في هذا البحث هي سبب نجاح التحاكم الدولي وفشل التحاكم العربي. هل غياب جهات تحاكم عربي هو السبب الرئيسي أم هناك عوامل أخرى؟ وإذا كان السبب مرتبطاً بغيابها، فما هو سبب غياب هيئات تحاكم عربية قائمة كان يمكن بها تفادي اللجوء إلى التحاكم الدولي؟ وهل اللجوء إلى التحاكم الدولي ضرورة ملحة، كخيار وحيد وبديل مؤقت، يكون ملاذاً آمناً في التسوية، بدلاً من انتظار تنصيب هيئات تحاكم عربية؟ إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي الاحاطة بالموضوع من جميع جوانبه بمعرفة موقف الدول العربية من التحاكم الدولي، ثم أسباب الفشل في انشاء جهات تحاكم عربي والاسباب التي أدت إلى نجاح التحاكم الدولي في

تسوية المنازعات الحدودية والاقليمية العربية المعروضة عليه، رغم قلتها، وأخيرا الدوافع التي تجبر على اللجوء إلى التحاكم الدولي كبديل مؤقت للتحاكم العربي الغائب كأحسن السبل لتفادي النزاع.

المطلب الأول: موقف الدول العربية من التحاكم الدولي.

تقتضي دراسة موقف الدول العربية من التحاكم الدولي معرفة الموقف من التحكيم الدولي والقضاء الدولي.

الفرع الأول: الموقف من التحكيم الدولي.

يعد التحكيم الدولي أحد شقي التسوية التحكيمية للمنازعات الدولية. ويحتل التحكيم الدولي أهمية خاصة فيما يتعلق بتسوية المنازعات الدولية بصفة عامة والمنازعات الحدودية والاقليمية بصفة خاصة. وتدليلاً على مدى الدور الذي يلعبه التحكيم الدولي في تسوية منازعات الحدود الدولية سواء كانت حدوداً برية أو بحرية، فليس من المبالغة القول بأن التحكيم الدولي قد ارتبط من حيث نشأته وتطوره في العصر الحديث بمنازعات الحدود.

ولعل الملاحظة الأولى التي تفرض نفسها في هذا المقام هي عزوف الدول العربية عن اللجوء إلى التحكيم الدولي.⁽²⁾ وإذا كان هذا الوصف ينطبق على المنازعات الدولية بصفة عامة، فإنه ينطبق أكثر على المنازعات الحدودية والاقليمية.⁽³⁾ ومن بين أسباب هذا العزوف أن معظم الدول العربية كانت خاضعة للاستعمار في الوقت الذي ازدهر فيه التحكيم الدولي، الاختياري والاجباري، مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين.

وإذا كان هذا العزوف له مبرراته، فإن السؤال المطروح بخصوص فشل الدول العربية في تسوية منازعاتها الحدودية والاقليمية، في إطار المنظمات الاقليمية العربية وعلى رأسها جامعة الدول العربية كجهاز سياسي. فقد فشلت الجامعة فشلاً ذريعاً في تسوية العديد منها وفقاً لنص المادة الخامسة من ميثاقها.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: الموقف من القضاء الدولي.

يمكن التمييز في هذا المجال بين المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية.

أولاً: الموقف من المحكمة الدائمة للعدل الدولي:

كان موقف الدول العربية من المحكمة الدائمة للعدل الدولي موقفاً سلبياً على طول الخط. فلم يقبل باختصاص هذه المحكمة لتسوية مختلف المنازعات، ومن بينها منازعات الحدودية والاقليمية، إلا دولتين فقط هما مصر والعراق طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 36 من النظام الاساسي للمحكمة. لكن هذا القبول كان بتحفظات، وفي نهاية عهد المحكمة، بحيث لم يدخل تصريجهما حيز النفاذ لعدم التصديق عليهما.⁽⁵⁾ لذلك لم يعرض أي نزاع حدودي أو اقليمي عربي خالص على المحكمة، باستثناء نزاع واحد أصدرت فيه المحكمة رأياً استشارياً سنة 1925، كان أحد أطرافه دولة عربية هي العراق، وهو ما يعرف بقضية الموصل.⁽⁶⁾ لكن هذا الموقف لا يمكن الحكم عليه بالإطلاق، لكون معظم الدول العربية كانت آنذاك مستعمرة، كما أن العامل الديني قد يكون هو الآخر وراء هذا الموقف.⁽⁷⁾

ثانياً: الموقف من محكمة العدل الدولية:

يعد استعداد الدول العربية للتقاضي أمام محكمة العدل الدولية وفقاً لاختصاصها الالزامي طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 36 من نظامها الاساسي محتشماً، لم يتعد نطاق نوع واحد من المنازعات أو قبول بعضها، ولكن مع تحفظات يمكنها استرجاع ما قدمته اليد اليمنى باليد اليسرى.⁽⁸⁾

أما فيما يخص قبول الاختصاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة 36 من النظام الاساسي للمحكمة⁽⁹⁾، والتي تسمح بعرض النزاع على المحكمة بمقتضى المسائل المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة أو المعاهدات والاتفاقيات أو باتفاق خاص (*Compromis*) بين طرفي النزاع، فإن الواقع العملي يؤكد نفور الدول العربية من القبول وفق المعاهدات والاتفاقيات، ذلك أن الدول العربية تتجنب هذا النوع من الاختصاص ربما لعدم معرفتها بالأطراف التي

توقع عليها. كما أن هذا النوع يفترض عدم نشوب النزاع بعد، في حين أن اللجوء إلى المحكمة بموجب اتفاق خاص يفترض نشوب النزاع أولاً، ثم معرفة الطرف الذي يتم مقاضاته. كما أن الاتفاق الخاص يسمح بإدراج المسائل المطلوب تسويتها بدقة عكس قبول الاختصاص وفق المعاهدات والاتفاقيات. كما أن الاتفاق الخاص لا يطرح فكرة عدم الظهور أمام المحكمة عكس اللجوء إليها وفق المعيار الأول⁽¹⁰⁾ عرضت على محكمة العدل الدولية تسع قضايا بمقتضى اتفاق خاص حتى سنة 1994، كانت حصة الدول العربية منها قضيتين فقط اطرافها عربية بحتة⁽¹¹⁾ هي قضية النزاع الحدودي البحري بين ليبيا وتونس حول الامتداد القاري سنة 1982، وتم الفصل فيها سنة 1985⁽¹²⁾، وقضية بعض المسائل الاقليمية بين قطر والبحرين سنة 1991⁽¹³⁾ وتم الفصل فيها سنة 2001.

ورغم أن المحكمة لها دور فعال في تسوية العديد من المنازعات الحدودية والاقليمية بموجب التجربة الواسعة التي اكتسبتها بمرور الزمن، وتأثير ذلك على بلورة العديد من الاجتهادات والقواعد في هذا المجال، تبنت أغلبها اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار، إلا أن حذر الدول العربية من اللجوء إليها بقي مستمرا، ولو بموجب اتفاق خاص، وهو حذر ليس له مبرر، خصوصا أمام حجم النزاعات الحدودية والاقليمية العربية الذي يعد معتبرا وأدى في الكثير من المرات إلى نتائج خطيرة وصلت أحيانا إلى نزاعات مسلحة. وربما ستكون النتائج التي توصلت إليها المحكمة في تسوية النزاع القطري البحري سنة 2001 بادرة تزيل كل الشكوك تجاه المحكمة والموقف العربي المتحفظ منها.

المطلب الثاني: أسباب فشل الدول العربية في انشاء جهاز تحاكم عربي:

بعد دراستنا السابقة حول موقف الدول العربية من التحاكم الدولي، والنتيجة المتوصل إليها من تحفظها من اللجوء إليه، رغم الامكانية القانونية وقدرة التحكم في ذلك، وحتى وجود تجربة في نتائجه الحسنة المتوصل إليها ورضا كل الأطراف بذلك، كالنزاع الليبي التونسي، أو القطري البحري، أو حتى النزاعات التي كانت إحدى الدول طرفا فيه أمام محكمة العدل الدولية⁽¹⁴⁾، أو أمام المحاكم التحكيمية⁽¹⁵⁾، كان من المتوقع، بل من المفروض، على الدول العربية اللجوء إلى بديل لذلك، وهو محاولة انشاء هيئات تحاكم عربية بحتة، إلا أن الواقع العملي أكد عكس ذلك، رغم وجود محاولات عديدة تمثلت في انشاء محكمة عدل عربية كجهة تحاكم بين الدول العربية. فما هي أسباب الفشل في تحقيق هذا الهدف على أرض الواقع؟

قبل معرفة أسباب فشل الدول العربية في انشاء محكمة عدل عربية، يجدر التطرق إلى المحاولات التي تمت في هذا الاطار والخطوات المستمرة للوصول لذلك.

الفرع الأول: الجهود المبذولة لإنشاء محكمة عدل عربية:

نشأت جامعة الدول العربية سنة 1945 دون أي جهاز تحاكمي تابع لها. ولم يتم إلى الآن إنشاء محكمة العدل العربية المنصوص عليها في المادة 19 من ميثاقها رغم مرور ستين عاما على إنشاء الجامعة.

اختلفت الآراء بخصوص انشاء محكمة عدل عربية، فهناك اتجاه أول، وهو الغالب، يرى ضرورة الانشاء، واتجاه ثاني نادى بضرورة التخلي عن فكرة الانشاء، على أن تعوض الفكرة ببدائل مثل التحقيق والوساطة والمساعي الحميدة والتحكيم الدولي، مع الحاق بروتوكول خاص بالتسوية السلمية العربية بميثاق الجامعة.⁽¹⁶⁾

بدأ التفكير في انشاء محكمة عدل عربية بدء من سنة 1950 في اطار اللجنة السياسية لمجلس الجامعة في اطار تفعيل نص المادة 19 من الميثاق⁽¹⁷⁾. فقد أثرت فكرة الانشاء المحكمة أثناء المناقشات التي تمت حول مشروع معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي في ابريل 1950. وتقدم الوفد اللبناني بتاريخ 11 ابريل 1950 اقتراحا إلى الأمين

العام للجامعة لإدراج موضوع انشاء المحكمة في جدول الاعمال مجلس الجامعة، مع اقتراح تعيين لجنة خاصة لإعداد مشروع النظام الأساسي للمحكمة يعرض على مجلس الجامعة في دورته القادمة.⁽¹⁸⁾

وفعلا، أصدرت اللجنة السياسية توصية بتاريخ 13 أبريل 1950 بتشكيل لجنة ثلاثية⁽¹⁹⁾ لإعداد المشروع، وهو ما تم، حيث عرضت اللجنة الثلاثية تقريرها على مجلس الجامعة في دورته الحادية والعشرين سنة 1954 مع طلب استيضاح بعض المسائل العالقة كاختصاص المحكمة وطبيعة المحكمة هل هي قضائية مجتة أو يسمح بإنشاء ما يسمى بنظام القاي الوطني وكيفية تنفيذ قراراتها وأوامر المحكمة. وتم إحالة طلب الايضاحات إلى الدول الاعضاء لإبداء ملاحظاتها. وتم اعداد أول مشروع للنظام الاساسي واحيل إلى الدورتين المنعقدتين سنة 1963 و1964.⁽²⁰⁾

وعند عرض المشروع على القادة العرب تم تأجيل النظر فيه إلى دورة أخرى، لكن المشروع بقي يراوح مكانه لوجود ضرورة في تعديل ميثاق الجامعة يتماشى وانشاء المحكمة رغم محاولة اجراء هذا التعديل سنة 1981. واستمر الحال على ما هو عليه حتى سنة 1994، حيث قرر مجلس الجامعة المنعقد في دورته 102 تكليف الامانة العامة بإعداد مشروع متكامل لإنشاء المحكمة وعرضه على دورة 1995. لكن ذلك لم يتم إلى حد الآن.⁽²¹⁾

الفرع الثاني: أسباب الفشل في انشاء محكمة عدل عربية:

هناك عدة أسباب أدت إلى الفشل في إنشاء المحكمة، منها:

أولا: تردد الدول العربية من عملية التقاضي بوجه عام:

يسود اعتقاد عام لدى أعضاء المجتمع الدولي والداخلي على السواء أن اللجوء إلى القضاء يشكل تصرفا غير ودي يمكن أن يؤثر على العلاقات بين أطراف الدعوى، لذلك يجب العمل على تفاديه قدر الامكان باللجوء إلى وسائل التسوية السلمية الأخرى المتاحة.⁽²²⁾

وتصدق هذه الفكرة على الدول العربية أكثر من غيرها. ويؤكد هذا الموقف الذي اتخذته البحرين تجاه قطر نتيجة لجوء هذه الاخيرة إلى محكمة العدل الدولية لعرض النزاع الحدودي بينهما من طرف واحد. فرغم موافقة البحرين المبدئية على تسوية النزاع بواسطة تلك المحكمة، إلا أن اللجوء الانفرادي لقطر إلى المحكمة خلق توترا حادا بين الدولتين كانت نتيجته رفض البحرين التوجه إلى قطر للمشاركة في اجتماع دول مجلس التعاون الخليجي سنة 1996. وربما يكون لهذا الموقف العربي من التقاضي أسبابه الدينية والتاريخية، لكن هذا الموقف كان سيكون هينا لو وجدت البدائل الاخرى للتسوية السلمية طريقا لها، وكان لها أثرا ظاهرا، لكن الواقع يؤكد أنه حتى هذه الوسائل الاخرى، كالوساطة والتوفيق والمسامحة الحميدة، لم تكن لها نتائج مرضية، مما يجعل السرعة في انشاء هيئات تحاكم عربية أمر أكثر من ضروري، خصوصا محكمة العدل العربية، حيث يمكن التحكم في الاختصاص والاجراءات وتفايدي كل التحفظات التي كانت مطروحة بخصوص هيئات التحاكم الدولي كعدم المشاركة في وضع قواعدها ونصوصها القانونية وانتخاب قضاتها.

ثانيا: غياب الارادة السياسية في انشائها:

رغم الاهمية العملية في انشاء المحكمة العربية وما يترتب عن تجنب التحفظات تجاه التحاكم الدولي (ولو أنها غير مبررة حاليا)، إلا أن غياب الارادة في انشاء محكمة عدل عربية، رغم المزايا التي تحققها هذه المحكمة، ما زال يقف حجر عثرة في تسوية العديد من المنازعات العربية، خصوصا المنازعات الحدودية والاقليمية. فرغم توفر النية - نظريا على الأقل - في انشائها من خلال التحضيرات الطويلة لأنظمتها الاساسية سنوات 1965، 1951، 1973، 1990 و1995⁽²³⁾ إلا أنه توجب دراستها لأسباب تبقى مجهولة. فعندما يتم الانتهاء من اعداد النظام الاساسي ويعرض على مجلس جامعة الدول العربية، يتم تأجيله إلى دورة أخرى دون سبب جدي. كما أن عدم الاهتمام تجلي في

منح الموضوع بكل جوانبه لجهات غير مهتمة بالموضوع أصلاً، أو إلى مسؤولين ليسوا على مستوى عالي من التخصص والكفاءة.⁽²⁴⁾

كما وصل الاختلاف إلى حد تصور كل دولة عربية لمشروع خاص بها دون مراعاة الاطراف العربية الاخرى، وإدراج تحفظات من نوع خاص، كالتحفظ السعودي على مشروع النظام الاساسي، رغم قبولها المبدئي للمشروع. ومضمون هذا التحفظ أن " قبول المملكة العربية السعودية لولاية المحكمة في اية قضية تكون طرفاً فيها مشروطاً بأن لا يتعارض حكم المحكمة مع الكتاب والسنة"⁽²⁵⁾، وهو ما يجعل من المملكة مستبعدة كطرف محتمل من أي نزاع يطرح على المحكمة، إن تم انشاؤها، خصوصاً أن المادة 21 من مشروع النظام الاساسي لها ينص على أن المحكمة تفضل في " القضايا التي تعرض عليها وفقاً لمبادئ ميثاق الجامعة وأحكامه، ومبادئ القانون الدولي وقواعده، وتطبق:

1- القواعد المعترف بها صراحة من قبل الاطراف المتنازعة، والتي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الاطراف المبرمة بينها.

2 - مبادئ الشريعة الاسلامية واحكامها..."

فاللادة المذكورة تبنت القواعد القانونية (الاتفاقية والعرفية) قبل مبادئ الشريعة الاسلامية. ومن غير المستبعد أن يكون حكم المحكمة متعارضاً مع الحكم الذي ترضيه المملكة حسب تحفظها، وحينها نكون أمام اشكالية أخرى وهي عدم تنفيذ الحكم حتى ولو كان هناك رضا باللجوء إلى المحكمة.⁽²⁶⁾

ثالثاً: نقص التجربة في اللجوء إلى التسوية القانونية.

كما سبق تفصيله، فإن الدول العربية كانت متحفظة جداً من اللجوء إلى التحاكم الدولي بنوعيه، التحكيم والقضاء، عكس الدول الاوربية ودول أمريكا اللاتينية والاسيوية وحتى الافريقية. لذلك لم تكن هناك تقاليد سابقة لإنشاء جهاز قضائي مستقر كبقية الدول⁽²⁷⁾، ولو أن الامر مفهوم لارتباطه بالظروف التاريخية التي عاشتها الدول العربية، إضافة إلى العامل الديني.

رابعاً: التمسك المفرط بفكرة السيادة.

ارتباطاً بالظروف التاريخية التي عاشتها الدول العربية، خصوصاً الاستعمار لمدة طويلة، وما خلفه في شعوبها، فإن الدول العربية كانت لها حساسية مفرطة تجاه مفهوم السيادة بعد أن تحصلت على استقلالها. فكان الواقع أن رأت أن كل منازعاتها غير قابلة للتسوية من طرف غيرها، فهي الخصم والحكم في آن واحد.⁽²⁸⁾ لذلك لم يكن بالإمكان انشاء جهاز تحكيمي عربي واحد، يتماشى وتنازل كل دولة عربية على جزء من سيادتها لصالح هذا الجهاز. وإذا كان هذا الاتجاه متصوراً ويمكن تفهمه في مختلف الاجهزة السياسية العربية، فإنه غير مقبول على الاطلاق تجاه جهاز تحكيمي موحد مادام أن التسوية تتم بوسائل قانونية وليست سياسية، فأدلة الاثبات المقدمة من كل طرف هي الفيصل في هذا المجال وليست المواقف السياسية.

المطلب الثالث: التحاكم الدولي كبديل مؤقت للتحاكم العربي :

في ظل غياب (أو تغييب) جهاز تحكيمي عربي لتسوية النزاعات العربية، ومن أهمها المنازعات الحدودية والاقليمية، وجدت بعض الدول العربية متنفساً لها باللجوء إلى التحاكم الدولي، رغم التحفظات التي سادت تجاهه في وقت من الاوقات.

ورغم قلة القضايا العربية المتعلقة بالمنازعات الحدودية والاقليمية التي طرحت على التحاكم الدولي، إلا أنه نجح في تسويتها وارتضت الدول العربية الاطراف فيها الاحكام التي توصل إليها. فما هي أسباب لجوء الدول العربية إلى التحاكم الدولي؟ وكيف نجح في تسوية المنازعات المطروحة عليه؟

إن من بين أسباب لجوء بعض الدول العربية إلى التحاكم الدولي ونجاحه في تسوية منازعاتها الحدودية والاقليمية :
الفرع الأول: غياب جهاز تحاكمي عربي :

لجأت بعض الدول العربية إلى التحاكم الدولي كبديل للتحاكم العربي في ظل غياب جهاز تحاكم عربي دائم أو مؤقت. فالأسباب التي سبق التفصيل فيها كانت سببا في عدم وصول هذه الدول إلى أرضية مناسبة لإنشاء جهاز موحد تتجه إليه كل الدول العربية لتسوية أي نزاع بينها، خصوصا النزاعات الحدودية والاقليمية الكثيرة، حيث لا نكاد نجد دولتين عربيتين متجاورتين إلا وهناك نزاع حدودي أو إقليمي بينهما، بحري أو بري، يهدد حسن الجوار المفترض بينهما. وإن كانت الأسباب التاريخية هي السبب فيها، لكن لا يمنع من وجود عوامل أخرى كانت الدول العربية هي المتسبب فيها بالدرجة الاولى.

إن كثرة هذا النوع من المنازعات يتطلب وجود جهاز تحاكمي عربي موحد يفي بالغرض المنشود ويقي من عدة سلبيات تترتب عن اللجوء إلى جهاز تحاكم دولي، منها التشكيل البشري للجهاز الدولي والمصاريف القضائية الباهظة الممنوحة للمحامين والمستشارين الدوليين والقانون المطبق والاجراءات القضائية المعقدة ومدة الفصل في النزاع وغيره...فكل هذه السلبيات كان يمكن تفاديها لو تم انشاء جهاز تحاكم عربي يمكن التحكم فيه من البداية ومجانبة السلبيات التي وقعت فيها جهات تحاكمية اقليمية أو دولية مشابهة، خاصة مع العوامل المشتركة بين الدول العربية كاللغة والدين والجوار والمصير المشترك.

الفرع الثاني : وجود سوابق تحاكمية عربية أمام هيئات تحاكمية دولية.

لعل لجوء بعض الدول العربية إلى التحاكم الدولي لتسوية منازعاتها الحدودية والاقليمية (رغم قلتها) هو نجاح هذا النوع من التحاكم في عملية التسوية ورضا كل الاطراف بها، مع اقتناعها بالأحكام التي توصلت إليها، وهو ما خلق نوعا من الثقة لدى بعض الدول العربية واقتنعت بأن اللجوء إلى التحاكم الدولي أفضل وسيلة وأقصر طريق لتسوية النزاع رغم السلبيات التي تشوبه كما سبق تفصيله. لكن يبدو أن فكرة الغاية تبرر الوسيلة كانت نافعة لبعض الدول العربية في مثل هذه الحالات.

ولعل الأمثلة على هذا النجاح بدأت تتراكم، فكان أن لجأت بعض الدول العربية إلى تسوية منازعاتها الحدودية والاقليمية عن طريق التحاكم الدولي. ونفصل في بعضها فيما يلي:

أولا: المنازعات أمام محكمة العدل الدولية :

طرحت على محكمة العدل الدولية نزاعان حدوديان عربيان، تم الفصل فيهما وارتضت هذه الدول بالحكم ونفذته.

1- النزاع الليبي التونسي حول الجرف القاري⁽²⁹⁾

تعود أسباب الخلاف التونسي الليبي حول عملية تحديد منطقة الجرف القاري بينهما، نظرا للثروات التي تتمتع بها هذه المنطقة، مما خلق تعارضا بين الدولتين والذي تأكد في حجج وتبريرات كلا منهما.

عرض الطرفان نزاعهما على محكمة العدل الدولية في ديسمبر 1978 بموجب اتفاق خاص (اتفاق 10 جوان 1977).

ادعت تونس أن لها حقوقاً تاريخية تعود إلى سنة 1968، وهي حقوق تعتمد على خط تساوي الأبعاد (*L'équidistance*)، وأن أسانيداً في ذلك هي اقتصادية وجغرافية، فهي دولة فقيرة من حيث الموارد الزراعية والمعدنية والباطنية، خاصة البترول، ولم يبق أمامها إلا الموارد البحرية المتمثلة في الثروة السمكية المتوفرة في المناطق المتنازع عليها. أما المبررات الجغرافية فتتمثل في شكل تضاريس الأرض وقياس أعماق البحار (الباتيمتري). فمن خلال دراسة هذه الأشكال تبين وجود علاقة بين الظروف الخاصة للمنطقة والجرف القاري. بينما ادعت ليبيا أن المبررات الاقتصادية ليست عاملاً لتحديد الجرف القاري. كما أن الاستكشافات أكدت عدم وجود موارد بترولية في الآبار المحفورة في المناطق المتنازع عليها. أما عن المبررات الجغرافية والجيولوجية فأكدت الدراسات بشأنها أن مسار تمزق القشرة الأرضية كان باتجاه الشمال، والذي خلق حافة قارية تقع شمالاً ذات اتجاه غربي. كما أن التطورات الجغرافية اللاحقة لم تغير من الوضعية.⁽³⁰⁾

ووصلت المحكمة إلى قناعة أن الفصل في القضية إنما يكون وفق مشروع اتفاقية مونتيقوباي (1982) ومبادئ العدالة.⁽³¹⁾

2- قضية التحديد البحري والمسائل الحدودية بين قطر والبحرين.⁽³²⁾

طرحت البحرين وقطر نزاعهما الحدودي على محكمة العدل الدولية سنة 1991. وكان موضوع النزاع يدور حول أحقية كل دولة بالسيادة على الجزر الثلاث محل النزاع وهي جزر حوار *Hawar* ومنطقة الزبارة *Zubara* وجزيرة جنان *Janan*.⁽³³⁾

اعتمدت كل دولة على مجموعة من المبررات لتأكيد أحقيتها على هذه المجموعة من الجزر، ومن بين هذه المبررات مبرر لكل ما في حوزته والممارسة الفعلية والمبرر التاريخي والمبرر الجغرافي.

رفضت المحكمة الادعاء البحريني بأحقيتها على منطقة الزبارة لأنها وجدت أن النشاطات الممارسة على هذه المنطقة كلها عبارة عن عملية قرصنة *Activity piracy*، لأن عائلة "النعيمة" الموالية للبحرين - والتي كان لها سلطة على الزبارة - كانت تؤدي خدماتها للبحرين وعلى الرغم من ذلك لم يمارسوا عليها أي سلطة باسم البحرين. أما بخصوص جزر حوار فقد رفضت المحكمة الادعاءات القطرية لأن هذه الأخيرة قبلت حكم بريطانيا سنة 1939 الذي أقر أن هذه الجزر للبحرين، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الحكم البريطاني يعتبر بمثابة حكم تحكيم، لأن الطرفين قد ارتضياه وكان هناك تبادل لرسائل بينهما على هذا الأساس منذ ذلك التاريخ، لذلك فإن هذه الجزر هي جزر بحرينية بناء على مبرر النشاطات الاستعمارية (من مخلفات الاستعمار البريطاني). أما بخصوص جزيرة جنان فقد حكمت المحكمة بأحقية قطر عليها استناداً إلى حكم المحكم البريطاني السالف الذكر (حكم 1939) مادام أن هذا الحكم قد خص البحرين بالسيادة على حوار دون جزيرة جنان رغم أن بريطانيا حاولت استدراك الأمر باعترافها بسيادة البحرين على جنان أيضاً سنة 1993.⁽³⁴⁾

ثانياً: المنازعات أمام التحكيم الدولي.

لعل أشهر قضية حدودية نجح التحكيم الدولي في تسويتها هي قضية أبيي السودانية. تعتبر منطقة أبيي غنية بالنفط، وهي تقع على الحدود بين شمال وجنوب السودان، تمتد داخل ولايتي غرب كردفان وشمال بحر الغزال. وكان من المقرر منذ عام 2005 أن تخضع المنطقة للحكم المشترك من طرف الجهتين الحاكميتين في شمال وجنوب السودان. وخلال الحرب الأهلية التي مزقت البلاد خلال الفترة بين 1983 و2005، لجأ الطرفان إلى استعمال السكان المحليين للقتال بدلاً عنهم.

نصبروتوكول أبيبي على إجراء استفتاء عام 2011 تقرر بموجبه أبيبي الالتحاق إما بالشمال أو بالجنوب، وإقرار الإدارة المشتركة إلى ذلك الحين. كما يحدد البروتوكول كيفية تقاسم العائدات النفطية للمنطقة بين حكومة الوحدة الوطنية بالشمال وحكومة جنوب السودان بالإضافة إلى تأكيده على حقوق الرعي بالنسبة لرعاة المسيرية الذين يعيشون في شمال أبيبي. كما قام البروتوكول بتكليف مفوضية ترسيم حدود أبيبي "بتحديد وترسيم" المنطقة التي يتنازع على حدودها كل من الشمال والجنوب.

ويوضح الفصل الرابع من اتفاق السلام الشامل على أن الأشخاص الذين يعيشون بشكل دائم في أبيبي هم من قبيلة نجوك المنتمين إلى مجموعة الدينكا العرقية. أما المجتمعات العربية، بما فيها المسيرية، فهي عادة ما تنتقل مع مواشيتها عبر المنطقة في مواسم معينة بحثاً عن المرعى والمياه والتجارة. وهذا يعني أن الطائفتين عادة ما تتواجهان وقد أدى ذلك إلى دخولهما في اشتباكات في الماضي.

توصل حكم المفوضية "النهائي والملزم"، الصادر في يوليو/تموز 2005، إلى أن أبيبي أكبر بكثير مما كانت تدعيه حكومة الشمال. وتأتي أهمية حجم أبيبي من منطلق تأثيره على كمية النفط المخصص لها، بالإضافة إلى توقع تصويت سكان منطقة أبيبي خلال الاستفتاء المقرر لعام 2011 على الانضمام إلى جنوب السودان. وقد رفضت حكومة الوحدة الوطنية هذا الحكم بدعوى أن المفوضية قد تجاوزت حدود ولايتها.

وقد اتفق الجانبان على أن محكمة تحكيم خاصة بأبيبي داخل محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي هي التي يجب أن تقرر ما إذا كان هذا القول صحيحاً وبالتالي إذا ما كانت صلاحيات المفوضية لا تزال سارية المفعول. واتفق كذلك على أنه إذا تبين للمحكمة أن المفوضية قد تجاوزت حدود ولايتها فينبغي أن تتخذ المحكمة قراراً جديداً بشأن حدود أبيبي على أساس المعلومات المقدمة من الطرفين.

بعد مراعاة الحجج المقدمة من الطرفين، توصلت المحكمة إلى تسوية النزاع بترسيم الحدود، وأعطت الأبعاد والخريطة الملحقة بالحكم والنقاط المرجعية لها.⁽³⁵⁾

الفرع الثالث: رضا الدول العربية بنتائج التحاكم الدولي.

ظهر رضا الدول العربية بنتائج التحاكم الدولي من خلال الاستجابة المطلقة لمختلف الأحكام التي توصل إليها وتطبيقها على أرض الواقع. وأحسن مثال على ذلك ما حدث في قضية قطر والبحرين، حيث تعاطت كل دولة مع نتيجة الحكم حتى قبل صدوره في شكله الرسمي ومع ما كان يصل من أصداء. فقد أكدت قطر أنها تحصلت على أكثر من ثمانين في المائة مما تريد، وهذا يعد انتصاراً لإرادتها وادارتها للأزمة، وهي التي سعت إلى هذه النتيجة سنوات طويلة، والبحرين اقتنعت عندما اكتشفت بقاء جزر حوار ضمن أراضيها، لأنها حصلت على ثلث أراضيها التاريخية.

لكن هل كان من الصعب الوصول إلى هذه النتيجة لو تم التحاكم أما جهاز عربي دون اللجوء إلى التحاكم الدولي؟ هل كانت الجامعة العربية تفشل لو تصدت إلى هذا النزاع بجد؟ وهل هذا يعبر على أن مجلس التعاون الخليجي، الذي تنتمي إليه الدولتان، فشل هو الآخر؟ ثم هل كان الطرفان سيقبلان بنتيجة الحكم، إن صدر من جهاز عربي، بدرجة القبول نفسها الذي تم تجاه حكم محكمة العدل الدولية؟

والشيء نفسه حدث في قضية أبيبي التي فصلت فيها المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي، حيث أعطت المحكمة حلاً وسطاً وفر المناخ الملائم لإرضاء كل الأطراف مما جعل البعض يصفها بالمباراة اللاصفرية⁽³⁶⁾، أي أن مكسب طرف لا يعني خسارة الطرف الآخر، وخسارة طرف لشيء ستكون له مكاسب أخرى، وبذلك تكون مكاسب للطرفين، مما يجعلهما يسعيان للحفاظ عليها وفقاً لنظرية تبادل المصالح. وبما أن نتيجة التحكيم نهائية، مادام الرضا بالحكم ضروري قبل اللجوء إليها، فإن كل الأطراف احتفلت بالمكاسب المحققة، فكل طرف خرج منتصراً.

ويعتبر الاستاذ محمد أحمد الدرديري، وكيل حكومة السودان في التحكيم حول منطقة أبيي، بأن الحكم الذي صدر يوم 22 جويلية 2009 يعد انتصارا للحق والعدل، وأن الطرفين سيعملان ما يمكن على ترسيم الخريطة الجديدة على الأرض.⁽³⁷⁾

إن هذا الاتجاه العربي من التحاكم الدولي يدل على أن الدول العربية ارتضت الاحكام الدولية بديلا عن التحاكم العربي الغائب أصلا. فلحل العربي لم يكن مستحيلا لو كانت هناك هيئة تحاكم عربية، ولا يفسر ذلك إلا بفقدان الثقة بكل ما هو عربي "شقيق". فلحل سيكون لا محال موجودا لو بحث عنه أحد، أو لو وجدت النية في البحث عنه.

الخاتمة:

بعد هذا البحث يمكن الوصول إلى النتائج التالية:

- لاشك أن إنشاء هيئة تحاكمية عربية أصبح أمرا ضروريا لا غنى عنه، باعتبارها أفضل وسيلة لتسوية المنازعات العربية بصفة عامة، والمنازعات الحدودية والاقليمية المتراكمة بصفة خاصة. كما أن انشاءها يعد ضروريا أيضا لعدة اعتبارات ومبررات، أولها المبرر الشرعي، فالإسلام فرض على المسلمين تسوية منازعاتهم بواسطة قاض مسلم، فالقضاء من الولاية العامة، ورأي جمهور علماء المسلمين كان في أن لا يتولى غير المسلم ولايته على المسلمين، لقوله سبحانه وتعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" (الآية 14 من سورة النساء). فهذه القاعدة قد تكون أول دافع لإنشاء جهاز تحاكم عربي.
- كما أن ضرورة إنشاء جهاز تحاكمي عربي سيساعد جامعة الدول العربية في تأدية وظائفها بكل سهولة. لأن وجود هذا الجهاز يجعل من الجامعة تسترشد بأرائه في كل أعمالها القانونية في كل مسألة تعرض عليها، خصوصا وأن ميثاق الجامعة خالي من كل جهة أخرى تتوجه إليها لأخذ رأيها في كل نزاع يطرح عليها، ومنها المنازعات ذات الطابع القانوني كالمنازعات الحدودية والاقليمية بين الدول العربية.
- كما أن غياب جهاز تحاكمي عربي أوصل بعض المنازعات العربية ذات الطابع القانوني البحث إلى منازعات ذات طابع سياسي، تكفلت به هيئات سياسية دولية كالنزاع الحدودي بين مصر والسودان سنة 1958 الذي عرض على مجلس الامن الدولي.
- إن أهم عامل سيساعد في إنشاء جهاز تحاكمي عربي هو الخصائص المميزة للأمة العربية كاللغة والدين والحضارة والمصالح المشتركة والنطاق الجغرافي المتصل.
- لكن هذا الغياب لجهاز تحاكمي عربي موحد مؤقتا لا يعني بقاء المنازعات الحدودية والاقليمية العربية، مع كثرتها وتراكمها، قيد الانتظار، لأنها تؤدي إلى انزلاقات لا يعرف مداها، فالأجدر اللجوء إلى أجهزة تحاكم دولية كبديل مؤقت لجهاز التحاكم العربي المرتقب، خصوصا مع البوادر المشجعة التي ظهرت مع لجوء بعض الدول العربية إليها ورضائها التام بأحكامها. فهذه الحلول التحاكمية الدولية أزال فتيل عديد الأزمات، فلا مانع من اللجوء إليها مع السعي الحثيث في إنشاء جهاز تحاكمي عربي.

قائمة المراجع :

أولاً : باللغة العربية :

- 1- الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1999.
- 2- الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية ومدى ملاءمتها كبديل مؤقت لمحكمة العدل العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 3- أحمد أبو الوفا، مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، دراسة في إطار قانون الاجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 4- أحمد أبو الوفا، جامعة الدول العربية كمنظمة دولية اقليمية، دراسة قانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 1999.
- 5- الصادق شعبان، حول التنظيم الجديد لتسوية النزاعات بالطرق السلمية في اطار جامعة الدول العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، 1981.
- 6- فؤاد شباط ومحمد عزيز شكري، القضاء الدولي، المطبعة الجديدة، دمشق، 1966.
- 7- مفيد شهاب، نحو محكمة عدل عربية، محاضرة افتتاح المنتدى الفكري لمعهد البحوث والدراسات العربية، العام الاكاديمي 1994/1995، القيت بتاريخ 25 اكتوبر 1994.
- 8- عادل حسن عبد الله، التسوية القضائية لمنازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 9- عمر صديق، تحكيم لاهاي يجعلها مباراة لا صفرية بين الشريكين. نقلا عن:
www.sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb

ثانياً : باللغة الاجنبية :

- 1- Azzeddine Foda, The Projected Arab Court of Justice, The Hague (1957).
- 2- Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (frontier between Turkey and Iraq), P.C.I.J., Serie B. No. 12, 1925.
- 3- Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), I.C.J. Reports 1982.
- 4- Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrein), I.C.J. Reports 2001.

الهوامش :

¹ يقصد بالتحاكم في هذا البحث اللجوء إلى التحكيم والقضاء الدوليين. وللتمييز أكثر بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية، د. الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1999.

² د. الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية ومدى ملاءمتها كبديل مؤقت لمحكمة العدل العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 288 وما بعدها.

³ يواجه الباحث في المنازعات الإقليمية والحدودية تداخلا شائعا بين ما يسمى نزاع تحديد الحدود *Conflit de délimitation*، وهو نزاع الحدود بالمعنى الدقيق، والذي ينصب بشكل أساسي على تحديد المسار الصحيح لخط الحدود الفاصل بين دولتين

متجاورتين، وبين ما يسمى بنزاع منح السيادة على الإقليم *Conflit d'attribution de souveraineté* أو ما يسمى أيضا بالنزاع الإقليمي *Conflit territorial*، وهو النزاع المتعلق بمنطقة حدودية أو مساحة من الأرض مشتركة بين دولتين يحاول كل طرف إثبات تبعيتها لإقليمه. وأثير هذا الخلاف في العديد من القضايا أمام محكمة العدل الدولية، ومن بين هذه القضايا قضية النزاع الحدودي بين كمبوديا وتايلندا أو ما يعرف بقضية المعبد، حيث أكدت كمبوديا على لسان محاميها *Reuter* أن النزاع المعروض على المحكمة هو نزاع تعيين خط الحدود وليس نزاعا إقليميا، محاولا استبعاد أدلة ومبررات ممارسة السيادة التي مارستها تايلندا على منطقة المعبد. والإشكال نفسه طرح في قضية النزاع الحدودي بين مالي وبوركينا فاسو، فقد أشارت المحكمة إلى أن الطرفين اختلفا في تصنيف النزاع الحال إليها فيما إذا كان نزاعا حدوديا أو نزاعا يخص منح السيادة على الإقليم. وفصلت في هذا الاختلاف بأنه اختلاف في الدرجة فقط وليس في النوع. حيث صرحت المحكمة:

"Both Parties seem ultimately to have accepted that the present dispute belongs rather to the category of delimitation disputes, even though they fail to agree on the contentions to draw from this. In fact, however, in the great majority of cases, including this one, the distinction outlined above is not so much a difference in kind but rather a difference of degree".

Territorial Dispute (Mali v. Burkina Faso), I.C.J. Reports 1986, p.563.para.17.

⁴د. الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية ومدى ملاءمتها كبديل مؤقت لمحكمة العدل العربية، مرجع سابق، ص.301
⁵المرجع نفسه، ص.306
⁶أنظر:

Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (frontier between Turkey and Iraq), P.C.I.J., Serie B. No. 12, 1925.

⁷د. الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص.306

⁸المرجع نفسه، ص.311

⁹تنص الفقرة الأولى من المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على:

" تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة" أو في المعاهدات والاتفاقات المعمول بها".

¹⁰لمراجعة فكرة عدم الظهور، أنظر د. أحمد أبو الوفا، مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، دراسة في إطار قانون الاجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

¹¹د. الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص.322

¹²أنظر:

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), I.C.J.Reports 1982.

¹³أنظر:

Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain), I.C.J. Reports 2001.

¹⁴كالنزاع الليبي المالطي (الحكم الصادر عن المحكمة سنة 1985)، أو ليبيا وتشاد (الحكم الصادر عن المحكمة سنة 1994)

¹⁵كالنزاع اليمني الارتييري (أنظر الحكم الصادر عن المحكمة الدائمة للتحكيم سنة 1998).

¹⁶د.أحمد أبو الوفا، جامعة الدول العربية كمنظمة دولية اقليمية، دراسة قانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 1999،

ص.244

وانظر د. الصادق شعبان، حول التنظيم الجديد لتسوية النزاعات بالطرق السلمية في اطار جامعة الدول العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، 1981، ص.23

¹⁷ تنص المادة 19 من ميثاق جامعة الدول العربية على: " 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 الامن والسلم".

¹⁸ أنظر:

AzzeddineFoda, The Projected Arab Court of Justice, The Hague(1957), p.18.

¹⁹ كانت اللجنة الثلاثية تضم الاساتذة محمد علي غازي، فؤاد عمون ووحيد رأفت.

²⁰ د.فؤاد شباط ود.محمد عزيز شكري، القضاء الدولي، المطبعة الجديدة، دمشق، 1966، ص.394 وما بعدها

²¹ د. الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص.ص.272-273

²² المرجع نفسه، ص ص.327-328

²³ د.مفيد شهاب، نحو محكمة عدل عربية، محاضرة افتتاح المنتدى الفكري لمعهد البحوث والدراسات العربية، العام الاكاديمي 1994/1995، القيت بتاريخ 25 اكتوبر 1994، ص.9

²⁴ الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص.335

²⁵ أنظر جامعة الدول العربية، مشروع النظام الاساسي لمحكمة العدل العربية، ص.1

²⁶ الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص ص.336-337

²⁷ لمراجعة موقف الدول الاوربية ودول أمريكا اللاتينية والافريقية والاسيوية من التحاكم الدولي، انظر د.عادل حسن عبد الله، التسوية القضائية لمنازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص ص.110-127

²⁸ د.عزالدين فودة، المرجع السابق، ص ص.91-92

²⁹ أنظر:

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), I.C.J. Reports 1982.

³⁰ أنظر:

Continental Shelf case, Op.Cit., p.53.

³¹ المرجع نفسه، ص.53

³² أنظر:

Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain), I.C.J. Reports 2001.

³³ المرجع نفسه، ص ص.67-69

³⁴ المرجع نفسه، ص ص.90-91

³⁵ أنظر الفصل الخامس من الحكم الصادر في 22 جويلية 2009

www.pca-cpa.org.

³⁶ أنظر عمر صديق، تحكيم لاهاي يجعلها مباراة لا صفرية بين الشريكين.

نقلا عن :

www.sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb

³⁷ أنظر حكم المحكمة في www.pca-cpa.org.

أبي دور لمؤسسات الإشراف القضائي ومراكز حماية الطفولة والإصلاح والتهذيب في نابع و ناهيل الأحداث الجانحين؟



دراسة من إعداد : الأستاذ الحسين وبا

ماستر الطفولة وقضاء الأحداث طنجة

مقدمة :

أمام ارتفاع معدلات جنوح الأحداث واستفحال خطره، الذي اقلق المجتمع الدولي، شهد النهج المتبع في مجال الوقاية من الجنوح ومعالجته تطوراً متنامياً على مستوى الفكر والعمل الدولي، وهو تطور يهدف - دون أدنى شك - إلى ضمان مقومات الرعاية المتكاملة للأحداث لوقايتهم من الجنوح وتوفير أفضل الوسائل الممكنة لمعالجة الجانحين منهم، مع الحفاظ على سلامة تكوينهم الغض وحقوقهم الإنسانية.

للإجابة على سؤال الموضوع، سأعتمد خطوات المنهجية التالية :

المبحث الأول : دور الإشراف القضائي في تتبع وضعية الحدث الجانح أثناء تنفيذ العقوبة - قاضي الأحداث و قاضي تطبيق العقوبة نموذجاً -

المطلب الأول : دور قاضي الأحداث في تتبع وضعية الحدث الجانح أثناء تنفيذ العقوبة.

المطلب الثاني : دور قاضي تطبيق العقوبات في تتبع وضعية الحدث الجانح أثناء تنفيذ العقوبة.

المبحث الثاني : مراكز حماية الطفولة والإصلاح و التهذيب ودورهما الريادي في إعادة و تأهيل الحدث الجانح.

المطلب الأول : التعريف بمراكز حماية الطفولة والإصلاح و التهذيب.

المطلب الثاني : إعادة تأهيل الأحداث الجانحين.

المطلب الأول : دور قاضي الأحداث في تتبع وضعية الحدث الجانح أثناء تنفيذ العقوبة

بصدور قانون المسطرة الجنائية الجديد أوكل المشرع مهمة الإشراف على تنفيذ أحكام الأحداث لقاضي الأحداث خلافاً للمبدأ الذي يقضي بانتهاء مهام القاضي بمجرد صدور الحكم وتكفل الإدارة بالتنفيذ، وهو ما يعكس حتماً مدى ما توليه السياسة الجنائية الحديثة من أهمية لفئة الأحداث¹.

وعليه فإن قاضي الأحداث يتولى الإشراف على متابعة وضعية الحدث سواء في وسطه الطبيعي المفتوح (الفقرة الأولى) الذي يقصد به: ذلك الوسط الذي يكون فيه الحدث قبل ارتكاب الجريمة، أي " المحيط الذي يعيش فيه الحدث، ومعلوم أن هذا المحيط إما أن يكون هو النواة الأولى التي نشأ فيها الطفل أي الأسرة، أو باقي الشرائح الاجتماعية الأخرى كالمدسة والمراكز والمعاهد المهنية و التكوينية. أو داخل المؤسسات المغلقة (الفقرة الثانية) التي يقصد بها: الأوساط التي يقوم نظامها على أساس حجز الحرية في أماكن معينة وبمراقبة أمنية خاصة، على أساس اتباع نظام تأهيلي وإصلاحي ينسجم مع شخصية الحدث المحكوم عليه². يتعلق الأمر هنا بمؤسسات حماية الطفولة و المؤسسات السجنية. وذلك لملاحظة مدى فعالية التدابير أو العقوبات التي اتخذها في حقه ونجاحتها في تقويم سلوكه لمراجعتها وتغييرها عند الإقتضاء³.

وعليه فطبيعة المطلب الأول تقتضي تقسيمه إلى فئتين : الأولى لإشراف قاضي الأحداث في الوسط الطبيعي للحدث، والثانية: لإشرافه داخل المؤسسات المغلقة.

الفقرة الأولى : متابعة وضعية الحدث الجانح في وسطه الطبيعي.

تقع على قاضي الأحداث أولوية إبقاء الحدث الجانح في بيئته الطبيعية قدر المستطاع، مستهدفا من وراء ذلك إبعاده عن كل عامل سلبي من شأنه أن يباعد بينه وبين إعادة إدماجه من جديد في المجتمع⁴. فيتخذ في حقه تدابير تنفذ في وسطه الطبيعي مع استمراره في متابعة حالته ومعرفة مدى ملاءمة هذه التدابير مع ظروفه و شخصيته. لذلك

لذلك سأتطرق (أولا) لنوع التدابير المتخذة في حق الحدث الجانح ، التي تنفذ في الوسط الطبيعي، على أن أتطرق (ثانيا) إلى الأجهزة المساعدة لقاضي الأحداث في الإشراف على متابعة حالة الحث في هذا الوسط و إلى محدودية عمل هذه الأخيرة.

أولا : أنواع التدابير المتخذة في الوسط الطبيعي :

يعد الوسط الطبيعي، المجال الذي ينفذ فيه التدبير العلاجي، حيث يعيش الحدث حياته العادية اليومية، لذلك سمي تدبير التسليم-أ- و تدبير الحرية المحروسة-ب- بتدابير الوسط الطبيعي أو الوسط الحر.

(أ)- تدبير تسليم الحدث الجانح للأسرة :

يقصد بتسليم الحدث الجانح للأسرة إبقائه في بيئته الأصلية. لأنه ثبت علميا أنه ليس هناك أحسن ولا أفضل من تربية الحدث في أحضان والديه أو في جو أسري له نفس مكونات الأسرة الطبيعية، إذا كان في مقدور هذا الجو أن يهيئ كل أسباب مراقبة الحدث و الحيلولة دون عودته إلى الإجرام⁵.

وإذا كان البعض⁶ يرى أن التسليم من المشكوك فيه اعتباره إجراء تقويميا بالمعنى الفني حيث يعتبر بالدرجة الأولى إجراء موجها للوالدين أو لولي الأمر ليكون بمثابة تنبيه لكي يقوموا بواجباتهم التربوية، فإن الرأي الذي يقترن من هدف المشرع حسب البعض هو اعتبار التسليم تدبير تقويمي، لأنه يخضع الحدث لرقابة شخص لديه ميل طبيعي أو مصلحة أو تجاه تهذيب الحدث، فيفترض أنه سوف يضع على سلوكه قيودا لباعد بينه وبين الطريق المخالف للقانون ويوجهه إلى بناء مستقبله، ومن ثم كان في جوهره تدبيرا مقيدا للحرية⁷.

وقد اعتمدت تشريعات الأحداث تحديدا مفصلا وواضحا للأشخاص الذين يمكن أن يسلم إليهم الحدث في حال عدم صلاحية الوالدين أو من له الولاية أو الوصاية أو أحد أفراد أسرته ، فإنه يسلم حينئذ لشخص مؤتمن يتعهد بتربيته وحسن سيرته أو إلى أسرة موثوق بها يتعهد عائلها بذلك. وهذا الأمر يظهر مدى تجاوب هذا الاتجاه مع المبادئ الحديثة في معاملة الحدث المنحرف⁸، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع المغربي حيث نجده قد أخذ بإجراء التسليم في الجنح و المخالفات المرتكبة من طرف الأحداث في الفصل 481 من قانون المسطرة الجنائية، الذي ينص على تسليم الحدث لأبويه أو وصيه أو المقدم أو كافله أو إلى حاضنه أو إلى شخص جدير بالثقة أو للمؤسسة أو للشخص المكلف برعايته.

وترجع أهمية هذا الترتيب إلى تفادي التعارض الذي يمكن أن يقوم بين الحكم بتسليم الحدث وبين حق شخص آخر غير من حكم له بالتسليم في حضانة الصغير، وأوضح الصورة لذلك التعرض الحاصل بين القانون المدني الفرنسي والأمر الصادر في 2 فبراير سنة 1945 الخاص بالأحداث بفرنسا. إلا أن المشرع الوطني قد حسم هذا الإشكال وجعل الترتيب الوارد في لفصل 481 إلزاميا إذ لا يجوز التسليم لواحد من هؤلاء إلا عند عدم صلاحية المتقدمين.

من أجل تحقيق الهدف الأسمى من فرض تدبير التسليم، وهو تربية الصغير تربية حسنة و توجيهه نحو السلوك السوي، كان من الضروري أن تقرر مسؤولية متسلم الحدث عما يرتكبه الصغير من جرائم في فترة التسليم⁹. وهذه المسؤولية غير عمدية ركنها المعنوي هو : الخطأ الذي يتخذ صورة الإهمال، وهي تقوم من باب أولى إذا تعمد المتسلم الإخلال بواجباته، أما إذا تعمد دفع الحدث إلى جريمته طبقت عليه قواعد المسؤولية الجنائية¹⁰. وقد تقرر مسؤولية متسلم الحدث في تشريعات الأحداث على أساس إهمال متسلم الحدث أو مساهمته في دفعه إلى طريق الانحراف مجددا، كما هو حال التشريع المصري و التشريع العراقي. في حين نجد تشريعنا الجنائي لم ينص على مسؤولية متسلم الحدث صراحة، ولكن أشار إليها بشكل ضمني في الفصل 500 من ق،م،ج، حيث سمح بفرض غرامة مدنية تتراوح بين 200 و 1200 درهم في حق أبوي الحدث أو وصيه أو المقدم عليه أو حاضنه أو المؤسسة المكلفة برعايته

إذا كفت حادثة ما عن إهمال واضح المراقبة الحدث من طرفهم وتعتبر هذه العقوبة بمثابة دق ناقوس الخطر لتنبية هؤلاء برعاية الحدث وفرض رقابة صارمة عليه.

كل هذه الإجراءات لا تغني عن ضرورة جعل تدبير التسليم مصحوبا بوضع الحدث تحت مراقبة مندوب الحرية المحروسة ورسم خطة التعاون بين الأولياء وبين هذا الأخير لعلاج مظاهر السلوك المنحرف الذي دفع بالحدث إلى الجريمة. وبذلك يستطيع قاضي الأحداث أن يستمر بمراقبة الحدث إلى أن يطمئن على سلوكه واستعداده للاندماج في وسطه الاجتماعي.

(ب) - تدبير الحرية المحروسة :

يعرف نظام الحرية المحروسة في القوانين المقارنة بتسميات مختلفة فهناك من يسميه بالاختيار القضائي كالقانون المصري، وهناك من يطلق عليه اسم الحرية المراقبة كالقانون الفرنسي ونظام لإفراج عن الحدث مع وضعه تحت المراقبة في القانون الجزائري.

9- د/ فوزية عبد الستار: المعاملة الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة 1999 ص:113.

أما فيما يخص تعريفه، فإن الفقه الفرنسي يعرفه بكونه " تدبير حماية بموجبه يتم وضع حدث جانح، سواء بقي مجريته أو داخل مؤسسة داخلية أو خاضع لعقوبة سالبة للحرية تحت الملاحظة والمراقبة التربوية لمدوب يعين من قبل قاضي الأحداث أو محكمة الأحداث.

أما خبراء الأمم المتحدة فإنهم قد عرفوه بأنه " أسلوب لمعاملة بعض المجرمين المختارين بدقة خاصة، ويتمثل في الإيقاف الشرطي للعقوبة مع وضع المجرم تحت الرقابة الشخصية و التوجيه و العلاج".

وهو في نظر ذ: نجيب الزعنت فيعرفه بأنه " وضع الحدث في بيئته الطبيعية تحت إشراف مراقب السلوك وتربيته و توجيهه ، وذلك بأمر من محكمة الأحداث، هذا الأمر القضائي يحدد فيه القاضي أو المحكمة الشروط الواجب مراعاتها في نظام الحرية المحروسة وكذا مدة الاختبار 11".

من خلال هذه التعاريف يتضح أن هناك اختلاف في تعريف الحرية المحروسة، لكن هناك أيضا اتفاقا حول الهدف من إنشائه، وهو إبقاء الحدث في بيئته الطبيعية وتجنبيه قدر الإمكان مساوئ الإبداع في المؤسسات المغلقة مع وضع تصرفاته تحت السلطة الإشرافية لمدوب الحرية المحروسة التي يستمدتها من المحكمة 12.

لقد تنبعت الكثير من تشريعات الأحداث لأهمية هذا التدبير في إعادة اندماج الحدث في مجتمعه ومحيطه الطبيعيين، ولزايه الكبيرة في مساعدة الطفل ليعيش شروط حياة عادية، وتسمح بنموه في مناخ سليم ومن بينها التشريع الجنائي المغربي فخصص له القسم الثالث من الكتاب المتعلق بالقواعد الخاصة بالأحداث من المادة 496 إلى 500 من قانون المسطرة الجنائية.

إن المتصفح لمقتضيات هذا القسم يجد أن نظام الحرية المحروسة ينشطر إلى صنفين هما: نظام الحرية للتجربة وآخر للتربية، فنكون أمام النظام الأول عندما تضع المحكمة الحدث المنحرف تحت المراقبة و التتبع لمدة زمنية معينة، وذلك قبل الحكم عليه بصفة نهائية، وهي إما أن تكون مباشرة بعد إحالة الحدث على المحكمة أو بعد التأكد من إجرامه وقبل النطق عليه بالحكم، بينما نكون أمام النظام الثاني إذا قررت المحكمة إخضاع الحدث لنظام الحرية المحروسة بصفة نهائية كتدبير ملائم لحالته أي في حالة إدانة الحدث من أجل المنسوب إليه.

لكن لا يمكن إعمال تدبير التسليم أو تدابير لوسط الطبيعي بدون الاستعانة بأجهزة مؤهلة لتنفيذها تساعد قاضي الأحداث في تتبع حالة الأحداث داخل بيئتهم. ونقصد بهذه الأجهزة الاجتماعية و التربوية ذات الطبيعة الإدارية هم: مندوبو الحرية المحروسة.

ثانيا: أجهزة الإشراف في الوسط الطبيعي و الصعوبات التي تعترضها :

بما أن قاضي الأحداث في وضعه الحالي غير قادر على الاضطلاع بدور الإشراف على الوجه الأكمل ، كما أن تكليفه بقضايا أخرى تحول دون إمكانية تفرغه لهذا الإشراف، لذلك فإن المشرع قد خول له إمكانية الاستعانة بأجهزة اجتماعية و تربوية ذات طبيعة إدارية تساعد على تنفيذ التدابير في الوسط الطبيعي و يتعلق الأمر بمندوبي الحرية المحروسة الذين سأتناول الحديث عنهم في (أ) ثم سأعرج على الصعوبات التي تعترضهم أثناء مزاولتهم لمهامهم (ب)

أ) دور مندوبو الحرية المحروسة في تفعيل الإشراف القضائي :

أعطت السياسة الجنائية لمندوب الحرية المحروسة- في مجال حماية حقوق الأحداث- دورا أساسيا في تفعيل الإشراف القضائي 13 على تتبع تطور حالة الحدث الجانح في وسطه الطبيعي.

حيث يقوم المندوب في بادئ الأمر بوظيفة الباحث الاجتماعي، فيعيد بحث الحالة من جديد بحثا شاملا يرسم على ضوء النتائج التي يصل إليها خطة العلاج، هو يستعين في ذلك بكل المصادر الاجتماعية التي تتصل بالحدث 14 حتى يتمكن من تجنبه كل عود إلى الجريمة.

ففي المجال العائلي يشعر المندوب الأبوين بمسؤوليتهما وإثارة انتباههما إلى ما يجب القيام به للحفاظ على استمرار الحدث في وسطه وكذلك القيام بالمساعدات التي تخفف من الصعوبات التي تواجهها الأسرة، فهو بذلك يساهم في خلق التوافق بين الحدث وأعضاء أسرته. وحتى يسهل على المندوب القيام بواجبه داخل العائلة، فإن المشرع الجنائي قد أوجب عليها أن تشعر المندوب بكل تغيير في وضع الحدث من وفاة أو مرض أو تغيير في محل إقامته أو تغييره بدون إذن.

أما في المجال المدرسي، فيعود الفضل للمندوب في توطيد العلاقة التربوية/ بين المدرس و المشرفين على المؤسسة التعليمية لخلق جو من التعاون والتفاهم من أجل إكساب الحدث نوعا من الاستقرار الضروري وإشعاره أهمية القيام بالواجبات المدرسية وتشجيعه على متابعة دراسته 15.

أما في مجال العمل، فإن المندوب يتصل بأرباب العمل والمشغلين ويتدخل وديا لضمان حقوق الحدث العامل فضلا عن قيامه بالمساعي الضرورية لدى المشغلين أو مكاتب التشغيل لتوفير العمل بالنسبة للحدث أو وليه وربط الاتصال بمكاتب التكوين المهني رغبة في إلحاق الحدث بها مع مراعاة ميولاته واستعداده للتعلم. ورغم كل ماسبق فإن مهمة المندوب لا تقف عند هذا الحد، بل تشمل أيضا مراقبته في باقي الأوساط الاجتماعية الأخرى كالشارع الذي يعتبر ن أهم العوامل المساهمة في انحراف الأحداث، فهو يعمل على ملء وقت فراغ الحدث الذي يقضيه بصحبة رفاقه السوء و التسكع في الشوارع، وذلك بتمكينه من الاستفادة من المخيمات الصيفية والرحلات الموسمية ونشاطات مؤسسات الشبيبة و الرياضة المختلفة، و ترغيبه على ارتياد المكتبات العامة للزيادة من المعرفة و التحصيل، وبشكل عام القيام بكل ما يحول بينه وبين قضاء فراغه فيما لا يعود عليه بالنفع، وذلك بإدماجه في مختلف النشاطات التي تنظمها جمعية رعاية الطفولة وتوعية الأسرة.

كما يتوقف نجاح الإشراف القضائي- في منع الحدث من العود إلى الإجرام- على العناصر المكونة لشخصية المندوب نفسه ، التي يجب أن تتوفر فيها المقدرة على كسب ثقة الحدث موضوع إشراف أسرته و المحيطين به وإقناعهم وتوجيههم ، ولهذا فإن الصفات الشخصية لمندوب تلعب دورا أساسيا في نجاح الإشراف.

من بين الصفات الحميدة التي اشترطها قسم الدفاع الاجتماعي بمنظمة الأمم المتحدة هناك: القدرة الذهنية، و النضج الكافي، والثبات العاطفي، و التماسك الشخصي الكامل، و الإخلاص الكبير، و الشعور بالمسؤولية، واحترام الذات الإنسانية، وحب الناس ، و التسامح الموضوعية، وقبول الآخرين و الرغبة في العمل و التعاون معهم لكسب ثقتهم. وبناء على هذه الأهمية البالغة التي تحظى بها صفات المندوب الشخصية، فإن المشرع الجنائي المغربي نجده بنفسه قد

اشترط في المادة 499 من ق م ج أن يتم تعيين المندوبين الدائمين بناء على سلوكهم الحسن ولاهتمامهم بقضايا الأحداث.

وحتى يتمكن قاضي الأحداث من مراقبة العمل الذي قام به المندوب و بالتالي متابعة حالة الحدث عن كثب، فإن القانون قد أوجب على هذا الأخير - أي المندوب - رفع تقارير دورية عن الحدث الذي يتولي الإشراف عليه كل ثلاثة أشهر، وعلاوة على ذلك فإن المشرع قد ألزمه برفع تقارير فورية عما يعترضه من صعوبات وعراقيل تحول دون قيامه بمهمته، أو إذا ساءت سيرة الحدث أو تعرض لخطر معنوي، أو أصبح يعاني من سوء المعاملة، وحول كل حادثة أحواله يظهر له أنها تستوجب تغييرا في تدابير الوسط الطبيعي . فهذه التقارير تعد الجسد الحقيقي للعمل الذي قام به مندوب الحرية المحروسة. لكن رغم كل الجهود المبذولة في هذا المضمار، إلا أن هناك عراقيل متعددة تحول دون فعالية نظام الحرية المحروسة في تفعيل الإشراف القضائي. فما هي تلك الصعوبات؟

ب) الصعوبات التي تعترض المندوب أثناء مزاولته لمهامه :

إن نجاح المندوب في مهمته يرجع بالدرجة الأولى إلى قيام علاقة يسودها جو من الثقة والتعاون بين لمندوب والحدث وأسرته ، وعن طريق هذه الثقة يتمكن المندوب من حل مشاكل الحدث وضمان تنفيذ توجيهاته وإرشاداته. وبهذه الوسيلة سوف يجد الحدث في المندوب أبا، أو أخا أو أباً، لا رئيساً أو وصياً يفرض عليه نوعاً معيناً من السلوك بناء على سلطته في الرئاسة أو الوصاية¹⁶. لكن الواقع غالباً ما يكشف لنا أن هناك أزمة ثقة وتعاون بينهما، فمن جهة قد يعتبر المندوب نفسه ممثلاً للسلطة فيلجأ إلى الإكراه في معاملة الحدث وأسرته، ومن جهة قد تواجهه هذه الأخيرة المندوب بحالة من التخوف أو الرفض لكون الأسرة قد تحس بمساس بسمعته فتعتمد إلى كتمان أسرارها. بالإضافة إلى أزمة ثقة، فإن المندوب أحياناً يصعب عليه إيجاد العنوان الحقيقي للحدث، الشيء الذي يدفعه إلى هدر المزيد من الوقت والجهد بحثاً عن مقر سكني الحث و عائلته.

إن هذه العوائق التي تشكل حجرة عثرة لا تشجع مندوب الحرية المحروسة على القيام بواجبه وبالتالي لا يتمكن القاضي من الإطلاع على حالة الحدث الاجتماعية و المادية والنفسية وتتبع مدى استقرارها وتجاوبها مع العلاج الذي قرره لصالحها، كما لا يمكنه من تقرير استمرار أو فرض تدبير الحرية المحروسة أو تغييره بتدبير آخر يتناسب مع شخصية الحدث. فمن أجل تفادي مختلف العراقيل و الصعوبات التي قد تعترض المندوب وتحول دون تحقيق الهدف من فرض نظام الحرية المحروسة، ينبغي خلق ثقافة مجتمعية و إنسانية وإرادة سياسية قوية تتجاوز كل الحسابات الأمنية الضيقة¹⁷.

الفقرة الثانية : زيارة الحدث الجانح المودع بالمؤسسات المغلقة والهدف منها :

هناك حالات يصعب معالجتها داخل نظام الأسرة أو في بيئة الحدث الطبيعية، إذا كانت هذه الأخيرة غير صالحة لتهديبه وتربيته، أو كانت خطورة الحدث تستوجب انتزاعه من بيئته وإيداعه بمؤسسة مغلقة تكون أشد صرامة ورقابة. وهذه المؤسسات هي مؤسسات حماية الطفولة و المؤسسات السجنية (أولاً) ومن أجل تحقيق الهدف من وضع الحدث داخلها(ب) فإن المشرع الجنائي قد أجاز لقاضي الأحداث زيارتها مرة كل شهر على الأقل.

أولاً: تفقد الأحداث المودعين بمؤسسات حماية الطفولة و المؤسسات السجنية :

لقد أصبح لقاضي الأحداث بموجب المادة 473 إمكانية تفقد أحوال الأحداث المدعين بمؤسسات حماية الطفولة، باعتبارها قضاء لتنفيذ تدابير الحماية و التهذيب، ثم الأحداث المودعين بالمؤسسات السجنية كقضاء لتنفيذ العقوبات السالبة الحرية. هذا ما سأتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني ضمن ذا الفصل الرابع.

ثانياً: الهدف من زيارة قاضي الأحداث للمؤسسات المغلقة :

أصبح مبدأ إعادة التأهيل الاجتماعي للجانحين وضمن حقوقهم مرتبطاً بالمؤسسة التي تنفذ بها لأحكام لأن تحقيقه يبقى زهيناً بالدور الذي تلعبه هذه المؤسسات. لذلك فإن المشرع قد أجاز لقاضي الأحداث الاطلاع على مدى تفاعل الحدث مع العلاج الذي اعتقده مناسباً له أثناء إصدار الحكم (أ) وإعادة النظر فيه إذا اتضح عدم جدواه (ب).

(أ) مدى تفاعل الحدث مع العلاج :

يعتبر التأهيل الغرض الأساسي من فرض العقوبة أو التدبير، وهو غرض ليس من السهل تحقيقه، دون الاستمرار في مواصلة أعمال فحص الحدث وملاحظته طوال فترة المعاملة العلاجية. إذ لا تقتصر الملاحظة على مجرد تسجيل سلوك الحدث وانفعالاته الظاهرية، بل يجب أن يتعداها إلى تقييم نتائج تطبيق الجزاء المتخذ في حق الحدث و تفاعله مع العلاج وتأثير الأخير على سلوكه. وتعتبر الزيارة التي يقوم بها قاضي الأحداث للحدث المدخل الرئيسي لتقدير مدى تأثير العلاج عليه، فمن خلالها يستطيع الاتصال بالحدث مباشرة، و القيام بتحليل مادي لعناصر شخصيته، مع تحليل واستنتاج مدى تفاعله مع العلاج الذي ظن أنه في صالحه أثناء المحاكمة. وبهذا يظهر أن دور القاضي في هذا الصدد يعادل دور الطبيب الذي يشخص الداء و يصف الدواء، ويتابع العلاج و يراقب فترة النقاهة حتى الشفاء التام، وفوق ذلك فهو يراقب نوعية العلاج فلا يسمح بعلاج لم يقره القانون 18.

(ب) إعادة النظر أو تعديل الحكم :

إن استمرار العلاج مرهون باستمرار حالة الخطورة، وعليه فإن واجب قاضي الأحداث أن يبقى على اتصال دائم ودراسة متواصلة من أجل تحديد الوقت الذي تنتهي فيه خطورة احدث الإجرامية، خاصة وأن شخصية هذا الأخير تتسم بالتطور المستمر والسريع مما يفرض اتخاذ الوسائل التي تجعل العلاج المتخذ لإصلاحه أكثر جدوى وتماشياً مع مصلحته 2. لذلك فإن المشرع الجنائي قد عمد من خلال المادة 501 من ق م ج إلى إفساح المجال أمام قاضي الأحداث لإعادة النظر في الجزاء الذي اتخذ سواء بغية اختصاره أو تمديده أو استبداله بأخر أو وقفه مؤقتاً أو نهائياً 19.

وذلك بغية الخروج عن القواعد العامة إلي من شأنها إخراج النازلة من سلطة الهيئة القضائية التي نظرت فيها بمجرد صدور الحكم الفاصل في جوهر الدعوى، فلا يسوغ بعد ذلك إعادة النظر فيها بأي وجه من الوجوه إلا بطرق الطعن المعروفة قانوناً 20.

إن هذه الصلاحية تهدف إلى متابعة أحوال الحدث أثناء التنفيذ والوقوف على مدى تفاعله مع العلاج، ولئن كان هذا الأخير يتضمن بالإضافة إلى التدبير، عقوبات سالبة للحرية تحوز قوة الشيء المقضي به، فإنه لا يجوز لقاضي الأحداث أن يعيد النظر فيها، وترتيباً على ذلك يمكن القول أن سلطة التغيير أو إعادة النظر ترد فقط على التدابير

دون العقوبات. وبالرجوع لمقتضيات المادة السالفة الذكر نجد أنها تؤكد هذا الأمر وتقتصر هذه الإمكانية على تدابير الحماية أو التهذيب وحدها.

ولعل علة ذلك ترجع إلى الطبيعة التربوية لهذه التدابير، فهي موجهة أساساً لإعادة تربية الحدث وتهذيبه²¹، فالتدبير لا قاس بمجسامة الجرم أو درجة مسؤولية الحدث وإنما يقاس بخطورته ومدى حاجته إلى التربية و التهذيب. لهذا عمد المشرع إلى عدم تحديد مدد معينة لها و ترك القاضي في إطار سلطته التقديرية الحرية الكاملة في تعيين المدى الزمني الذي سيستغرقه التدبير المتخذ مع تقييده بشرط واحد فقط وهو وجوب انتهائه بقوة القانون عند بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي.

وهكذا يمكن لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث أن يعيد النظر في التدابير التي تم اتخاذها طبقاً لمقتضيات المادة 481 إما تلقائياً بحسب ما يتوفر عليه من معطيات خاصة بالحدث و بعائلته و محيطه، و بمدى تأثير الإجراء المتخذ عليه. أو بناء على ملتمس من النيابة العامة إذا رأت ضرورة ذلك، وفق ما تقتضيه مصلحة الحدث أو بطلب من الحدث أو أبويه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو حاضنه أو كافله أو الشخص أو المؤسسة المكلفة برعايته، ويشترط لتقديم هذا الطلب ممن خول لهم التشريع ذلك أنتم مدة ثلاثة أشهر على الأقل على تنفيذاً لمقرر الصادر بإيداع الحدث خارج أسرته، وأن تثبت أهليته لتربية لفل وحسن سيرته.

انطلاقاً مما سبق يتضح أن إشراف قاضي الأحداث على الحدث أثناء تنفذه للتدابير المقررة عله، وإعادة النظر بها من الشروط الأساسية اللازمة لنجاح أي نظام لمعاملة الجانحين. وبالرغم من أهمية هذا الإشراف في تأهيل هؤلاء الأحداث وإصلاحهم، فإن الواقع يظهر محدوديته من خلال العديد من التحديات و الصعوبات التي تحول دون قيام قاضي الأحداث بمهامه كما يجب.

المطلب الثاني: دور قاضي تطبيق العقوبات في تتبع وضعية الحدث الجانح أثناء تنفيذ العقوبة :

إن إحداث مؤسسة قاضي تطبيق العقوبة :

أولاً: زيارة الأحداث نزلاء المؤسسات السجنية ومراقبة حقوقهم :

أ- مضمون حقوق الأحداث داخل الفضلاء السجني :

ب- مراقبة قاضي تطبيق العقوبات مدى احترام حقوق الأحداث

الفقرة الثانية: مراقبة قانونية اعتقال الأحداث و التأكد من سلامة إجراءات تأديبهم.

أ- مراقبة قانونية اعتقال الأحداث.

ب- التأكد من سلامة إجراءات تأديب الأحداث.

المبحث الثاني: مراكز حماية الطفولة والإصلاح و التهذيب ودورهما الريادي في إعادة و تأهيل الحدث الجانح.

المطلب الأول: التعريف بمراكز حماية الطفولة والإصلاح و التهذيب :

سأتطرق في هذا المطلب إلى لأهداف العامة وفروع هذه المراكز (الفقرة الأولى) ثم إلى أصناف مراكز حماية الطفولة (أولاً) فروع مراكز حماية الطفولة (ثانياً) ثم إلى الصعوبات التي تواجه عمل هذه المراكز (ثالثاً). ا.

الفقرة الأولى : أصناف وفروع المراكز حماية الطفولة :

أولا : أصناف مراكز حماية الطفولة :

كان لصدور القرار الوزاري عدد759-80 بتاريخ 11 يوليوز 1981 أثرا بالغا في تنظيم وتحديد اختصاصات وأهداف مؤسسات مؤسسات حماية الطفولة إذ نص الفصل الأول على أن مؤسسات حماية الطفولة معدة لاستقبال وإيواء لأحداث المنحرفين المحالين علي الطبيعة القانونية للتدابير الوقاية الخاصة بالأحداث وخصائصها ها من لدن السلطات القضائية المختصة، فضلا عن حمايتها للأحداث الذين تثبت إمكانية تعرضهم للانحراف والمستفيدين من الخدمات الاجتماعية التربوية التي تقدمها مكاتب الاستشارة و التوجيه التربوي، كما أكد القرار م جهة أخرى على التصنيفات الجديدة التي أصبحت عليها مراكز حماية الطفولة وهي أربعة أصناف:

فالصنف الأول : عبارة عن مؤسسات إقليمية لحماية الطفولة، وتقع بكل من مدن: تماره، فاس، وجدة ، طنجة،أكادير، مراكش، القيه بن صالح وتظم كل مؤسسة إقليمية ثلاث فروع، وهي فروع الملاحظة وفرع إعادة لتربية وفرع الإعداد للخروج، وتستقبل الأحداث المتخذة في حقهم التدابير القضائية قصد دراسة شخصيتهم ولتعرف على أوساطهم الاجتماعية، واقتراح التوجيه المناسب لهم بغية تقويم سلوكهم وتكوينهم مدرسيا أو مهنيا يؤهلهم بالتدرج للاندماج من جديد في المجتمع.

والصنف الثاني : عبارة عن مؤسسات مختصة لإعادة التربية بكل ن بن سليمان و برشد و العرائش والفقيه بن صالح مؤسسة ب سليمان تعنى بالتكوين المدرسي حيث تخضع برامجها التعليمية لقرارات وزارة التربية الوطنية وتكوين الأطر ، وتستقبل هذه المؤسسة الأحداث المحالين عليها من مختلف فروع الملاحظة بالمؤسسات الإقليمية لحماية لأطفال القادرين على متابعة الدراسة ي طورها الابتدائي و مؤسسة برشيد و العرائش مختصتان بإعادة التربية و تعنى كل واحدة نهما بالتكوين المهني، وتخضع برامجها لمنهجية المطبقة بمؤسسات التكوين لتابعة لمكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل، وتستقبل الأحداث المحالين عليها من مختلف فروع الملاحظة بالمؤسسات الإقليمية لحماية الطفولة، ثم مؤسسة لفقيه ب صالح لإعادة التربية المهتمة بالتكوين الفلاحي وتلقن فيها بتنسيق مع وزارة الفلاحة مبادئ أولية في المجال الفلاحي وتستقبل الأحداث من مختلف فروع الملاحظة الذين لهم استعداد لهذا النوع بالتكوين.

أما الصنف الثالث : فيتمثل في أندية جهوية للعمل الاجتماعي بكل من فاس و الدر البيضاء، والتي تتكفل بمهمة توفير الظروف الملائمة لتمكين الأحداث المحالين عليها بعد اجتيازهم مرحلة الملاحظة من مواصلة تعليمهم الثانوي أو تيسير إلحاقهم بمنافذ الشغل خارج المؤسسة.

ويتمثل الصنف الرابع : في مكاتب الاستشارة والتوجيه بنيابات وزارة الشباب و الرياضة، إلا أن هذا الصنف لا يقوم بأي دور أمام نقص الأطر أو انعدامها وهو ما جعل نشاطه جامدا.

ثانيا : فروع مركز حماية الطفولة :

لقد أولت خطة العمل الوطنية للطفولة 2015-2006 عناية بالغة لمراكز حماية الطفولة عن طريق تحسين استقبال الأحداث في هذه المراكز بفضل الجهود المبذولة بتعاون بين كتابة الدولة المكلفة بالشباب ومؤسسة محمد لسادس لإعادة إدماج السجناء22. لكن العمل بهذه المؤسسات لازال لم يعرف أية دينامية جدية حيث لازال يعتمد في طريقة

عمله على فروعوه التقليدية المتمثلة في فروع الملاحظة وفروع إعادة التربية وفروع الإعداد للخروج بالإضافة إلى أندية العم الاجتماعي، و عليه سنتحدث عن كل فرع و وعن طريقة عمله لتحقيق الأهداف المتمثلة في إعادة تأهيل حدث الجانح.

1- فرع الملاحظة :

يستقبل الأحداث الذين اتخذت في حقهم تدابير الإيداع المؤقت بمقتضى تدابير صادرة عن سلطات قضائية خاصة بالأحداث²³ حيث يتم وضعهم رهن التحري و البحث قبل الحكم عليهم، وبالموازاة مع ذلك يعمل هذا الفرع على دراسة سلوك الحدث ووضعيته الاجتماعية واقتصادية ورفع تقرير عن هذه الجوانب للسلطات القضائية التي تعتمد على هذا التقرير في إصدار أحكامها، وتدوم فترة الملاحظة ما بين ثلاثة أسابيع وثلاثة أشهر بحسب ما تقتضيه كل حالة في انتظار اتخاذ التدبير الملائم بعد دراسة الحالة الاجتماعية والوقوف على الدوافع التي أدت إلى الانحراف وذلك وفق مراحل، حيث هناك مرحلة الاستقبال ويتم فيها استقبال الحدث لأول مرة من رف مدير المركز أو المساعد التربوي حيث يتم تسجيل بعض المعلومات الأولية عن الحدث (الاسم، العنوان، السوابق، الظروف الاجتماعية.....) وتسجل في سجل خاص معلومات تتعلق بالجهة القضائية وتاريخ الجلسة.

وبشكل مواز يسطر المربي برنامجا شهريا للأنشطة التربوية بهدف التعرف على مختلف جوانب سلوك الحدث من خلال ما يسمى بالتوافقات الأربعة أي التوافق في العمل، التوافق الانفعالي، التوافق العائلي ثم لتوافق الاجتماعي²⁴، ثم مرحلة التركيب وذلك بعد تجميع المعطيات السابقة عن الحدث وبعد التوصل بالبحث العائلي الذي تنجزه الباحثة العائلية تبدأ مرحلة التركيب من خلال الجلسة التركيبية التي تعقد أسبوعيا من طرف المربي والباحثة الاجتماعية والطاقم التربوي بالمؤسسة حيث يتم اقتراح التدبير الملائم للحدث، وذلك إما بإرجاعه لأسرته إذا كانت الأسرة مستقرة أو استمرار الإيداع إذا كانت غير مستقرة أو مفككة.

2- فرع إعادة التربية :

يستقبل هذا الفرع الأحداث الخالين عليه من فرع الملاحظة والذين تبين لهم بحاجة إلى الإصلاح وتقويم لسلوك والذين صدر في حقهم تدبير قضائي²⁵، كما يستقبل الأحداث الذين سبق اتخاذ تدبيرا لحرية المحروسة في حقهم ولم تم الوصول إلى الهدف المرجو لأن سلوكهم يحتاج إلى التقويم والإصلاح بفرع إعادة التربية²⁶، ويتم تحقيق هذه الأهداف عن طريق التكوين التربوي حيث يعتبر هذا الأخير محور التدخل في هذا الفرع ، بناء على تشخيص الحالة بفرع الملاحظة يتم صياغة مشروع تربوي متكامل من لدن المربي وتم تطوير سلوك الحدث من خلال التوافقات السابق ذكرها عن طريق إدماجه في الجماعة وتكليفه ببعض الأعمال وإشراكه في جلسات لتقييم عمل ما وإدماجه في الأنشطة الرياضية والترفيهية..... فالعمل التربوي له أهمية كبرى في التنشئة المعرفية و التعليمية و الأخلاقية و الأدبية، وفي توعية الجانح بما عليه من حقوق وواجبات تجاه نفسه و بيئته ومجتمعه ووطنه²⁷ ثم لتكوين المهني أو المدرسي الذي يهدف إلى إكساب الحدث تأهيلا مهنيا وتعيده تحمل المسؤولية اتجاه نفسه واتجاه الآخرين، بحيث يتم توجيهه إما إلى أحد المراكز الوطنية المتخصصة أو استمرار الإيداع بالمؤسسة. أما بالنسبة للتكوين المدري يقوم المربي بالحفاظ على المستوى التعليمي للأحداث إلى أن يعودوا إلى أسرهم لإتمام دراستهم أو تغيير التدبير بالإيداع في مؤسسة بن سليمان أو نادي العمل الاجتماعي، ويسعى العمل لتربوي بهذا الفرع إلى إكساب الحدث قواعد النظام والقيم الاجتماعية والتدريب على الحياة داخل الجماعة وتمتين الروابط بين احدث ووسطه العائلي.

3- فرع ما قبل الخروج :

أنشئ هذا الفرع ليقوم مقام نادي العمل الاجتماعي داخل المؤسسات الموجودة في المدن التي لا تتوفر على نادي العمل الاجتماعي، يعمل هذا الفرع على نادي الأحداث للاندماج التدريجي داخل المجتمع.

4- أندية العمل الاجتماعي :

تستقبل الأحداث الذين واصلوا دراستهم بمراكز بن سلميان من أجل إتمام دراستهم وذا الأحداث الحاصلين على شهادات التكوين المهني بمراكز حماية لطفولة ويحتاجون لتدريب في إحدى الأوراش المهنية الخاصة من أجل تعميق تكوينهم، وبالتالي تهدف هذه الأندية إلى إتاحة الفرصة للحدث لتعمق تكونه المدرسي والمهني واكتساب الحدث لقيم الاعتماد على النفس وتحمل المسؤولية من أجل التواصل للاندماج الاجتماعي والاقتصادي.

ثالثا : المشاكل والصعوبات :

1- على المستوى التشريعي :

بناء على المادة 482 من ق، م، ج التي أعطت الإمكانية لقضاء الأحداث بتعويض أو تكميل التدابير المنصوص عليها في الفصل 481 بعقوبة حبسية تخلف إشكالا كبيرا على مستوى مراكز وحماية الطفولة حيث أن تنفيذ هذه العقوبة السالبة للحرية يتم بالأسبقية بعبارة أخرى مخالطة هؤلاء الأحداث الذين قضوا مدة معينة في السجن بباقي الأحداث الذين لم يصدر في حقهم سوى تدبير الإيداع في مركز حماية الطفولة ، حيث أثبتت بعض الدراسات الميدانية أن هؤلاء الأحداث يتصفون بالعنف الشديد و لسلوك السيئ وغالبا ما يكونون مدمنين على المخدرات، فهم يشكلون خطرا على باقي الأحداث بالإضافة إلى أن هذه المركز غير مؤهلة على مستوى الإمكانيات البشرية والمادية معالجة مثل هذه الحالات. من جهة أخرى فإن مدة الإيداع لا تتجاوز أربعة أو ستة أشهر تحول دون استفادة الحدث من التكوين المهني داخل مركز إعادة التربية علما أن مدة التكوين بها هي سنتان الشيء الذي يؤثر سلبا على الهدف الرئيسي من الإحالة على المؤسسة 28.

2- على مستوى المؤسسة :

وتتمثل أساسا في ضعف الموارد المالية لمركز حماية الطفولة، وفي مقابل ذلك الضغط الكبير الذي تعاني منه هذه المراكز.

كما أن هذه المؤسسات لا تتوفر على العدد الكافي من الأطر لتربويين والأطباء ولأخصائيين النفسانيين الاجتماعيين والأعوان والمؤطرين المهنيين والمعلمين.

الفقرة الثانية : مراكز الإصلاح والتهديب :

عرفت المادة 12 من القانون 23-98 المتعلق بتنظيم و تسيير المؤسسات السجنية: مراكز الإصلاح والتهديب بأنها "وحدات متخصصة في الكفل بالأحداث والأشخاص المدانين الذين لا تتعدى أعمارهم 20 سنة قصد إعادة إدماجهم في المجتمع" وهو القانون الذي أحدثت بموجبه هذه المراكز، حيث كانت مراكز حماية الطفولة لتابعة لوزارة الشباب والرياضة هي صاحبة الاختصاص في استقبال الأحداث الجانحين المحكوم عليهم بتدابير سالبة للحرية وفي بعض الحالات كان يتم إيوائهم في أجنحة خاصة بالسجون المغربية.

ومهمة هذه المراكز هي استقبال الأحداث الجانحين الذين صدرت ي حقهم تدابير سالبة للحرية سواء كانوا في حالة اعتقال احتياطي أو لم يصدر في حقهم مقرر قطعي بالإدانة، سواء كانوا متهمين أو متابعين أو كانوا أصدقاء 29، وهي مراكز تابعة لمديرية إدارة السجون وإعادة الإدماج التابعة لوزارة العدل، ويتوفر المغرب على ثلاثة مراكز للإصلاح والتهذيب فقط وهي مراكز الإصلاح والتهذيب بسلا و الدار البيضاء ووسطات.

وللمزيد من الوضوح والإلمام بالموضوع، سأقسم هذه الفقرة إلى نقطتين هامتين، الأولى ساتاول فيها (تشكيل مراكز الإصلاح والتهذيب) والثانية سأخصصها ل: (مهام مراكز الإصلاح والتهذيب).

أولا : تشكيل مراكز الإصلاح والتهذيب :

تشكل مراكز الإصلاح والتهذيب من الجهات التالية :

1- مدير المؤسسة :

يتأسس الطاقم الإداري والتربوي والمهني للمركز ويسهر على التطبيق الدقيق للضوابط المتعلقة بالحفاظ على النظام والأمن حيث تتجلى مهمته في تسيير المركز كما يقوم بتنسيق وتوجيه أعمال مختلف الفئات العاملة داخل المركز 30.

2- الموظفون :

لقد حددت المادة 2 من مرسوم القانون 98-23 مجموعة من الشروط الواجب توفرها في هؤلاء الموظفين حيث جاء فيها "يجب على الموظفين إنشاء أدائهم لمهامهم أن يتحلوا بحميدة بالشكل الذي يفرض احترامهم على المعتقلين ويجعلهم يؤثرون فيهم تأثيرا حسنا.

يجب ارتداء الزي الرسمي بالنسبة لكافة الموظفين داخل المؤسسة السجنية ما لم تكن هناك مقتضات مخالفة وتحدد مكوناته وشكله بقرار صادر عن وزير العدل.

يجب على الموظفين تجنب كل فعل أو تصرف أو قول أو كتابة من شأنها المس بأمن ونظام المؤسسات وبالتقدير الواجب لهم بصفتهم ممثلين للسلطة العمومية ويتعين عليهم في جميع الأحوال التعاون فيما بينهم كيفما كانت طبيعة المهام الموكلة إليهم".

في حين حددت المادة 3 من نفس المرسوم مجموعة من الأعمال الممنوع القيام بها داخل المؤسسة تحت طائلة عقوبات تأديبية حسب نوعية وخطورة كل مخالفة كاستعمال العنف أو مخاطبة المعتقلين بألفاظ مهينة أو بديلة أو النوم أثناء الليل.

3- مكتب الضبط القضائي :

حيث يمسك كل مركز بالإضافة إلى سجل الاعتقال والسجلات المنصوص عليها في المسطرة الجنائية سجلات من شأنها تسهيل العمل بمكتب الضبط القضائي 31

ويتولى مكتب الضبط يمسك هذه السجلات.

وكذلك يسهر هذا المكتب على تنفيذ مختلف قرارات المحاكم القضائية وتنفيذ مختلف قرارات المحاكم القضائية المتعلقة بالحماية والتهذيب كما يتكلف بتلقي تصريحات الأحداث سواء تعلق الأمر بالاستئناف أو النقض وغيرها من الطعون.

4- مكتب الشؤون الاجتماعية :

مهمته مساعدة الأحداث وخاصة أخبار عائلاتهم باعتقالهم في المراكز 32 وتقديم خدمات اجتماعية وحل المشاكل التي يتعرض لها الأحداث واستقبال لطلبات الخاصة بمقابلة المدير أو طلبات العفو أو طلبات تغيير التدبير أو طلبات متابعة الدراسة و التكوين المهني في أول السنة الدراسية.

-الأطباء ومهمتهم حسب المادة 29 من قانون 23-98 تتجلى في السهر على صحة المعتقلين البدنية والعقلية بفحص يشمل المعتقلين الجدد المعتقلين والمعتقلين الذين أشعر مرضهم.

ثانيا : مهام مراكز الحماية و التهذيب :

من مهام هذه المراكز تطبيق البرامج الإصلاحية والتأهيلية المطبقة بالمراكز وفق قانون 23-98 لتمثلة في:

1-التعليم : حيث أنه بإمكان النزلاء وخاصة الذين يتوافرون على مستوى دراسي يعادل الثالثة إعدادي متابعة دراستهم إلى حين حصولهم على شهادة البكالوريا شرط توافر الرغبة لدى النزيل بمتابعة الدراسة وموافقة أوليائه على ذلك.

2-التكوين المهني : وتختلف تخصصاته حسب المؤسسة وهي عموما تتمثل في الخزف، الميكانيك و التسفير.....

3-الأنشطة الثقافية : كالمسرح والندوات.....

4-الأنشطة الفنية : كالرسم والموسيقى.

5-الأنشطة الدينية : وتشمل الوعظ و الإرشاد وعقد حلقات نقاش في الأمور الدينية، بالإضافة إلى مجموعة من الأنشطة و البرامج الأخرى كالرياضة و الرعاية النفسية و الاجتماعية وكذا الرعاية اللاحقة.

ثالثا : الإشكالات والصعوبات :

1-الإشكالات المتعلقة بالتأطير:

حيث نجد أن أغلب العاملين بمراكز الإصلاح والتهذيب تنقصهم الخبرة و المؤهلات العلمية اللازمة للتعامل مع فئة الأحداث الجانحين 33 لاسيما أن على هؤلاء الموظفين أن يكونوا على درجة عالية من التكوين والتدريب قصد الإصلاح و التهذيب يضاف إلى ذلك أن معظم الأطر العاملة بمراكز الحماية والتهذيب سبق وأن اشتغلت في السجون المخصصة للرشداء مما يجعلها لا تتميز في التعامل بين هذه الفئة وغيرها من السجناء.

2-الصعوبات المتعلقة بالبنيات التحتية :

والمتمثلة أساسا في الاكتظاظ وما يترتب عنها من مشكلة النظافة والتغذية والتغطية الصحية، بالإضافة إلى مشكلة قلة المراكز وافتقادها للمواصفات الدنيا الواجب توفرها في هذه المؤسسات.

- **الاكتظاظ :** وهو المشكل الرئيسي الذي تعاني منه مراكز الحماية والتهذيب ، وذلك بسبب قلة المراكز من جهة المتمثلة في 3 مراكز على المستوى الوطني في كل من الدار البيضاء، سلا ووسطات، ومن جهة أخرى الارتفاع المستمر لظاهرة جنوح الأحداث.
 - **مشكلة النظافة :** وهو من نتائج الاكتظاظ وغياب الإمكانيات المتوفرة لهذه المراكز.
 - **انتشار الأمراض :** وهو أمر لا مفر منه عندما تقل النظافة ويسود الاكتظاظ. ولعل الأمراض الجلدية وأمراض العيون تعد من أكثر الأمراض المعدية في هذه المراكز.
 - **قلة الإمكانيات المتوفرة لمراكز الحماية والتهذيب :** يدخل في ذلك البنيات التحتية وكذا الإمكانيات المادية فعلى سبيل المثال نجد أن مركز لإصلاح و التهذيب بالدار البيضاء كان في الأصل مستودعا مخصصا لحفظ مواد التغذية 12 والتجهيز المخصصة للسجون الجنوبية وقد تم إيواء فئة صغار الجانحين من النزلاء بهذا المبنى الذي يفتقر إلى زنازين صغيرة، إذ هو عبارة عن 12 غرفة يتجمع بداخل كل واحدة 100 شخص. أما مركز الإصلاح والتهذيب بسلا فقد كان ورشا للتكوين المهني بالركب السجني بسلا.
- المطلب الثاني : إعادة تأهيل الأحداث الجانحين :**

تعتبر مؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء، والمرصد الوطني لحقوق الطفل من الجمعيات الحكومية المعترف لها بصفة المنفعة العامة خاصة لقانون تأسيس الجمعيات، التي يعين أعضاؤها من طرف السلطة، وذلك بغية تحقيق الإدماج الفعال لهؤلاء السجناء، بعدما تأكد باللموس لدى جلالاته أن اقتصار مهمة إعادة إدماج السجناء على القطاعات المديرية للسجون ومراكز حماية الطفولة غير كافية.

الفقرة الأولى : مؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء.

أولا : تأسيس المؤسسة وتكوين مجلسها الإداري.

1التأسيس :

قرر جلالة الملك إحداث مؤسسة لفائدة السجناء ونزلاء مراكز حماية الطفولة بتاريخ 15 يناير 2002 بطنجة. واعترف لها بصفة المنفعة العامة بتاريخ 12 مارس 2002. فهذه المؤسسة تبلور الإرادة الملكية لضمان التزامه اللزم تعيبتها في إعادة الإدماج لكي لا تبقى حماية الكرامة الإنسانية للسجناء مجرد شعار.34

2التكوين :

يتكون المجلس الإداري لمؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء من 10 أعضاء تعمل تحت الرئاسة الفعلية لجلالة الملك ويتعلق الأمر:

- بتوزيع الأعضاء الذين يساهمون بفعالية في التفكير ونشر العمليات على ثلاث لجن تتكلف إحداها بدراسة الجهاز القضائي في المجال الجنائي و السجني والثانية مهتمة ببلورة برنامج العمل لفائدة الأحداث بمراكز حماية الطفولة والثالثة مهمتها إعداد الأنشطة التي يتم تفعيلها داخل السجون، ويساعد المجلس الإداري رق إجرائي محدود العدد و جد نشيط.

ثانيا : مهام المجلس الإداري :

وتتلخص مهام هذه المؤسسة على أنسنة الوسط السجني، والمساهمة في إعادة إدماج السجناء والأطفال الجانحين، فمنذ إحداثها حددت هذه المؤسسة لنفسها ثلاث مهام أساسية :

1- المهام :

- أنسنة وسط الاعتقال وذلك بالمساهمة في تحسين تهيئات وتجهيزات السجون، وذلك عن طريق تطوير برامج التربية و التكوين المهني لتسهيل عملية تأهيل الأحداث، نزلاء المؤسسات السجنية، وكذا تقديم الدعم والمساعدة بواسطة التجهيز والترميم وإعادة البناء 35.

وظيفة اقتراحية: حيث تمنح لنزلائها هامش الحرية في تقديم اقتراحاتهم تجاه مواطن الخلل التي يرونها أثناء تدبير المؤسسات، حتى يتم كشف كل الاختلالات والتجاوزات عند تدبير دور الاعتقال وإعادة تربية الجانحين.

- إعادة الإدماج الاجتماعي والمهني للسجناء والأحداث، وذلك بتطوير التعليم و التكوين المهني لدى السجناء بهدف تسهيل إعادة إدماجهم الاجتماعي و المهني، كما تعمل المؤسسة على تحسين ظروف الإقامة والتربية للأطفال الجانحين وتساهم إعادة إدماجهم الاجتماعي والعائلي 36.

- تحسين ظروف الاستقبال و التهيئة لإعادة الإدماج مراكز الحماية وذلك من خلال إرساء إستراتيجية أكثر ملائمة تشمل تحسين وتعزيز البرامج التربوية وكذا توفير مناخ للاستقرار و الطمأنينة النفسية الضرورة و ظروف التكفل الضامنة لإعادة الاندماج الاجتماعي.

ويتمحور برنامج كل مركز نموذجي حول المكونات التالية :

- برنامج محو الأمية.
 - برنامج للتربية الغير النظامية.
 - برنامج التعليم العام.
 - برنامج التكوين المهني.
 - برنامج التربية على المواطنة.
 - أنشطة ثقافية.
 - أنشطة دينية.
 - أنشطة رياضية.
- ويتم تفعيل هذه المكونات في إطار اتفاقيات شراكة مبرمة بن مؤسسة ممد السادس لإعادة إدماج السجناء ووزارة الشباب الرياضة.

الفقرة الثانية : المرصد الوطني لحقوق الطفل :

أولا : النشأة و التأسيس :

لقد شكلت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989- التي صادق عليها المغرب سنة 1993م- إعلانا صريحا للاهتمام و النهوض بقضايا الطفل والطفولة، بحيث نصت على 54 مادة و4 مبادئ أساسية تضمن حقوقه الكاملة، وهذا

الأمر يستلزم من الدول ومن موقع مسؤولية التصديق الالتزام الأخلاقي والقانوني لإخراجها إلى حيز الواقع واتخاذ كل التدابير ووضع برامج ورسم الاستراتيجيات وصياغة السياسات الكفيلة بأعمالها وتنفيذه.

لقد بدأت أولى مؤشرات التزام المغرب بهذه الاتفاقية الأهمية الخاصة بحقوق الطفل، عندما قام بأول إجراء تنفيذي يتوخى البحث عن صيغة عملية التصديق لتطبيق بنود هذه الاتفاقية على الصعيد الدولي، حيث اعتمدت تحت الرئاسة السمية للمغفور له الحسن الثاني والرئاسة لفعالية للأميرة للامريم إلى تنظيم مؤتمر وطني لحقوق الطفل بمدينة الدار البيضاء أيام: 25/26/27/28 ماي 1994 تحت شعار " للأطفال حقوق " ولكي يترسخ الاقتناع أهمية ودور المؤتمر الوطني لحقوق الطفل، ولكي تتحقق المتابعة للتوصيات الصادرة عن هذه المؤتمرات الوطنية، فقد جاءت

الرسالة الموجهة إلى المؤتمرين خلال الدورة الثانية للمؤتمر الوطني لحقوق لطفل القنيطرة فيما بين 25 27 اي تحت شعار " لتكثيف جهودنا من الآن " من أجل الارتقاء بالمؤتمر وطني إلى مرصد وطني ، بصفة وطنية رسمية، وأسندت رئاسته إلي الأميرة للامريم ود أناط به العاهل الراحل مهمة تتبع أعمال مقتضيات الاتفاقية الأهمية على صعد جميع مكونات المجتمع المغربي.

ومذ سنة 1994 أضحي يوم 25 ماي الذي يعتبر اليوم الوطني للطفل موعدا سنويا بين مختلف الفاعلين لتقييم ماتم إنجازه من أعمال لفائدة الطفولة المغربية.

ثانيا : المهام :

تسند مهمة تتبع التنظيم، وتسيير أعمال برلمان الطفل وتوفير الدعم اللوجستيكي والإداري له إلى جهازين إثنين هما :

اللجنة التقنية : وتتكلف بتحديد الاختيارات التنظيمية و الأولويات والعلاقات مع الشركاء.

والكتابة الدائمة : المشكلة في إطار المرصد الوطني لحقوق الطفل، و التي يساهم الأطفال في أعمالها مساهمة فعالة.

ويجتمع الأعضاء المكونون للبرلمان في دورات جهوية على صعيد كل جهة من جهات المملكة الستة عشر

ثالثا : الأهداف :

يسعى المرصد الوطني لحقوق الطفل باعتباره منظمة غير حكومية إلى تحقيق جملة من الأهداف يمكن إنجازها فيما يلي 37 :

*تتبع عملية تفعيل مقتضيات الاتفاقية الأهمية على صعيد جميع مكونات المجتمع المغربي.

*التحليل المستمر لوضعية الطفل في مجال الحماية والتنمية، وتقييم نجاعة العمليات المنجزة في المجالات المرتبطة برفاه الطفل: وذلك بقصد ضبط ووضع حلول التحديات.

*خلق وإنجاز عمليات نموذجية تتعلق بحقوق الطفل في مجالات الصحة و التعليم والترفيه و التنشيط والحماية القانونية أي تحقيق المصلحة الفضلى للطفل التي عالجتها وأكدها المبادئ الأربعة الأساسية التي جاءت بها الاتفاقية الأهمية للطفل.

وخلال الدورة الثالثة للمؤتمر الوطني لحقوق الطفل، تم تحديد المهام الرئيسية المناطة بالمرصد الوطني و المتمثلة أساسا في التعبئة الاجتماعية والتنسيق والأعمال التوضيحية 38.

بقي أن نعرف أن المرصد الوطني لحقوق الطفل يضطلع بدور التنسيق والدفاع على الصعيدين الوطني و الدولي، فإذا كان على المستوى يوفر للجمعيات و المنظمات غير الحكومية ومختلف الدوائر التي تعمل في مجال الطفولة آليات التدخل ويضع رهن إشارتها فضاءات التشاور، فإنه على المستوى الدولي، تم إشراكه- أي المرصد- في مختلف المبادرات الدولية والإقليمية 39.

خاتمة :

إذا كان موضوع الطفل - منذ تشكله جنينا في بطن أمه- قد حظي بعناية قانونية وإنسانية فائقة من قبل المنتظم الدولي المتجسد أساسا في التشريعات الحديثة، المواكبة لتحولات وتطلعات المجتمعات وكذا المعاهدات والمواثيق الدولية المتجددة، وعلى رأسها ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان لحقوق الطفل بتاريخ 20 نونبر 1959 والذي تضمن مجموعة من المبادئ التي تضمن وتحمي حقوق الطفل قبل وبعد ولادته ، حيث جاء في المبدأ الرابع من الإعلان " يجب أن يتمتع الطفل بفوائد الضمان الاجتماعي وأن يكون مؤهلا للنمو الصحي السليم، وأن يصاب هو وأمه بالعناية والحماية الخاصتين اللازمتين قبل الوضع وبعده" - فان المغرب قد بذل جهودا كبيرة في هذا الباب، بدءا من توقيعه على الاتفاقية الأهمية لحقوق الطفل، من اجل النهوض بأوضاع الطفولة المهمشة 1 بصفة عامة والأطفال الجائحين بشكل خاص، مع العمل على تكريس حقوقها من خلال ملاءمة التشريعات الوطنية مع توصياتها و إنشاء مؤسسات خاصة بهؤلاء الأطفال مثل المرصد الوطني لحقوق الطفل وبرلمان الطفل والمجالس الجماعية للأطفال ودور التأهيل الاجتماعي ومراكز التقويم السلوكي و التربية. ولذلك اعتبر المغرب من الدول العربية والإفريقية القليلة التي تعاملت مع مختلف إشكالات الطفولة بنوع من الوضوح واليجابية من اجل المساهمة في محاربة ظاهرة جنوح الأحداث، وذلك عبر الانخراط في الجهود الدولية للقضاء على مختلف أنواع الاستغلال الذي يتعرض لها الطفل من جهة ومختلف العوامل المسببة في انحراف وإجرام الأحداث، وكل هذا يعالج ويدبر بواسطة البرامج الخاصة أي ذات الصلة بالطفولة ووضعية الجائحين والمشاريع التي تنجز بشراكة فعالة مع جمعيات وطنية و دولية.

وللأسف، انه على الرغم من الجهودان الكبيرة التي بذلها المشرع المغربي في معالجة ظاهرة جنوح الأحداث من خلال القواعد الخاصة بالأحداث الواردة في قانون المسطرة الجنائية والتي حاول من خلالها التأسيس لسياسة جنائية حديثة في معالجته لهذه الظاهرة تختلف عن تلك التي تؤسس للسياسة الجنائية للرشداء وتهدف أساسا إلى محاولة تقييم سلوك الحدث وإعادة إدماجه في وسطه الأسري والمجتمعي، فإنه لازال بعيدا عن التطورات التي سارت على هديها العديد من التشريعات الغربية والعربية ونذكر منها التشريع الفرنسي 40 والتشريع المصري 41 اللذين ذهبا أبعد من ذلك في حماية الحدث عن طريق إحداث محاكم متخصصة في قضايا الأحداث وتوفر على المؤهلات المادية والبشرية في هذا المجال.

وهكذا فقد بات لزاما على المشرع المغربي أن يتدخل من جديد لتحديث الترسنة القانونية المتعلقة بالأحداث من خلال تخصيص قانون للأحداث مستقل عن قانون المسطرة الجنائية يشتمل على قواعد إجرائية وأخرى موضوعية وإحداث محاكم جنحية وجنائية خاصة بالنظر في قضايا الأحداث وتفادي الإشكاليات التي سبقت الإشارة إليها في هذا العرض والمتمثلة أساسا في إلغاء المسطرة الغيابية في قضايا جنابات الأحداث واستبدالها بمسطرة القيم المعمول بها في

جميع القضايا الجنحية وتفادي ازدواجية العقوبة والتدبير في حقهم مع ضرورة التخلي إن أمكن عن العقوبة السالبة للحرية واستبدالها بتدابير تضمن تأهيل الحدث ليصبح مرة أخرى عنصراً فعالاً في المجتمع، وإحداث مراكز ومؤسسات خاصة بالفتيات الجانحات على مستوى كل أقاليم المملكة وأخرى للأحداث المصابين بأمراض عقلية أو نفسية أو تسمم نتيجة الإدمان على المخدرات بجميع أنواعها خاصة وأن المراكز الاستشفائية التابعة للدولة لا تتوفر على جناح خاص بالإدمان باستثناء بعض المدن الكبرى كالدار البيضاء والرباط، وضمن توفير مراكز جديدة لحماية الطفولة بكل دائرة استثنائية على الأقل حتى يبقى الحدث قريباً من وسطه الأسري وتيسيراً لحسن سير إجراءات البحث والتحقيق والمحكمة.

وحتى يصبح موضوع الأحداث - فعلاً - جزءاً لا يتجزأ من التنمية الوطنية، وفق ما جاءت به بنود مؤتمر بيكن، وحتى يوضع حد لجميع الممارسات والانتهاكات الجسيمة والقاضية بالمس بكرامة وحرية وكيونة الحدث سواء بمخاfer الشرطة أو بالمؤسسات التديبرية والعقابية، أرى انه من اللازم توفير المقترحات والتوصيات التالية :

1- على الدولة ضمن برامجها الاستراتيجية في التنمية البشرية والنهوض بالطفولة والأمومة أن ترفع من وتيرة اهتمامها بالأسرة المغربية بنوعيتها: النووية والممتدة وخاصة الأسرة الفقيرة ذات الحاجيات الملحة.

2- إحداث مؤسسات عمومية ذات الوظائف المتعددة: التكوينية والتربوية والتثقيفية والترفيهية لوقاية الأطفال من الانحراف.

3- ضرورة جعل السلطة القضائية مستقلة وغير خاضعة لأية تبعية رئاسية من أية وزارة. ذلك أن عدم استقلال القضاء من شأنه أن يجعل القاضي يهاب أن يواجه الإدارة بما قد تركبه من خروقات وانتهاكات للقانون.

4- إحداث بدائل للعقوبة السالبة للحرية وتوعية المجتمع المدني بجميع مكوناته في إطار خطة ووطنية مجتمعية تهدف إلى التحسيس بهمية هذه البدائل في إنجاح العملية " عملية إعادة إدماج الأحداث الجانحين والمحكوم عليهم بصفة عامة" وبأهميته في مكافحة الجريمة من خلال مشاركته الفعلية في إنجاح تنفيذ هذه البدائل.

5- إعادة النظر في برامج تأهيل الأحداث المطبقة بمراكز حماية الطفولة بما يواكب التطور التكنولوجي والاجتماعي الحديثين.

6- إحداث مركز علاجية خاصة بإيداع الأحداث الذين ارتكبوا جرائم تحت تأثير المخدرات أو الجنون، وإسناد مهمة الإشراف عليها لأطر متخصصة تعمل بتنسيق مع قاضي الأحداث وقاضي تطبيق العقوبة.

6- حسن اختيار وتدريب موظفي المؤسسات السجنية والإصلاحية مع تحفيزهم مادياً ومعنوياً و إلحاق سكنهم بأماكن المؤسسات التي يعملون بها.

1. محمد الزين: الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، تونس، ص:304.
2. علي محمد جعفر: العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها للمؤسسة الجامعية للدراسات ونشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1988 ص:120.
3. جعفر العلوي: دروس في علم الإجرام مكتبة المعارف الجامعية، فاس 2005 ص:88.
4. عبد الله سليمان سليمان: النظرية العامة للتدابير الاحترازية دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990 ص:466.
5. د/ عبد الرحمان مصلح الشراحي: انحراف الأحداث في التشريع المغربي والقانون المقارن، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، الرباط 2002 ص:208.
6. منير العصرة: انحراف الأحداث ومشكلة العوامل، المكتب المصري الحديث، القاهرة 1974 ص:258.
7. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1977 ص:1009.
8. د/ علي محمد جعفر: حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الانحراف، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، الطبعة الأولى بيروت - لبنان 2004 ص:337.
9. د/ فوزية عبد الستار: المعاملة الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة 1999 ص:113.
10. د/ نجيب حسني: مرجع سابق ص:1010.
11. 11- تعريف ورد في بحث موحى ولحسن ميموني: نظام الحرية المحروسة في حماية الطفولة دراسة في ضوء قانون م، ج الجديد، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة الأسرة والطفولة، كلية الحقوق بفاس 2002-2003، ص:5.
12. 12- د/ عبد الحكيم فودة: جرائم الأحداث في ضوء الفقه وقضاء لنقض، دار المطبوعات لجامعية، الإسكندرية 1997 ص:274.
13. 13 -- عادل صديقي: الأحداث المجرمون ، جرائم وتشرذ الأحداث في التشريع المصري ، حالات الخطورة الاجتماعية ، التدابير التقويمية للأحداث، أحكام التحفظ ، تطبق العقوبات المخففة، الإيداع في المؤسسات العقابية، الإجراءات المتبعة أمام محكمة الأحداث ط الأولى، دار النهضة العربية القاهرة 1992- ص:146.
14. 14- منير العصرة: انحراف الأحداث ومشكلة العوامل، مرجع سابق، ص:58.
15. 15- المذكرة الوزارية رقم 129 من ق ج ج الصادرة بتاريخ 10/02/1974 المنظمة لعمل المندوبين الدائمين للحرية المحروسة.
16. 16- د/ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق ص:240.
17. 17- ينبغي أن نشير هنا إلى أن تدبير التسليم ليس إجراء لازما لنظام الحرية المحروسة، بل هو تدبير مستقل بذاته بدليل منطوق المادة 481، كما أن دور المندوب لا يحدد فقط عندما يتم وضع الحدث في وسطه الطبيعي، بل حتى في حالة إيداعه في مؤسسة مغلقة. هذا ما أيده الفقه الفرنسي إذ اعتبر فرض مراقبة ومتابعة خارجية على الحدث من شأنه أن يضيف مزيدا من الجدية على مراقبة الحدث وتتبع سلوكه.
18. 18- عبد الله سليمان: النظرية العامة للتدابير الاحترازية، مرجع سابق ص:477 و 480.
19. 19- مصطفى العوجي: الحدث المنحرف أو المهذب بمختر الانحراف، مرجع سابق ص:223.
20. 20- د/ عبد الرحمن مصلح الشراحي: انحراف الأحداث، مرجع سابق، ص:292.
21. 21- يرى الفكر القانوني الحديث أن: التدبير الوقائي لا يقاس بجسامة الجرم أو درجة مسؤولية الحدث و إنما يقاس بمدى حاجته إلى التربية التهذيب.
22. 22 - Unicef, observatoire national des droits de l'enfant, secrétariat état chargé de l'enfant, Maroc digné de ses enfants plan d'action national pour l'enfance 2006-2015 p43
23. 23 - Rachid ringa, regard sociologiques sur la délinquance juvénile au Maroc imprimerie de fédala 1ére édition 1998-p65
24. 24- التوافق الاجتماعي يهم علاقة الحدث بالآخرين داخل الجماعة وكذلك داخل الجماعة الأخرى وكذا المرين، كما أنه يتعلق بسلوك الحدث أثناء الحياة العامة للفريق من خلال مختلف نشاطاته.
25. 25- محمد الغياط: السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح في المغرب، دراسة قانونية تربوية اجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في علوم التربية- طوب بريس، الطبعة لأولى ، غشت 2006 الرباط ص:131.
26. 26- كتابة الدولة المكلفة بالشباب مؤسسات حماية الطفولة مصلحة حماية الطفولة 2007 نشرة خاصة.
27. 27- محمد أزيزي: واقع السجون المغربية وأهدافها الإصلاحية، مطابع إفريقيا للشرق، البيضاء 2006 ص:198.

28. 28- محمد الغياط: السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح في المغرب، رسالة لنيل ددع م في علوم التربية ، طوب بريس، الطبعة الأولى، غشت 2006 ص:146.
29. 29- محمد الغياط: رجع سابق، ص:146.
30. 30- راجع المادة1 من مرسوم رقم 2.00.485 صادر في شعبان (3 نونبر 2000) تحدد بموجبه كيفية تطبيق القانون رقم.23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.
31. 31- راجع المواد من 13 إلى 20 من مرسوم تطبيق قانون 23-98.
32. 32- محمد الغياط: مرجع سابق، ص:148.
33. 33- طه زهران فيصل غرابيه: دور مؤسسة الأحداث في ضوء سياسة الدفاع الاجتماعي، العدد:16 ص:196.
34. 34- مؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء لنشرة خاصة عام 2005، ص:5.
35. 35- حسن فضل الله: دور المؤسسات السجنية في إعادة تأهيل الحدث جانح، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس2005-2006، ص:142.
36. 36- محمد الغياط: مرجع سابق، ص:156.
37. 37- محمد الدريج: الأطفال في وضعية صعبة، سلسلة المعرفة للجميع العدد:25 غشت/شتنبر2002 ص:198.
38. 38- المرصد الوطني لحقوق الطفل، الدورة الثالثة، ماي 1995 (التقرير العام) ص:05.
39. 39- محمد الغياط: مرجع سابق ص:170.
40. 40 - قانون 2 فبراير 1945 (المادتين 1 و 20)
41. 41 - قانون الطفل رقم 12 الصادر 25 مارس 1996 و المنشور بالجريدة الرسمية المصرية ، العدد 13 تابع بتاريخ 28 مارس 1996 (المادة 120 و ما بعدها)

المراجع :

أولا الكتب و المؤلفات:

- حسن فضل الله: دور المؤسسات السجنية في إعادة تأهيل الحدث جانح، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس2005-2006، ص:142.
- 12- طه زهران فيصل غرابيه: دور مؤسسة الأحداث في ضوء سياسة الدفاع الاجتماعي، العدد:16 ص:196.
- محمد الغياط: السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح في المغرب، دراسة قانونية تربوية اجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في علوم التربية- طوب بريس، الطبعة لأولى ، غشت 2006 الرباط ص:131.
- محمد الدريج: الأطفال في وضعية صعبة، سلسلة المعرفة للجميع العدد:25 غشت/شتنبر2002 ص:198.
- فوزية عبد الستار" المعاملة الجنائية للأطفال' دراسة مقارنة' دار النهضة العربية القاهرة' بدون تاريخ' ص"40.
- يوسف أجبار: الحماية الجنائية للطفل - دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بطنجة، السنة الجامعية:2006/2005، ص:41.
- عبد الرحمن مصلح الشراي: انحراف الأحداث في التشريع المغربي و القانون المقارن، الطبعة الأولى: 2002 ، ص:259.
- محمود سليمان موسى: "قانون الطفولة الجانحة و المعاملة الجنائية للأحداث، دراسة مقارنة في التشريعات الوطنية و القانون الدولي" طبعة2006، ص:255.

- 4- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، الطبعة الأولى 1980، ص:330.
- . محمد بوزلافة: المبادئ الدولية الخاصة بالأحداث: مبادئ الأمم المتحدة لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية) الموسم الجامعي:2005-2006 ن ص25 و50-52-53.
- محمد بوزلافة، المبادئ الدولية التي تنظم قضاء الأحداث " قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث الموسم الجامعي2005/2006، ص:22-46.
- زينب أحمد عوين: قضاء الأحداث دراسة مقارنة، دار الثقافة، للنشر و التوزيع الطبعة الأولى2003، ص:77.
- سمية باهدي: الحماية التشريعية للحدث في ظل قانون المسطرة الجنائية و مدى ملاءمتها مع المعايير الدولية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في علوم التربية، جامعة محمد الخامس - السويسي، كلية علوم التربية الرباط ، سنة2003-2004 نص: 111
- ثانيا : الرسائل و الأطروحات :
- اوبراهيم رشيدة ، ضمانات المحكمة العادلة للحدث الجانح - دراسة مقارنة - بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، فاس، السنة الجامعية2007/2008.
- أمال الحرفوش، السياسة الجنائية لقضاء الأحداث ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، طنجة ، السنة الجامعية 2007/2008.
- محمد الغياض، السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح في السياسة الجنائية و حماية حقوق الحدث الجانح في المغرب، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في علوم التربية، الرباط 2006.
- حنان الدكالي، الأهلية الجنائية للحدث، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بطنجة، السنة الجامعية:2006/2007.

المحاكم الإدارية وقضاء التعويض



محمد المجني رئيس قسم الموارد البشرية والشؤون القانونية

برئاسة جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال

باحث في صف الدكتوراه الوطنية ووحدة القانون الإداري والعلوم الإدارية

-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق - الدار البيضاء

مقدمة :

يستهدف قضاء الإلغاء، من خلال رقابة القرارات الإدارية، التوصل إلى إلغاء غير المشروع منها، إلا أنه ليس كافيا لحماية الأفراد حماية كاملة، إذ أنه إذا كان يضمن إعدام القرارات الإدارية المعيبة، فإنه لا يكفل تغطية ما يترتب على بقاء تلك القرارات الإدارية فترة من الزمن، نظرا لمبدأ نفاذ القرارات الإدارية بالرغم من رفع دعوى الإلغاء، ويمكن القول أن طريق التعويض يعتبر مكملا للإلغاء.

ويعتبر إنشاء المحاكم الإدارية بالمغرب بصفة مستقلة عن المحاكم الابتدائية مرحلة جديدة في تطور النظام القضائي الذي كان يتسم بوحدة القضاء وازدواجية القانون منذ ظهير 12 غشت 1913، الشيء الذي أدى إلى وجود نصوص قانونية متميزة عن قواعد القانون الخاص تتعلق بالنشاط الإداري للأشخاص العامة، وبالرغم من أن الإدارة، خاصة في فترة الحماية، لم تكن خاضعة للرقابة القضائية بصفة شاملة فإن المحاكم المحدثه خلال هذه الفترة والممتدة بعد الاستقلال كانت تتوفر على اختصاصات للنظر في الدعاوى المقدمة ضد الإدارة.

ومن جهة أخرى، عرف القضاء الإداري بالمغرب مظاهر وجوده أيضا من خلال مختلف الاجتهادات المتميزة التي كانت تصدر عن هذه المحاكم في المجال الإداري والتي تعززت بلجتهادات المجلس الأعلى من خلال مختلف الحلول والقرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى.

ومع إنشاء المجلس الأعلى بظهير 27 شتنبر 1975 اتسع مجال مقاضاة الإدارة بإدخال دعوى الإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية، لتضاف إلى الدعاوى الأخرى المقررة سابقا في مجال التعويض بناء على مسؤولية الإدارة، أو في مجال القضاء الشامل.

ومع إصلاح سنة 1974 تعزز تأكيد الوضعية السابقة بتوسيع مجال قضاء التعويض بصفة إجمالية ، وأصبحت المحاكم الابتدائية مختصة للنظر في مختلف الدعاوى في هذا المجال كدرجة أولى على أن تستأنف أحكامها بشروط معينة أمام محاكم الاستئناف قبل أن تعرض للنقض أمام المجلس الأعلى.

وخلال سنة 1989 وبداية سنة 1990، طرحت على الساحة الوطنية قضية علاقة المواطنين بالسلطات العمومية خاصة السلطات الإدارية وقدرتبطت هذه العلاقة بضرورة تدعيم وتطوير حماية حقوق المواطن وحقوق الإنسان على العموم. وفي هذا الجوجاءت المبادرات الملكية والمعلن عنها في الخطاب الملكي ليوم 8 ماي 1990 بإنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والإعلان عن قرب إنشاء المحاكم الإدارية والتأكيد على استكمال دولة الحق والقانون¹.

وبالفعل، تم إعداد مشروع قانون إحداث المحاكم الإدارية رقم 41/90 الذي عرض على أنظار مجلس النواب الذي وافق عليه بتاريخ 11 يوليوز 1991 ليتم إصداره في 03 نونبر 1993، ونشر بالجريدة الرسمية، ولم يدخل حيز التطبيق إلا في فاتح مارس 1994.

ويعد إنشاء هذا النوع من المؤسسات القضائية، بجميع المقاييس، من أبرز الأحداث التي شهدتها بلادنا في السنين الأخيرة، باعتباره لبنة إضافية في طريق استكمال صرح دولة الحق والقانون، من شأنها أن تطور عمل القضاء الإداري ويعزز نظام حماية فعلية لحقوق وحرريات المواطنين عموماً، والممارسين في كل القطاعات الاقتصادية على وجه الخصوص.

ويبقى التساؤل المطروح هو إلى أي حد استطاعت المحاكم الإدارية بالمغرب القيام بالمهام الملقاة عليها خاصة في مجال التعويض؟ وما هي العراقيل التي تعترض السير العادي لهذه المؤسسات القضائية؟

للجواب على هذه الإشكالية كان من الضروري التحدث في البداية عن إشكالية الاختصاص في مجال التعويض بعد إحداث المحاكم الإدارية ثم رصد تجارب بعض المحاكم الإدارية في هذا الإطار (المبحث الأول) ثم التوقف بعد ذلك على أهم الصعوبات التي تؤثر على أداء هذه المحاكم (المبحث الثاني).

المبحث الأول : قضاء التعويض في ظل المحاكم الإدارية :

إن إشكالية اختصاص المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض لم تكن تثار قبل إحداث هاته المحاكم مادام أن الفصل 18 من ق.م م كان يسند هذا الاختصاص إلى المحاكم الابتدائية. لكن بصدور قانون المحاكم الإدارية وتنصيبها أصبحت هاته الإشكالية قائمة ، إذ يتعين معرفة ما إذا كانت كل دعاوى المسؤولية الإدارية أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية أم لا زال القاضي العادي يختص بجزء من هاته الدعاوى.

¹ - قال الملك الراحل: «لا يمكن لهذا البلد أن يكون دولة قانون إلا إذا جعلنا لكل مغربي الوسيلة كي يدافع عن حقوقه كيفما كان خصمه". فمصلحتنا أن تكون غرفة إدارية في كل عمالة من العمالات وكل إقليم من الأقاليم. ولكن ليس لدينا القضاة الأكفاء والكافون في هذا البلد، لأن ذلك يتطلب تكويننا خاصاً".

المطلب الأول : اختصاص المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض :

- استنادا إلى المادة 8 من القانون رقم 90-41، وإن كانت تعتبر أصلا عاما في تحديد اختصاص المحاكم الإدارية، فإن بعض المواد التي تلتها قد تكون قيدتها مما يطرح التساؤل حول كيفية التوفيق بين المادة 8 وبعض المواد الأخرى التي تلتها ويتعلق الأمر بالمواد 26 و27 المتعلقة بالانتخابات والمواد 28 إلى 36 المتعلقة بالضرائب.

وفي هذا الصدد، يعتبر الأستاذ محمد النجاري أن قانون المحاكم الإدارية وإن كان قد جاء ببعض القواعد الموضوعية كما هو الحال في المادة (20) إلا أن أغلبية النصوص تتعلق بالمسطرة الواجب اتباعها أمام هاته المحاكم، مما نرى أنه يتعين الرجوع إلى القواعد القانونية والفقهية المتعلقة بتحديد مسؤولية الدولة قصد تطبيقها على كل دعاوى المسؤولية الإدارية.

وذهب الاجتهاد القضائي إلى تبني هذا الموقف، إلا أن الاختلاف حول اختصاص المحاكم في كل نشاط أو عمل مهما كان نوعه تسبب في ضرر للغير ولو كان يرجع أساسا إلى تطبيق القانون الخاص، بمعنى أن المشرع يكون قد اكتفى في هاته الصورة بالمعيار العضوي أو الشكلي للمنازعة الإدارية.

ومثال على ذلك، ما قضت به المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في قضية بامهاوت محمد ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية الصادر بتاريخ 15 فبراير 1996 حيث صرحت بأن " التعويض عن الطرد الذي يتسبب فيه شخص من أشخاص القانون العام دون أن تكون بينه وبين المتضرر علاقة قانونية معينة ينظمها قانون خاص".

وفي حكم للمحكمة الإدارية بفاس الصادر بتاريخ 1994/12/22 اعتبرت نفسها مختصة للبت في طلب التعويض عن الغلة والدار التي توجد بقطعة أرضية كانت موضوع عقد تم بمقتضاه تنازل الطاعن عنها وبمقابل لفائدة إحدى الجماعات. وقد جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم "من المسلم به وفقا للقواعد المقررة في عقد البيع أن العقود تسري آثارها من تاريخ التوقيع عليها ومن بين الآثار نقل الملكية للمشتري والتي تحول له التصرف في مشتراه بمختلف أنواعه.....".

أما المحكمة الإدارية لوجدة فقد أجابت عن الدفع بالاختصاص في قضية تتعلق بالتعويض عن مساحة مقتطعة لتوسعة طريق في إطار قانون التعمير بناء على مقتضيات الفصل 08، لكن أحكاما أخرى ذهبت في اتجاه معاكس ذلك أن المحكمة الإدارية بفاس اعتبرت أن طلب التعويض عن الإخلال بعقد كراء محطة وقوف للسيارات يخرج عن إطار اختصاص المحكمة الإدارية باعتبار أن عقد الكراء هو عقد خاص (حكم صادر في 19/01/1995).

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير نفسها غير مختصة في طلب أداء مبلغ مالي موجه ضد وزارة الشبيبة والرياضة ومن معها بعللة أن الأمر يتعلق بمبلغ نتج عن عقد كراء جهاز تلفاز وفيديو وهو عقد خاص تختص في منازعاته المحاكم العادية (حكم صادر في 05/01/1995).

على أن الرأي الراجح لدى المحاكم الإدارية هو التمسك بمعايير التمييز بين المنازعة الإدارية وغير الإدارية ويتجلى ذلك في كثير من القضايا وخاصة في مجال العقود الإدارية، إذ اعتبرت كثير من المحاكم الإدارية أن العقود التي تبرمها المؤسسات العامة ذات الصبغة التجارية والصناعية مع المنتفعين بخدماتها عقودا مدنية تخرج عن اختصاص القضاء الإداري.

فالمحكمة الإدارية بوجدة في حكمها عدد 106 بتاريخ 1995/12/27 اعتبرت فيه أن عقد الاشتراك في الهاتف عقد مدني وأعلنت عدم اختصاصها، في حين ذهبت المحكمة الإدارية بأكادير وعلى خلاف باقي المحاكم الأخرى إلى اعتبار أن عقد الاشتراك في الهاتف عقد إداري وأعلنت عن اختصاصها للنظر في النزاع الناشئ عنه بمقتضى حكمها 95/593 بتاريخ 19 أكتوبر 1995 .

الجدير بالإشارة أن المادة 8 من قانون المحاكم الإدارية أعطت الولاية العامة للمحاكم الإدارية في دعوى التعويض مالم يوجد نص خاص وصریح يعطي الاختصاص لجهة قضائية أخرى، وهذا ما أكده الأستاذ محمد النجاري (أنني أرى أنه متى وجد نص خاص يعطي الاختصاص لجهة قضائية معينة وجب عليها التمسك به إلى أن يتدخل المشرع لتعديله أو أن يتواتر القضاء الإداري على تعديله ضمناً، ومثال على ذلك ما نص عليه المشرع في بعض مواد قانون المحاكم الإدارية بتعديل الفصل 85 مكرر من ض.ق.ل.ع الذي يعطي الاختصاص (في دعاوى التعويض عن الإضرار الحاصلة للأطفال والشباب خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم للمحكمة الإقليمية).

المطلب الثاني: تجربة المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض :

يمكن تعريف دعوى التعويض بأنها تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة.

وتعتبر دعوى التعويض أهم صور دعوى القضاء الشامل، وقد حدد المشرع المغربي قضاء التعويض بموجب المادة الثامنة من قانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

ويثار التساؤل حول تجربة المحاكم الإدارية في ميدان تعويض الأفراد عن الأضرار التي تلحقهم من جراء تصرفات وإعمال الإدارة؟.

للجواب عن هذا السؤال حاولنا الوقوف على ثلة من الأحكام القضائية الصادرة عن بعض المحاكم الإدارية المشهورة مع التركيز بشكل كبير على الأحكام الحديثة العهد للمحكمة الإدارية بأكادير.

ومن الملاحظ أن تجربة المحاكم الإدارية في قضايا التعويض لعبت دوراً طلائعياً في تجسيد بعض الأهداف الرامية إلى خلق إطار حقيقي لدولة القانون والرغبة الأكيدة لتدعيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

إذ سارت على نفس النهج المرسوم من طرف القضاء الإداري الفرنسي الذي وضع مفهوماً للخطأ المصلحي في ثلاث صور¹ ومال إلى المعيار المنفصل الذي نادى به الفقيه هوريو، إضافة إلى التدليس والخطأ الجسيم، وما يؤكد ذلك هو الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 19 يوليوز 1995، حيث صرحت بأن الاختصاص منعقد لها في دعوى التعويض عن عدم إيصال الرسائل إلى الجهة المرسل إليها من طرف مصلحة البريد، فتأخر مصلحة البريد في إيصال هذه الرسائل يعتبر خطأً مرفقياً يستوجب التعويض.

كما أصدرت المحكمة الإدارية بمكناس قراراً في قضية السيد سيفوح صالح ضد مستشفى محمد الخامس يقضي بالمسؤولية لمرفق الطب بتاريخ 1995/07/27 حيث اعتبرت أن وصف دواء معين بكمية كبيرة ولمدة طويلة

¹ هذه الصور إما أن يبطل المرفق في أداء الخدمة أو أن يؤديها على وجه سيء أولاً يؤديها.

دون مراعاة الحالة الصحية التي يوجد عليها المدعي وإجراء الفحوص الطبية خطأ مرفقيا تتحمل الدولة المغربية مسؤولية الإضرار الناتجة واللاحقة بالمتضرر، وأقرت بذلك تعويضا إجماليا قدره **750.000.00** درهم لكونه جاء لمعالجة صيف التنفس والربو، تسبب له ذلك في إضرار جانبية بالفخذين.

نفس المحكمة أصدرت قرارا بتاريخ 12 يناير 1996 في قضية السيد سلام ضد المجموعة الحضرية لمدينة مكناس نتيجة غرقه في المسبح التابع للمجموعة الحضرية تسبب في وفاته الشيء الذي الحق أضرارا مادية ومعنوية لابنته حنان، ونتيجة عدم اتخاذ المجموعة الحضرية للاحتياطات اللازمة قصد تفادي وقوع أضرار لمستعملي المسبح الموجود تحت حراستها وثبوت العلاقة بين الضرر والخطأ المتمثل في تقصير المجموعة الحضرية والذي تسبب في وفاة السيد الزعيم اعتبرت المحكمة ذلك خطأ مرتكبا من طرفها موجبا التعويض لذوي حقوق الضحية وأقرت مسؤولية المجموعة عن الحادث وعوضت المتضرر عن الضرر المادي بمبلغ إجمالي قدره **30.000** درهم.

ولا يقتصر التعويض عن الأضرار المادية، بل يمتد إلى التعويض عن الأضرار المعنوية ويتجسد ذلك من خلال قضية عبد الرحمان بن عمرو ضد صندوق الضمان الاجتماعي بالدار البيضاء الذي توصل برسالة من المؤسسة المدعى عليه مكتوبة باللغة الفرنسية، فأخذ صورة منها فأرجعها إلى مرسلها قصد ترجمتها إلى العربية إلا أنها رفضت، مما اضطره إلى رفع الدعوى ضد الصندوق المذكور، محملا مسؤولية الصندوق في الخطأ المرتكب في حقه، فأصدرت المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 28 دجنبر 2000 قرارا لفائدة المدعي بتعويض مادي قيمته 5000 درهما عن الأضرار المعنوية التي لحقت من جراء مراسلته بلغة أجنبية.

ومن المعلوم أن مسؤولية الإدارة المترتبة على الخطأ تتحقق بتوفر ثلاثة أركان هي: الخطأ الواقع من الإدارة، والضرر اللاحق بصاحب الشأن وعلاقة السببية بين الخطأ. فعدم ثبوت العلاقة السببية يؤدي إلى رفض التعويض وعدم تحميل المسؤولية للدولة أو الإدارة.

ويندرج في هذا الإطار حكم المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 19/02/1998 في قضية السيد امعيز عبد الرحمان الذي تعرض لحادثة سير بتاريخ 27/08/1994 بشارع 20 غشت بأكادير نقل على إثرها إلى مستشفى الحسن الثاني حيث تلقى العلاجات الأولية ثم بعدها إلى مصحة أكادير حيث بثر رجله، وحكمت المحكمة برفض التعويض لعدم ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانب المستشفى.

كما أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط قرارا بتاريخ 26/04/2000 والمتعلق بالحادثة التي تعرضت لها عائلة بنحسو بسبب وجود حفرة في الطريق أدت إلى اصطدام السيارة بالرصيف، أصيبوا على إثرها بجروح، حيث تعتبر جماعة بني ملال غير مسؤولة عن عدم وضع إشارة التنبيه وذلك ليكون سكان المنطقة الذين يستفيدون من تلك القناة هم الذين أهملوا إرجاع الغطاء بعد الاستعمال، الأمر الذي يكون معه خطأ بلدية بني ملال غير قائم، وبالتالي فعدم صدور خطأ من طرف البلدية ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أما في حالة ثبوت العلاقة السببية بين الضرر والخطأ فإن ذلك يستدعي التعويض، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط 13/03/2000 بمناسبة قرارها الصادر في قضية ورثة العمراني نتيجة سقوطه في حفرة وسط الطريق العمومي والناتجة عن عدم وجود إشارات تنبيه المارة من مستعملي على طريق من طرف الوكالة المستقلة لتوزيع الماء

والكهرباء بالجديدة مما أدى إلى وفاته، وحملت المحكمة المذكورة المسؤولية للوكالة وبأدائها تعويضا إجماليا على سبيل التضامن إلى ورثة العمراني.

وفي حكم مشابه العهد أصدرت المحكمة الإدارية بمكناس في 01 فبراير 2002 قرارا في قضية مواطن سقط في حفرة بدون إغلاق يبلغ عمقها أكثر من مترين، تبين أن الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء هي المسؤولة عن خطأ عدم إغلاق الحفرة وتغطيتها ودون إنذار المارة بوجود خطر يهددهم فكان قرار المحكمة لفائدة المتضرر بتعويض مادي قدره 20.000 درهم استنادا إلى الخبرة الطبية التي أوضحت أن نسبة العجز الكلي للمدعي حددت في 43 يوما، وقيمة العجز الجزائي في 10 بالمائة. وكذلك حكم قضية حجز السيارات بالمحجز البلدي لأكادير عن المحكمة الإدارية بتاريخ 2002/01/10. ويولي القضاء أهمية كبيرة لوجود أو عدم وجود العلاقة بين الضرر والنشاط الإداري لأن هذه العلاقة هي التي تحدد قيام المسؤولية الإدارية بدون خطأ أي على أساس المخاطر، ونورد في هذا الإطار قرار المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 12 أكتوبر 1995 حيث أن تسرب المياه من أنبوب في ملكية المكتب الوطني للماء الصالح للشرب المدعى عليه وخلف إضرار لحقت بمنزل المدعى اللمطي سيدي محمدي، مفاد هذا الحكم هو التعويض لفائدة المدعي بتعويض مالي إجمالي قدره 3000 درهم يؤديها المكتب الوطني للصالح للشرب مع تحميله الصائر وإحلال شركة التامين.

وورد أيضا في قرار للمحكمة الإدارية بأكادير الصادر في 2002/01/17 حيث اعتبرت أن اللغم الذي تسبب في إصابة الضحية الذي كان على متن السيارة متجهة إلى مدينة الداخلة باضرار جسيمة وضع من طرف إدارة الدفاع الوطني أثناء ممارسة نشاطها وحكمت على الدولة بأداء للمدعي تعويضا ماليا قدره 18000 درهم مع تحميلها الصائر.

وفي قضية الحسن اوتام الذي بثرنا ربع أصابع من يده اليسرى بعد انفجار عبوة ناسفة عليه (نسبة العجز الدائم بلغ 60 إضافة إلى ما خلفه الحادث من أثر وتفويت فرص الكسب والعيش) فحكمت المحكمة الإدارية لاكادير بتاريخ 1995/01/05 على الدولة بأداء تعويض إجمالي قدره ألف درهم. أما في حالة عدم ثبوت علاقة بين التصرف الإداري والضرر فإن المحكمة ترفض الحكم بالتعويض وهو ما أقرته المحكمة الإدارية لاكادير في قضية امال موحى الذي يتوفر على رخصة استغلال ملهى للألعاب والذي رفع دعوى للمطالبة يرمي من خلالها للحكم على الدولة بمبلغ إجمالي قدره 50.000 درهم تعويضا عن قيام السلطة المحلية بتوقيف نشاطه التجاري.

إلا أن المحكمة رفضت الدعوى من ناحية الموضوع لأنه لا يوجد لديها، انطلاقا من المستندات المتوفرة والمقدمة في القضية، ما يثبت واقعة الاعتداء المادي بل يفيد فقط إغلاق الملهى وقت المعاينة.

ولإجبار السلطة الإدارية على تنفيذ الأحكام النهائية الحائزة للشيء المقضي ذهب القضاء إلى فرض غرامة تهديدية وخير مثال على ذلك حكم المحكمة الإدارية بالرباط في 6 مارس 1997 في القضية المعروفة والمتعلقة بورثة عبد القادر العشيرى، حيث اعتبرت المحكمة أنه لا يوجد أي نص قانوني يفرض غرامة تهديدية عليها في حالة امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ بدون سبب يشكل خطأ فادحا يؤدي بالضرورة إلى الإضرار بالمبدعين، مما يستوجب معه تعويض العارضين الراضين والمواطنين بمبلغ مالي قدره 120.000 درهم (مائة وعشرون درهما) من طرف بلدية اكادير.

المبحث الثاني : صعوبات المحاكم الإدارية في مجال التعويض :

تعددت الصعوبات التي تواجه المحاكم الإدارية بالمغرب، والتي تؤثر سلبا على أداء هذه الأخيرة الأمر الذي يعرض حقوق وحريات الأفراد للخطر، ويمكن تقسيم الصعوبات التي تعترض السير العادي للمحاكم الإدارية إلى صعوبات عامة تشترك فيها المحاكم الإدارية بمختلف جهات المملكة وإلى صعوبات خاصة بكل محكمة إدارية على حدة.

فالصعوبات الخاصة التي تخص المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، من الممكن ألا تواجهها بعض المحاكم الإدارية بالمملكة.

أما الصعوبات العامة فهي تواجهها جميع المحاكم الإدارية بدون استثناء، وهي صعوبات تشكل ثغرات للقضاء الإداري المغربي بصفة عامة وقضاء التعويض بصفة خاصة.

المطلب الأول : الصعوبات الخاصة :

إن اللجوء إلى المحاكم الإدارية لا يتحقق إلا بعد استيفاء سلسلة من الإجراءات وكان من الأفضل لو تكون قواعد الشكل بسيطة، الفهم والتطبيق لتصبح في متناول الجميع، خصوصا وأن عامة الناس لا يعرفون مسطرة التقاضي أمام المحاكم، ولذلك لا يكفي أن نؤمن للمواطن المحاكم والقضاة، بل ينبغي أن نؤمن له الوصول إليها لأجل المطالبة بحقوقه حتى يمتلك الفرد إحساسا على أن أسهل دعوى يمكن أن يمارسها في حياته هي مقاضاة الإدارة¹.

أولا : على مستوى الإمكانيات البشرية :

تطرح هذه الصعوبات على مستوى الإمكانيات البشرية لكل محكمة ووسائل العمل المستعملة، أضف إلى ذلك حتى موقع المحكمة وعدم توفر بعض المحاكم² على أعوان مكلفين بتبليغ الأحكام والاستدعاءات للأطراف المعنيين تجعلها تعتمد على أعوان التبليغ التابعين للمحاكم العادية بالنسبة للمدار الحضري والأعوان. كما تعتمد على رجال الدرك الملكي إذا تعلق الأمر بالمدار القروي، ومن سلبيات هذا الوضع وصول التبليغات لأصحابها- أحيانا- خارج الأجال، بل وعدم وصولها أحيانا أخرى، مما أدى إلى ضياع بعض الحقوق، وقد اتخذت تدابير تتمثل في توفير وسائل النقل والتي لا تكفي لتغطية نفوذ تراب المحكمة بالإضافة إلى الاستعانة بخدمات أعوان السلطة خاصة الشيوخ والمقدمين.

أ- قلة عدد القضاة الإداريين :

لقد أكد الملك الحسن الثاني رحمة الله في خطابه ليوم 8 ماي 1990 أمام أعضاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان المجتمعين لأول مرة في هذا المجلس على دور المحاكم الإدارية. وفي نفس الوقت أشار إلى أن هذا النوع من المؤسسات القضائية ستشهد امتدادا بصفة تدريجية إلى كل أنحاء المغرب، وذلك في انتظار تكوين الأطر الخاصة،

¹ - حداد (عبد الله)، محاضرات في القضاء الإداري بكلية الحقوق أكدال، الرباط. السنة الجامعية 1995-1996.
² - كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية بالبيضاء منذ تأسيسها.

وأعطى جلالة الملك مهلة ثلاث سنوات لكي تمتد مقراتها إلى كل أنحاء البلاد. ففي بداية الإنشاء اختار المشرع المغربي عواصم الجهات الاقتصادية السبع¹ تطبيقا للفصل الأول من قانون 41/90 الصادر في 3 نونبر 1993.

إلا أن الملاحظ أن عدد القضاة المزاولين مهامهم بالمحاكم الإدارية ضعيف جدا خاصة الجهات التي تعرف كثافة سكانية كبيرة فمثلا الجهة الوسطى فهي تشمل الولاية الكبرى للدار البيضاء بكل عملاتها، بالإضافة إلى أقاليم الجديدة، سطات، بني ملال، أزيلال، بن سليمان، خريبكة ورغم ذلك فهي لا تتوفر إلا على محكمة واحدة وتتواجد في قلب العاصمة الاقتصادية وعدد قضاتها يساوي عدد قضاة بعض المحاكم الإدارية بالجهات الأخرى، وينتج عن ضعف وضآلة عدد القضاة تراكم القضايا والملفات المعروضة على أنظار المحاكم الإدارية. والجدير بالذكر أنه يتعين تكوين القضاة والموظفين القادرين على تأطير هذه المحاكم، وفي هذا السياق جاءت توجيهات الملك الراحل الحسن الثاني التي أكدت على أهمية مواكبة نظام الدراسات بمعهد الدراسات القضائية الذي تشرف عليه وزارة العدل والمختص بتكوين القضاة وذلك بفتح شعبتين في القانون الإداري وكذا القانون الجبائي، بمعنى إحداث تخصصات جديدة تحضر للأطر المدعوة لتأطير المحاكم الإدارية.

ب- تقريب القضاء :

إن التطور الذي عرفه المغرب في العقدين الأخيرين من حيث اتساع رقعته الجغرافية ومن حيث النمو الديمغرافي، وما صاحبهما من متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن تغيير في العقلية والسلوكيات الفردية والجماعية، طرح عدة إشكالات حساسة، لا يمكن الفصل فيها بما تقتضيه مبادئ العدالة والإنصاف إلا من قبل هيئات قضائية قريبة من المعنيين تأخذ بعين الاعتبار في ذلك معايير الشرعية دون إغفال المعطيات الواقعية المحلية، وجاءت المحاكم الإدارية تستجيب لهذه الضرورة المنطقية والملحة قصد تقريب القضاء الإداري من المتقاضين كيما كانت طبيعة نشاطهم، وذلك موازاة لتقريب الإدارة من المواطنين نتيجة تطبيق اللامركزية وتمهيدا للوضع المستقبلي في أفق الجهوية.

ولكن، إذا كان التقريب الجغرافي يتحقق فعلا فإنه يقتصر على دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة، فالقاعدة العامة لقانون المسطرة المدنية التي تحدد الاختصاص المحلي للمحكمة بالمواطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه

إن المحكمة الإدارية المختصة في دعوى الإلغاء هي التي يوجد موطن المدعي عليه داخل دائرة اختصاصها، والتي صدر بداخلها القرار².

فهذه المحاكم أصبحت تبت ابتدائيا في طلبات الإلغاء مع ضمان حق الاستئناف أمام محاكم الاستئناف الإدارية وهكذا أصبحت وسيلة التقاضي في مجال الإلغاء أقرب مما كانت عليه دعاوى التعويض، إذ أن إحداث هذه المحاكم يؤدي إلى عكس ما يتوخى منها، فالقضايا التي كان الفصل فيها معهودا من قبل المحاكم العادية أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية التي لا توجد دائما أقرب للمتقاضين من المحاكم الابتدائية.

وبالنظر إلى موقع المحاكم الإدارية يتبين أنه غير مناسب، فموقع إدارية الدار البيضاء غير استراتيجي كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية الرباط، إذ أنهما تقعان في مكان بعيد عن حركة السكان، وهو ما يفسر عدم علم

¹-أحدثت محاكم إدارية في كل من الرباط والدار البيضاء ومكناس وفاس ووجدة ومراكش وأكادير.

²-الفقرة الثانية من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

مجموعة من سكان هذه المدن بوجودها، ويثير فضولهم للتساؤل عن دور تلك المؤسسة وعن العلة من وجودها خاصة في بلد يشهد انتشار الأمية بشكل ملفت.

لذلك كان يستحسن بأن توجد المحكمة الإدارية بوسط المدينة حتى يتأتى معرفتها لتشجع المواطنين على مقاضاة الإدارة، ثم إنه ينبغي إضافة عدد من المحاكم الإدارية ولو على صعيد الجهات لتقريب القضاء الإداري من المواطنين الذين يعانون من بعد المسافة.

المطلب الثاني : الصعوبات العامة :

هذه الصعوبات تواجه جميع المحاكم الإدارية، ويمكن إجمالها في صعوبات قانونية وصعوبات مالية.

أولا : الصعوبات القانونية :

من بين الصعوبات القانونية عدم وجود قانون خاص بالمسطرة الإدارية، بحيث أن المسطرة المتبعة أمام المحاكم الإدارية هي أحكام المسطرة المدنية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أيضا عدم وجود قانون يلزم الإدارة بالامتثال للأحكام الصادرة عن القضاء.

فالتجربة القصيرة أثبت وجود صعوبات على مستوى قضاء التعويض فمثلا يتحمل المدعي عبء إثبات خطأ الإدارة، والذي أصبح اليوم من الصعب إثباته لعدم وجود إمكانية الحصول على الوثائق والمستندات المبنية لذلك من الإدارة المدعى عليها مما يعرض حقوق المتضررين للضياع، وحتى لو استطاع المتضرر إثبات المرتكب من طرف الإدارة والعلاقة السببية بين الضرر الحاصل، فإن السلطة التقديرية للقاضي الإداري، يمكن أن تؤثر على التعويض الممنوح له، فتسهيل هذه الإجراءات ضرورة ملحة لجعل المحاكم الإدارية تحقق الأهداف المطلوبة منها وبالتالي تكون وسيلة قانونية لحماية الأفراد تجسيدا لرغبة الملك الحسن الثاني رحمه الله الذي قال: "لذا قررنا إعطاء المواطنين الوسيلة القانونية السريعة والجدية وذات الفعالية للدفاع عن حقوقهم كمواطنين إزاء الإدارة أو السلطة أو الدولة نفسها...".

زيادة على تعقد الإجراءات الشكلية والتي تهم مثلا الاسم أو التوقيع أو بعض البيانات الشكلية وغياب مسطرة خاصة إدارية، يبقى مشكل عدم وجود آليات وميكانيزمات لتتبع تنفيذ الأحكام أهم المشاكل التي تكتسي أهمية بالغة، حيث أن سلطة القاضي الإداري في المجال الإداري كما يقول أستاذنا الدكتور رضوان بوجمعة رحمه الله تعتبر ضعيفة لا تتعدى مجرد الحكم¹.

فالمواطن الذي يحمل حكما بين يديه ضد الإدارة، غالبا ما يضطر إلى مراجعة المحاكم عدة مرات وعن طريق إجراءات متعددة يهدف حمل الإدارة على تنفيذ الحكم لكن دون جدوى.

وإذا كان امتناع الإدارة لا يستند إلى مبرر، فإنه يشكل شططا في استعمال السلطة ويحق لطالب التنفيذ أن يراجع قضاء الإلغاء مطالبا إياه بإلغاء قرار الإدارة برفض التنفيذ وأداء التعويضات اللازمة بسبب التأخير.

¹ بوجمعة (رضوان): "وضعية القضاء الإداري على ضوء القانون إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب" ندوة المحاكم الإدارية ودولة القانون بمراكش، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون بمراكش، عدد 21-1998 ص 157-159.

الضبط البيئي في التشريع الجزائري



إعداد نورة موسى : أستاذة القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة تبسة – الجزائر ماجستير : قانون اداري و مؤسسات دستورية

تخصص : قانون عام البريد الالكتروني : dj.badis@gmail.com

لقد خصت البيئة باهتمام المفكرين و الباحثين في مختلف مجالات العلوم حتى صار من المستقر في الأذهان أن الحديث عن حماية البيئة هو حديث عن سلامة الإنسان الذي ترتبط سلامته بسلامة محيطه الذي يعيش فيه، فالإنسان يتأثر بشكل مباشر ببيئته سيما وسعيه دائم إلى تنميتها وجعلها تتلاءم وطموحاته المتزايدة يوم بعد الآخر وان كان نجح لحد بعيد بهذا فانه الحق بالغ الضرر بهذه البيئة لدرجة أصبحت في وقتنا الراهن تهدد وجوده بشكل مباشر، الأمر الذي دق معه ناقوس الخطر في العالم بأسره وتعالق الأصوات إلى ترشيد استعمال موارد وخيرات الطبيعة ومراقبة الأنشطة التكنولوجية والصناعية للحد من خطر التلوث (الإرهاب الجديد) وقد أصبح الحديث عن الحماية القانونية للبيئة من الأمور المسلم بها في كل دول العالم ونستطيع أن نجد أساس هذا الحق الجديد، في العديد من الحقوق التي أقرتها القوانين والعهود والمواثيق الدولية . فهناك إجماع على كفالة حق الفرد في الحياة وفي سلامة بدنه وجسده، ولا يمكن للإنسان التمتع بهذا الحق إلا إذا عاش في بيئة صحية سليمة، إذ إن تلوث البيئة بصوره المختلفة وعناصره التي تنال من سلامة الهواء أو الماء أو الطعام بشكل عام، لا يمكن الإنسان من ممارسة حقه في الحياة وفي سلامة بدنه على الوجه الأكمل، وذلك يجعل سلامة البيئة مسألة ضرورية للتمتع بالحق في الحياة وفي سلامة الجسد كذلك نجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية وللحقوق المدنية والسياسية وهي وثائق تتمتع بقوة إلزام واضحة، تقرر مجموعة من الحقوق المتصلة بالبيئة الصحية، منها: حق الفرد في مستوى معيشي مناسب لنفسه ولعائلته بما في ذلك الغذاء المناسب والملبس والسكن، وكذلك حقه في تحسين أحواله المعيشية بصفة مستمرة، ذلك ما نصت عليه (المادة 11) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ، مع الاختلاف طبعا في نوعية الحماية باختلاف مدى إدراك عمق المشكلة وبقدر التقدم العلمي و التكنولوجي لكل دولة وما زاد في أهمية الأمر اعتبارها من حقوق الإنسان وتعد الجزائر من بين الدول التي أولت عناية خاصة للبيئة و اعتبرتها حق دستوري* و يتجلى لنا بوضوح تأثر المشرع الجزائري بموضوع البيئة والإشكالات القانونية التي يطرحها من خلال صدور القانون رقم 10/03¹ المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة و الذي يمكن القول

بشأنه انه جاء ثمة مشاركة الجزائر في عدة محافل دولية منها ندوة استوكهلم وقمة الأرض بريودي جانيرو و التي تعتبر حجر الزاوية في الرؤية الجزائرية لموضوع البيئة وقد انتهج المشرع الجزائري الطابع الازدواجي في وضعه للقواعد القانونية المتعلقة بحماية البيئة فهو يحدد الإجراءات الوقائية التي تحول دون وقوع الاعتداء على البيئة من جهة و من جهة أخرى يحدد الجزاءات المترتبة على مخالفتها من خلال ما سبق سنحاول التعرف على كيفية تعامل المشرع الجزائري مع سلطة الضبط البيئي باعتبارها أنجع وسيلة لحماية فعلية للبيئة؟

المبحث الأول: الضبط البيئي الإداري :

إن قانون حماية البيئة ليس قانونا موحدا أو مقننا في تشريع واحد وهذا راجع لحدائته إذ أنه مجموعة من التشريعات المتفرقة والتي تدخل ضمن الفروع المستحدثة (5) للقانون الإداري والتي تتعلق بالصحة العامة والنظافة العامة وكل ما يتعلق بالتنمية المستدامة وتتحد مع الفروع التقليدية للقانون الإداري لتجسد السلطة العامة لما لها من امتيازات وما عليها من واجبات والتزامات. وتعد سلطة الضبط الإداري الأكثر فاعلية في مجال الحفاظ على البيئة وحمايتها.²

المطلب الأول: الضبط الإداري :

ان الوصول الى تحديد مفهوم الضبط البيئي الاداري و تحديد معلمه المميزة يوجب علينا اولا التعرض للضبط الاداري باعتباره الاصل لذا سنحاول من خلال هذا المطلب تسليط الضوء على هذا الاخير.

أ/ الضبط من الناحية الاصطلاحية :

الضبط لغة عبارة مستمدة من كلمة ضبط يضبط ضبطا، بمعنى لزمه و قهره و قوي عليه و حبسه، فالضبط لغة حسب الشيء، و يقابل هذه الكلمة بالفرنسية كلمة POLICE التي تعني ما لان و استكان، و ما لانت آدابه و أخلاقه و هي مستمدة من كلمة polis أو police ، و قد ترجم المشرع الجزائري هذه العبارة بكلمة شرطة، و الشرطة لغة مستمدة من كلمة "شرط" بفتح الراء، أي علم أو وضع علامة على الشيء. و قد ابتكرت الشرطة في العصر العباسي حين أسست الدولة آنذاك هيئة، كلفت بحفظ الأمن في الأسواق و الأماكن العمومية و منع التزوير و سرقة الميزان و غيرها من الأنشطة التي تحفظ المواطن في أمنه و صحته و سكينته. و كان رجالها في بداية عهدهم يحملون شارات أو علامات في ذراعهم يميزهم عن المواطنين العاديين فكانوا شرطة بسبب هذه العلامة المميزة. ثم و بعد أن تطورت الدولة صار هؤلاء الرجال، يحملون لباسا أو بدلات خاصة بهم، و كان يطلق عليهم أيضا تعبير الضباط أو الضبطية.³

و نلاحظ أن التسمية التي استعملها المشرع الجزائري للدلالة على الضبط الإداري و هي عبارة الشرطة، تسمية لا وجود لها إلا في دول المغرب العربي أما دول المشرق و منها مصر على الخصوص، فالعبارة المستعملة هناك هي عبارة الضبط، و نحن نميل إليها أكثر لأنها أكثر دقة.

ب/ الضبط من الناحية القانونية :

للضبط من الناحية القانونية عدة معان، منها الضبط التشريعي، الضبط القضائي و الضبط الإداري.

أما الضبط التشريعي : فيراد به مجموع القواعد القانونية العامة و الملزمة التي ينظم بها المشرع سلوك الأفراد في المجتمع، و يمنع بها حدوث الفوضى فيه خصوصا في المجالات التي تعمل فيها على الحد من نطاق مباشرة بعض الحريات الفردية و الحفاظ على النظام العام في معناه الواسع و من هنا يكون القانون أو التشريع مصدر من مصادر الضبط فالتشريع ضبط و لكنه ضبط يصدر عن السلطة التشريعية، و هو يهدف إلى حماية المجتمع بوقايته من الفوضى.

أما الضبط القضائي : فيراد به مجموع الإجراءات و التحريات التي تتخذها السلطة الضبطية القضائية في التحري عن الجرائم و المخالفات، بعد حدوثها و القبض على المجرمين المتسببين فيها، فالضبط القضائي تحت إشراف سلطة الضبطية القضائية (القضاة و وكلاء الجمهورية) تتمثل مهمتهم في التدخل بعد وقوع الجريمة لوقف المجرمين و إحالتهم على العدالة مع تقديم الدليل الذي يؤكد إدانتهم قصد محاكمتهم و توقيع العقاب عليهم.

و من ثم يكون هدف الضبط القضائي علاجي زجري و ليس وقائي كما هو الحال بالنسبة للضبط التشريعي و الضبط الإداري.

أما الضبط الإداري : و هو يشكل موضوع دراستنا، فهو عبارة عن عمل تقوم به الإدارة عن طريق الأوامر التي تصدرها للمواطنين للقيام بأعمال أو الامتناع عن القيام بأعمال، قصد تنظيم المجتمع و حمايته من الأضرار التي تنجم عن المساس بالنظام العام. فالضبط الإداري عمل علاجي وقائي من الفوضى التي قد تحدث في مجالات الأمن أو الصحة أو السكنية أو الآداب العامة و يمكن تعريف الضبط الإداري من زاويتين العضوية و المادية.⁴

المطلب الثاني : المقصود بالضبط الإداري البيئي :

يعد مصطلح الضبط الإداري البيئي مصطلح حديث النشأة حيث ارتبط ظهوره بظهور القانون الإداري البيئي كأحدث فروع القانون الإداري، باعتبار أن الإدارة أصبحت صاحبة الاختصاص الأصيل في مجال المحافظة على البيئة و تسخير سلطاتها في تجسيد السلطة الوقائية المتمثلة في الضبط الإداري البيئي. ويعرف الضبط الإداري البيئي بأنه مجموعة الإجراءات والقيود التي تفرضها الإدارة على الأشخاص من أجل الحفاظ على البيئة.⁵

الأهمية الضبط الإداري البيئي.

من المتعارف عليه أن المهمة الأساسية للضبط الإداري هي المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة والمتمثلة في:

أولا : الأمن العام : يقصد بالأمن العام استتباب الأمن والطمأنينة لدى جمهور المواطنين على أنفسهم وأولادهم وأعراضهم وأموالهم، ويكون ذلك باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الحوادث أو احتمال وقوعها، والتي من شأنها إلحاق الضرر بالأفراد والأموال، ويشمل مفهوم الأمن العام كذلك حماية الأبنفس والأموال من أخطار الكوارث الطبيعية كالحرائق أو الزلازل وأخطار نضوب المياه وانهيار المباني، وغيرها من أحوال القوة القاهرة، كما تلتزم السلطة العامة بحماية الناس من الجرائم والحوادث المتنوعة.

ثانيا : الصحة العامة : ويقصد بها المحافظة على الصحة العامة عن طريق الوقاية والاحتراز من خطر الإصابة بالأمراض وانتقال العدوى المختلفة بين المواطنين من خلال تنقية مياه الشرب من الجراثيم والشوائب، وضمان سلامة أنابيب المياه النقية ونظافتها وكذلك تنظيم المجاري العامة بأفضل الطرق الصحية لتصريف محتوياتها في أماكن

بعيدة عن الأحياء السكنية واتخاذ التدابير الكفيلة بالقضاء على ما تحتويه من جراثيم وميكروبات عند استخدام مياهاها في الأغراض الزراعية، وأيضاً مراقبة مخازن المواد الغذائية ومحلات بيعها لضمان درجة النظافة المطلوبة. وفي مجال الضبط البيئي يقع على عاتق الإدارة وضع المعايير والمستويات المحظور تجاوزها بالنسبة للملوثات الطبيعية وإصدار التراخيص اللازمة للتعامل مع عناصر البيئة وإعداد اللوائح التنفيذية لقوانين حماية البيئة وأيضاً استخدام ميكانيزمات التنفيذ المباشر من أجل اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على البيئة كغلق محل النشاط أو علاج النفايات الضارة بالبيئة على نفقة المسئول وكذلك علاج الملوثات البيئية المختلفة والقيام بتهيئة التجهيزات لمنع التلوث والحد من انتشاره والمحافظة على الصحة العامة ليست مفهوماً قانونياً مجدداً وإنما ترتبط بواقع الحياة اليومية، ولذا فهي تتطور باستمرار وهذا هو الملاحظ الآن ففي البداية كانت المحافظة عليها مقصورة على الأماكن والطرق العامة. والآن امتدت إلى كامل الأماكن التي تستقبل الجمهور (أوساط الاستقبال).⁶

ثالثاً: السكنية العامة: لا مرأى في أن السكنية العامة عنصر جوهري وثابت من عناصر النظام العام البيئي، ولا ريب في أنها تعد هدفاً أسمى من أهداف الضبط الإداري فهي تستجيب إلى مطلب أساسي من مطالب الحياة الإنسانية وهو الحاجة إلى الاستقرار والهدوء وتسير السكنية وجوباً مع الأمن العام والصحة العامة بل تكاد تستوعب هذين العنصرين فالواقع أن الضوضاء كانعكاس لدرجة التقدم العلمي أصبحت مكافحتها تتلاقى مع العناية بالصحة العامة والأمن العام، وللسكنية العامة مدلول إيجابي ومدلول سلبي.

أ- مدلول سلبي: تعني السكنية العامة بمعناها السلبي منع مظاهر الإزعاج والمضايقات التي تتجاوز الحد العادي كالضوضاء والضجيج ومكبرات الصوت وسوء استعمال أبواق السيارات وأجهزة الإذاعة والتليفزيون والتجمعات التي تقلق راحة السكان والصخب الذي يحدثه الباعة المتجولون والأصوات التي تصدر عن الحيوانات الضالة وماكينات المصانع وغيرها.

ب- مدلول إيجابي: يقصد بها المحافظة على حالة الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة حتى لا يتعرض الأفراد للإزعاج والضوضاء. قد ورد ذكر السكنية في القرآن الكريم في ستة مواضع من بينها قوله تعالى: "هو الذي أنزل السكنية في قلوب المؤمنين ليزدادوا إيماناً مع إيمانهم. وفي تفسير الآية الأولى يقول الألوسي: المراد بالسكنية: الطمأنينة والثبات من السكون، والمعنى وضع السكنية في قلوبهم، فكانت قلوبهم منزلاً لها ومأوى، وأخرج ابن جرير والبيهقي في البدائل وغيرهما عن ابن عباس أنه قال: السكنية هي الرحمة، وقيل: هي العقل. ويقول الرازي في تفسير الآية الثانية وفي السكنية وجهان: أحدها هو السكون والثاني هو الوقار والجدير بالذكر أن السكنية العامة تؤثر بدرجة كبيرة في الصحة العامة نظراً لما تسببه الضوضاء (عامل الإخلال بالسكنية) والأصوات العالية بصفة عامة من تأثير سيء على أعضاء الجسم، ولا يقف التأثير عند الجانب العضوي بل يتعداه إلى الجانب النفسي والعصبي علاوة على تأثيرها المباشر والسيئ على قوة السمع وسلامة الأذن ويترتب على ارتفاعهما الشديد فقد السمع وضعف البصر، وتعتبر الضوضاء نوعاً من أنواع تلوث البيئة (تلوث سمعي).⁷

ب/هيئات وسلطات الضبط الإداري البيئي:

سوف تقتصر هذه الدراسة فقط على بعض الهيئات التي نرى أن لها علاقة بحماية البيئة وتدخلها اللازم لذلك، حتى لا نكرر معلومات عامة عن الضبط الإداري بل نكتفي فقط بما يخص البيئة

- ينص قانون تسيير النفايات على إنشاء هيئة عمومية تكلف بمراقبة جميع النفايات وفرزها ونقلها ومعالجتها وتميئها وإزالتها، وتخضع لشروط خاصة بشأن اختيار مواقع إقامة منشآت لمعالجة النفايات وتهيئتها وإنجازها وتعديل عملها، وتوسيعها إلى التنظيم المتعلق بدراسات التأثير على البيئة، وتخضع هذه المنشآت للإجراءات التالية:- رخصة من الوزير المكلف بالبيئة للنفايات الخاصة، - رخصة من الوالي المختص إقليمياً بالنسبة للنفايات الخاصة، - رخصة من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً بالنسبة للنفايات الهامة، وفي حالة إنهاء استغلال أو غلق نهائي لمنشأة معالجة النفايات يلزم المشتغل بإعادة تأهيل الموقع إلى حالته الأصلية أو إلى حالته التي تحددها السلطة المختصة، وبغض عن المتابعات الجزائية التي يمكن أن تمارس عند رفض المشتغل القيام بإعادة تأهيل الموقع تنفذ السلطة الإدارية المختصة تلقائياً الأشغال الضرورية لتأهيل الموقع على حساب المشتغل.⁸

- وفي مجال حراسة ومراقبة النفايات بالإضافة إلى الهيئات المؤهلة بمقتضى القوانين والتنظيمات المعمول بها، تمارس حراسة ومراقبة منشآت معالجة النفايات طبقاً لأحكام القانون، ويلزم مستغلو منشآت معالجة النفايات بتقديم كل المعلومات الضرورية للسلطات المكلفة بالحراسة والمراقبة وعندما يشكل استغلال منشأة لمعالجة النفايات أخطاراً وعواقب سلبية ذات خطورة على الصحة العمومية أو ذات تأثير سلبي على البيئة تأمر السلطة الإدارية المختصة المشتغل باتخاذ الإجراءات الضرورية فوراً لإصلاح هذه الأوضاع، وفي حالة عدم امتثال المعني بالأمر تتخذ السلطة المذكورة تلقائياً الإجراءات التحفظية الضرورية على حساب المسؤول وقد توقف كل نشاط أو جزء منه.

- ونسلط الضوء هنا على بعض مظاهر الضبط الإداري البيئي المحلي (الولائي، البلدي).

تنص المادة 69 من قانون البلدية⁹ (يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت سلطة الوالي ما يأتي :

- السهر على حسن النظام والأمن العموميين وعلى النظافة العمومية، ويجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتخذ في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها جميع الاحتياطات الضرورية وجميع التدابير الوقائية لضمان سلامة الأشخاص والأموال في الأماكن العمومية التي يمكن أن يحصل فيها حادث أو نكبة أو حريق، وفي حالة الخطر الجسيم والداهم يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف، ويعلم بها الوالي فوراً كما يأمر حسب الطريقة نفسها بهدم الجدران أو البنايات)، ويتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار أحكام المادة السابقة واحترامها لحقوق المواطنين وحررياتهم على الخصوص ما يأتي

- المحافظة على النظام العام وسلامة الأشخاص والأماكن، - المحافظة على حسن النظام في جميع الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، - المعاقبة على كل مساس بالراحة العمومية وكل الأعمال المخلة بها، - السهر على نظافة العمارات وسهولة السير في الشوارع والطرق العمومية والساحات، - اتخاذ الاحتياطات والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المعدية والوقاية منها، - القضاء على الحيوانات المؤذية والمضرة، - السهر على نظافة المواد الاستهلاكية المعروضة للبيع، - السهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجال التعمير. يشترط الموافقة القبلية للمجلس الشعبي البلدي على إنشاء أي مشروع على تراب البلدية يتضمن مخاطر من شأنها الأضرار بالبيئة حسب قانون البلدية. وفي مجال حماية التراث العمراني :

- المحافظة على المواقع الطبيعية والآثار نظراً لقيمتها التاريخية والجمالية.

- حماية الطابع الجمالي والمعماري وانتهاج أنماط سكنية متجانسة في التجمعات السكنية وعلى المجلس الشعبي أثناء إقامة المشاريع المختلفة عبر تراب البلدية مراعاة حماية الأراضي الزراعية والمساحات الخضراء، وتكفل البلدية بالنجاز مراكز صحية وقاعات العلاجات وصيانتها طبقاً للمقاييس الوطنية كما تتكفل البلدية بحفظ الصحة والحفاظة على النظافة العمومية لاسيما في المجالات الآتية :

- توزيع المياه الصالحة للشرب، - صرف ومعالجة المياه القذرة والنفايات الجامدة الحضرية، - مكافحة ناقلات الأمراض المعدية، - نظافة الأغذية والأماكن والمؤسسات التي تستقبل الجمهور، - مكافحة التلوث وحماية البيئة، - وتكفل البلدية بإنشاء وتوسيع وصيانة المساحات الخضراء وكل أثاث حضري يهدف إلى تحسين إطار الحياة، - تسهر على حماية التربة والموارد المائية وتساهم في استعمالها الأمثل.

- تحدث البلدية مصالح عمومية لتوفير الاحتياطات الجماعية لمواطنيها لا سيما في المجالات :

- المياه الصالحة للشرب والتنظيف والمياه القذرة، - القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات.

- الأسواق المغطاة والأسواق والأوزان والمكاييل العمومية.¹⁰

ولحماية الصحة البيئية على مستوى البلدية تم إنشاء مكاتب لحفظ الصحة البلدية توضع تحت تصرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ولمساعدته على تنفيذ مهام الوقاية الصحية وحفظ الصحة والنقاوة كما يحددها المرسوم¹¹.

ويتولى مكتب حفظ الصحة البلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي الوثائق والعقود والملفات التقنية التي يتطلبها عمل أجهزة البلدية والمراقبة الدائمة لحفظ الصحة والنقاوة العمومية على مستوى البلدية، ويكلف بالاتصال مع المصالح المعنية. ويدير مكاتب حفظ الصحة البلدية بالإضافة طبعا إلى رؤساء المجالس المنتخبة:

- من 01 إلى 04 تقني سامي (الصحة العمومية)، من 01 إلى 02 تقني سامي (البيئة)، من 01 إلى 02 تقني سامي (فلاحة)، طبيب بيطري، مفتش أو مفتش مساعد لمراقبة النوعية. وتجدر الملاحظة أنه بالرجوع إلى بعض أحكام قانون الولاية فإننا نلاحظ في مجال حماية البيئة أن المجلس الولائي يبادر بتجسيد كل العمليات التي ترمي إلى حماية وتوسيع الأراضي الفلاحية والتهيئة والتجهيز القروي وترقية الأراضي الفلاحية، كما يشجع تدابير الوقاية من الكوارث والآفات الطبيعية ويتخذ في هذا الصدد كافة الإجراءات ضد أخطار الفيضانات والجفاف ويبادر إلى إنجاز أشغال التهيئة والتطهير وتنقية مجاري المياه في حدود إقليمها.

ويعد الوالي بدوره مكلفا بالحفاظ على الأمن والنظام العام، وهذا ما يحدده المرسوم المتعلق بصلاحيات الوالي في مجال الأمن والحفاظة على النظام العام.

- يجب على الوالي أن يتخذ جميع الإجراءات ذات الطابع التنظيمي أو الفردي التي من شأنها حماية الأشخاص والأماكن واحترام قواعد الطهارة والنظافة والأمن.

وهذا بالإضافة إلى تدخل الوالي في إطار الحماية القبلية للبيئة وذلك فيما يخص استغلال محلات البيع الخاصة بالمشروبات، فيمكنه الأمر بغلق محلات بيع المشروبات والمطاعم بموجب قرار، وذلك لمدة لا تتجاوز 06 أشهر وهذا إما من جراء مخالفة القوانين والأنظمة المتعلقة بهذه المحلات، وإما بقصد الحفاظ على النظام أو الصحة أو الآداب

العامة، كما يجوز لوزير الداخلية أن يأمر لنفس السبب بإغلاق هذه المحلات لمدة تتراوح بين 06 أشهر وسنة واحدة لا أكثر، ولا يجوز الأمر بإغلاق محلات بيع المشروبات لمدة تزيد عن سنة واحدة. ولحماية الصحة النباتية أصدر المشرع الجزائري قانونا خاصا بذلك وهو القانون المتعلق بحماية الصحة النباتية، وتم فيه تحديد مهام سلطات وأعوان الصحة النباتية التي تعتبر وقائية قبل اتخاذ إجراءات المتابعة القضائية.

فيقوم أعوان سلطة الصحة النباتية المفوضون والمكلفون بمراقبة الصحة النباتية ويمارسون أعمالهم حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم، ويمكنهم على الخصوص أن يقوموا بما يأتي :

- زيارة الأملاك العقارية من المباني والمحال والعربات والسفن والطائرات باستثناء المحال ذات الاستعمال السكني في أي وقت معقول، واقتطاع عينات نباتية أو منتوجات نباتية أو أجهزة نباتية أو مواد أخرى يمكن أن تكون ناقلة لملفات نباتية أو منتوجات أو أجهزة نباتية.

- تسليم أمر كتابي يطبق على كل جزء معترف بإصابته أو قابل للإصابة أو شكوك في إصابته لمنع أو تحديد زراعة جميع النباتات أو أي سلالة نباتية يمكن أن تضر النباتات الأخرى أو غرسها، أو لجعل المزروعات أو المغارس مقصورة على بعض السلالات أو الأنواع.

- تسليم أمر كتابي في انتظار إزالة الطفيليات أو التطهير لمنع استعمال الأملاك العقارية في أغراض زراعية أو استعمال مبان أو غيرها من المحال الأخرى في أغراض الإيداع والتخزين.

- تسليم أمر كتابي لمنع أو تحديد حيز نباتات أو منتوجات نباتية أو أجهزة نباتية أو مواد أخرى ناقلة لأجسام ضارة أو يمكن أن تكون ناقلة لها، أو تخصيصها للزراعة أو إيداعها أو تخزينها أو عرضها للبيع.¹²

- كما يمكنهم فتح الطرود البريدية الواردة من الخارج وتفتيشها بناء على طلب المصالح الجمركية وبحضور المرسل إليه قدر الإمكان، وفي ذلك لهم اعتراض عملية التخليص الجمركي لأيّة أمتعة أو بضائع أو طرود تم تفتيشها وتبين عدم مطابقتها لأحكام هذا القانون، وبالتشاور مع أعوان الجمارك الوطنية وذلك ريثما تتحقق مطابقتها للأحكام المذكورة، كما يقوم أعوان سلطة الصحة النباتية المفوضون والمكلفون بمراقبة مواد الصحة الحيوانية ويمكنهم على الخصوص :

- الالتحاق في أي وقت معقول بالأملاك العقارية والمحال باستثناء ذلك الاستعمال السكني واقتطاع عينات فيها من مواد الصحة النباتية أو غيرها من المواد الأخرى قصد تحليلها.

- الحد من حركة انتقال البضائع أو المواد الأخرى الملوثة لمواد الصحة النباتية بما يتجاوز الحد المسموح به أو حجزها.

- الحكم بحضر استعمال مواد الصحة النباتية المعروفة بالتزوير والفسادة أو غير الصالحة للاستعمال.

- السهر على تطبيق تدابير الأمن المنصوص عليها لحماية مستعملي مواد الصحة النباتية ولحماية العمال المشتغلين بحماية النباتات أصدر المشرع مرسوما تنفيذيا يتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المنتمين إلى الأسلاك التقنية الخاصة في المعهد الوطني لحماية النباتات، إذ نص على أنه يعد سلكيين تقنيين خاصين في المعهد الوطني لحماية النباتات: - سلك مفتشي الصحة النباتية، - سلك مراقبي الصحة النباتية.

وأيضاً تم إنشاء مجلس وطني للغابات وحماية الطبيعة الذي يبدي برأيه ويقترح على الخصوص ما يلي :

- السياسة الوطنية للغابات، - التدابير المطلوب اتخاذها لترقية وتنمية المناطق الغابية أو ذات الصبغة الغابية وحمايتها، - مخططات تنمية الغابات وحماية الطبيعة والمحافظة على الأراضي المعرضة للانجراف والتصحر وإصلاحها، - التشريع والتنظيم المتعلقان بالغابات وحماية الطبيعة، - تطوير أعمال استغلال المنتجات الغابية وتحويلها.¹³

وقد صدر أيضاً مرسوم تنفيذي يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش للمنتوجات والخدمات باعتبارها عنصراً من عناصر البيئة الذي ينص على أنه: يقوم الأعوان المكلفون برقابة المنتجات والخدمات عن طريق المعاينات المباشرة والفحوص البصرية وبواسطة أجهزة المكييل والموازين والمقاييس والتدقيق في الوثائق والاستماع إلى الأشخاص المسؤولين أو بأخذ العينات. ونص على عملهم من حيث الزمان والمكان إذ يمكن للأعوان المكلفون برقابة الجودة وقمع الغش في كامل أوقات العمل أو ممارسة النشاط بالعمليات الموكولة إليهم في أي مكان من أماكن الإنشاء الأولى والإنتاج و التحويل والتوظيف والإيداع والعبور والنقل والتسويق وعلى العموم في كامل حلقات عملية وضع المنتج حيز الاستهلاك ويقوم الأعوان أيضاً بالرقابة قصد الإطلاع على المنتجات أو الخدمات أو اكتشاف عدم المطابقة للمقاييس المعدلة أو المواصفات القانونية والتنظيمية التي يجب أن تتميز بها ويجرون محاضر عن معاينتهم ويمكنهم أن يرفقوا بها أية وثيقة إثبات واقتطاع عينات أو اتخاذ كل التدابير الوقائية والتحفظية.¹⁴

المبحث الثاني: الضبط القضائي البيئي :

يترتب عن أفعال الإضرار بالبيئة مسؤوليتين الأولى مدنية والتي تعرف على أنها الأثر المدني الذي يترتب القانون على الفعل الضار بحكم القضاء والثانية جزائية التي تعني خضوع مرتكب جريمة الإضرار بالبيئة التي توافرت أركانها للعقوبة المقررة لها و لكي يسأل الشخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً جنائياً عن جريمة الإضرار بالبيئة يقتضي أولاً إسنادها إليه وثانياً عدم توافر مانع من موانع المسؤولية الجنائية . إن حماية البيئة لا تقف عند تجريم الأفعال الضارة بها ، وتحديد الأشخاص المسؤولين جزائياً، إنما تمتد إلى وضع آليات جزائية تهدف إلى قمع هذه الجرائم ولايتأتى ذلك إلا بتوفير جهاز رقابة فعال هدفه البحث عن هذه الاعتداءات و معانيتها وتقديم أصحابها للعدالة التي توقع الجزاء المناسب حسب خطورة الأفعال. وتناط هذه المهام بالضبط القضائي. وبطرح إثبات هذه الأخيرة سواء من حيث إثبات وقوع الجريمة الماسة بالبيئة أو إسنادها لشخص مرتكبها عدة صعوبات وإشكالات تفرضها الطبيعة الخاصة للجرائم البيئية.

المطلب الأول: مفهوم الضبط القضائي :

يتمثل الضبط القضائي في قيام مأمورو الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات اللازمة للبدء في التحقيق. والضبط القضائي نظام معروف في كافة التشريعات المعاصرة، وهو في أساسه وليد الضرورة، فالنيابة العامة لا تملك القدرة الفعلية على القيام بنفسها بالتحري عن الجرائم وجمع المعلومات اللازمة عنها وعن مرتكبيها، مما أدى ذلك إلى إسناد هذه المهمة إلى جهاز يعاون النيابة في عملها وهو ما يعرف بسلطة الضبط القضائي. والقائمين بمهمة الضبط القضائي يطلق عليهم القانون أسم مأموري الضبط القضائي ويمكن أن نقسمهم إلى مجموعتين كما يلي :

1. ضباط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في ق ا ج (ويطلق عليهم مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام).¹⁵

2. الموظفين العاملين في الجهات الحكومية والذين يتم منحهم صفة الضبطية القضائية من قبل السلطة المختصة بذلك، لتطبيق أحكام القوانين والمراسيم والقرارات المتعلقة بعمل الجهات التابعة لها هؤلاء الموظفين (ويطلق عليهم مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص).¹⁶

ويمكننا القول بأن عمل مأموري الضبط القضائي لا يبدأ إلا في حال إخفاق الضبط الإداري ، أي بعد وقوع الجريمة سواء أكانت هذه الجريمة في بدايتها الأولى أي في مرحلة الشروع أم خلال حدوثها أم اكتملت أركانها ، وذلك لجمع كافة الأدلة والبراهين على وقوع الجريمة والتوصل إلى مرتكبيها لتقديمهم إلى الجهات المختصة توطئة لمحاكمتهم.

ومن خلال استعراضنا لكل من مفهومي الضبط الإداري والضبط القضائي نستطيع القول بأن هناك بعض الاختلافات بين كلا المفهومين من حيث خصائص وسمات كل نوع وذلك كما يلي :

- هدف الضبط الإداري هو العمل على منع وقوع الجريمة أي أن هدفه وقائي بحث، في حين أن الضبط القضائي هدفه قمعي بحث لأنه ينطوي على إثبات الجريمة والعمل على جمع كافة الأدلة المتعلقة بها وضبط مرتكبيها وتقديمهم للجهات المختصة.

- إجراءات الضبط الإداري تكون سابقة على وقع الجريمة أما إجراءات الضبط القضائي تكون لاحقة على نوع الجريمة أو بمجرد الشروع فيها.

- يمكن لإجراءات الضبط الإداري أن تستمر حتى بعد البدء في الجريمة أو ارتكابها وتصلح إجراءات الضبط القضائي إلا أن إجراءات الأخير لا يمكن أن تبدأ قبل وقوع الجريمة ولا تصلح إجراءات الضبط الإداري.

- أعمال الضبط الإداري تعد أعمال إدارية من اختصاص القضاء الإداري أما أعمال الضبط القضائي فهي أعمال قضائية تخضع لرقابة القضاء العادي.

أوضحنا في ما سبق مفهوم الضبط القضائي بوجه عام، وهو مفهوم يتعلق بشأن كافة الجرائم. إلا أن هذا المفهوم يختلف في مجال حماية البيئة لأن جرائم البيئة تختلف عن الجرائم الأخرى كجرائم السرقة أو النصب أو القتل، والتي يكون فيها الاعتداء منصبا على الأموال مثلا أو على الأشخاص. وذلك لأن جرائم البيئة قد لا تضر شخصا محمدا بذاته بل من الممكن أن يضار منها مجموعة من الأشخاص، أو يضار منها المجتمع بأسره، ومن الممكن والجائز أن يضار منها الكائنات الحية الأخرى. كما وأن جرائم البيئة تتسم بأنها لا تتوقف عند زمان محدد أو مكان معين، فهي ممكن أن تستمر وتستغرق وقتا طويلا وتتجاوز وتعبر العديد من الدول دون أن تفلح الجهود البشرية في وقفها أو السيطرة عليها. فضلا عن أن الفاعل للجريمة من الممكن أن يكون شخص طبيعي أو شخص معنوي - كالنشات والمصانع - أو مجموعة من الأشخاص والذي قد يتعذر أحيانا التوصل إليهم ومعرفتهم على وجه التحديد. لذلك فإن الضبطية القضائية في نطاق تشريعات حماية البيئة تتميز بطبيعة خاصة وأهمية بالغة تعتمد بشكل رئيسي على الموظفين الذين يتم منحهم صفة الضبطية القضائية.¹⁷

إذ يجب أن يكون هؤلاء الموظفين على قدر كبير من التأهيل الفني وأن يتمتعوا بخبرة علمية وعملية فائقة في المجال البيئي بما يمكنهم من أداء المهام المناطة بهم على الوجه الأمثل.

ويكون مأمورو الضبط القضائي في مجال البيئة من الموظفين العاملين في الجهات الإدارية المختصة بحماية البيئة، ويطلق عليهم عندئذ مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص، بالرغم من أنه لا ينفي ذلك حق مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من ضبط جرائم المساس بالبيئة.

إن الضبط البيئي القضائي يعرف على أنه إجراء علاجي أي لاحق لارتكاب الجرائم، يهدف إلى التحري عنها وجمع الأدلة اللازمة للتحقيق فيها، وكذلك تعقب مرتكبيها وتقديمهم للمحاكمة وإنزال العقاب. بهم وتظهر نقاط الاختلاف في :

أ- من حيث الطبيعة القانونية: يتسم الضبط البيئي الإداري بأنه ذو طابع وقائي وسابق وهذا عكس الضبط البيئي القضائي، وهو إجراء لاحق علاجي للكشف عن الجرائم البيئية وإثباتها وتوقيع الجزاءات العقابية.¹⁸

ب- من حيث الغاية والأعمال: إن أعمال الضبط البيئي الإداري تخضع لقواعد القانون الإداري، وهي من اختصاص السلطات الإدارية، وتصدر في شكل قرارات إدارية تنصب على منع وقوع الحدث، كمنع الاضطراب في المجال الأمني، ومكافحة التلوث، وحماية عناصر البيئة في المجال البيئي، محافظة على النظام العام في المجتمع بعناصره المتعددة.

أما أعمال الضبط البيئي القضائي فتخضع لقواعد القانون الجنائي، وهي من اختصاص السلطة القضائية وتصدر في شكل قرارات قضائية تنصب على قمع الفعل المضر بالبيئة.

ج- من حيث الجهة القضائية المختصة ومسؤولية الدولة عن الأضرار الناشئة عنها.

- إن المنازعات التي تثور بصدد الضبط البيئي الإداري تكون من اختصاص القضاء الإداري " المحاكم الإدارية، مجلس الدولة"، والدولة تسأل عن القرارات والأوامر الضبطية الصادرة عن سلطات الضبط البيئي الإداري، والتعويض عنهما إذا كان الخطأ جسيماً.

- أما المنازعات التي تثور بصدد الضبط البيئي القضائي، فتكون من اختصاص الجهاز القضائي العادي "وتحكمها كل من قواعد قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات"، في حين لا تسأل الدولة عن الأضرار الناشئة عن:

- العمل القضائي، وخاصة الأعمال المتصلة بالنيابة العامة ذات الطابع القضائي.

د- من حيث الأشخاص المكلفين بمهمة الضبط البيئي الإداري والقضائي:

بالرغم من الاختلاف القائم بين هذين النوعين، إلا أنه توجد علاقات مترابطة بينهما، حيث نجد أن القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة قد نص على علم الأشخاص المكلفين بحماية البيئة ووسع من هذا المجال، على أن تقوم هذه الفئات بالسهر على احترام التشريع والتنظيم، في ميدان التشريعات البيئية ومعاينة هذه

المخالفات. إضافة إلى قانون الإجراءات الجزائية الذي ضبط الاختصاص العام لضرورة التمكن من استعمال بعض الأجهزة الأخرى.¹⁹

المطلب الثاني : الضبطية القضائية في التشريعات البيئية :

تتميز الضبطية القضائية في مجال فوانين البيئة بأهمية دورها الذي يعتمد على الطبيعة الخاصة للدور الممنوح لها حيث لا يمكن أن يستقل بهذه المهمة مأمورو الضبط ذوو الاختصاص العام لضرورة التمكن من استعمال بعض الأجهزة الدقيقة، تنص المادة 21 من قانون الإجراءات الجزائية و ما يليها انه يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء و الضباط و الأعوان و الموظفون و يتولى وكيل الجمهورية إدارة الشرطة القضائية و يشرف النائب العام على الشرطة القضائية بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي و ذلك تحت رقابة غرفة الاتهام بذلك المجلس ، و يناط بالشرطة القضائية مهمة البحث و التحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات و جمع الأدلة عنها و البحث عن مرتكبيها مادام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي و إذا ما افتتح التحقيق فان على الشرطة القضائية تنفيذ تفويضات جهات التحقيق و تلبية طلباتها .

و قد نص قانون البيئة على فئات أخرى تكون من بين مهامها حماية البيئة و هم :

- مفتشو البيئة.
- موظفو الأسلاك التقنية للإدارة المكلفة بالبيئة.
- ضباط و أعوان الحماية المدنية.
- متصرفوا الشؤون البحرية.
- ضباط الموانئ.
- أعوان المصلحة الوطنية لحراسة الشواطئ.
- قواد سفن البحرية الوطنية.
- مهندسو مصلحة الإشارة البحرية.
- قواد سفن علم البحار التابعة للدولة.
- الأعوان التقنيون بمعهد البحث العلمي و التقني و علوم البحار.
- أعوان الجمارك.

- وفي الخارج يكلف القناصلة الجزائريون بالبحث عن مخالفات الأحكام المتعلقة بحماية البحر و جمع كل المعلومات لكشف مرتكبي هذه المخالفات و إبلاغها للوزير المكلف بالبيئة والوزراء المعنيين . وبالرجوع إلى المادة 111 من المرسوم رقم 227/88 المتضمن اختصاصات أسلاك المفتشين المكلفين بحماية البيئة التي تؤكد على مختلف الأعوان

المكلفون بحماية البيئة. وهو اختصاص أصيل بالنسبة لهم بالسهر على احترام التشريع والتنظيم في ميدان التشريعات البيئية ومعاينة هذه المخالفات.²⁰

يسهرون على تطبيق التشريع والتنظيم في مجال حماية الطبيعة وصون الحيوانات والنباتات وحفظ المواد الطبيعية وحماية الجو الطبيعي وموارد الماء والوسط البحري من جميع أشكال التلف والفساد.

ويسهرون على مدى مطابقة شروط إقامة المنشآت المرتبة واستغلالها وشروط معالجة النفايات الناتجة عن النشاط الإنساني وإزالتها وشروط إصدار الضجيج بحسب التشريع والتنظيم المعمول به.

يراقبون جميع مصادر التلوث والأضرار.

يجرون تحقيقات ترمي إلى الكشف عن مصادر التلوث والإضرار التي من شأنها إلحاق الضرر بالصحة العامة والموارد الطبيعية والبيئية.

يسهرون على احترام التشريع والتنظيم في مجال دراسة الأثر على البيئة.

ينفذون كل مهمة أخرى يرسلها إليهم الوزير المكلف بالبيئة.

يتدخل المفتشون المكلفون بالبيئة على أساس برنامج سنوي للتفتيش يوافق عليه الوزير المكلف بالبيئة ويمكنهم زيادة على ذلك أن يتدخلوا بصورة مباغتة بناء على الوزير المكلف بالبيئة أو من الوالي بأي مهمة تحقيق توكل إليه ويعدون حصيلة خاصة سنوية لنشاطهم.

كل مهمة تفتيش أو فحص أو تحقيق تتوج بتقرير يوجهه المفتشون إلى الوزير المكلف بالبيئة والولاية المعنيين ويمارس المفتش حماية البيئة اختصاصاتهم التي يخولهم إياها قانون البيئة وفقا لأحكام المواد من 21-27 من قانون الإجراءات الجزائية ويكون مفتشو حماية البيئة محلفين ويجب أن يكون حاملين لقرار تفويضهم.

وهناك موظفون وأعوان آخرون يمارسون مهام الشرطة القضائية لم يتعرض إلى ذكرهم قانون الإجراءات الجزائية ولا قانون حماية البيئة مع ما لهم من اختصاصات في حماية البيئة وأيضا حماية حق الإنسان فيها وقد ورد ذكرهم في بعض القوانين الخاصة منهم ما جاء في القانون المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك إذ نص أن مفتشي الأقسام والمفتشين والمراقبين العاميين والمراقبين التابعين لمصالح مراقبة الجودة وقمع الغش مؤهلون كذلك لمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون وإثباتها.

أيضا القانون المتعلق بحماية الصحة النباتية وقانون المياه فقد نص على أنه يؤهل أعوان سلطة الصحة النباتية المفوضون قانونا والمكلفون لدى المحاكم المختصة للقيام بالبحث ومعاينة مخالفات هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه فيقوم أعوان السلطة النباتية وكذا الموظفون الآخرون الذين يساعدون على تطبيق هذا القانون في مجال هذا البحث ومعاينة المخالفات بممارسة وظائفهم طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية والمؤكد أن هؤلاء الأعوان يقومون بحماية النباتات التي هي بالضرورة عنصر من عناصر حماية التنوع البيولوجي الذي بدوره يساعد على بقاء الإنسان وتمتعه بصحته وخيرات الطبيعة التي بالقضاء عليها يفقد الإنسان مقومات وجوده. وبأي حال من الأحوال نقول أن واجبات رجال الضبط القضائي في نطاق قوانين البيئة المختلفة لا يمكن أن يتشابه بأي حال من الأحوال بما

هو عليه الوضع في قوانين الإجراءات الجنائية، إذ أن الطبيعة المميزة لجرائم تلويث البيئة والتعدي على حق الإنسان في بيئة نظيفة وملائمة يتطلب دورا متميزا لرجال الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام القانون اتجاهها إذ يتعلق تدخلهم في جرائم الاعتداء على البيئة فقط . وهذا ما جعل المشرع من جانبه يتدخل في مواضع عدة ليحدد اختصاصات مأمورية ضبط المنصوص عليها في القوانين المحلية. وهذا نظرا للطبيعة الخاصة لجرائم تلويث البيئة التي تجعل الإبلاغ عنها لتقديم شكوى بشأنها أمرا غير متصور في كثير من الأحوال، فكثير من تلك الجرائم يمكن أن تقع ويتحقق ضررها دون أن يدري بها أحد، اللهم بعض المتخصصين المجهزين بأدوات خاصة للكشف عنها، أما الفرد العادي وخاصة في مجتمعات العالم الثالث فيصعب عليه اكتشاف ما هو ضار للبيئة وما يشكل جريمة بشأنها يستحق التبليغ عنه بل الأكثر من ذلك يقدم البعض على مخالفة أحكام قانون البيئة ويشكل سلوكه جريمة ضدها وهو لا يدري أنه مخالف، وخاصة في ظل تضخم قوانين البيئة وتضمنها معايير عدة وقياسات مفصلة وردت في ملاحق وجداول مختلفة والأمثلة على ذلك كثيرة منها تجاوز الحدود القصوى للملوثات الهواء الخارجي أو الحدود المسموح بها لشدة الصوت ومدة التعرض الآمن لها داخل أماكن العمل وداخل الأماكن المغلقة. هذا فضلا عن دور الوعي الثقافي وإحساس الفرد العادي بمدى جسامه الآثار الضارة الناشئة عن ارتكاب جرائم ضد البيئة.²¹

خاتمة :

من خلال ما سبق نقول أن الحماية القانونية للبيئة في التشريع الجزائري موضوع خصب وعصي على الدراسة في عمل علمي مقتضب ومختصر، لأن البيئة حاليا أصبحت تشكل حقا من حقوق الإنسان باعتبارها الجيل الثالث لحقوق الإنسان، وتجدر الإشارة إلى أن الحماية الإدارية أكثر أهمية وفاعلية من الحماية الجنائية لأنها حماية وقائية، بينما الثانية تعد حماية علاجية لهذا نقول أنه حتى نحقق مكاسب في مجال حماية البيئة لا بد من السعي لنشر ثقافة بيئية يؤمن بها الكوادر الإدارية القائمة على الإدارة الجزائرية. - ففاقد الشيء لا يعطيه - وأيضا العمل على إيجاد منظومة تشريعية معقولة وشاملة لكافة عناصر البيئة مزودة بآليات تنفيذ عملية تمكن الإدارة من تجسيدها. وعلى الرغم من أن الجزاءات المقررة للجرائم البيئية لا تعد جزاءات للمخالفات البيئية بحد ذاتها بل باعتبارها جزاء لمخالفة النصوص القانونية و هذا في حد ذاته في نظرنا يعد انتهاكا كافيا لحقوق الإنسان في الجزائر لأنه لا يخفى على احد أن بقاء الإنسان مرتبط ببقاء البيئة ملائمة لذلك لهذا نوصي من خلال هذا العمل على العمل على تفعيل اللجنة الاستشارية و تزويدها باليات قانونية لحماية البيئة كحق ثابت من حقوق الإنسان وأيضا إلزامها بنشر الثقافة البيئية على الصعيد المؤسسات وأيضا في أوساط المواطنين لان البيئة مسؤولية الجميع و فاقد الشيء لا يعطيه.

وفي خاتمة هذا البحث نرجو أننا قدمنا ولو لمحة موجزة وبسيطة عن الضبط البيئي وتأثيره على حقوق الإنسان في التشريع الجزائري باعتبار التشريعات البيئية تدخل في كل مجالات الحياة اليومية للمواطن.

الهوامش :

1- المادة رقم 111، من القانون رقم 10/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003، ص.06

2- د/ رمضان محمد بطيخ، " الضبط الإداري وحماية البيئة "، ندوة نظمتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية بعنوان (دور التشريعات والقوانين في حماية البيئة العربية)، من 07 إلى 11 مايو 2005، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص.5

3- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري بج.2، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 35

- 4- د/ سامي جمال الدين ، اصول القانون الاداري :ج2 ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، 1996، ص 551
- 5- محمد محمد عبده امام ، القانون الاداري و حماية الصحة العامة ، دار الفكر الجامعي ،مصر ، 2007 ، ص 288
- 6- د/ ابراهيم محمد العناني ، البيئة و التنمية الابعاد القانونية الدولية ، المؤتمر الاول للقانونيين المصريين ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء و التشريع ، فبراير 1992 ، ص 22
- 7- د/ داوود الباز، حماية السكنية العامة معالجة لمشكل العصر، دار الكتاب، مصر، 1990، ص 28
- 8- القانون رقم 19/01، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج ر عدد 77 المؤرخة في 15/12/2001
- 9- القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية المعدل و المتمم
- 10- القانون رقم 07/12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتضمن قانون الولاية المعدل و المتمم.
- 11- المواد ()، من القانون رقم 10/11 ، المتعلق بالبلدية.
- 12- المرسوم رقم 387/81، المؤرخ في 1981/12/26، والمتعلق بصلاحيات البلدية والولاية واختصاصاتهما في قطاع الغابات واستصلاح الأراضي، ج ر رقم 52، لسنة 1981.
- 13- القانون رقم 17/ 87، المؤرخ في أوت سنة 1987، المتعلق بالصحة النباتية، ج ر عدد 32، الصادرة في 1987.
- 14- بابة سكاكي ، دور القاضي الاداري بين المتقاضي و الادارة ط1 ، دار هومة ، الجزائر، 2006، ص25
- 15- المادة رقم 15، من القانون رقم 155/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يوليو 1966 ، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم .
- 16- المادة رقم 19 ، من نفس القانون.
- 17- الجيلالي عبد السلام ارحومة، حماية البيئة بالقانون، ط 1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، الجماهيرية الليبية، 2000.
- 18- داود الباز، حماية السكنية العامة الضوضاء، دد ن، د ب ن، 1998، ص 58 وما بعدها.
- المرسوم التنفيذي رقم 410/03 المؤرخ في 2003/11/05، الذي يحدد المستويات القصوى لانبعاث الأبخرة والغازات السامة والضجيج من السيارات، ج ر العدد 68، المؤرخة في 2003/11/09
- 19- د/محمد حسام محمود لطفي، "المفهوم القانوني للبيئة في مصر"، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الأول للقانون المصري حول الحماية القانونية للبيئة في مصر، 25-26 فبراير سنة 1992، مجموعة أعمال المؤتمر، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، القاهرة، 1992.
- 20- المادة رقم 111، من القانون رقم 10/03 المتعلق بالبيئة السابق.
- 21- الطاهر دلول ، الحماية الجنائية للبيئة في التشريع الجزائري ، (رسالة دكتوراه) ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، الجزائر ، 2006/2007، ص 271

دور العقوبات الاقتصادية الصادرة من مجلس الأمن في تطبيق القانون الدولي الإنساني



الأستاذ : مراد كواشي أستاذ مساعد قسم ب

أستاذ : جامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر

يعتبر مجلس الأمن هيئة دولية وجدت للحفاظ على السلام في العالم، وتطبيق مبادئ و أحكام القانون الدولي الإنساني، وبما أنه كلف بهذه المهمة الصعبة فإن له عدة طرق للحفاظ على السلام، لذا لجأ مجلس الأمن في تنفيذه لقواعد القانون الدولي الإنساني إلى نوع من الآليات ذات الطابع غير القضائي، تتمثل في العقوبات الاقتصادية و التي هي محور دراستنا .

أولا : العقوبات الاقتصادية :

شهد العالم المعاصر موجة من العقوبات الاقتصادية التي فرضها مجلس الأمن (1) على العديد من دول العالم، والتي أخذت في بعض الأحيان شكلا شاملا وطويل الأمد كما هو الحال بالنسبة للعراق وليبيا، وما زالت دول أخرى مهددة باستخدام مثل هذه العقوبات ضدها، وقد كان مجلس الأمن هو أحد أجهزة منظمة الأمم المتحدة، و هو يمثل الجهاز التنفيذي لها، يتكون وفقا للمادة 23 من ميثاق المنظمة من 15 عضوا من أعضاء المنظمة، موزعين على طائفتين تتكون الأولى من خمسة دول معينة بالاسم لها صفة العضوية الدائمة و هي :

الصين ، فرنسا، بريطانيا، روسيا و الولايات المتحدة الأمريكية، و تمتلك هذه الطائفة حق الاعتراض أو ما يسمى " بحق الفيتو" ضد القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، حيث يترتب عن استعماله وقف إصدار هذه القرارات من المجلس، أما الطائفة الثانية فتتكون من عشرة أعضاء، تنتخبهم الجمعية العامة بصفة دورية بقرار صادر بأغلبية الثلثين، و ذلك لمدة سنتين ليكونوا بذلك أعضاء غير دائمين، و يراعى في انتخابهم بوجه الخصوص مساهمة أعضاء الأمم المتحدة في حفظ السلم و الأمن الدوليين، و في مقاصد الهيئة الأخرى، كما يراعى أيضا التوزيع الجغرافي العادل.

أما فيما يتعلق باختصاصات مجلس الأمن، فقد أسند له الميثاق جملة من الاختصاصات يمكن تصنيفها إلى صنفين، يشمل الصنف الأول الاختصاصات الرئيسية للمجلس وهي حفظ السلم و الأمن الدوليين، والتي يمارسها من خلال :

أ/ الحل السلمي للنزاعات الدولية التي يخشى منها أن تعكر صفو العلاقات الودية بين الدول، و قد تضمن الفصل السادس إجراءات هذا الحل السلمي.

ب / اللجوء إلى الفصل السابع الذي يتضمن اتخاذ تدابير أشد صرامة من تدابير الفصل السادس، قد تصل إلى حد استخدام القوة، ويتم اللجوء إلى هذا الفصل في حالة ما إذا شكل الوضع تهديدا أو إخلالا بالسلم أو عملا من أعمال العدوان.

أما الصنف الثاني من الاختصاصات فيشمل الاختصاصات ذات الطابع الإداري، ومنها :

أ / الاختصاصات المتعلقة بالعضوية في الأمم المتحدة.

ب / الاختصاصات المتعلقة بنشاط بعض الأجهزة الرئيسية الأخرى للمنظمة.

ج / الاختصاصات المتعلقة بالتسليح.

إن مجلس الأمن والقوى المسيطرة فيه تتذرع في كل مرة يتم فرضها بأنها وسيلة لمعاقبة أنظمة حكم، أو منظمات خارجة عن القانون الدولي الشرعية الدولية، وسواء كانت هذه الذريعة مقبولة أم غير مقبولة، شرعية أو غير شرعية، فإن الشعوب هي التي تتحمل التبعات الظلمة التي تترتب على العقوبات الاقتصادية، حيث تقف هذه الشعوب بين ظلم العقوبات الاقتصادية المفروضة من الخارج، وربما القهر وانتهاك حقوق الإنسان في الداخل، يضاف إلى كل ذلك أن العقوبات الاقتصادية غالبا ما استخدمت بشكل تلقائي مما يلقي ضللا إضافية من الشك حول مصداقية الجهات التي تقف خلف هذا النهج وجدوى مثل هذه العقوبات (2) وعلى ذلك فإننا سنحاول دراسة موضوع العقوبات الاقتصادية رغم شساعته وتشعبه ونطرح الإشكال :

-هل نجحت العقوبات الاقتصادية التي فرضت على الدول في ثني أنظمتها عن انتهاك

حقوق الإنسان والشرعية الدولية كما نسب إليها من قبل مجلس الأمن والدول المسيطرة عليه؟

- هل نجح مجلس الأمن من خلال توقيعه للعقوبات الاقتصادية في تحقيقه للأهداف المرجوة دون انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني؟(3).

و يقصد بالنزاعات المسلحة الدولية تلك النزاعات المسلحة التي تنشب بين دولتين أو أكثر، أما النزاعات المسلحة غير الدولية فيقصد بها تلك النزاعات المسلحة التي تقع داخل الدولة سواء بين جماعات عرقية أو دينية أو سياسية، أو بينها و بين السلطة في الدولة، على أن يكون لهذه الجماعات المسلحة تسلسل قيادي يمكن التعامل معه، و يسيطر على الأطراف التابعين له ، و يستعمل البعض عبارتي " قانون جنيف" و " قانون لاهاي" تعبيرا عن القانون الدولي الإنساني، حيث تشكل اتفاقيات جنيف لعام 1949 و البروتوكولين الإضافيين لعام 1977 ، المصادر الأساسية لقانون جنيف الذي يتعلق بحماية الأشخاص و الممتلكات المعنية بينما تشكل اتفاقيات لاهاي لعام 1907 ، و

بروتوكول جنيف لعام 1925 حول حظر استخدام الأسلحة الكيماوية، واتفاقية لاهاي لعام 1954 المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية وبروتوكولها الإضافيين و اتفاقية 1980 الخاصة بحظر الأسلحة التقليدية، المصادر الأساسية لقانون لاهاي الذي يتعلق بطرق و وسائل القتال و سلوك المحاربين، غير أن التفرقة السابقة بين القانونين لم تعد قائمة الآن، لان البروتوكولين الإضافيين لعام 1977 تضمننا قواعد صهرت القانونين معا ليشمل القانون الدولي الإنساني الآن القانونين معا.

-هل تفرض العقوبات الاقتصادية رغبة في الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين أم تنفيذًا لرغبات وأهداف سياسية لدول وقوى معينة ؟

أ - مفهوم العقوبات الاقتصادية و تطورها التاريخي :

سنقوم ببيان مفهوم العقوبات الاقتصادية و تطورها التاريخي من خلال فرعين، حيث ندرس مفهومها ثم تطورها التاريخي.

1- مفهوم العقوبات الاقتصادية :

تعد العقوبات الاقتصادية أحد أهم و أقدم أشكال الجزاء في إطار العلاقات الدولية، حيث حازت على اهتمام الدول والمنظمات الدولية منذ وقت طويل، كما حرص كثير من فقهاء القانون الدولي على وضع جملة من الشروط والضوابط التي يتعين مراعاتها لتحقيق هذه العقوبات أهدافها في إطار القانون الدولي.

2- تعريف العقوبات الاقتصادية :

حفلت الحياة الدولية بالعديد من الممارسات التي تعكس أشكالاً متعددة للجزاءات الدولية، هذه التي اختلفت أنواعها وتباينت فلسفتها وأهدافها من مرحلة إلى أخرى في حياة الأمم، و يقوم القانون الدولي الإنساني على عدة مبادئ مهمة منها: مبدأ الإنسانية، مبدأ الضرورة العسكرية، مبدأ المسؤولية، مبدأ التمييز بين المدنيين و المقاتلين و بين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية.

و إذا كان الفقه قد دخل في اختلاف شديد بين طبيعة العلاقة بين القانون الدولي لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني، فإن ذلك لن يؤثر على مسألة غاية في الأهمية ، ألا وهي مسألة انطباق الحد الأدنى من الحقوق التي يحميها القانون الدولي لحقوق الإنسان زمن النزاعات المسلحة بنوعيهما.(4)

هذه الجزاءات شكلاً أكثر تنظيماً مع التطور الذي لحق بالعلاقات الدولية، فشملت ثلاث أشكال :

العقوبات الاقتصادية، العقوبات السياسية، الدبلوماسية والعقوبات العسكرية(5) .

فتعرف الجزاءات الدولية عامة بأنها إجراء أو مجموعة من الإجراءات تتخذها الأمم المتحدة في حق بلد أو عدة بلدان من أجل الضغط عليها لتغير سلوكها السياسي أو الاقتصادي أو العسكري أو الاجتماعي(6)، و قد جاء تعريف العقوبات الدولية بهذا الشكل لتشمل كل أهداف الأمم المتحدة التي يمكن أن توقع العقوبات السابقة بغية تحقيقها، إذ لا يقتصر هدف فرض العقوبات الدولية على رد العدوان العسكري أو المعاقبة على امتلاك الأسلحة المحظورة أو

الاتجار في المخدرات، بل قد تستهدف حتى تغيير السلوك الاجتماعي والثقافي في البلاد المستهدفة، أو تغيير التشريعات الوطنية لتتلاءم مع التشريعات والمواثيق الدولية .

أما العقوبات الاقتصادية فقد عرفها البعض تعريفا موسعا خاليا من أية ضوابط تحكم فرض هذه العقوبات ، حيث عرفها بأنها أي تصرف سياسي يحمل أذى أو إكراه تقوم به الدولة في سياستها الاقتصادية الخارجية(7) ، وما يلاحظ على هذا التعريف هو أنه من شأنه أن يؤدي إلى إطلاق يد الدول في فرض العقوبات الاقتصادية بهدف تنفيذ أهدافها متذرة في ذلك بإخلال الدول الموقعة عليها بالتزاماتها الدولية.

في حين عرفها البعض الآخر بطريقة أكثر دقة، حيث عرفها بأنها إجراء اقتصادي يهدف إلى التأثير على إرادة الدولة في ممارسة حقوقها لحملها على احترام التزاماتها الدولية، بحيث تصبح قراراتها مطابقة لما يفرض عليها القانون الدولي أو أنها كل إجراء مالي أو تجاري تتخذه دولة أو عدة دول ضد دولة ما لحملها على القيام بعمل ما أو لمنعها من ارتكاب بعض الأفعال المخالفة لأحكام القانون الدولي .

كما يلاحظ أيضا على التعريفين الأخيرين هو أنهما قد حددا الهدف من وراء العقوبة، وهو التأثير على الدولة لحثها على احترام قواعد القانون الدولي الإنساني .

ومن خلال هذه التعاريف ، يتضح أن للعقوبات الاقتصادية جملة من الملامح هي :

1-إجراء دولي اقتصادي :أي انه تصرف دولي تقوم به منظمات دولية أو مجموعة من الدول في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية، حيث يمس بمصالح الدولة التجارية والصناعية.

2-إجراء قسري:أي أنها إجراء يطبق بشكل إجباري، ويحمل أذى وينال من المصالح الاقتصادية للدولة المستهدفة.(8)

3-إجراء وقائي مؤقت وعقابي :فهو وقائي مؤقت لأنه يستهدف منع الدولة مرتكبة

المخالفة من الاستمرار في مخالفتها، وعقابها يهدف إلى إلحاق الضرر بالدولة لمنعها من ارتكاب المخالفة الدولية، كما انه من شأنه جعل الدولة المستهدفة عبرة للدول الأخرى لعدم إتيان ما ارتكبه الدولة المخالفة.(9).

وقد تعددت الآراء حول الهدف من العقوبات الاقتصادية، وقد تم تصنيفها إلى أربعة آراء :

الرأي الأول : ويرى أن الهدف من العقوبات الاقتصادية يتركز في عقاب الدولة المرتكبة للمخالفة الدولية وليس إصلاح المخالفة، ويستدل هذا الرأي بالعقوبات الاقتصادية على العراق.

حيث يرى أن هذه العقوبات لم تستهدف فقط إرغام العراق على الانسحاب من الكويت أو تعويض الكويت عن الخسائر التي لحقتها جراء الغزو، وإنما تجاوزت العقوبات هذا الهدف لتحقيق هدفا آخر هو ردع العراق وعقابه لضمان عدم قدرته على ارتكاب مثل هذه المخالفة مجددا، وتأمين جيرانه من الدول من احتمال ارتكاب هذه المخالفة مرة أخرى ضدهم .

الرأي الثاني : ويرى أن الهدف من العقوبات الاقتصادية هو التأثير على الدولة بهدف إرغامها على تغيير سياستها المخالفة لأحكام القانون الدولي الانساني، وذلك بزعزعة استقرارها السياسي، والاقتصادي وإضعاف قدرتها الاقتصادية أو الحد من دورها الإقليمي.

الرأي الثالث : و يرى أن الهدف من العقوبات الاقتصادية هو إصلاح آثار الضرر الناشئ عن مخالفة أحكام القانون الدولي الإنساني، وهو ما يجعل هذا الاتجاه متميزا بالموضوعية، حيث أن حصول الدولة المتضررة على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت بها يشكل الهدف الأسمى بالنسبة لها، في حين يأتي هدف الردع والعقاب في المرحلة الثانية.

الرأي الرابع : و يرى أن أهداف العقوبات الاقتصادية سياسية بالدرجة الأولى لمحاولة تدعيم نفوذ دولة كبرى في مناطق معينة، كحمل الدولة المستهدفة على التخلي عن خططها التوسعية على حساب الدول الأخرى، أو منعها من القيام بمغامرة عسكرية ضد دولة ما أو دولة حليفة أو حرمان الدولة المستهدفة من الحصول على السلع الإستراتيجية والتقنية المتقدمة المرتبطة مباشرة بالنواحي العسكرية، أو كالإطاحة بنظام حكم معين معارض لسياسات الدولة الفارضة للعقوبات الاقتصادية، أو تشجيع قوى داخلية معينة في الدولة المستهدفة ضد قوى أخرى وغير ذلك من الأهداف السياسية التي قد تكون واضحة أو غامضة مستترة بأهداف أخرى.(10)

غير انه ومهما تعددت الآراء حول الأهداف فإن الهدف المشترك في كل حالات توقيع العقوبات الاقتصادية هو العقاب والتأديب للدولة شعبا وحكومة، نظرا لما تتضمنه هذه العقوبات من حرمان للدولة من ممارسة حقوقها السيادية وإضعافها اقتصاديا واهتزاز النظام الاقتصادي بها لفترة تطول أو تقصر.

ثانيا : أشكال العقوبات الاقتصادية :

يصنف بعض المختصين كدافيد بالا دوين العقوبات الاقتصادية إلى نوعين : عقوبات تجارية وعقوبات مالية.

1-العقوبات التجارية :

ويمكن تلخيصها فيما يلي :

أ -التعريفات الجمركية :

وتعني فرض ضرائب جمركية على الواردات كوسيلة انتقامية ضد بعض الدول، أو

كوسيلة للمساومة بطريق الضغط أو الإغراء في المفاوضات.

ب -الحظر التحريم :

يقصد به منع وصول الصادرات إلى الدولة التي اتخذ ضدها هذا الإجراء، وقد يفرض على جميع الصادرات كما قد يفرض على جزء منها، كما أنه قد يطبق على الصادرات والواردات كإجراء انتقامي(11)، تقوم المنظمات بفرض هذا النوع من العقوبات الاقتصادية لتوقيع العقاب على الدول التي جاءت بتصرفات مخالفة لأحكام القانون الدولي الانساني، ومنعها من القيام بنشاطات غير مشروعة، أو لمنعها من استخدام بعض السلع وخاصة منها المواد الحربية

لأغراض لا توافق عليها المنظمات التي تفرض الحظر، وقد يتعدى الحظر السلع والمواد العسكرية إلى كافة السلع الأخرى التي قد تحتاجها الدول، كما قد تقوم المنظمة بحث الدول على فرض حظر على دولة ما، وترك لهم تقدير نوع الصادرات الحيوية التي يشملها هذا الحظر، وإضافة إلى السلع والمواد والعتاد العسكري، فإن الحظر قد يشمل السلع والمواد الغذائية الضرورية لحياة السكان، وهو ما يجعل هذا النوع من الحظر من أخطر وسائل العقوبات الاقتصادية، إذ من شأنه التأثير بشكل خطير على النظام الاقتصادي للدولة، وذلك بحرمان الشعب من السلع التي يحتاجها مما سيؤثر على جميع نواحي حياة السكان. (12)

كما نجد أن المنظمة في حالات أخرى تقوم بتحديد نوع السلع المحظور التعامل بها مع الدول المخالفة، فتشمل مثلا الأسلحة والذخيرة، ومواد الطاقة الذرية، البترول وأية سلعة أخرى يمكن استخدامها في مجال إنتاج الأسلحة، وقد طبق هذا الجزاء في العديد من المناسبات، منها الحظر الاقتصادي الشامل الذي فرضته أمريكا على كوبا عام 1962، والحظر الاقتصادي على الصين سابقا، والحظر الجزئي أو المحدود الذي فرضته الدول الغربية على الدول الشيوعية سابقا، حيث حظرت بيع بعض السلع الإستراتيجية لها.

ج- المقاطعة : هي شكل حديث من أشكال العقوبات الاقتصادية، ويقصد بها " تعليق التعاملات الاقتصادية والتجارية مع دولة ما لحملها على احترام قواعد القانون الدولي الانساني، وقد تكون المقاطعة فردية أو جماعية، من عدة دول، كما قد تأتي بصورة سلبية لمنع التعامل مع الدولة المرتكب ضدها الإجراء، أو ايجابية كما حدث عند منع الدول العربية في أوائل الستينات من تدفق رؤوس الأموال و الخبرة على إسرائيل، ومنع الشركات الأجنبية العاملة في أراضيها من استخدام آلات إسرائيلية الصنع.

وهناك من يعطي للمقاطعة معنى ضيق فيعرفها على أنها " رفض شراء السلع التي تنتجها دولة أجنبية معينة (13) ، وهناك من يعطيها معنى واسع لتشمل وقف العلاقات التجارية مع دولة معينة ومنع التعامل مع رعاياها، بهدف الضغط الاقتصادي عليها ردا على ارتكابها لأعمال عدوانية، كما يرون أن نطاق المقاطعة قد يتسع في حالات ما يشمل أطرافا ثالثة في دول أخرى، إذا كانت لهذه الأطراف علاقات تجارية أو اقتصادية مع الدولة الخاضعة للمقاطعة، و زيادة في فعالية المقاطعة، يستخدم نظام القوائم السوداء وغيره من الإجراءات الأخرى التي من شأنها الزيادة في فعالية المقاطعة المفروضة .

غير أنه ومهما اختلفت تعاريف المقاطعة فإن آثارها السلبية قد لا تقتصر على الدولة التي اتخذت المقاطعة ضدها، وإنما قد تتعداها إلى الدول الأخرى التي تربطها علاقات تجارية أو اقتصادية مع هذه الدولة، ويبدو هذا التأثير بصورة جلية في العالم الثالث ، حيث نجد أن معظم الدول تعتمد في حصولها على السلع والمواد الضرورية لحياة سكانها على الاستيراد، وعليه فإن فرض المقاطعة عليها سيؤدي إلى التأثير السلبي على شعبها، ليلحق في نفس الوقت ضررا أو خسائر كبيرة بالدول المتعاملة مع هذه الدولة، وهو ما يجعل للمقاطعة أثرا مزدوجا. (14).

ومن أمثلة تطبيق المقاطعة الاقتصادية، لجوء الصينيين في الفترة بين 1908 و 1931 إلى مقاطعة المنتجات اليابانية تسع مرات، ومقاطعة الولايات المتحدة الأمريكية لتشيكوسلوفاكيا سنة 1950 بسبب حبس صحفي أمريكي ببراغ بتهمة التجسس، وكذا تلك التي وقعت ضد دولة جنوب إفريقيا، نتيجة للممارسات العنصرية وسياسة التمييز العنصري التي تنتهجها حكومة البلد، حيث طالبتها في البداية كل من الجمعية العامة ومجلس الأمن الحكومة بالتوقف عن هذه الممارسات، غير أن عدم إذعان هذه الأخيرة لما سبق جعلها تخضع لعقوبات دولية بدأت بالحظر العسكري عام

1963، لتشمل فيما بعد جميع المعاملات التجارية والاقتصادية وقد لاقت هذه التدابير نجاحا كبيرا نظرا لتأييدها من قبل معظم دول العالم، واستمر الوضع كذلك لتكتمل بذلك صورة المقاطعة الاقتصادية الشاملة التي دامت حوالي 30 عاما، تم خلالها تحقيق الأهداف المرجوة وذلك بإجبار حكومة جنوب إفريقيا على إجراء انتخابات حرة والتخلي عن السياسة العنصرية المتبعة. (15)

د- سحب مبدأ الدولة الأكثر رعاية : وبموجب هذا الإجراء يتم إيقاف معاملة المستوردات الآتية من الدولة المستهدفة بشكل تساهلي، وكذلك واردات البلدان الأخرى المستفيدة من هذه الأفضلية التجارية.

ه - نظام القوائم السوداء :

ويقصد بها مقاطعة الأشخاص التابعين لدولة معينة سواء كانوا أفرادا عاديين أو شركات أو مؤسسات ثبت تعاملها مع العدو، ومن الدول التي استعملت هذه القوائم الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك قبل دخولها الحرب العالمية الثانية لتمنع قيام الشركات والأفراد والمؤسسات في دول أمريكا اللاتينية من شحن البضائع إلى دول المحور، فأصدرت في جويلية 1941 قائمة تضم 800 شخص ومؤسسة ممن حظر على الأمريكيين التعامل التجاري معهم.

و - الحجز :

ويقصد به احتجاز السفن التي ترفع علم الدولة المعاقبة في الميناء، وقد يشكل هذا الإجراء مرحلة تمهيدية لمصادرة هذه السفن، ويطبق هذا الإجراء على جميع السفن المحلية منها والأجنبية، كما توسعت دول أخرى في استخدام هذا الإجراء حيث كانت تقوم بالاحتجاز السفن التي تحمل علم دولة يلوح في الأفق احتمال نشوب حرب معها، وعادة ما كان ينتهي هذا الاحتجاز بالإبقاء على هذه السفن والاحتفاظ بها كغنائم حرب، كما يعد الحجز إجراء مكتملا للحصار البحري. (16)

ي - عقوبة عدم المساهمة :

ويقصد بهذه العقوبة قيام منظمة دولية ما بإصدار قرارات إدارية يتم بموجبها حرمان الدولة المعاقبة من استخدام حقوقها داخل المنظمة، كما يتم حرمانها أيضا من التمتع بالامتيازات التي تمنحها المنظمة لأعضائها، وتعد المنظمات الدولية الاقتصادية من أكثر الهيئات والصور وضوحا لتنفيذ عقوبة عدم المساهمة، نظرا للدور الكبير الذي تساهم به الدول من خلال نشاطها في هذه المنظمات في دعم اقتصادها واستقرارها المالي والتجاري، وعليه فإن حرمانها من ممارسة هذا النشاط من شأنه التأثير المباشر وغير المباشر في اقتصادها. وتتوقف مدى خطورة هذه العقوبة على عاملين مهمين جدا، هما مدى أهمية المنظمة التي توقع العقوبة، والدور الذي تقوم به في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، ويمكن توضيح الأمر بضرب مثال في هذا المقام، فدور البنك الدولي للإنشاء والتعمير يختلف عن دور منظمة الأغذية والزراعة مما يجعل تأثيرهما على مستقبل وحياة الدول عند فرض عقوبة عدم المساهمة مختلفا، وإن كان ذلك لا ينال من القيمة القانونية والأدبية للمنظمة أو لقرار العقوبة .

وتقوم عقوبة عدم المساهمة في مجالات عديدة كالمعاملات النقدية، الفنية والبنكية، حركة الاستيراد والتصدير، حركة رؤوس الأموال والاستثمارات والإجراءات الجمركية، كما تتخذ عقوبة عدم المساهمة أشكالا متنوعة، كالحرمان من المشاركة في التصويت، الحرمان من المشاركة في النشاطات الاقتصادية التي تمارسها المنظمة، كما قد تتخذ عقوبة عدم

المساهمة شكل إيقاف أو منع أو تجريد أوجه التعاون الدولي بين أعضاء المنظمة الدولية المخالفة كما قد يصل الأمر إلى حد إيقاف عضوية الدولة أو إنهاؤها. (17)

ومن الأمثلة التي تم فيها فرض عقوبة عدم المساهمة، تلك التي قام بها صندوق النقد الدولي ضد فرنسا بسبب اضطراب سياستها النقدية وذلك في عام 1948 .

ز- الحصار البحري :

هو أحد أعمال الحرب الذي تقوم به سفن دولة محاربة بهدف منع الرحيل أو الاقتراب من شواطئ العدو، ويعرف الحصار الحربي بأنه " استخدام القوة لفرض احترام حظر معين"، كما يقصد به فرض عقوبات أوسع من الحظر، لأنه يهدف إلى قطع جميع العلاقات الاقتصادية والمالية، كما يعرف أيضا بأنه إجراء يعلن بمقتضاه أحد المحاربين منع المواصلات بين البحر والبر، لسواحل وأراضي العدو سواء بالدخول أو بالخروج، ويعد الحصار البحري من الوسائل الفعالة لممارسة الضغط على دولة ما لحملها على الالتزام بأحكام القانون الدولي عموما و القانون الدولي الإنساني خصوصا، نظرا لما تمثله التجارة البحرية من أهمية كبيرة للدول، ويتم بقيام سفن أجنبية بمحاصرة موانئ الدولة المعاقبة، لمنع سفن هذه الدولة من مغادرة موانئها، وكذا منع وصول سفن أجنبية أخرى إلى هذه الموانئ، كما يشمل الحصار إغلاق الموانئ الأجنبية في وجه سفن الدولة المعاقبة.

ويوجد نوعان تقليديان من الحصار هما الحصار السلمي والحصار الحربي، فأما الأول فنقصد به ضرب نطاق طوق حول بلاد ومنعها من الاتصال بالبلاد الأجنبية (18)، كما انه في هذا النوع من الحصار لا توجد حالة حرب رسمية، كما انه لا يتم تطبيقه إلا على نفس الدولة المحاصرة دون أن تخضع له سفن الدول الأخرى، كما لا يمكن للدول المحايدة التمسك بجيادها لعدم وجود حالة حرب رسمية، ويعد الحصار السلمي وسيلة بالغة الأهمية لتسوية نزاع دون اللجوء إلى الحرب، غير أن فعالية هذا تكون بتطبيقه من دولة قوية ضد دولة اضعف منها .

أما النوع الثاني فإنه يتم باستعمال بعض القوة العسكرية في التعامل مع السفن التابعة للدولة المعاقبة، وقد يصل أحيانا إلى احتجازها، ومن أمثلته تلك الإجراءات التي فرضها مجلس الأمن بموجب القرار 661 على العراق بعد غزوها للكويت عام 1990 ، حيث تم من خلال هذا القرار فرض حظر كامل على العراق لحملها على الالتزام بالقرارات الدولية والتوقف عن تهديد الدول المجاورة ، ومن أمثلته كذلك ذلك الحصار الذي فرضته الولايات المتحدة الأمريكية على كوبا عام 1961 لمنع وصول إمدادات عسكرية سوفياتية إليها .

2-العقوبات المالية : ويمكن تلخيص صورها فيما يلي :

أ-تجميد الممتلكات : وذلك بأن يتم وضع اليد عليها، أو بأن يتم سحب الودائع المصرفية أو الممتلكات المالية الأخرى العائدة للبلد المستهدف، ومن الأمثلة التي فرض فيها الإجراء، تجميد باكستان ل 146 حسابا بنكيا من حسابات وزراء أفغان في بنوكها في أكتوبر 2001 على اثر اتهام أفغانستان بتفجيرات واشنطن ونيويورك .

ب- توقيف المساعدة المالية : وذلك بتخفيضها أو تعليقها.

ج- المصادرة : أي مصادرة ممتلكات البلد المستهدف .

د-مراقبة الواردات أو الصادرات من رؤوس الأموال: من خلال فرض القيود على الشخص الذي يستطيع تحويلها وتحريكها سواء كان في الخارج أو الداخل .

ثالثا -عوامل نجاح العقوبات الاقتصادية :

يعتمد نجاح العقوبات الاقتصادية في تحقيق أهدافها على مجموعة من العوامل المختلفة، وان حدوث أي خلل في احد هذه العوامل من شأنه أن ينقص من فعاليتها أو يفشلها تماما، وتتنوع هذه العوامل بين عوامل سياسية، اقتصادية، إجرائية وقانونية وذلك كما يلي:

1-العوامل السياسية : وتتمثل هذه العوامل في :

أ -عالية تنفيذ العقوبات الاقتصادية :

من أهم العوامل التي تساهم في نجاح العقوبات الاقتصادية تنفيذها بصورة جماعية، بمعنى أن تتعاون الدول في فرضها على الدولة المستهدفة لتضييق الخناق حولها، بدلا من أن تعمل على إلغاء اثر العقوبات بتقديم ما تم حظره على الدولة المستهدفة، ففعالية العقوبات الاقتصادية تكمن في تعاون أعضاء المجتمع الدولي في تطبيقها على الدولة المستهدفة، حيث أن تقاعس أي عضو فيه عن التنفيذ من شأنه أن ينقص من فعاليتها، وهو ما يمكن معه أن نستنتج عدم جواز احتجاج أي دولة بجيادها أو وجود التزامات قانونية تربطها بالدولة الهدف للتملص من تنفيذ العقوبات الاقتصادية عليها.

ونقصد بأعضاء المجتمع الدولي: الدول، المنظمات الدولية أو الإقليمية العامة أو المتخصصة، ومن أمثلة هذه المنظمات منظمة الأمم المتحدة التي تتوفر فيها العملية، كما أن قراراتها تسري على جميع الدول الأعضاء وغير الأعضاء فيها، خاصة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، وهو ما ينطبق بالنسبة لتوقيع العقوبات الاقتصادية، حيث يلتزم به جميع دول العالم، وهناك ثلاث حالات جد هامة، فرض فيها مجلس الأمن عقوبات جماعية وهي العراق يوغسلافيا السابقة وهايتي، وكان مجلس الأمن في كل حالة من هذه الحالات يؤكد على ضرورة مراعاة الظروف الإنسانية عند فرضها.(19).

ب -درجة الاستقرار السياسي في الدولة الهدف :

تعد درجة الاستقرار السياسي داخل الدولة الهدف احد أكثر العوامل تأثيرا في نجاح أو فشل العقوبات الاقتصادية، فإذا كانت الأوضاع سيئة كأن تعاني الدولة من التضخم أو نقص الصرف الأجنبي، ونقص أو انعدام السلع الضرورية في الدولة المستهدفة، فإن هذه العوامل تجعل نظامها السياسي يعيش حالة من عدم الاستقرار بسبب حدوث اضطرابات سياسية، كما يؤدي الوضع في بعض الأحيان إلى سقوط نظام الحكم في الدولة الهدف، ومثال ذلك دولة الشيلي التي أدت سلسلة العقوبات الاقتصادية التي فرضتها عليها الولايات المتحدة الأمريكية.

ج -المقابل الذي يستوجبه رفع العقوبات الاقتصادية :

إن من شأن العقوبات الاقتصادية أن تدفع الدولة التي فرضت عليها، إلى تغيير سياستها إزاء مجموعة من القضايا التي لا تمس سيادتها واستقلالها السياسي، كمسائل البيئة والطاقة ومفهوم حقوق الإنسان، غير أنها من الصعب ومن

المستبعد جدا أن يتحقق ذلك في القضايا التي تدخل في صميم سيادتها وكرامتها الوطنية ونقصد بذلك شكل نظام الحكم وهو ما من شأنه أن يقلل من فعالية العقوبات الاقتصادية.

د- السياسات المصاحبة :

هي عبارة عن أساليب ردعية تصاحب توقيع العقوبات الاقتصادية لتزيد من فعاليتها، كالحصار البحري، الحظر الجوي، وأيضا استخدام التدخل العسكري، حيث تساهم هذه السياسات في ضرب البنية التحتية للدولة الهدف (20)، ففي حالة روديسيا الجنوبية مثلا ألحقت العقوبات الاقتصادية بالتدابير الدبلوماسية، كما اشتملت على حظر جوي لكل أنواع الطيران، وهو ما تكرر فيما بعد في حالة يوغسلافيا وليبيا، أما في حالة العراق فقد تم توقيع حظر الطيران في مناطق إقليمية محددة داخل العراق، بينما كان مسموحا في مناطق أخرى وفي تطور آخر شمل الحظر الجوي سفر الدبلوماسيين والعسكريين جوا كما تم توقيع الحظر العسكري في عدد من الحالات مثل جنوب إفريقيا، الصومال و ليبيا، وشمل هذا الحظر منع توريد الأسلحة أو أي معدات عسكرية للدولة الهدف وذلك لمنع هذه الدولة من الاستمرار في تهديداتها وتضخيم قوتها العسكرية، كما صوبت هذا الحظر في عدة حالات بالحظر النفطي مثل هايتي وأنجولا، وذلك بهدف تعميق الإضرار بالقوة العسكرية لهذه الدول وشل حركتها .

هـ- درجة مصداقية الدولة الفارضة للعقوبات الاقتصادية :

تعد مصداقية الدولة الفارضة احد العوامل التي من شأنها التأثير في مدى نجاح العقوبات الاقتصادية-بالنسبة للعقوبات المفروضة من قبل الدول-، فالإكثار من التهديد بتوقيع العقوبات الاقتصادية دونما تطبيق من شأنه أن يفقد الدولة مصداقيتها عند قيامها بأي تهديد في المستقبل، في حين أن تطبيق التهديد بفرض العقوبات الاقتصادية من شأنه أن يكسب الدولة الفارضة سمعة في المجتمع الدولي تجعل لتهديده في المستقبل وزنا.

ومن أمثلة الحالة الأولى قيام جامعة الدول العربية بالتهديد بفرض عقوبات اقتصادية ضد إسرائيل، غير أن جميع تهديداتها باءت بالفشل نظرا لضعف الدول العربية وعدم قدرتها على اتخاذ موقف سياسي موحد بشأن القضية الفلسطينية.

أما الحالة الثانية فمن أمثلتها ، الولايات المتحدة الأمريكية فرنسا، بريطانيا، ألمانيا والاتحاد السوفيتي سابقا، فإذا قامت هذه الدول بالتهديد فإنه لا بد من أخذه بجديته نظرا للماضي الحافل لهذه الدول بحالات وقعت فيها العقوبات الاقتصادية خاصة الولايات المتحدة الأمريكية ونظرا لما تملكه هذه الدول من قوة سياسية واقتصادية.

و- قوة الدولة التي تفرض العقوبات مقارنة بقوة الدولة المستهدفة :

يتحكم هذا العامل في نجاح أو فشل العقوبات الاقتصادية، فإذا كانت الدولة الهدف صغيرة وضعيفة اقتصاديا، كان احتمال نجاح العقوبات الاقتصادية أكبر، فأحيانا تكون الدولة المرسله كبيرة وقوية اقتصاديا وتنجح بذلك في فرض سياساتها على الدول الصغيرة وعلى عكس ذلك، إذا كانت الدولة المرسله ضعيفة والدولة المستهدفة قوية، ففي هذه الحالة يصبح نجاح العقوبات الاقتصادية أمرا صعبا. (21)

2- العوامل الاقتصادية : يتوقف نجاح العقوبات الاقتصادية على الوضع الاقتصادي للدولة الهدف، وفيما يلي نبين أهم العوامل الاقتصادية المؤثرة :

أ - حساسية اقتصاد الدولة الهدف للعقوبات الاقتصادية :

يعكس نوع النشاط الاقتصادي الذي تمارسه الدولة المستهدفة درجة استقلالها واعتمادها على العلاقات الدولية الاقتصادية، بحيث يمكن أن تكون دولة صناعية، تجارية أو زراعية، كما يمكن أن تعتمد بشكل أساسي على الإنتاج المحلي أو تعتمد على الاستيراد من الخارج، فإذا كانت الدولة تعتمد في اقتصادها على الغير للحصول على احتياجاتها من السلع والخدمات بالإضافة إلى اعتمادها على الأسواق الخارجية لتصريف منتجاتها الوطنية، فإنه في هذه الحالة يكون للعقوبات الاقتصادية أثرها الفعال، بل يمكن في كثير من الحالات أن تتخطى أهدافها نظرا للكوارث الإنسانية المرتبة عنها مما يجعلها داء أكثر منه دواء، في حين نجد أن الدولة التي تتمتع باقتصاد قوي وبعتمادها على منتجاتها المحلية، قادرة على تحمل الضغوط الناجمة عن العقوبات الاقتصادية.

ب - تكلفة العقوبات الاقتصادية بالنسبة للجهة الفارضة :

فكلما كانت التكلفة عالية، كلما واجهت الحكومة ضغوطا داخلية من الشركات وجماعات المصالح التي تضررت منها، إذ يمكن أن تضرر هذه الشركات والمؤسسات الاقتصادية إذا كانت على علاقة بأسواق الدولة الهدف، وهذا الأمر يعود لتوقف التجارة والتمويل، كما قد تفقد الدولة الفارضة بعض أسواقها في الخارج، فقد ثبت في إحدى الدراسات التي قام بها مجلس الأعمال الأوروبي الأمريكي لتقييم تكلفة العقوبات على الدول الفارضة، أن حوالي 94 % من الشركات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية قد تضررت من العقوبات الاقتصادية التي فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية، حيث فقدت هذه الشركات قدرتها التنافسية في الأسواق العالمية، بسبب ضياع العديد من الفرص الاستثمارية والتجارية .

ج - طبيعة العلاقات الاقتصادية بين الدولة الفارضة والدولة الهدف :

يؤثر مدى الارتباط الاقتصادي بين الدولة الفارضة والدولة الهدف على فعالية العقوبات الاقتصادية، فكلما كان الاعتماد المتبادل كبيرا كلما كانت العقوبات أكثر تأثيرا ، ويزداد التأثير أكثر إذا كانت العلاقة الاقتصادية الموجودة بين الدولتين هي علاقة تبعية اقتصادية من جانب الدولة الهدف اتجاه الدولة الفارضة، حيث يترتب على ذلك فقدان الدولة الهدف لاستقرارها الاقتصادي بسبب غياب الركيزة التي تعتمد عليها في النهوض باقتصادها ألا وهي الدولة الفارضة، في حين نجد أن تعقيد الوضع بين الدولتين ووجود عداء بينهما من شأنه أن يقلل من التعامل الاقتصادي بينهما، مما يجعل للعقوبات الاقتصادية أثرا أقل فعالية مما كان عليه في الحالة الأولى أي في حالة التبعية الاقتصادية.(22).

د - حجم المساعدات المقدمة للدولة الهدف :

إن درجة احتياج الدول الأخرى غير المشاركة في حملة العقوبات للتعاون مع الدولة الهدف، من شأنه التأثير في فعالية العقوبات الاقتصادية، إذ تكون هذه الحكومات على استعداد لتقديم القروض والمنح لمساعدة الدولة الهدف على مواجهة الوضع، كما تشكل هذه الدول ممرا للسلع التي تشملها العقوبات الاقتصادية إلى الدولة الهدف، سواء من ناحية التصدير أو الاستيراد.

ومن الأمثلة المجسدة لهذا العامل، ما حدث أثناء الحرب الباردة بين المعسكرين الشرقي والغربي، حيث كان كل من المعسكرين يقدم المساعدات للدولة التي يفرض عليها المعسكر الآخر العقوبات الاقتصادية، فمثلا عندما فرضت الولايات المتحدة الأمريكية العقوبات الاقتصادية على كوبا، قام الاتحاد السوفيتي بالتقليل من أثر هذه العقوبات بتقديمه للمساعدات لكوبا، والعكس حيث قامت الدولة الغربية بتقديم مساعداتها إلى يوغسلافيا، عندما فرض عليها الاتحاد السوفيتي العقوبات الاقتصادية أثناء حكم الرئيس جوزيف بروس، والأمثلة على ذلك كثيرة لا يكفي المقام لذكرها، غير أنه يتعين التنبيه إلى صعوبة تعميم هذه الفرضية في ظل النظام الدولي الجديد الذي انفردت فيه الولايات المتحدة الأمريكية بمقاليده الأمور، وأصبحت حرة في فرض العقوبات الاقتصادية دون منازع.

3-العوامل الإجرائية :

إن تضافر العوامل الإجرائية من شأنه المساهمة في نجاح العقوبات الاقتصادية ومنها :

أ-التخطيط السليم والحزم والسرعة التي يتم بها فرض العقوبات على الدولة الهدف :

فالتحرك البطيء والعشوائي في فرض العقوبات يساعد الدولة الهدف على تعبئة الرأي العام في الداخل والخارج ضد الدولة الفارضة وعلى الاستفادة من الدول المنافسة، وبذلك تفشل العقوبات الاقتصادية في تحقيق أهدافها(23)، كما يختلف تأثير المدة الزمنية المحددة لتطبيق العقوبات الاقتصادية من دولة لأخرى، فوجد مثلا بالنسبة لكوبا أنها تمكنت رغم طول مدة فرض العقوبات عليها من تقوية وتدعيم الوضع الداخلي لحكومتها عن طريق تجميع القوى الوطنية حولها، إضافة إلى الاعتماد على نفسها اقتصاديا رغم المشاكل التي تواجهها، في حين نجد أن دولا أخرى أدى طول مدة فرض العقوبات الاقتصادية عليها إلى خلق شلل في الكثير من القطاعات الاقتصادية التابعة لها، وهكذا فإن أضرارها تزداد كلما طالت مدة فرضها، وهو ما دفع أساتذة القانون إلى وصف العقوبات الاقتصادية بالسبب البطيء الذي يحتاج إلى فترة طويلة حتى تظهر نتائجه.

ب-الخصائص الجغرافية للدولة المستهدفة :

إن مساحة الموقع الجغرافي للدولة المعاقبة يؤثر لدرجة كبيرة على درجة نجاح العقوبات الاقتصادية، إذ يختلف الأمر إذا كانت الدولة حبيسة أم مطلة على بحار ومحيطات، كما يختلف الأمر فيما إذا كان يمكن تطويق والسيطرة على مداخلها وموانئها أو من الصعب ذلك، مما يجعل مسألة رقابة تنفيذ العقوبات الاقتصادية صعبة، وفيما يلي توضيح للأمر :

قد يؤدي اتساع الرقعة الجغرافية للدولة الهدف إلى عرقلة نجاح العقوبات الاقتصادية، فكلما كانت الحدود الجغرافية طويلة كلما ازدادت أسباب فشل العقوبات الاقتصادية، وذلك بسبب ازدياد احتمالات التسرب، كما يمكن أن يؤثر عدد دول الجوار على درجة إحكام العقوبات الاقتصادية، فكلما كان عدد الدول الجوار كثيرا كلما صعبت مهمة رقابة تنفيذ العقوبات الاقتصادية. يؤثر طول شواطئ الدولة الهدف على مدى نجاح العقوبات الاقتصادية، فتكون العقوبات الاقتصادية أكثر تأثيرا بالنسبة للدولة الحبيسة مقارنة بالدول المطلة على البحار والمحيطات، كما يكون تأثيرها اقل بالنسبة للدول المطلة على البحار والمحيطات مقارنة بتلك المطلة على الأنهار والبحيرات، ويكمن السبب في ذلك، في وجود منافذ تسرب تقلل من فعالية العقوبات الاقتصادية وتوفر البديل المحلي للمواد الخام المستوردة، مما يفقد العقوبات الاقتصادية أهم مميزاتها وهي الحاجة إلى سوق خارجي .

ج - شمولية العقوبات الاقتصادية للدولة الهدف :

يعد عامل شمولية العقوبات الاقتصادية للدولة الهدف أحد أكثر العوامل تحكما في مدى نجاح العقوبات الاقتصادية في تحقيق هدفها، فكلما كانت العقوبات شاملة وتؤدي إلى خسائر اقتصادية كبيرة للدولة الهدف، كلما كان من المحتمل أن تغير الدولة من سياستها وتنجح العقوبات في تحقيق أهدافها، أما إذا كانت العقوبات ذات اثر بسيط بحيث تكون الخسائر الاقتصادية متواضعة نسبيا، فليس من المحتمل أن تقوم الدولة الهدف بتغيير سياستها والرضوخ للضغوط الخارجية، كما انه كلما كان مجال العقوبة استراتيجيا، لما كانت هذه الأخيرة فعالة ومحقة لأهدافها.

4-العوامل القانونية :

وتتمثل هذه العوامل في ذلك التناسب والتوافق الذي يجب أن يكون بين :

أ -النظام القانوني للمنظمات الدولية والتشريعات : فكلما كان هذا التنسيق والتوافق موجودا، كلما أدى ذلك إلى سرعة ودقة تنفيذ العقوبات الاقتصادية دون أية عوائق قانونية.

ب -المنظمات الدولية المختلفة : وذلك في سبيل حفظ السلم والأمن الدوليين ووضع

العقوبات الاقتصادية موضع التنفيذ عن طريق تسهيل هذا الأخير بتقديم البيانات المطلوبة وغيرها من وسائل المساعدة(24).

3- التطور التاريخي للعقوبات الاقتصادية :

عرفت العقوبات الاقتصادية منذ القدم، حيث انتبعت البشرية إلى إمكانية تحقيق بعض أهدافها عن طريق الجزاء الاقتصادي دون اللجوء إلى استعمال القوة، وعلى هذا الأساس لجأت قرينش إلى هذا الأسلوب في علاقتها مع الرسول صلى الله عليه وسلم واتباعه في شعب أبي طالب، حيث فرضت حصارا اقتصاديا عليهم اعتمدت فيه على تجميد كافة أنواع العلاقات الاقتصادية والاجتماعية معهم، وذلك لحملهم على الردة عن الدين الإسلامي ووقف الرسالة المحمدية.

وفي الفترة التالية والتي تميزت بغياب المنظمات الدولية ومشروعية اللجوء إلى الحرب وجواز استخدام القوة كوسيلة لتسوية النزاعات الدولية، كانت تتسم العقوبات الاقتصادية المفروضة آنذاك بالطابع القسري، أي انه كان يتم تنفيذها باستخدام القوة العسكرية، وبصفة عامة فإنه يلاحظ وجود بعض السمات التي اشتركت فيها العقوبات الاقتصادية المفروضة في هذه الفترة منها:

1-كان الهدف منها دوما إضفاء الفعالية على العمليات العسكرية في الحروب مما جعلها إجراء تبعا تكميليا.

2-كانت تفرض بالإرادة المنفردة للدول دون أن يكون هناك تنسيق دولي لهذا الغرض.

3-لقد كان الفرد طرفا ثالثا عند فرض العقوبات الاقتصادية على دولة ما، فأحيانا يكون

وسيلة لتأدية العقوبة، وأحيانا أخرى يكون هدفا لها، كأن يتم إيقاف وحجز السفن الخاصة بالأفراد بهدف الضغط على الدولة التي يحملون جنسيتها.(25)

ومع التطور الذي لحق بالمجتمع الدولي في القرن العشرين ، من استقرار لمبدأ حظر اللجوء إلى الحرب وحظر استخدام القوة كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية، وكذا التطور الذي شهدته العلاقات الدولية والتزايد المستمر في عدد المعاهدات والاتفاقات التي تربط الدول في مجال التعاون الفني الايجابي لتحقيق مصالح مشتركة، دون أن ننسى أهم تطور وهو ظهور المنظمات الدولية، فمع كل هذه المستجدات لاقت العقوبات الاقتصادية ذات النصب من التطور، فبعد أن كان يتم فرضها باستخدام القوة العسكرية أصبحت هناك آليات أخرى لهذا التنفيذ مثل المنظمات، الوكالات ذات النشاط الاقتصادي و أجهزة المنظمات العامة المعنية بتنسيق التعاون بين الدول في هذا المجال، وبعد أن كان يتم إتباعها كإجراء تكميلي تبغي للعمليات العسكرية، أصبح يتم تطبيقها بشكل مستقل بحيث أصبحت هدفا في حد ذاتها.

ففيما يخص عصبة الأمم المتحدة، نجد أن عهدها قد تضمن آليات لتسوية المنازعات الدولية في المواد من 11 إلى 16 منه، حيث تبدأ بتدخل مجلس العصبة بالتوصية بإتباع الوسائل السلمية، ثم اتخاذ التدابير المؤقتة لوقف النزاع، لتنتهي بالمادة 16 التي تنص على توقيع العقوبات السياسية والاقتصادية على الدولة التي تخالف وتنتهك التزاماتها التي حددها العهد وقيامها بعمل من أعمال الحرب، ليكون بذلك عهد عصبة الأمم المتحدة أولى المحاولات العالمية لبلورة فكرة العقوبات الاقتصادية الدولية الجماعية التي يسميها السيد/وودرو ويلسن بالعلاج الفطيع وإضفاء المشروعية على أدائها، حيث حددت المادة 16 العقوبات الاقتصادية كما يلي :

1-قطع العلاقات التجارية أو المالية مع الدولة الهدف.

2-حظر كل علاقة بين رعايا الدول أعضاء العصبة ورعايا الدولة الهدف.

3-حظر كل العلاقات المالية والتجارية بين رعايا الدولة الهدف ورعايا الدول الأخرى سواء كانت عضوا في العصبة أم لا.

وقد ثار جدل بخصوص تدرج هذه الإجراءات أو عدمه، حيث رأى البعض أن هذه

العقوبات جاء ذكرها بشكل متدرج، وذلك من العقوبات الأخف إلى العقوبات الأشد، غير أن أعضاء العصبة غير ملزمين قانونا بإتباع هذا التدرج، اصف إلى ذلك فإن هذه الإجراءات قد ذكرت على سبيل المثال مما يعني إمكانية اللجوء إلى إجراءات غيرها.(26)

وقد كانت اليابان أول دولة فرضت عليها عصبة الأمم الجزاء الاقتصادي بسبب غزوها منشوريا الصينية عام 1931 ، غير أن هذه التجربة باءت بالفشل، إلا انه ورغم ذلك فقد عدت هذه التجربة أول مناسبة أقرت فيها منظمة دولية بشرعية مقاطعة اقتصادية مارستها دولة ضد دولة أخرى، حيث أيدت عصبة الأمم بقرار صادر من مجلسها مقاطعة الصين لليابان .وكما هو ظاهر فإن هذه العقوبة المفروضة على اليابان لم تكن بمبادرة من عصبة الأمم، وإنما كان توقيعها فرديا، وكل ما قامت به عصبة الأمم هو تأييدها، غير انه ما نريد عرضه هنا هو التجربة التي عدت الأولى من نوعها في تاريخ عصبة الأمم والتي فرضت فيها هي العقوبات الاقتصادية، أي فرض عقوبة جماعية من خلال منظمة دولية، وهذه التجربة هي تلك المتعلقة بإيطاليا، حيث فرض مجلس عصبة الأمم العقوبات الاقتصادية عليها في 1935

بعد غزوها لإثيوبيا الحبشة ، فطلبت العصبة من كل الدول الأعضاء فيها قطع أي علاقة تجارية أو مالية مع إيطاليا . وقد شملت العقوبات الاقتصادية المطبقة عليها :

1-حظر تصدير الأسلحة والذخائر إلى إيطاليا.

2-حظر تقديم القروض إلى الحكومة الإيطالية.

3-حظر الاستيراد من إيطاليا.

4-حظر تصدير قائمة من المواد الأساسية إلى إيطاليا وخاصة المعادن مع عدم التطبيق على إثيوبيا ، /06/1936 إلى تاريخ /10/06 وقد استمرت الجزاءات لمدة 8 أشهر ، لم تحقق خلالها العصبة الأهداف المرجوة من فرضها للعقوبات الاقتصادية، فبالنسبة لهدف وقف غزو إيطاليا لإثيوبيا لم يتم تحقيقه، حيث تمكنت إيطاليا من إتمام غزوها لإثيوبيا(27) .

لهدف دعم عصبة الأمم ونظامها الأمني، فقد اتفقت معظم الآراء الفقهية على أن القضية الإيطالية الإثيوبية دليل قاطع على فشل العصبة وعدم جدوى نظامها، فرغم أن حوالي 50 دولة قد طبقت هذه العقوبات على إيطاليا، إلا أنها باءت بالفشل ولم توقف إيطاليا عن غزوها، وهو ما دفع جمعية العصبة إلى الاعتراف بفشل عقوباتها على إيطاليا عندما أوصت لجنة تنسيق 1936 بتقديم مقترحات مناسبة لإلغاء التدابير المتخذة ضد /06/ العقوبات التابعة للمجلس وتوصي برفع كافة الإجراءات المفروضة بموجب /07/ إيطاليا، لتجتمع اللجنة رغم ضم موسوليني الحبشة إلى إيطاليا، ويعتبر الأستاذ/جيف سيمونز والعديد من مختصي العقوبات انهيار قرار الحظر ضد إيطاليا من عناصر زوال عصبة الأمم، ويرجع الفقهاء سبب فشل العقوبات الاقتصادية المفروضة على إيطاليا إلى جملة من الأسباب وهي أسباب فشل نظام العقوبات الاقتصادية بصفة عامة في عهد العصبة منها :

1-الطابع الاختياري لتوصيات وقرارات فرض العقوبات: حيث ترك الأمر لتقدير الدول التي لم تكن في الأصل راغبة في تنفيذها وبذلك منحت الدول حرية التصرف إزاء تنفيذ العقوبات أو عدم تنفيذها.

2-الافتقار إلى وجود آلية يتم بموجبها تكييف الوضع وتحديد الجهة المعتدية، فبالرجوع من العهد نجد أنها تنص على أن للأعضاء أن يقوموا بالقطع الفوري / إلى المادة 16 للعلاقات الاقتصادية فور تحققهم من وقوع الانتهاك أو فور الإبلاغ بوقوعه، بمعنى أن الدول هي الجهة التي تقوم بتكييف الوضع فيما إذا كان قد وقع انتهاك فعلا للقانون أم لا، لتقرر فيما بعد الإجراءات التي يتعين اتخاذها في حالة ثبوت انتهاك القانون، كما أنها هي الجهة المعنية بتحديد المعتدي وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى التعسف واللاعلاقة.

3-الافتقار إلى آلية تنظيم العقوبات الاقتصادية والتنسيق بين الدول، فرغم أن مجلس العصبة قد حدد بمناسبة العقوبات الاقتصادية على إيطاليا لجنة تختص بالتنسيق والتنظيم، إلا أن سلطة هذه الأخيرة لا تتعدى إصدار التوصيات، وهو ما جعل نظام العقوبات الاقتصادية من الناحية العملية مشلولاً لغياب جهة تنظيمية ورقابية فاعلة ومؤثرة، وذات إمكانيات واسعة (سواء من ناحية طبيعة القرار الصادر أو من ناحية إمكانيات العمل المادية والبشرية. (28)

غير انه ومهما كان السبب وراء فشل نظام العقوبات الاقتصادية في عهد عصبة الأمم، فإن هذه التجربة هي أول محاولة لبلورة فكرة العقوبات الاقتصادية، كما أنها السابقة الأولى في إضفاء الشكل الجماعي على أداؤها، إضافة إلى انه يعود الفضل إلى عهد العصبة في بناء ميثاق الأمم المتحدة على النحو الذي هو عليه، وذلك أن واضعيه قد استفادوا من تجربة العصبة بتفادي العيوب واعتماد المزايا، فبعد عصبة الأمم جاءت منظمة الأمم المتحدة لعام 1945 التي نص ميثاقها على إمكانية فرض العقوبات الاقتصادية على الدول، في حالة تسببها في تهديد السلم أو انتهاكه أو القيام بعمل عدواني، و أوكل فرضها لمجلس الأمن، على أننا لن نناقش المسائل القانونية لهذا الموضوع في هذا المقام، لوجود تفصيلها فيما بعد، وإنما سنقتصر هنا على بيان بعض الأمثلة التي قام مجلس الأمن فيها بفرض العقوبات الاقتصادية.

فالملفت للنظر هو تضاعف ظاهرة فرض العقوبات الاقتصادية منذ انتهاء حقبة الحرب الباردة اثر زوال الاتحاد السوفيتي من الساحة الدولية، وحلول نظام القطبية الأحادية بانفراد الولايات المتحدة الأمريكية بالسيطرة على مقاليد الأمور في العالم، مما يشكل تهديدا لأسس القانون الدولي الذي يفترض فيه تنظيم العلاقات بين الدول، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول أو تهديدها أو استعمال القوة في مواجهتها أو التعدي على سيادتها واستقلالها السياسي. فقد فرضت الدول العظمى على الأمم المتحدة و بالأخص مجلس الأمن قراءتها الخاصة للميثاق بما يتفق مع مصالحها السياسية والاقتصادية، فبايعاز من الولايات المتحدة الأمريكية لجأ مجلس الأمن منذ عام 1990 إلى استعمال العقوبات الاقتصادية الدولية بحق عدة بلدان(29).

ولم تقتصر العقوبات الاقتصادية على غطاء مجلس الأمن، وإنما فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية منفردة أو بالاشتراك مع دول أخرى تسير في فلكها خارج إطار مجلس الأمن على دول وصفتها بأنها منبوذة، وغير متعاونة مع المجتمع الدولي، ولعل كوبا تعتبر نموذجا للحصار الأحادي الذي فرضته أمريكا عليها بسبب وجود النظام الشيوعي على سدة الحكم بقيادة فيديل كاسترو حيث بدأ الحصار في عام 1960 واستمر لمدة طويلة بالرغم من إدانة الجمعية العامة للأمم المتحدة بالأغلبية عام 1995 قرار استمرار الحصار على كوبا، إلا أن واشنطن واجهت القرار بإجراءات مضادة، حيث اصدر الكونغرس الأمريكي قانونا يسمى قانون " هلمز بورتن " عام 1996 يقضي بمعاينة أي طرف ثالث يمارس نشاطا اقتصاديا مع كوبا حتى لو كان شركة خاصة، وقد سجل جيف سيمونز في كتابه حوالي 65 حالة حصار فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية بالتحالف مع دول أخرى وكانت " The scouring of Irak " التنكيل بالعراق الأسباب في غالبيتها مساندة الشيوعية وانتهاك حقوق الإنسان حسب وجهة النظر الأمريكية.

وفى الأخير نصل إلى أن مجلس الأمن الدولي هو أساس قيام وتطبيق مبادئ القانون الدولي الإنساني، و الحفاظ على حقوق البشر والحفاظ على سلامتهم من أي اعتداء أو انتهاك للحقوق، خاصة أن ما نلاحظه اليوم في سوريا و ليبيا وتونس يعتبر أكبر دليل على انتهاك حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، فكيف ندعى بوجود قانون وهو لا يطبق في الحالات الواقعية ؟

هل الواقع يجعل من اتفاقيات جنيف الأربع 1949 و البروتوكولين الإضافيين 1977 لهما معنى ومصداقية لدى الرأي العام ؟

إلا أن العقوبات الاقتصادية التي يفرضها مجلس الأمن تعتبر وسيلة فعالة للضغط على الدول من اجل الحفاظ على السلام.

كما نقول أن العقوبات الاقتصادية لم تحم الدول عن انتهاك حقوق الإنسان وأفضل مثال سوريا.

كما أن مجلس الأمن عند تطبيقه للعقوبات الاقتصادية على الدول فإنه بذلك تعدى على حقوق الإنسان وانتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني بشكل غير مباشر

ملخص بالعربية :

يعتبر مجلس الأمن إحدى الآليات الأساسية للحفاظ على السلام في العالم و تطبيق القانون الدولي الإنساني ، إلا أن الملاحظ أن مجلس الأمن له عدة طرق للحفاظ على السلام، ومن هذه الطرق و التي تعتبر الأخطر في نظر الكثيرين هي العقوبات الاقتصادية، التي تعتبر من اخطر و من أصعب العقوبات التي تطبق على دولة ما ، وذلك لان الاقتصاد هو أساس أي دولة وبه تقاس الدولة ، لهذا أردنا دراسة دور هذه العقوبات الاقتصادية في تطبيق القانون الدولي الإنساني .

ملخص بالفرنسية :

Le Conseil de sécurité une mécanismes de base pour maintenir la paix dans le monde et l'application du droit international humanitaire, mais a noté que le Conseil de sécurité dispose de plusieurs moyens pour maintenir la paix, et ces méthodes, qui est considéré comme le plus dangereux aux yeux de beaucoup est que les sanctions économiques, qui est l'un des plus dangereux et le plus difficiles sanctions applicables à l'Etat, et parce que l'économie est la base de tout état et a mesuré l'état, donc nous avons voulu examiner le rôle de ces sanctions économiques dans l'application du droit international humanitaire.

المراجع :

للمزيد من المعلومات انظر :

-R.KHERAD, les organisations internationales, office des publications universitaires, Alger,

- Naïma MOSTEFA KARA BORSALI, institutions internationales, office des publications universitaires, Alger, 1985, PP.128-131.

-Charles ROUSSEAU, droit international public «les sujets de droit », tome 02, éditions Sirey, Paris1975, PP.567-579,

2- -Abdel-Rahman JIHAD YOUSSEF , “Les sanctions économiques et les droits de l’homme”,in:

www.amanjordan.org/aman_studies/wmprint.php?artId=609

3 - القانون الدولي الإنساني هو أحد فروع القانون الدولي العام، وقد اختلفت التعاريف بشأنه، غير أننا سنعرض التعريف الذي تبنته اللجنة الدولية للصليب الأحمر، حيث عرفته بأنه "مجموعة القواعد الدولية المستمدة من الاتفاقيات و الأعراف التي تهدف، بشكل خاص، إلى تسوية المشكلات الإنسانية الناجمة، بصورة مباشرة، عن النزاعات المسلحة، الدولية أو غير الدولية، و التي تقيد لأسباب إنسانية حق أطراف النزاع في استخدام أساليب الحرب و طرقها التي تروق لها، و تحمي الأشخاص و الأملاك المعرضين أو الذين يمكن أن يتعرضوا لأخطار النزاع".

4 - و لمزيد من المعلومات انظر: محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2003، ص 759.

5-جان.س بكتيه، " القانون الدولي الإنساني، تطوره و مبادئه " في دراسات في القانون الدولي الإنساني مؤلف جماعي، تحت إشراف مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، ط 2000 01 ، ص 33 .

6- Samer AHMED MOUSSA, « La protection international des civils dans les territoires occupés... », in : www.ahwar.org/debat/show.art.asp?aid

7 - عائشة زمورة، " مدى مشروعية العقوبات الاقتصادية) العراق نموذجاً" (، محاضرة) غير منشورة أقيمت خلال يوم دراسي وطني. نظمتها كلية الحقوق، جامعة باتنة، تحت عنوان: العقوبات الاقتصادية وتأثيرها على حقوق الإنسان، 16 جانفي 2007، ص 01 .

8- M.DOXEY, international sanctions in contemporary perspective.

9- نقلا عن فاتنة عبد العال أحمد، العقوبات الدولية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2000. 1، ص 24.

10 - فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 25 .

11 - رقية عواشيرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية

.الحقوق، 2001، ص 382

12 - فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 31 .

13 - هشام شملوي، الجزاءات الاقتصادية الدولية وأثرها على حالة حقوق الإنسان بالعراق، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002، ص 19 .

14 - رقية عواشيرية، المرجع السابق، ص 383 .

15 - فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 35.

16 - رقية عواشيرية، المرجع السابق، ص 383 .

- 17- فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 40 .
- 18- فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 39 .
- 19- عائشة زمورة ، المرجع السابق، ص 06 .
- 20- كمال حماد، النزاع المسلح والقانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1 .
- 21- شادية رحاب ، " محددات نجاح العقوبات الاقتصادية"، محاضرة غير منشورة أُلقيت خلال يوم دراسي وطني نظّمته كلية الحقوق .جامعة باتنة، تحت عنوان :العقوبات الاقتصادية وتأثيرها على حقوق الإنسان، 16 جانفي 2007 ، ص 02 .
- 22 -رقية عواشيرية و آخرون، "تأثير العقوبات الاقتصادية على حقوق الإنسان و التنمية"، ص 2 ، في www.univ-batna.dz/ser-urpg/rapp-annuel-2005-pdf
- 23- فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 191 .
- 24- رقية عواشيرية و آخرون، المرجع السابق، ص 2 .
- 25- شادية رحاب ، المرجع السابق، ص 08 .
- 26- شادية رحاب ، المرجع السابق ، ص 08 .
- 27- شامة خير الدين، " التطورات القانونية والواقعية للعقوبات الاقتصادية"، محاضرة غير منشورة(أُلقيت خلال يوم دراسي وطني .نظّمته كلية الحقوق، جامعة باتنة، تحت عنوان :العقوبات الاقتصادية وتأثيرها على حقوق الإنسان، 16 جانفي 2007 ، ص 01 .
- 28- فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 52 .
- 29-. Michaël LESSARD, « les sanctions économiques globales contre l'Irak (1990 – 2003) étaient elles compatibles avec le respect effectif de la Charte de l'ONU, des droits humains et du droit international humanitaire ? », in: www.hei.ulaval.ca/.../documents/section_études_plans_de_cours/essais_et_mémoires/MRI_essai_Michael_Lessard.PDF, P. 28.
- 30- شامة خير الدين، المرجع السابق، ص 01 .
- 31- فاتنة عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص 57 .

وضعية حقوق المؤلف في الوطن العربي. (دراسة مقارنة في التشريعات العربية)



من إعداد الباحثة : حاج صدوق لينده
باحثة في الدكتوراه ، القانون الخاص
- كلية الحقوق ، الجزائر العاصمة -

المقدمة :

إيماناً بالدول العربية على ضرورة حماية حق المؤلف حماية تشريعية ، كان من الطبيعي أن تتجه إلى إصدار تشريعات في حق المؤلف، نظراً لما لحقوق المؤلف من دور هام في التنمية الثقافية والعلمية و نظراً لأهمية احترام حقوق المؤلف من أجل التقدم الثقافي للشعوب .

واتضح للدول العربية أن مثل هذا الاحترام يشجع الملكات الإبداعية الوطنية ، ولهذا الغرض ،اعتمدت تشريعات الدول العربية لضمان للمؤلف أكبر قدر من الحماية ، بسن و تبيان حقوقه و ذلك بتمكين للمؤلف من الاستغلال المالي لمصنفه ، لتعويضه عما أنتجه و تشجيعاً له و لغيره على الابتكار. و كذا حمايته من الناحية الأدبية ، باعتبار أن المصنف هو انعكاس لشخصية مؤلفه، مما يتعين معه أن يلقي الاحترام و التقدير و ضمان بقائه على الثورة التي يراها مرضية له .

وقبل التحدث عن حقوق المؤلف المادية و المعنوية ، يقتضي بنا الأمر ، إلى تحديد و تبيان المقصود بالمؤلف وفقاً للتشريعات العربية .

1- تعريف المؤلف :

وفقاً لأحكام تشريعات الدول العربية ، و التي قامت بتحديد المقصود بالمؤلف ، و في هذا الصدد نجد أن القانون الجزائري قد عرف المؤلف في المادة 12 منه ، بنصه : "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني الشخص الطبيعي الذي أبدعه ، يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفاً في الحالات المنصوص عليها في الأمر ."

تبعاً لهذا، يعد مالك حقوق المؤلف، ما لم يثبت خلاف ذلك، الشخص الطبيعي و المعنوي الذي يصرح بالمصنف باسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور أو يقدم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة....(1).

يظهر جلياً أن المؤلف هو الشخص الذي يرد اسمه على المصنفات موضوع الحماية القانونية،

لكن هذه القاعدة ليست قاطعة، إذ أنه قد يستعمل المؤلف اسمه العائلي أو يختار اسماً مستعاراً أو قد ينشر المصنف دون ذكر اسم المؤلف.

كما عرف المؤلف بأنه: "الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، و يسري هذا الحكم على الإسم المستعار بشرط ألا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف."

و نجد هذا التعريف منصوص عليه في: المادة 1 الفقرة 2 من القانون العراقي لحق المؤلف و القانون الكويتي و القانون المصري و القانون السعودي و القانون السوري، و المادة 4 من القانون الأردني و الفصل 4 من القانون التونسي و المادة 3 من القانون السوداني و المادة 1 من القانون القطري و القانون البحريني، و الفصل 5 من القانون المغربي.

و يتبين لنا من تشريعات البلدان العربية، أن المعيار المتبع لإعتبار الشخص مؤلفاً، مكتسباً لحقوق التأليف الممنوحة لحق المؤلف، يختلف في بعض البلدان العربية عن الأخرى، و إن كان ذلك اختلافاً بسيطاً.

فهناك من التشريعات، إعتبرت أن المؤلف هو الشخص الذي تحمل الوثيقة اسمه، و هو المعيار الأكثر انتشاراً، و أن صفة المؤلف تنعقد للشخص المبين اسمه الحقيقي أو اسمه المستعار على المصنف، و نجد ذلك في القانون الجزائري و كذا في القانون المصري و القانون التونسي.

و هناك من البلدان العربية تنص تشريعاتها على أن صفة المؤلف تنعقد ما لم يثبت عكس ذلك، للشخص الذي ينشر المصنف باسمه، و هنا يؤكد بوجه خاص على أهمية عملية النشر، و مثال ذلك القانون المغربي.

و ثمة بعض التشريعات التي تميل إلى التمسك بالإجراءات و التي تسند صفة المؤلف للشخص الذي يرد اسمه على النسخ المسجلة، كما هو الحال في القانون الليبي.

و نجد في القانون الأردني و السوداني و الكويتي، يعتمدوا على معيار الإبتكار و الإبداع، إذ أنه يعتبر مؤلفاً: الشخص الذي يبتكر المصنف.

ولذلك نجد أن الحماية المنصوص عليها في قانون حماية المؤلف، لا تشمل إلا المصنفات التي تميزت بجهد ينطوي على الإبتكار.

فنجد كل من القوانين و القرارات و المصنفات التي آلت إلى الملك العام وإلى غير ذلك، لا تتمتع بصفة المصنفات و ليس لصاحبها صفة المؤلف أو المبتكر.

و يظهر تنوع و اختلاف القوانين العربية بصورة أكثر وضوحا ، عندما يكلف مؤلف المصنف بوضعه بمبادرة من الغير ، و ذلك إما بموجب عقد عمل أو عقد مقاوله .

- ففي الحالة الاولى ، أي حالة عقد العمل :

يعرف عقد العمل بأنه : "العقد الذي يلتزم بموجبه شخص (عامل) بالعمل تحت إدارة رب العمل ، مقابل مكافأة " .
أو كما عرفته المادة 674 من القانون المدني المصري على أن : "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الاخر و تحت ادارته أو اشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر."

و مثال ذلك : عقود العمل التي تبرمها الصحف و المجلات مع محرريها مقابل أجر شهري أو مقابل أجر عن كل مقالة ، فالعقد الذي يبرم بين صاحب الجريدة و الصحفي الذي يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفي يعمل تحت ادارة صاحب الجريدة و اشرافه(2).

و في هذه الحالة ، نتساءل عما إذا كانت حقوق المؤلف تعد ملكا للعامل ، نظرا لكونه المبدع الفكري ، أم يملكها رب العمل نظرا لارتباط المصنف مباشرة أو غير مباشرة بعمل العامل و أنه لم يوجد إلا نتيجة لتنفيذه لمهامه.

إذ تنقسم التشريعات العربية المتعلقة بحقوق المؤلف إلى :

- تشريعات تجعل العامل مالكا لهذه الحقوق ، وهو الاتجاه التقليدي ، إذ روعي فيها إسهام المبدع وحده ، و مثال ذلك : المادة 19 من القانون الجزائري ، الفصل 5 الفقرة 2 من القانون المغربي ، المادة 6 من القانون الأردني ، الفصل 4 من القانون التونسي ، المادة 27 من القانون البحريني .

- وهناك تشريعات عربية أخرى ، تعتبر أن من الأقرب للواقع بشأن كل أنواع المصنفات ، أن يمنح رب العمل حقوق المؤلف بصورة مباشرة ، على أساس وجود حوالة مفترضة للحقوق إلى رب العمل ، كما هو متبع في القانون الإماراتي في مادته 24 و القانون القطري في المادة 29.

- أما في الحالة الثانية ، أي في حالة عقد المقاوله :

يقصد بتعبير عقد المقاوله : "العقد الذي يلتزم بموجبه أحد الأطراف بأداء عمل ما ، مقابل مكافأة محددة " . و في مجال حقوق المؤلف نقد يتمثل العمل في صنع صور فوتوغرافية أو نقوش أو رسوم أشخاص أو تسجيلات صوتية أو تسجيلات بصورة عامة ، أو حتى أفلام على سبيل المثال .

كما تعرفها المادة 549 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 646 من القانون المدني المصري ، على أن عقد المقاوله : "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .

و مثال ذلك على أن تتفق الدولة مع شخص لوضع قاموس في المصطلحات القانونية بالعربية و الفرنسية ، أو يتفق صاحب الجريدة مع كاتب على أن يكتب له مقالا في موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فهنا المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل و غير خاضع لإدارته و إشرافه ، فهو ليس عاملا لديه ، لكنه يعتبر متنازلا عن حقه المالي في استغلال المصنف .

و كذلك في هذه الحالة ، يبرز تعارض المصالح بين مختلف الأشخاص ، لذلك نواجه في قوانين الدول العربية أحكام متناقضة .

فهناك بعض القوانين ، تعتبر أن الحق يبقى لصالح المبدع على الرغم من وجود تكاليف تم العمل بموجبه ، و منها القانون المغربي في الفصل 5 الفقرة 3 و4 ، القانون البحريني في المادة 27 .

و لكن العدد الكبر من التشريعات العربية ، تعتبر أن الحق ينشأ مباشرة لصالح طالب أداء العمل ذاته ، و منها المادة 20 من القانون الجزائري ، المادة 24 من القانون الإماراتي ، المادة 31 من القانون السوري ، المادة 29 من القانون القطري.

- و أخيرا ثمة بعض البلدان التي لا توضح طبيعة المصنف الذي يطلب أداءه.

2- عناصر حقوق المؤلف :

تستند جميع تشريعات الدول العربية إلى الاعتراف بأن حقوق المؤلف ذات شقين ، وهما: حقوق مالية وحقوق معنوية
أولا : الحقوق الأدبية :

يعتبر الحق الأدبي للمؤلف أحد الجوانب الهامة في الملكية الفكرية ، فهو ينصب على حماية شخصية المؤلف كمبدع و حماية المادة المؤلفة في حد ذاتها(3).

كما يعتبر الحق الأدبي ، من الحقوق المرتبطة بالشخصية ، و يتمتع المؤلف بكل المزايا المتعلقة بهذه الحقوق ، إذ أن أي مساس بإنتاجه الفكري يعتبر مساسا بحياته و بالمجتمع بأسره ، باعتبار أن المجتمع يتشكل جانب كبير منه من تراثه الثقافي ، من الإبداعات الفكرية لمختلف فئاته من المفكرين و الأدباء و غيرهم .

فنجد أن حماية الحقوق الأدبية تهم المؤلف بنفس القدر الذي يهم المجتمع كله .

ولما كان الحق الأدبي للمؤلف ذو طابع شخصي متميز ، فإنه يتسم ككل الحقوق الشخصية بخصائص وهي :

- عدم قابلية الحق الأدبي للمؤلف للتصرف .

- عدم قابليته للحجز عليه .

- عدم قابليته للتقادم (فهو حق دائم).

- عدم قابليته للانتقال للورثة .

*الاختلاف في طبيعة الحقوق الأدبية في التشريعات العربية :

يتضح من دراسة التشريعات العربية وجود اختلافات فيما يتعلق بطبيعة الحقوق الأدبية ، و يمكن تصنيفها إلى أربعة فئات :

الفئة الأولى : تجعل من الحقوق الأدبية حقوقا أبدية ، من ذلك القانون الجزائري في المادة 21 الفقرة 2 تبين أنها : "غير قابلة للتصرف فيها و لا للتقادم و لا يمكن التخلي عنها ،"

كما نجد أن هذه الأبدية ، كما قال بحق الفقيه الفرنسي هنري دييوا: " تبررها ديمومة المصنف الذي يبق بعد انتهاء مدة احتكاره و يستمر أبدا حاملا التعبير عن شخصية المؤلف "....(4).

الفئة الثانية : فتعتبر أنه من بين الحقوق الأدبية التي لا تقبل التصرف فيها و لا للتقادم هي كل من :الحق في نسبة المصنف لمؤلفه و حق المؤلف في ذكر اسمه . و نجد ذلك في المادة 7الفقرة 1 من القانون الإماراتي و المادة 9 الفقرة 1 من القانون القطري.

بينما باقي الحقوق الأدبية في نظر هذه الفئة ، لا تكتسي مثل هذه الطبيعة .

الفئة الثالثة : تنص على قاعدة عدم تقادم الحق الأدبي ، لكن تصرح على أنه يمكن التنازل عنها كليا أو جزئيا ، و من بين هذه التشريعات نجد التشريع السوداني في المادة 15 ، إذ نجد في فقرته الأولى ينص على أنه : "لا تخضع الحقوق الأدبية و المالية الممنوحة للمؤلف للتقادم " .

ثم يضيف في الفقرة الثانية على أنه : "يجوز للمؤلف أن ينقل بإذنه لأي شخص كل أو أيا من حقوقه الأدبية و المالية ... " .

الفئة الرابعة : نجد أن بعض التشريعات العربية لا تتعرض لمسألة طبيعة الحقوق ، إذ أنه لا نجد أي نص عليها في قوانينها ، من ذلك كل من القوانين دولة تونس و دولة الأردن واليمن و السعودية

و من بين التشريعات العربية التي نصت على عدم جواز الحجز على الحق الأدبي للمؤلف ، نجد المادة 10 من القانون المصري و السوري ، و المادة 12 من القانون الأردني و المادة 36 من القانون البحريني .

أما فيما يخص بأبلولة الحق الأدبي أي قابليته للانتقال للورثة ، فنجد موقفين مختلفين من التشريعات العربية :

فالأولى من التشريعات : تمنح الحق الأدبي لورثة المؤلف الشرعيين أو لبعض الهيئات العامة أو الخاصة المكلفة بالإشراف على ذلك ، و من بين هذه الدول :الجزائر ،المغرب ، مصر ، العراق ، ليبيا .

أما الموقف الثاني ، فنجد أن هذه التشريعات لاتولي عناية مباشرة لمسألة ماإذا كان الحق الأدبي قابلا للإرث عقب وفاة المؤلف ، و من ذلك : قطر ، الإمارات ، السعودية .

ثانيا : الحقوق المالية :

سبق و أن بينا أن حق المؤلف يتناول ناحية أدبية بحثه ، و التي يعبر عنها بلحق الأدبي ، كما أنه يتناول أيضا ناحية مادية ، إذا ما قرر المؤلف نشر مصنفه يجعل هذا الحق يدخل في ذمته المالية ، و هذا ما يعبر عنه بلحق المالي.

فالحق المالي للمؤلف يعني الاعتراف للمؤلف بلحق في استغلال إنتاجه و الحصول على منفعة أو ربح مالي من ذلك في الحدود المقررة قانونا.

إذ تستند جميع التشريعات العربية إلى حماية حقوق المؤلف المالية ، و ذلك عن طريق الاعتراف للمؤلف بالحق في الحصول على عائد الاستغلال المالي لمصنفه ، و ذلك تعويضا عما بذله من جهد في سبيل ابتكار مصنفه ، و تشجيعا له و لغيره على الابتكار(5).

و على الرغم من اعتراف التشريعات العربية على وجود هذه الحقوق المالية ، إلا أن هناك تباين في الأساليب المحددة لهذه الإمتيازات تباينا كبيرا :

- إذ تمنح بعض الدول العربية حقا عاما في الاستغلال دون تحديد أشكال هذا الاستغلال، و من بينها القانون السوري في المادة 5 و القانون السعودي في المادة 7 الفقرة ه .

- بينما دول أخرى ، تضع قائمة بالحقوق ، قد تكون أو لا واردة على سبيل الحصر، و من بينها القانون الجزائري في المادة 27 و القانون السوداني في المادة 8 الفقرة ب ، و القانون الأردني المادة 9، و القانون التونسي في الفصل 2، و القانون البحريني في المادة 6 و القانون العراقي في المادة 8

- و فئة ثالثة من الدول العربية ، التي ترى أن الحق في استغلال المصنف يتم عن طريق نقله إلى الجمهور بطريق مباشر أو غير مباشر، نجده في القانون المغربي الفصل 11 و القانون المصري المادة 6 و القانون القطري المادة 10 و القانون الإماراتي المادة 10 .

ففيما يخص أغلبية الدول العربية ، فان تشريعاتها نصت على قائمة من الحقوق المالية الساسية و المتمثلة في :

1- حق الاستنساخ: المادة 27 الفقرة 2 أ من القانون الجزائري ، المادة 9 الفقرة ب من القانون الأردني و الفصل 2 الفقرة أ من القانون التونسي .

2- حق التمثيل و الأداء : المادة 27 الفقرة 2 ج من القانون الجزائري ، المادة 9 الفقرة ه من القانون الأردني ، المادة 8 الفقرة ب ثانيا من القانون السوداني .

3- حق البث الإذاعي على الجمهور : المادة 27 الفقرة 2 ه من القانون الجزائري ، الفصل 2 ب من القانون التونسي ، المادة 8 الفقرة ب ثالثا و رابعا من القانون السوداني .

4- حقوق الترجمة و التصوير و الاقتباس المرتبطة أساسا بالمصنفات الأدبية الموسيقية : المادة 27 الفقرة 2 ط من القانون الجزائري ، المادة 9 الفقرة ج من القانون الرديني ، المادة 8 الفقرة ب خامسا و سادسا من القانون السوداني ، الفصل 2 الفقرة د من القانون التونسي و المادة 6 الفقرة 2 من القانون البحريني .

5- حق المتابعة مقابل 5% من ثمن البيع بالمزاد العلني أو بواسطة تاجر بالنسبة إلى مؤلفي مخطوطات أو فنون تشكيلية : المادة 28 من القانون الجزائري ، المادة 29 من القانون الأردني ، الفصل 28 من القانون المغربي ، الفصل 25 من القانون التونسي .

6- حق إعادة نشر المصنف : الفصل 11 من القانون المغربي .

7- حق نقل المصنف إلى الجمهور بأي وسيلة من أنظمة المعالجة المعلوماتية : المادة 27 الفقرة ح من القانون الجزائري ، المادة 8 من القانون المصري .

8- حق تأجير مصنف سمعي بصري و التأجير الاحترافي لبرمجيات أسس المعطيات : المادة 27 الفقرة ب من القانون الجزائري ، الفصل 42 من القانون التونسي ، المادة 8 الفقرة ب أولا من القانون السوداني .

و ما يلاحظ في هذا الشأن ، أن غالبية تشريعات الدول العربية تعترف على وجود حقين رئيسيين من الحقوق المالية و هما : حق الاستنساخ و حق التمثيل ، إضافة إلى حق التتبع الذي لا يخص إلا مصنفات الفنون التشكيلية و الموجود في بعض البلدان العربية فقط .

الخاتمة :

و ما يمكن استخلاصه مما سبق، و نظرا لما يشهده الوطن العربي من تقدم فكري لا ريب فيه، و الذي يوجب بذل المزيد من العناية بصيانة حقوق المؤلف .

مما يرغب في وضع نظام عربي موحد لحماية حقوق المؤلف بما يلاءم الدول العربية ، و ذلك لتشجيع المؤلف العربي على الإبداع و الابتكار و يشجع على تنمية الآداب و الفنون و العلوم .

و الذي يمثل رغبة الدول العربية في حماية حقوق المؤلفين بطريقة فعالة و موحدة .

الهوامش :

1- المادة 13 الفقرة 1 من الأمر رقم 97-10 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة الجزائري .

2- محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية ، ص 45.

3- عباس عيسى هلال : حق المؤلف و الوسائل القانونية لحمايته ، مجلة حماية الملكية الفكرية ، العدد 56 ، الربع الثاني ، 1998، ص 5.

4- Henri Debois : le droit d'auteur en France ;P470. § 382.

5- إبراهيم أحمد إبراهيم : تشريعات حقوق المؤلف و واقع تطبيقها في الوطن العربي ، منشور في كتاب حقوق المؤلف في الوطن العربي بين التشريع و التطبيق ، تونس 1996 ، ص 2

النكيع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر دراسة حالة - واقع النكيع في المنازعات البترولية في الجزائر



دراسة من إعداد : بن صغير عبد المومن

أستاذ مساعد قسم ب- بكلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس - الجزائر

ملخص المقال :

يلعب التحكيم التجاري دورا هاما في حل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية سواء بالنسبة للأنشطة العادية أو قطاع المحروقات، ومما لا شك فيه الاتفاقيات البترولية بصفة خاصة والاتفاقيات الاستثمار بصفة عامة لا تخلو عند التطبيق العملي من بروز خلافات ومنازعات في تطبيق أحكام تلك الاتفاقيات أو عقود الامتياز، سواء تعلق الأمر بتحديد مضمونها، أو بنقض أحد الأطراف لالتزاماته، وعليه لا تكفي أن تحدد الدول القواعد الموضوعية التي يتم على أساسها معاملة الاستثمار الأجنبي كوسيلة لتشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية، بل لا بد من وجود وسائل أخرى تطمئن المستثمر عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه وبين الدولة المضيفة له، يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلية أم دولية .

ويعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص، يقوم فيه أطراف النزاع وبمحض إرادتهما الحرة باختياره كطريق لحل النزاع القائم بينهم، وباختيار المحكمين الذين يمثلونهم والإجراءات التي تتبع فيه وأحياناً القانون الذي يطبق عليه، ولم يعد خافياً أن التحكيم قد أضحت طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية وذلك عوضاً عن اللجوء إلى القضاء . بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية، لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا يرغب عادة الخضوع لقضاء محاكم الطرف الآخر.

وتأسيساً على ذلك يذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين نوعين من التحكيم : تحكيم اختياري وهو الاتفاق على التحكيم اللاحق على نشوب النزاع والذي يتخذ صورة عقد التحكيم، وتحكيم إجباري وهو اتفاق سابق على نشوب الخلاف والذي يتخذ صورة شرط التحكيم .

غير أن مثل هذا التصور لا يستقيم في الواقع قانونا، ذلك أن التحكيم يخضع لإرادة الأطراف ويتأسس على مبدأ الرضائية، فكل تحكيم هو إذن اختياري طالما أنه يستمد مصدره من رضا الأطراف سواء كان سابقا على نشوب النزاع أو لاحقا له، وسواء اتخذ صورة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم .

وأيا كان الأمر فإن القانون الجزائري يبيح شرط التحكيم بمقتضى المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المؤرخ في 23 فيفري 2008

ومن بين أهم المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي تلك التي تثار في مجال الاتفاقيات البترولية أو عقود الامتياز.

Résumé :

pour l'arbitrage commercial un rôle important dans le règlement des différends liés à l'investissement étranger, tant pour les activités régulières ou dans le secteur des hydrocarbures, et les accords sans aucun doute pétroliers en particulier, l'investissement des conventions généralement pas libre quand l'application pratique de l'émergence de différends et des litiges dans l'application des dispositions de ces accords ou de contrats de concession, à la fois il s'agit de contenu identifier, ou de s'opposer à l'une des parties de ses obligations, et il ne suffit pas de déterminer les règles des États de fond qui sont à la base du traitement des investissements étrangers comme un moyen d'encourager et d'attirer des investissements étrangers pour le développement économique, mais il doit y avoir un moyen d'autres rassurer les investisseurs en cas de litige survenant entre lui et son pays hôte, qui doit régler le différend si cela signifie interne ou international.

Le genre d'arbitrage du pouvoir judiciaire spéciale, dans laquelle les parties au conflit et leur libre choix sera libre comme un moyen de résoudre le différend qui les oppose, et le choix des arbitres qui les représentent et les actions qui le suivent et parfois la loi s'appliquait à lui, il n'est pas un secret que le tribunal était devenu une manière familière et souhaitable de résoudre les différends qui surviennent dans la plupart des relations contractuelles et au lieu recourir à la justice. Il est devenu plus nécessaire d'arbitrage dans les relations commerciales internationales, parce que les deux côtés de cette relation n'est généralement pas envie de passer devant les tribunaux de l'autre partie. En s'appuyant sur ce côté de la jurisprudence va faire la distinction entre deux types d'arbitrage: l'arbitrage en option un accord ultérieur pour arbitrer le conflit et prendre un arbitrage image détention, l'arbitrage obligatoire, un accord préalable au déclenchement de la rupture, qui prend une photo de la clause d'arbitrage. Cependant, une telle perception n'est pas correct, en fait, légalement, de sorte que l'arbitrage est soumis à la volonté des parties et est basé sur le principe de consensus, tout arbitrage, alors, est facultative dans la mesure où il tire son origine du consentement des parties, qu'ils aient déjà conflit ou tard, et si l'image de la clause compromissoire ou convention d'arbitrage. Quel que soit le cas, la loi algérienne permet la clause d'arbitrage en vertu de l'article 1007 du Code de procédure civile et la nouvelle direction du 23 Février 2008 Parmi les litiges les plus importants relatifs aux contrats d'investissement étranger qui se posent dans le domaine des accords pétroliers ou des contrats de concession

يعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص ، يقوم فيه أطراف النزاع وبمحض إرادتهما الحرة باختياره كطريق لحل النزاع القائم بينهم، وباختيار المحكمين الذين يمثلونهم والإجراءات التي تتبع فيه وأحياناً القانون الذي يطبق عليه، ولم يعد خافياً أن التحكيم قد أضحي طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية وذلك عوضاً عن اللجوء إلى القضاء . بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية ، لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا يرغب عادة الخضوع لقضاء محاكم الطرف الآخر.

و يلعب التحكيم التجاري دوراً هاماً في حل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية سواء بالنسبة للأنشطة العادية أو قطاع المحروقات، ومما لا شك فيه الاتفاقيات البترولية بصفة خاصة والاتفاقيات الاستثمار بصفة عامة لا تخلو عند التطبيق العملي من بروز خلافات ومنازعات في تطبيق أحكام تلك الاتفاقيات أو عقود الامتياز ، سواء تعلق الأمر بتحديد مضمونها، أو بنقض أحد الأطراف لالتزاماته ، وعليه لا تكفي أن تحدد الدول القواعد الموضوعية التي يتم على أساسها معاملة الاستثمار الأجنبي كوسيلة لتشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية، بل لا بد من وجود وسائل أخرى تطمئن المستثمر عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه وبين الدولة المضييفة له، يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلية أم دولية .

ولأن المستثمر الأجنبي حتى ولو كان يعي حقوقه والتزاماته، ويحرص على التمتع بها، إلا أنه قد يكون أكثر حرصاً تجاه الوسيلة التي يعتمد عليها في فض نزاعه عندما تصطدم حقوقه ومصالحه مع حقوق الدولة المضييفة⁽¹⁾، حتى وإن أقرت له الدولة المضييفة بحق اللجوء إلى جهاز قضائي مستقل ومحيد كتعبير منها عن رغبتها في إيجاد الوسيلة المناسبة لحسم ما قد يثور من خلاف عند تصادم المصالح .

يتعين لكفاية هذا الاطمئنان للمستثمر أن تكون هناك هيئة قضائية محايدة غير تلك الموجودة داخل الدولة المضييفة لرأس المال، يمكن المستثمر أن يلجأ إليها عند قيام أي نزاع بينه وبين الدولة المضييفة للاستثمار، ذلك أن خضوع مثل هذا النوع لاختصاص المحاكم الوطنية للدولة المضييفة لا يدعو إلى اطمئنان المستثمر وارتياحه⁽²⁾ .

لذا فإن الحماية الإجرائية لا تقل من حيث أهميتها عن الحماية الموضوعية، لأن المناخ الاستثماري لا يتأثر فقط بالنظم والقواعد السائدة في الدولة المضييفة، وفي الاتفاقيات المتضمنة للقواعد التي تحكم روابط الاستثمار في مرحلة الثبات والسكون، بل يتأثر هذا المناخ الاستثماري أيضاً بالطرق وأساليب التسوية عند تنفيذ الاستثمار .

وإزاء هذا التشكيك في قدرة المحاكم القضائية المحلية على حل المنازعات الاستثمارية⁽³⁾، فقد برز التحكيم التجاري كوسيلة أكثر فاعلية وحيادية لتسوية المنازعات الاستثمارية والتجارية، ومن وسائل جذب الاستثمار الأجنبي وكضمانة إجرائية وقضائية للاستثمار الأجنبي، لأن التسوية القضائية الداخلية للنزاع قد يكتنفها المزيد من التعقيد والغموض، وقد يجد المستثمر الأجنبي نفسه عاجزاً عن مقاضاة الدولة أمام قضائها من منطلق حصانة الدولة أمام قضائها الداخلي، مما يجعلها تتمتع بمبدأ السيادة من جهة ، ومن جهة أخرى جهل المستثمر الأجنبي لطبيعة إجراءات التقاضي الداخلية للدولة المضييفة .

لذا اعتبر التحكيم التجاري من بين الوسائل الأكثر استعمالاً لتسوية النزاعات الناشئة بين الدولتين (المستثمر الأجنبي والدولة المضييفة للاستثمار)، فهو في الواقع وسيلة قانونية لفض النزاعات الاستثمارية قد شاع وذاع النص على استعمالها في قوانين وعقود الاستثمار ، وتصادف هذه الوسيلة بصفة عامة قبولاً واسعاً لدى الأطراف المتعاقدة باعتبارها تقوم على الاتفاق الاختياري فيما بينها، فضلاً على أن التحكيم يعد من أقدم⁽⁴⁾ الوسائل لتسوية المنازعات سواء في القانون الوطني أو القانون الدولي .

لقد ازداد اللجوء إليه مع توسع وزيادة معدلات التجارة الدولية ونمو الاستثمارات الأجنبية، فعقدت الاتفاقيات الثنائية والجماعية لتنظيم إجراءاته وأحكامه وأثاره⁽⁵⁾، كم أنشأت مراكز التحكيم في مختلف الدول⁽⁶⁾. ويعرف التحكيم بصفة عامة من الناحية القانونية بأنه: (نظام تسوية المنازعات عن طريق أفراد عادين يختارهم الخصوم إما مباشرة، أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها).

أو بعبارة أخرى هو (نظام خاص للتقاضي، ينشأ عن الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير للاضطلاع بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه). يقوم نظام التحكيم عموماً على مبدأ الرضائية⁽⁷⁾، إذ يستوجب اللجوء إليه اتفاق الطرفين المتنازعين على ذلك فإن تخلفت تلك الموافقة تعذر عرض النزاع على التحكيم⁽⁸⁾.

غير أن هذا الاتفاق قد يتخذ أشكالاً وصوراً متعددة فقد يكون في صيغة اتفاق

(**Une Clause**) أو على هيئة شرط (**Une convontion**)،

ويقصد بشرط التحكيم وهو أن يتم الاتفاق إلى اللجوء إلى التحكيم بمقتضى شرط يرد في العقد

(**La Clause Compromissioire**) وبطلق على هذا الشرط اصطلاح شرط التحكيم

وبموجبه يتفق أطراف العلاقة القانونية، قبل نشوء النزاع، على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم، والأصل أن يكون هذا الشرط عاملاً، بحيث يؤدي إلى إحالة كل منازعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه إلى التحكيم، غير أنه قد يكون شرطاً خاصاً متى اتفق الأطراف على قصر الإحالة إلى التحكيم على بعض المسائل دون البعض الآخر⁽⁹⁾ وقد يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بينهم بالفعل، ويسمى في هذه الحالة العقد التحكيم أو (مشاركة التحكيم)⁽¹⁰⁾ **Le compromise** الحالة اتفاق التحكيم

Acte juridique Independent Un وهو تصرف قانوني مستقل

يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم وعادة ما يكون هذا الاتفاق لاحقاً على نشوب النزاع⁽¹¹⁾.

وتأسيساً على ذلك يذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين نوعين من التحكيم: تحكيم اختياري وهو الاتفاق على التحكيم اللاحق على نشوب النزاع والذي يتخذ صورة عقد التحكيم، وتحكيم إجباري وهو اتفاق سابق على نشوب الخلاف والذي يتخذ صورة شرط التحكيم.

غير أن مثل هذا التصور لا يستقيم في الواقع قانوناً، ذلك أن التحكيم يخضع لإرادة الأطراف ويتأسس على مبدأ الرضائية، فكل تحكيم هو إذن اختياري طالما أنه يستمد مصدره من رضا الأطراف سواء كان سابقاً على نشوب النزاع أو لاحقاً له، وسواء اتخذ صورة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم.

وأياً كان الأمر فإن القانون الجزائري يجيز شرط التحكيم بمقتضى المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المؤرخ في 23 فيفري 2008

ومن بين أهم المنازعات المتعلقة بعقود بالاستثمار الأجنبي تلك التي تثار في مجال الاتفاقيات البترولية أو عقود الامتياز.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى تطبيق التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر؟

ويندرج ضمن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما هو مفهوم التحكيم في مجال المنازعة البترولية؟ ما هي شروطه؟ ما هي مجالات تطبيقه في المنازعات البترولية الجزائرية؟

للإجابة على هذه التساؤلات ارتأيت تقسيم هذه الورقة البحثية إلى المحاور التالية:

المحور الأول: مفهوم التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:
(دراسة حالة المنازعة البترولية).

- تعريفه / أسباب ومبررات اللجوء إليه/ الطبيعة القانونية / شروطه / أشكاله وصوره / المراحل التي يمر بها التحكيم في مجال المنازعة البترولية

المحور الثاني: واقع تطبيق التحكيم على منازعات البترولية في الجزائر:

أولا: مفهوم التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر (المنازعة البترولية):

01- تعريف التحكيم التجاري وتحديد شروطه في المنازعة البترولية:

لقد أدت الظروف المحيطة بالوسائل الداخلية لفض النزاعات في الدول المضيفة، وضعف ثقة المستثمرين الأجانب فيها، واستحالة ظهور الفرد بصفته الشخصية أمام المحاكم القضائية الدولية، وما قد يترتب على ذلك من أثر في حركة رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، إلى اقتناع عدد كبير من الدول بمدى فائدة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الاستثمارية فقبلت إتباع هذا الإجراء⁽¹²⁾، ويعد الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمر الخاص دون تدخل جنسية دولته تطورا حديثا وهاما في وسائل حسم المنازعات، أسهم خلال القرن الحالي في تدفق الاستثمارات الأجنبية، وتزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية، والتوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية.

ويدل استقرار الاتفاقيات البترولية في عديد من الدول العربية على اتجاه هام يكاد يغدو ظاهرة مشتركة، ذلك هو الأخذ بنظام التحكيم كإجراء تسوى به خلافات الدولة المضيفة مع شركات البترول المستثمرة⁽¹³⁾ ويعرف التحكيم بصفة عامة من الناحية القانونية في مجال المنازعة البترولية بأنه: (نظام تسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم المتنازعة في مجال الاستثمارات البترولية إما مباشرة، أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها).

أو بعبارة أخرى هو (نظام خاص للتقاضي، ينشأ عن الاتفاق بين الأطراف المعنية بمجال النزاعات البترولية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير للاضطلاع بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه).

ويعد التحكيم دوليا بمفهوم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.

02- أسباب اللجوء إلى التحكيم في ظل المنازعة البترولية:

يعد التحكيم التجاري الدولي عنصرا رئيسيا في عقود الاستثمارات الأجنبية، فجميع هذه العقود تكاد تتضمن شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر الأجنبي يصر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا

للمزايا التي يوفرها شرط التحكيم له ، والدولة المضيفة للاستثمارات تجد نفسها دائما ملزمة بقبول شرط التحكيم ، فبدون إضافة شرط التحكيم ، لا تتمكن من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية، وتشير معظم الدراسات الإحصائية إلى أن معظم عقود الاستثمارات الأجنبية تتضمن شرط التحكيم، ونظرا لهذه الأهمية التي يتسم بها التحكيم في عقود الاستثمارات ، تم وضع العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، حيث يتمتع التحكيم التجاري بالعديد من المزايا جعلته محط أنظار الخصوم في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية، الأمر الذي أدى إلى انتشار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في قطاع الاستثمارات خاصة المنازعة البترولية .

وترجع مبررات لجوء الدول إلى التحكيم في مجال المنازعات البترولية إلى :

- مرونة التحكيم بما يتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات البترولية : تتميز عقود الاستثمارات الأجنبية بأنها عقود ذات قيمة مالية كبيرة وعالية، ويحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية طويلة وعلى مراحل مختلفة، الأمر الذي يتطلب وجود آلية لتسوية النزاعات الناشئة عنها تتناسب وطبيعة هذه العقود لكسب الوقت والجهد والمال ، فالتحكيم بشكل أساسي يقوم على إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، حيث يستطيع أطراف النزاع في عقود الاستثمارات الأجنبية تنظيم العملية التحكيمية بما يتناسب مع ظروفهم التجارية والاقتصادية وبما يتفق مع طبيعة عقود الاستثمارات مصدر النزاع، هذه السيمة ظاهرة بشكل واضح في جميع تشريعات التحكيم المعاصرة التي تتضمن عادة عبارة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، بعبارة أخرى نستطيع القول بأن القواعد القانونية التي تنظم التحكيم هي من النوع المكمل أو المفسر التي يستطيع الأطراف الاتفاق على ما يخالفها، فهم الذين يختارون التحكيم برضاهم واختيار أعضاء هيئة التحكيم، وتحديد مكان التحكيم ولغته، واختيار القانون الواجب التطبيق، وغيرها من الأمور التي تدخل في تركيب القضاء التحكيمي .

- توفير عنصر السرعة في فض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات : تتسم عقود الاستثمارات الأجنبية بضخامة رأس المال المستثمر ووجود جداول زمنية لتنفيذها، فإذا ما حصل نزاع فإن الأمر يتطلب البث فيها بأسرع وقت ممكن لاستئناف تنفيذ هذه العقود والتحكيم التجاري يوفر هذا المطلب لأن المحكمين يتفرغون عادة للفصل في خصومة واحدة، وبالتالي يتيسر لهم الفصل فيها بوقت أقصر مما يلزم عادة في القضاء، وفي الكثير من الأحيان ليس في التحكيم طرق للمراجعة مما يختصر كثيرا طريقه إلى الحكم النهائي، يضاف إلى ذلك أن قوانين التحكيم قد حددت مدة يجب على المحكم أن يصدر قرار التحكيم خلالها وإلا يكون اتفاق التحكيم باطلا .

- تجنب الحقد بين المتخاصمين في عقود الاستثمارات الأجنبية : تتمتع عقود الاستثمارات الأجنبية في الغالب بأنه عقود زمنية طويلة الأجل وتنفذ على مراحل زمنية مختلفة، الأمر الذي يتطلب المحافظة على بقاء هذه العلاقة ودية وحميمية إلى حين الانتهاء من تنفيذها، والتحكيم يحقق هذا الهدف النبيل ، لأن حسم النزاع سيكون بعد التراضي وبطيب خاطر بين المتخاصمين، وبمعرفة أشخاص وضع فيهم الطرفان ثقتهم بخلاف الحال لو أن النزاع قد تم عرضه على القضاء، والذي لا يكون إلا بعد مشاحنات وعداء بين الخصوم .

- تجنب الكثير من المشاكل التي تثار في ميدان تنازع القوانين بالنسبة لعقود الاستثمارات الأجنبية بالنظر لما يوفره التحكيم للأطراف من إفساح المجال الذي تعمل فيه الإرادة في تعيين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق .

- ضرورة التجارة الدولية من حيث أن إجراء التحكيم يعتبر في رأي غالبية الفقهاء أكثر مناسبة من القضاء بالنسبة لهذا النوع من النشاط الاقتصادي⁽¹⁴⁾، وقد عبر عن ذلك الفقيه كارستون بقوله: (قد يحجم المستثمرون عن استثمار أموالهم في دولة يعلمون أن اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي

يلحقها ضرر من جراء تصرف تأتيه هذه الدولة، ذلك أنه يعني أن الدولة المضيفة تصبح خصما وحكما في أن واحد، ويؤيد هذا الأمر إلى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدول، ويشكل عائقا لنمو نشاطها التجاري أو الصناعي وعلى خلاف ذلك فإن الأخذ بنظام التحكيم يخلق مناخا استثماريا مفضلا لدى المستثمرين الأجانب، حيث يتمتع أطراف التحكيم بحرية اختيار قضائهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة والمعرفة اللازمة لموضوع النزاع، ولهم أيضا حرية تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع أمام محكمة التحكيم، وأكثر من ذلك لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع، بينما تغيب هذه الحريات أمام المحاكم الوطنية⁽¹⁵⁾.

- التحكيم كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية.

لا ينبغي أن يفهم التحكيم على أنه حق من حقوق المستثمر الأجنبي يمكنه من اللجوء إليه عند نشوب أي نزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار فحسب، بل إن اللجوء إلى التحكيم يعتبر وسيلة هامة لجذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية.

من الثابت والمستقر عليه أن القضاء الوطني للدولة هو صاحب الاختصاص الأصلي بالفصل في منازعات الاستثمار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، و ينعقد اختصاص القضاء الوطني بذلك وفقا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، فالدولة حرة في وضع القواعد التي يحدد بمقتضاها نطاق اختصاص محاكمها بالنظر للمنازعات ذات الطابع الدولي⁽¹⁶⁾.

إذا كان الأصل أن منازعات الاستثمار تخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره، فإن أية تسوية لتلك المنازعات لا تتم عن طريق محاكم الدولة فإنها تعد استثناء، وهذا الاستثناء يعد امتيازاً أو تسهلاً للاستثمارات الأجنبية منحتة لها قوانين الاستثمار رغبة في جذب المزيد من الاستثمار للمساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار⁽¹⁷⁾.

- التحكيم كضمانة إجرائية قضائية للاستثمارات الأجنبية .

يتميز التحكيم بمجموعة من المزايا تدفع المستثمرين الأجانب المتعاملين على صعيد الاقتصاد الدولي إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن القضاء الوطني للدولة، حيث أصبح التحكيم في الوقت الحالي سواء كان تحكيميا دوليا أو خاصا أو إقليميا الوسيلة والقضاء الطبيعي، وأهم أسلوب يرغب المتعاملون في الاستثمار الدولي والتجارة الدولية اللجوء إليه لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، متقدما في ذلك على قضاء الدولة المضيفة للاستثمار .

فلا تكاد تخلو اتفاقية ثنائية أو عقد من عقود الاستثمار، أو عقود علاقات اقتصادية دولية من شرط يقضي بإتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف متعلق بتلك الاتفاقيات أو العقود، وبحيث أصبح التحكيم هو الأصل وليس الاستثناء بخصوص تسوية منازعات الاستثمار، ولا شك أن هذا الاتجاه قد ارتبط و تأثر بما فرضته التطورات الاقتصادية المعاصرة الهادفة إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية.

لقد أصبح من الضروري في الوقت الحالي لكي تقوم الدولة المضيفة بجذب الاستثمارات اللازمة لتنمية اقتصادياتها و مواردها، فإنه لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين الاستثمار الأجنبي، فرأس المال الأجنبي يحتاج إلى الأمان و المستثمر يحتاج إلى طمأنينة ضد المخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرض لها، و يحتاج إلى ضمانات تنزع القلق عن نفسه .

من أهم هذه الضمانات، الضمانات الإجرائية المتمثلة في توفير وسائل مناسبة أمام المستثمر الأجنبي تمكنه من حماية حقوقه قضائيا، ذلك أن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي الخاص ليست مشكلة تعريف حقوقه والتزاماته، أو تحديد مداها، بل المشكلة تكمن في البحث عن وسيلة مستقلة ومحيدة و فعالة تمكنه من

اللجوء إليها للفصل في النزاعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة ، خصوصا و أن الاستثمار الأجنبي الخاص كثيرا ما يجد صعوبة في الحصول على مساندة دولته له في دعواه ضد الدولة المضيفة التي أضرت بمصلحه الاستثمارية⁽¹⁸⁾.

من أهم هذه الوسائل بالطبع "التحكيم التجاري الدولي" لذا جرى العمل في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية من نطاق اختصاص محاكم الدولة المضيفة و إحالته على محكمة أو هيئة تحكيم يختارها الأطراف مما يكفل سرعة الفصل في النزاع، كما يبدد مخاوف المستثمر الأجنبي من الخضوع للقضاء العادي للدولة المضيفة⁽¹⁹⁾.

و حرصا من الدول - لا سيما النامية منها - على جذب و تشجيع الاستثمارات الأجنبية فقد أقرت التحكيم، و نصت عليه في معظم قوانين الاستثمار الصادرة عنها كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، كما تبنته الكثير من الدول في الاتفاقيات الثنائية ، و يعتبر التحكيم ضمانة قضائية للاستثمار الأجنبي و ذلك لما يتميز به من الخصائص.

من أهم هذه الخصائص ما يأتي:

- سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم :

يتميز قضاء التحكيم عن القضاء العادي بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروضة عليه بصفة عامة، و الاستثمارات الأجنبية بصفة خاصة في وقت أقل، فمن المعروف أن جميع الأنظمة القضائية في العالم - سواء التابعة للدول المتقدمة، أو النامية - تعاني من بطء في الإجراءات، والتراخي في الفصل في الدعاوى على نحو أدى إلى زيادة عدد المنازعات المعروضة على الجهاز القضائي في الدولة، و تراكمها بشكل هائل ، أدى إلى عزوف الكثير من المتقاضين عن اللجوء بمنازعاتهم أمام القضاء الوطني العادي، واختيار التحكيم كبديل مضمون من حيث سرعته في الفصل في المنازعات المفروضة عليه.

لما كانت المعاملات في مجال الاستثمارات تتميز بالطابع الاقتصادي الذي يقوم على أساس الحرية و الديناميكية ، فقد كان لابد على الأطراف المتعاقدة أن تتسم الخلافات القائمة بينهما في أسرع وقت ممكن ، تفضل بالقطع اللجوء إلى التحكيم بدل الانتظار ، فعامل الوقت في ظل المعاملات الاقتصادية عامل جوهري في اختيار التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة ، و يرجح ذلك إلى عاملين رئيسيين⁽²⁰⁾:

- التزام المحكم بالفصل في المنازعة في وقت محدد يحدده الأطراف كأصل عام :

حيث يلتزم المحكم في ظل القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم بأن يفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم في خلال فترة زمنية محددة لا تتجاوز عادة اثنا عشر 12 شهرا ، و ذلك ما لم تحدد له الأطراف فترة زمنية أطول، و لا يملك المحكم من هذه المدة كأصل عام إلا إذا اتفقت الأطراف صراحة على هذه المدة.

- قضاء التحكيم قضاء من درجة واحدة :

يتميز قضاء التحكيم كقضاء خاص على خلاف قضاء الدولة الذي يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من مبادئه الأساسية ، بما أنه قضاء من درجة واحدة ، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي ، و لا يجوز الطعن عليه بأي طريق غير عادي من طرق الطعن ، و هو طريق الطعن بالبطلان ، و للأسباب الواردة حصرا في القانون، و الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام.لما كانت سرعة الفصل في المنازعات باعتبارها الميزة الأساسية في قضاء التحكيم، فهذا لا يعني أن التحكيم من أجل الوصول إلى تحقيق هذه العدالة السريعة أن يتجاوز

الضمانات الأساسية للتقاضي كاحترام حقوق الدفاع و المساواة بين الأطراف المتخاصمة ، إذ أنه من الثابت أن المحكم حتى و لو كان محكما بالصلح لا يمكنه الالتفات عن هذه المبادئ الأساسية للتقاضي⁽²¹⁾ .

- سرية قضاء التحكيم :

من الخصائص المميزة لقضاء الدولة ما يعرف بمبدأ علنية الجلسات، والتي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقاضي، وهذه الميزة التي تميز قضاء الدولة، تعد أحد الأسباب لعزوف المستثمرين عن اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة، واختيارهم لقضاء التحكيم.

فاختيار المستثمرين الأجانب لقضاء التحكيم كوسيلة لفض النزاعات على رؤوس الأموال مبعثه ما يتميز به التحكيم من سرية ، لأن المتعاملون على صعيد الاستثمارات الدولية يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم، و أسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المستثمرين الأجانب.

على الرغم من أن مبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وهو ما لا يدعو إلى ضرورة حث الأطراف على احترام هذا المبدأ في اتفاقياتهم ، فإنه من الملاحظ أن العديد من لوائح التحكيم تفرز نصوصا خاصة تقتضي هذه السرية، فعلى سبيل المثال تنص المادة 20 ، الفقرة السابعة 07، من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس على مبدأ سرية جلسات التحكيم، وكذلك المادة 35 من لائحة المؤسسة الأمريكية للتحكيم، وكذلك المادتان 73 و 76 من لائحة المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (OMPI).

و عليه فميزة السرية التي تطلق قضاء التحكيم، تعد وفقا لما يذهب إليه البعض ، أحد العناصر الطبيعية المكونة لهذا النظام، و الذي لا تقوم له قائمة بدونها، و هذه الميزة هي التي تدفع المستثمرين كوسيلة لحل المنازعات بينهم، فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص، ولكنه علاوة على ذلك قضاء يتم في سرية.

غير أن القضاء الإنجليزي حدد حالات يجوز فيها الخروج عن مبدأ سرية جلسات التحكيم، فيجوز التنازل عن سرية الجلسات التحكيم في الحالات الآتية⁽²²⁾:

- الحالة التي يتفق الأطراف المتنازعة على ذلك.
- الحالة التي يصدر فيها قضاء الدولة الأمر بعدم السرية أو سح بها.
- يجوز أيضا المساس بالسرية إذا كان ذلك من أجل المحافظة على مصالح أحد طرفي التحكيم ، أو كانت مصلحة العدالة تقتضي مثل ذلك المساس⁽²³⁾ .

- حرية الأطراف في ظل قضاء التحكيم :

من الأسباب التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية و الاستثمارات الأجنبية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم ما يتمنون به من حرية لا تتحقق لهم في ظل قضاء الدولة ، و يمتد النطاق الزمني لتلك الحرية من لحظة الاتفاق على التحكيم و يستمر حتى بعد صدور حكم التحكيم ، و لذلك فإنه يتعين التفرقة في هذا التفرقة في هذا الصدد بين الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل قضاء التحكيم و تلك التي تتمتع بها الأطراف حتى بعد صدور حكم التحكيم في بعض الأنظمة.

- حرية الأطراف قبل صدور حكم التحكيم :

- تتمتع الأطراف المتنازعة بحرية لا حدود لها في ظل قضاء ، و تتجلى هذه الحرية من خلال النقاط الآتية :
- اختيار نوع التحكيم، و لها أن تختار إما أن يكون التحكيم مؤسسيا أو تحكيم من تحكيمات الحالات الخاصة.
- للأطراف حرية اختيار أو اللجوء إلى التحكيم المطلق أو التحكيم بالقانون.

- للأطراف إمكانية تحديد مكان انعقاد التحكيم و زمانه و القانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم. كما تحدد للمحكم المدة التي يتعين عليه فيها أن ينهي المنازعة المعروضة عليه، و تلك الحرية شبه المطلقة التي يتمتع بها الأطراف في عدم الطعن على حكم التحكيم، وذلك على الرغم من وجود حالة من حالات الطعن بالبطلان، وذلك إذا ما اتفقت الأطراف صراحة على التنازل عن طريق من طرق الرجوع. يعتبر كل من القانون البلجيكي و السويسري في طليعة هذه الأنظمة التي تسمح للإدارة الفردية في ظل شروط محددة بالاتفاق على عدم الطعن بالبطلان على حكم التحكيم .

أيا كانت الأسباب و الدوافع التي تدفع بالمشرع الوطني إلى اختيار هذا المنحى، فإن الذي يعنينا في هذا الصدد إبراز الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل قضاء التحكيم.

- الطبيعة المختلفة للعدالة التي يقدمها قضاء التحكيم في مجال المنازعة البترولية :

يتميز قضاء التحكيم عن قضاء الدولة المضيفة بأنه يقدم عدالة تستجيب لرغبات الأطراف المتنازعة ، و تلك الاستجابة مبعثها ما يتمتع به التحكيم كقضاء خاص من مزايا أساسية :

- التحكيم قضاء متخصص :

من المزايا الأساسية للتحكيم ما يتسم به من تخصص ، فهناك تحكيم مؤسستي متخصص تلجأ إليه أغلب الدول لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات مثل ما هو الشأن بالنسبة للتحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية المنازعات. إن الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى المعرفة و الخبرة القانونية و الفنية المتخصصة اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار، لذلك فإن أطراف النزاع يفضلون أسلوب للتحكيم ، لأنه بخلاف القضاء العادي يمكن الاستعانة بخبراء على مستوى عال من الكفاءة العلمية و القانونية للفصل في النزاع المسند إليهم، وبذلك فإن التحكيم أقرب إلى تحقيق العدالة ، لأن المحكم المتخصص أقدر على استيعاب تفاصيل النزاع و تعقيداته من القاضي الذي ينظر على أنواع المنازعات دون أن يكون متخصصا في مجال النزاع⁽²⁴⁾.

- التحكيم قضاء مرن :

إذا كان التحكيم قضاء متخصص فإنه أيضا قضاء يتسم بالمرونة، ويقصد بمرونة التحكيم أن المحكم لا يتقيد كالقاضي الوطني بالعديد من القواعد الإجرائية التي لا يمكن لقاضي الدولة المضيفة التحلل منها خاصة في علاقته بالاضطلاع بالخصومة المطروحة عليه، لذلك فإن هناك فلسفة وروحا مغايرة تسيطر على قضاء التحكيم وتختلف عن تلك السائدة في إطار قضاء الدولة، وهذا ما أشارت إليه إحدى هيئات التحكيم المشكلة وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس⁽²⁵⁾.

و لعل ما يفسر روح التعاون السائدة بين هيئة التحكيم والأطراف المتنازعة، أن الأطراف المتعاملة تلجأ إلى التحكيم تحت عزيمة وإصرار ودون تردد، فالأطراف المتعاملة على صعيد التجارة الدولية والاستثمارات الأجنبية ترغب في استمرار العلاقات القائمة بينها و التي نشأت المنازعة التي يفصل التحكيم بخصوصها، ولكن على أسس جديدة يساهم قضاء التحكيم في إرسائها، وتحقيق هذه الرغبة يتطلب مفهوما مرنا للعدالة لا يقدر عليه عدا قضاء التحكيم.

04- المراحل الأساسية التي يمر بها نظام التحكيم في المنازعة البترولية (الاتفاقيات البترولية)

أ- اتفاق التحكيم وصوره وتحديد القانون الذي يحكمه :

Le Compromise وبين اتفاق التحكيم **La Clause Compromissioire** يميز الفقهاء بين شرط التحكيم :

، أما الأول فيقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة ، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية -قبل نشوب أي نزاع في مجال المنازعة البترولية -على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم⁽²⁶⁾ ، وقد يكون شرط التحكيم عاما أو خاصا ، فيكون عاما إذا أحال إلى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ الاتفاقية البترولية ، ويكون شرط التحكيم خاصا اقتصر الإحالة للتحكيم على بعض المسائل دون البعض الأخر⁽²⁷⁾ .

أما اتفاق التحكيم فهو تصرف قانوني مستقل ، يتخذ شكل اتفاق مكتوب ، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم ، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون ، وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب النزاع⁽²⁸⁾ .

وتبدو أهمية هذا التكييف في تحديد نوع المنازعات التي يمكن إعمال التحكيم وشرط التحكيم ، فاتفاق التحكيم هو دائما اتفاق أو عقد يبرمه الطرفان في الاتفاقية البترولية ، أما شرط التحكيم فطبيعته القانونية هي ذات طبيعة العلاقات الأصلية التي هو شرط فيها .

وعليه فإن ما يدخل في دائرة التحكيم هي تلك المنازعات المتعلقة بالنصوص التعاقدية لعقد الامتياز البترولي ، أما فيما يتعلق برخص الامتياز فلا يجوز عرضه على التحكيم ، وعلى ذلك كل ما يمس حق استغلال ليس من موضوعات التي يعالجها شرط التحكيم ، فمثلا إذا سحبت الدولة رخصة الاستغلال عن طريق التأميم مثلا ، فإن هذا الإجراء يمس حق الاستغلال في أصله ، والخلاف عليه ليس خلافا على الشرط التعاقدية من امتياز البترول ، وإنما خلاف على رخصة الامتياز ، وتبعاً لذلك فهو يخرج عن نطاق المنازعات التي ينطبق عليها شرط التحكيم ، وليس للشركة المستغلة أن تدعي بأن مثل هذا الموضوع -عند اعتراض الشركة عليه -يجب أن يعرض على التحكيم ، ويبقى لها في مثل هذه الحالة اللجوء إلى الإجراءات التي يسمح بها القانون الوطني في مثل تلك الظروف⁽²⁹⁾ . وقد يرد النص على إحالة المنازعات المتعلقة بالاتفاقيات البترولية بين الدولة المضيضة والمستثمرين الأجانب على التحكيم في القوانين الداخلية للدولة المضيضة ، كما قد تسمح تلك القوانين بتضمين عقود الاستثمار نصا بتسوية المنازعات الاستثمارية عن طريق التحكيم ، إلى جانب عقود الاستثمار التي تتضمن مثل هذا النص⁽³⁰⁾ .

وتعتبر الاتفاقيات الثنائية والجماعية إحدى الوسائل الهامة والفعالة التي يمكنها أن تقدم جهاز التحكيم الدولي القادر على تأكيد حق التقاضي وضمان اللجوء إليه ، كما يكفل الحياد والعدل ، ويساهم في تحقيق وحدة الفكر القانوني تجاه هذه الوسيلة من وسائل تسوية المنازعات ويعمل على تطوير وتوحيد المعايير المطبقة على العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيضة .

وإذا كانت التشريعات الداخلية في الدولة المضيضة لا تقدم تأمينا كافيا للمستثمرين يكفل لهم القيام الدولة بتسوية المنازعات معهم عن طريق التحكيم ، حيث تملك الدولة تعديل هذه التشريعات بإرادتها المنفردة⁽³¹⁾ . فإن تضمين اتفاقيات الاستثمار شرطا للتحكيم يقدم ضمانا أفضل لهؤلاء المستثمرين ، حيث يكون هذا الشرط مقوما ، ولا يمكن العدول عنه بحجة حصانة السيادة .

ويظهر شرط التحكيم في الاتفاقيات البترولية في صورته البسيطة ، بأن يقوم كل طرف من طرفي النزاع باختيار حكمه ، ويتفق الحكمان على اختيار الحكم الثالث ، وفي حالة عدم اتفاقهما تنحو هذه الاتفاقيات منحي مختلفة في تعيينه . ومن بين أشكال اتفاق التحكيم نجد :

01- شرط التحكيم : La Clause Compromissioire :

إن شرط التحكيم يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوء أي نزاع على الأخذ بنظام التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات، وقد يتفق الأطراف في هذا الشرط على إحالة كافة المنازعات التي تثور بينهم على التحكيم، وهو ما يعرف بشرط التحكيم العام، وقد ينص على اللجوء إلى التحكيم بشأن مسائل محددة، ويطلق على شرط التحكيم في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص .

وقد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاهه في الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات دون أي تفصيل يؤدي إلى تطبيق هذا النص، كما لو نص على أن أي نزاع ينشأ بين الأطراف يحال إلى التحكيم ما لم يجسم بالمفاوضات، فمثل هذا النص لا يستفاد منه إلا قبول نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، ولا يمكن إعمال هذا النص إلا باتفاق لاحق يحدد موضوع النزاع وتشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك، وقد يحدد القانون الواجب التطبيق، لذلك أطلق على مثل هذا الشرط، شرط التحكيم الفارغ، أو التعهد التحضيري⁽³²⁾، وقد يمتد مضمون شرط التحكيم إلى تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار المحكمين والحكم الثالث، ومعالجة أخفاق الأطراف في تعيين أي من المحكمين، وجنسياتهم وشروط اختيارهم، ومكان انعقاد جلسات التحكيم، والإجراءات التي تتبع والمواعيد وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النزاع، وقد درج الكثير من الاتفاقيات البترولية على تضمين شرط التحكيم هذه المسائل⁽³³⁾.

وعندما يضمن الأطراف اتفاقياتهم شرطا يقضي بالأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، فلا يجوز لأي منهم نقض هذا الاتفاق بإجراء انفرادي، وقد أوضحت هذا المعنى اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لسنة 1965م، حيث نصت المادة 1/25 منها على أنه (حينما يكون الأطراف قد أبدوا رغبتهم الرضائية في عرض ما قد يثور بينهم من منازعات على التحكيم فلا يستطيع أحد منهم أن يعدل عن هذا الرضا بإرادته المنفردة).

02- اتفاقية التحكيم الدائمة : تتمثل في اتفاقية دولية دخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966م وقد أنشأت هذه الاتفاقية مركزا دوليا لتسوية المنازعات الاستثمارية يقدم تسهيلات التوفيق والتحكيم في هذه المنازعات . حيث يختص المركز عموما بالنظر في المنازعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى⁽³⁴⁾، ويترتب على ذلك استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية من نطاق اختصاص المركز .

03- اتفاق التحكيم الخاص : إذا تضمنت العلاقة التعاقدية النص على حسم ما قد يثور بين أطرافها من منازعات بطريق التحكيم، دون تنظيم لجوانب التحكيم، فيقتضي إعمال هذا النص بعد نشوب النزاع إبرام اتفاق تحكيم خاص لتحديد موضوع النزاع وكافة التنظيمات التي تكفل تسويته، أي أن تنفيذ شرط التحكيم يقتضي إجراء تحكيم خاص، ويمكن الاستغناء عن شرط التحكيم الخاص في الحالات التالية :

- إذا تضمن شرط التحكيم كافة التنظيمات المناسبة لإجراء التحكيم. من طرق اختيار المحكمين، والمواعيد والمنازعات التي تعرض على التحكيم، والقانون الواجب التطبيق .

إذا أحال النص على الاتفاقيات الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار، مثل اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لسنة 1965م، وفي الحالة التي يلجأ فيها إلى اتفاق التحكيم الخاص، فلا بد من أن يتوافر على العناصر المنصوص عليها في المادة الثانية من نموذج القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم الذي وضعته لجنة القانون الدولي المبنية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1958م، فأوردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر عناصر اتفاق التحكيم الخاص، حيث نصت على أنه :

1- إذا لم توجد نصوص سابقة وكافية في التعهد بالتحكيم ذاته يوقع الأطراف الذين يلجأون إلى التحكيم، اتفاق تحكيم يجب أن يعين فيه كحد أدنى :

- التعهد بالتحكيم الذي وفقا له سيعرض الخلاف على المحكمين

- موضوع الخلاف

- طريقة تشكيل المحكمة وعدد المحكمين

2- توضيح كل النصوص الأخرى التي يرى الأطراف أنه من المفضل إبرازها في اتفاق التحكيم وخاصة :

- قواعد القانون والمبادئ التي يجب على المحكمة تطبيقها، وإذا اقتضى الأمر الحق المخول لها بالفصل وفقا لقواعد الإنصاف والمساواة .

- الإجراءات التي تتبعها المحكمة بشرط أن تظل لها بعد تشكيلها سلطة

استبعاد نصوص اتفاق التحكيم التي قد يؤدي إلى إعاقتها في إصدار الحكم

- عدد الأعضاء الذي يشكل النصاب القانوني للجلسات

- الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم

- المواعيد التي يجب أن يصدر الحكم خلالها .

- اللغات التي تستعمل في المرافعات ..

إن هذا التعداد ليس حصرا وإنما على سبيل المثال ، فيمكن للأطراف أن يضمنوا اتفاق التحكيم الخاص ما يرونه من مسائل .

04- القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم :

لم يتضمن القانون الدولي العرفي ما يلزم أية دولة بقبول اللجوء إلى التحكيم يتم خارج إقليمها برئاسة محكم أجنبي، لتسوية منازعاتها مع المستثمرين الأجانب ، بل إن اللجوء المستثمر الخاص، وأشخاص القانون الداخلي - بصفة عامة إلى التحكيم أو القضاء الدولي لا زال أمرا استثنائيا في القانون الدولي المعاصر، لا يتم إلا بموجب قبول صريح من الدولة التي تكون طرفا في المنازعة مع هذا المستثمر ، ولا تحول القوانين الداخلية النافذة في الدول العربية دون قبول هذه الدول اللجوء إلى محكمة دولية لتسوية منازعة لها مع أحد المستثمرين الأجانب ، سواء ارتضت ذلك في عقد تبرمه معه ، أو في معاهدة مع دولته .

إذا كان التحكيم لا زال أمرا استثنائيا يتأسس على مبدأ الرضائية ، فإنه يبدو طبيعيا عند البحث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ، أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم ، فلهم أن يخضعوا اتفاق التحكيم للقانون الوطني للدولة مانحة الامتياز ، أو قانون الدولة الأجنبية ، كما لهم أن يختاروا تطبيق القانون الدولي .

ولكن كثيرا ما يغفل الأطراف للإشارة إلى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم مما يدعوا إلى التساؤل حول القانون الذي يحكم هذا الفرض ؟

يذهب الفقه التقليدي إلى أن أحكام القانون الدولي الخاص هي التي تعين القانون الذي يطبق في هذه الحالة بوصف أن كل عقد لا بد وأن يرتبط بقانون دولة معينة ، إذ لا يملك الأفراد بأن يخلقوا - بإرادتهم الخاصة قانونا إلا إذا عاشوا في أرض لا سيد لها ، ويجمع الفقهاء التقليديون على أنه - عند عدم توافر النية الصريحة - يجب الالتجاء إلى النية المفترضة أي النية التي كان سيتجه إليها الطرفان لو أنهما أفصحا عن إرادتهما ، غير أن هذا الإجماع سرعان ما تبدد عند اختيار قانون النية المفترضة .

فيرى الفقيه ولف أن المحكم هو الذي يعين أن يستنبط هذا القانون فيبحث عن القانون الذي يكون الارتباط العقد به أكثر توثقا ، ذلك أن كل عقد يكشف عند تحليله عن روابط واضحة تشده إلى نظام قانوني معين فيكون أكثر النظم صلاحية للتطبيق على العقد. في حين يشير آخرون إلى أن محل التنفيذ هو الذي يتوطن العقد به ، باعتباره المكان التصوري للتعاقد ، وأن التنفيذ هو الهدف النهائي للعقد ، ومن ثم يجب أن يعتبر محل التنفيذ هو المحل الحقيقي للتعاقد.

بينما يرى الفقه الحديث أن اتفاق التحكيم في المنازعات البترولية هو عقد طرفه دولية ورعية أجنبي ، وأنه ينظم وسيلة تسوية المنازعات المتعلقة باستغلال ذي أهمية اقتصادية عامة تتجاوز حدود الوطنية ، وهذا ما يستدعي فكرة البحث عن قواعد فوق وطنية أو عبر دولية لتحكم هذه العلاقة التي يصعب علينا أن نوطنها في مكان معين أو نحصرها في نطاق إقليمي محدد تخضع لقانونه .

إذن لا بد من هذا النوع الخاص من المنازعات من قانون خاص يستجيب لضرورات التجارة الدولية ، غير أن هذا الاتجاه الفقهي المستحدث لم يحظ بتأييد كبير يضفي عليه عنصر الاستقرار ، فلم تتأكد بعد ولم تستقر القواعد التي يريد إرسائها ، فلا مناص من مسaire الفقه التقليدي المستقر إلى أن يكتب لهذا المذهب الجديد الوضوح والارتكاز .

ب- موضوع التحكيم :

إن من المراحل الأولية في التحكيم اتفاق الأطراف على قابلية النزاع للعرض على التحكيم ، ولا يتصور بطبيعة الحال أن يعلن أحد الأطراف رفض التحكيم عند إبرام اتفاق للتحكيم لاحقا على نشوء النزاع. وجرى الفقه وتبعه العمل الدولي بالنسبة لتحديد موضوع المنازعات التي يجوز عرضها على التحكيم أو القضاء الدولي إلى التمييز بين نوعين من المنازعات ، منازعات قانونية ومنازعات سياسية ، الأولى دون الأخيرة هي التي يمكن عرضها على التحكيم أو القضاء الدولي ، وقد تضمنت المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لسنة 1965م ، حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه : يشمل اختصاص المركز والمنازعات ذات الصبغة القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أية دولة أخرى متعاقدة ، بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار . وتدرج المنازعات البترولية ضمن المنازعات القانونية .

المحور الثاني : واقع تطبيق التحكيم على منازعات البترولية في الجزائر :

نظرا للأثر⁽³⁵⁾ الذي يربته التحكيم على الدولة الجزائرية ، ونظرا كذلك لتعدد التشريعات المنظمة للمحروقات والتي عرفتها الدولة ، فإن هذا التحكيم الدولي قد مر بعدة مراحل هامة واختلف فيها موقف المشرع إزاء أخذه وتبنيه للتحكيم الدولي وذلك ما تجلّى من خلال مرحلتين أساسيتين هما :

- مرحلة التصريح الضمني بالتحكيم الدولي (أولا).

- مرحلة التصريح والتكريس الفعلي للتحكيم الدولي (ثانيا).

أولا : مرحلة التصريح والتكريس الضمني للتحكيم التجاري :

إن موقف الدولة الجزائرية من التحكيم الدولي على منازعات البترولية يتضح ويتبين من خلال هذه المرحلة عبر أربعة نصوص قانونية واضحة والتي جسدها كل من :

01- قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 :

لقد نص الأمر رقم 58 - 1111 المؤرخ في 1958/11/22م على بند يفيد بأن اتفاقية الإطار سوف تحدد إجراء التحكيم من أجل ضمان حل المسائل المتعلقة بصلاحية وبتفسير وتنفيذ بنود أو شروط الامتياز ، وهو ما قدرته الشركات البترولية التي أملت اللجوء إلى التحكيم الدولي لأسباب مردها تعقيد وتقنية هذه المسائل التي يحتاج حلها

قضاة متخصصون، ولتفادي العيوب المتنوعة التي تشوب إجراءات القضاء الداخلي، وذلك أن حل المنازعات البترولية والمتعلقة بعقود الشراكة للمحروقات يستوجب المرونة والشهر⁽³⁷⁾.

وبدافع المطابقة مع سيادة الدولة الوطنية، فإن المشرع وعلى ضوء المواد 14-54-71 من قانون البترول الصحراوي قد قرر منح الاختصاص المطلق لحل المنازعات البترولية والناشئة بين الدولة المانحة الامتياز وصاحب الامتياز والمتعلقة باستغلال المحروقات ونقلها والمتعلقة بتنفيذ اتفاقيات الامتياز لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والذي يفصل فيه ابتداءً ونهائياً، حيث نصت المادة 41 من الأمر رقم 58-1111 الصادر في 22 نوفمبر 1958م المعروف بالقانون البترولي الصحراوي على أنه: (تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمتنفع به إلى مجلس الدولة ابتداءً ونهائياً).

ولهذا كانت كل الخلافات التي وقعت بين شركات الامتياز والسلطة التي منحت الامتيازات يؤول حلها أولاً وأخيراً إلى مجلس الدولة الفرنسي، وتماشياً مع نفس الروح فقد رأى من اللازم إسناد تسوية الخلافات حول ما يتعلق بالاستثمار والنقل بواسطة الأنابيب وكذلك الضرائب والعوائد الخاصة بهذه النشاطات يسند حلها مباشرة إلى أعلى سلطة تشريعية في المواد الإدارية وهي مجلس الدولة الفرنسي.

وبسبب اللجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي فإن مشرع قانون البترول الصحراوي سار على مبدأ أساسي في التشريعات العصرية وهو المبدأ الذي يمنح على السلطة العمومية اللجوء إلى التحكيم الدولي.

وبالتالي كان هناك تصريح بالتحكيم ضمناً، ومن الأسباب التي تجعل التصريح بالتحكيم يعد ضمناً في إطار هذا القانون إلى أن القوانين المدنية والتعديلات التي تبعتها، والتي تفيد أنه يمنح على الدولة الوطنية والمؤسسة العمومية ولدواعي النظام العام التراضي أو إبرام الشرط التحكيمي أو اتفاقية التحكيم بهدف حل النزاع بين الطرفين وذلك بنية استبعاد اختصاص القضاء الداخلي للدولة المضيفة، وهو الشيء الذي كرسه القانون الفرنسي والذي يبرر هذا المنع بالحماية الخاصة التي تحتاجها الأشخاص الإدارية وبسبب طبيعة العقد في المواد الإدارية⁽³⁷⁾، وإن كان البعض يبرر ذلك المنع ويرجعه لأسباب أخرى مردها ضرورة احترام التوزيع القانوني للاختصاصات بين الهيئات القضائية والإدارية، والذي يمكن تعديله بمجرد إجراء تشريعي شكلي والبعض الآخر الذي رأى في اللجوء إلى اتفاق التحكيم ضرباً من التدخل القضائي وبذلك يعد مساساً بالنظام العام للهيئات القضائية الإدارية⁽³⁸⁾.

02- التحكيم في ظل اتفاقية أيفيان لـ 1962/03/29م:

خصصت اتفاقية أيفيان الباب الرابع من إعلان مبادئ التعاون من أجل استثمار ثروات باطن الأرض بالصحراء لتحديد الأسس القانونية لنظام التحكيم، حيث تقرر اللجوء إلى التحكيم بموجب التصريح البترولي الصادر في 19 مارس 1962م، وبموجبه تمت الاستعاضة بإجراء تحكيمي دولي عن الالتزام التحكيمي الذي تعهدت به الدولة الجزائرية في هذا الاتفاق، والذي ألغى اختصاص مجلس الدولة الفرنسي وأن اختار شكل الاتفاق الدولي لإدراج التحكيم من شأنه أن يحقق للشركات الأجنبية العاملة في قطاع المحروقات عدة منافع منها:

- توحيد النظام القانوني للمنازعات القائمة بين السلطات العمومية وأصحاب الامتيازات.

- إن هذا الأسلوب يسمح بوضع المسؤولية الدولية للجزائر في الاعتبار.

- إن التحكيم يتميز بمزايا كتسريع الإجراءات، والسرية في الأحكام ضماناً لاستقرار العلاقات العقدية، وهو الأمر الذي تتطلبه النشاطات البترولية بطبيعتها.

- إن اللجوء إلى التحكيم أمراً اضطرارياً وضرورياً أمام غياب قضاء داخلي من شأنه منح الضمانة والحماية الفعالة للمستثمرين الأجانب، فضلاً عن استقلالية الجهاز القضائي تجده الدولة، بالنظر إلى مفهوم العدالة بالنسبة للقضاة

يعكس بالضرورة المصالح العليا لدولة، ويعتبر التحكيم ضمناً رغم الاعتراف به في اتفاقيات ايفيان بسبب أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد حظر عقد اتفاق التحكيم على كل من المؤسسات الصناعية والتجارية إلا استثناءً، وذلك في حالة العقود الدولية المبرمة لتلبية الاحتياجات ووفقاً للشروط المطابقة لاستعمالات التجارة الدولية دون أن ينطبق هذا الاستثناء على النشاطات البترولية، وبالرغم من التأكيد على الحظر التشريعي للدولة في إبرام الاتفاق التحكيمي مع ضمان اختصاص مجلس الدولة حسب الأمر 58-1111 إن اتفاقية ايفيان لم تخضع للمصادقة التشريعية كما هو مطلوب في القواعد التأسيسية للمعاهدات الدولية كما لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية بموجب مرسوم يتضمن الصيغة التنفيذية التي تضمن إدراج الاتفاق ونفاذه في النظام القانوني الفرنسي، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد بأن اتفاقية ايفيان لم تتم المصادقة عليها من قبل السلطات المنصوص عليها في دستور 1963م، وكما أنها لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، وفي الحين هذه الاتفاقيات المبرمة التي تسمح للدولة الجزائرية باللجوء إلى التحكيم تناقض حظر إبرام اتفاق التحكيم الذي تكرسه في قانون الإجراءات المدنية .

وعموماً وبمناسبة انعقاد التحكيم، فقد نصت اتفاقية ايفيان على أن جميع المنازعات التي يكون أحد أطرافها سلطة وبمناسبة أحد الحقوق التالية⁽³⁹⁾:

- الحقوق الخاصة بعقود التعدين والنقل التي منحها فرنسا طبقاً لقانون البترول الصحراوي .

- نقل البترول وإنتاجه وتأمين نقله وضمن تصديره .

- حرية التصرف في الإنتاج مع مراعاة سد حاجات الاستهلاك المحلي بالجزائر .

- أسعار تبادل العملات وتقييمها وفقاً لنظام النقد الدولي .

- امتناع الجزائر عن القيام بأي أعمال من شأنها زيادة التكاليف أو وضع العقبات أمام ممارسة هذه الحقوق .

- تمنح الجزائر خلال ستة أعوام حق الأفضلية للشركات الفرنسية في منح تراخيص التنقيب والاستغلال إذا تساوت العروض .

تخضع المنازعات المتعلقة بهذه الحقوق والتي تنشأ بين الجزائر وفرنسا أن مؤسساتها الاقتصادية إلى هيئة تحكيم دولية.

03- اتفاقية التحكيم البترولي لـ 1963/06/26 م :

انطلاقاً من المرسوم رقم 63-364 الذي نص على أن اللجوء إلى المحكمة الدولية يقضي أي طعن آخر فإن ذلك يفضي إلى نتيجتين أساسيتين هما :

- الأولى وهي تنازل الدولة الجزائرية عن امتياز الحصانة القضائية والاختصاص الإقليمي لمحاكمها .

- الثانية وهي تنازل الدولة الفرنسية عن ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح الشركات البترولية التابعة لها . وفعلاً فإن التنازل يتقرر من منطلق السيادة الإقليمية للدولة التي تملك حقاً مطلقاً في القضاء يمكنها من إخضاع كافة الشركات الأجنبية العاملة على إقليمها لمحاكمها، وقد سمحت المادة 5 من اتفاق 1963م للحكومتين بإدراج التحكيم

الاتفاقي في النزاعات المبينة في المادة 2 من الاتفاق، غير أن التنازلات المتفق عليها ليست متبادلة ذلك ما نصت عليه المادة 2 / الفقرة الثانية من الاتفاق على أن إجراءات الدعوى توجه ضد الدولة الجزائرية، وذلك يعني أن الدولة الفرنسية لا يمكن مقاضاتها أمام الهيئة التحكيمية بل تقاضى شركاتها النفطية .

والغرض من إدراج التحكيم بهذه الحالة يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الحقوق المتصلة بالرخص المنجمية والنقل، وهذا الاتفاق يسمح بضمان استقرار التنظيم الذي كان معمولا به في المجالين المنجمي والضرربي على اتفاقية الامتياز منذ لحظة إبرامها حماية للعقد من تدخل سلطات الدولة للقيام بأي تغيير، فضلا عن تجميد العمل بكافة التشريعات البترولية التي فرضها قانون البترول الصحراوي في المواد المتعلقة الغرامات على الشركات الأجنبية .

04-الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لـ 1965/07/29 م :

أن ما يميز اتفاقية 1965م بالدرجة الأولى هو إدراجها لتقنيات جديدة لحل النزاعات الخاصة بالحقوق كآسلوب التوفيق، كما يسمح بالطعن وفقا للطرق الدولية لحل النزاعات، حيث تختص بنظر النزاعات ذات الطبيعة التقنية الناجمة عن عقود بيع الغاز والمبرمة بين الجزائر وأصحاب الامتياز، فهي تخضع لتحكيم اللجنة الدولية للخبرة، وهي عبارة عن لجنة دائمة حكومية مكونة من ثلاثة خبراء معينين، أحدهم من قبل الجهات الحكومية الجزائرية والآخر من قبل نظيراتها الفرنسية، أما الرئيس فهو معين من قبل الطرفين، وإلا من قبل رئيس محكمة العدل الدولية . وكما تنص الاتفاقية على الطعون أخرى ذات طابع دولي لحل النزاعات القائمة بين الحكومتين، ويتعلق الأمر باللجنة المشتركة المكلفة بحل النزاعات المتعلقة بتنفيذ الاتفاق، وهي مؤلفة ومشكلة من ممثلي الحكومتين .

ويخول الاتفاق في حالة حصول نزاع بين الحكومتين حول تفسير وتطبيق الاتفاقية أو ملاحقتها وذلك عند فشل أسلوب المفاوضات في حله⁽⁴⁰⁾، فيكون للفريق الأكثر اهتماما اقتراح إجراء تسوية النزاع بطريق التوفيق أو التحكيم أو رفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية، ويمكن للمفاوضات أن تشكل في حالة الفشل وسيلة فعالة للتحديد الدقيق للنزاع، وبذلك تسهل الحل اللاحق له عن طريق إتمام إجراءات التوفيق أو التحكيم أو إخطار محكمة العدل الدولية.

وبصفة عامة، وما يمكن قوله بأن التحكيم المعترف به ضمنا لم يثبت الانتفاع به سوى الشركات البترولية الفرنسية دون غيرها من الشركات البترولية الأخرى، مما يوحي بأن الاعتراف به لم يتقرر كمبدأ لحل النزاعات المتعلقة بالحقوق، بل تقرر لصالح الشركات الاستعمارية التي كانت تلجأ إليه لمهاجمة كل قرار إداري صادر عن الدولة الجزائرية .

ثانيا : مرحلة التصريح والتكريس الفعلي للتحكيم التجاري :

تجسدت هذه المرحلة من خلال الاعتراف الفعلي بالتحكيم الدولي وذلك من خلال نصوص قانونية هامة والمتمثلة فيما يلي :

01-النصوص الاتفاقية الخاصة بالحقوق :

من خلال التغييرات التي فرضها إنشاء النظام الدولي الجديد كان من شأنها القضاء على أية مقاومة تبديها البلدان النامية إزاء التحكيم الدولي، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل تبين أهميته في العالم المعاصر، وعلى غرار تبين لهذه الدول أن سيادة الدولة لا يمكن أن تقف عائقا أمام التحكيم، سيما تكريس سيادة الدولة على

ثرواتها الطبيعية، وقد كرس اتفاقية الامتياز البترولية التي أبرمتها الحكومة الجزائرية عقب الاستقلال صراحة بنوداً أو شروطاً خاصة وأدرجتها ضمن تلك الأطر الاتفاقية كأسلوب لحل منازعات المحروقات .

وهو ما جسده الاتفاق المبرم بين شركة جي تي بترول يوم كومباني والشركة الوطنية سوناپراك، والذي ينص في مادته 58 على ما يلي : وفي حالة فشل المصالحة، يمكن لكل الطرفين أن يلتجأ إلى التحكيم .

02- التحكيم في الاتفاقيات الثنائية المبرمة :

قد تلجأ بعض الدول وهي بصدد إبرام اتفاقيات ثنائية قصد حماية الاستثمار وتشجيعه ، الإشارة إلى اتفاق اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب أي نزاع يتعلق بالمحروقات ، وبالموازاة مع ذلك فإن جل اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها الدولة في قطاع المحروقات قد تبنت أسلوب التحكيم الدولي على غرار ما نصت المادة من الاتفاق المتعلق بتشجيع الاستثمار المبرم بين الجزائر وأمريكا⁽⁴¹⁾ : يجل أي خلاف بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية بصدد تفسير هذه الاتفاقية ، أو متعلق حسب رأي إحدى الحكومتين بمسألة تخص القانون الدولي العام ، أو ناجم عن أي مشروع أو نشاط أصدرت له تغطية ، تحل إلى الحد الممكن عن طريق المفاوضات ، وإذا لم تتوصل الحكومتان إلى حل اتفاقي للخلاف ، فإن الخلاف يرجع بمبادرة من الحكومتين إلى هيئة تحكيم لعله .

وكما نصت على ذلك المادة 8 في فقرتها الثانية من الاتفاق المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات والمبرمة بين الجزائر وفرنسا⁽⁴²⁾ ما يلي : إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ، فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات المنشأ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات للدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة بواشنطن في 18/03/1965 م .

03- قانون المحروقات 05-07 المعدل والمتمم بالأمر 06-10 :

كرست المادة 58 من قانون المحروقات الجديد صراحة التحكيم الدولي بنصها : يسري كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات النفط والمتعاقد ، ينجم عن تفسير وتنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه ، عن طريق المصالحة المسبقة وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد . وفي حالة عدم التوصل إلى حل ، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب المتفق عليها في العقد .

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد كرس صراحة اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة فشل المصالحة المسبقة باعتبارها أسلوب لحل المنازعات الخاصة بالمحروقات ، وكون المشرع جعلها كمبدأ قبل اللجوء إلى التحكيم الذي جعله كاستثناء من المبدأ ، وكما أحال هذا النص في سبيل اللجوء إليه في عقد الشراكة ، حيث أن هذه الشروط اللازمة لإتباع هذا الأسلوب لا يمكن أن تدرج إلا في شكل اشتراط تعاقدية خاص .

ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة 17 من الأمر رقم 01-03 والمتعلق بتطوير الاستثمار ، نجد أن المشرع من خلال هذه المادة قد كرس صراحة اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة بهدف حل النزاعات الناجمة بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ، ومن ثم جعل هذا كمبدأ وفي حالة عدم التوصل إلى حل لا بد من اللجوء إلى المصالحة والتحكيم كاستثناء عن المبدأ ، وذلك خلافاً لما نص عليه قانون المحروقات الجديد رقم 05-07 في مادته 58 .

وفي الأخير يمكن الإشارة إلى أن الأصل أن يختص القضاء الوطني في الدولة بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي لا سيما ما يتعلق بالمنازعات البترولية التي تعتبر ذات خصوصية متميزة ، غير أن اللجوء إلى التحكيم لا يعتبر انتقاصا من سيادة الدولة ، لأن التحكيم لا يتناقض وسيادة الدولة ، حيث تحكمه إرادة الدول وحدها ، حتى وإن تطلب ذلك النزول عن جزء من السيادة بمفهومها التقليدي ، غير أنها إذا أجبرت على اللجوء إلى التحكيم الدولي فينبغي أن يتم هذا اللجوء بمنتهى الحيطه والحذر وذلك لقيامها بما يلي :

01- يتعين على الدولة الجزائرية أن تبذل عناية فائقة في صياغة شرط التحكيم وفي اختيار هيئة التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق لأنها أمام منازعات ذات خصوصية شديدة وحساسية تتعلق بأهم قطاعات اقتصادها ذو إستراتيجية ومصيري التي تتعلق بمستقبل الشعوب وتنميتها . خاصة عندما يصادم التحكيم التجاري بتنازع القوانين الذي يشكل عائقا أمام تطبيقه ، ويرجع ذلك إلى سببين مهمين وهما :

أ- قد يؤدي سوء تطبيق التحكيم في أغلب الحالات إلى المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها لذا يتعين على الدولة إذا ما أرادت تطبيق التحكيم على منازعاتها البترولية أن تسعى لتنظيم موضوع التحكيم ضمن نصوص تشريعية وقوانين وضعية حتى يتسنى لها سهولة تطبيق التحكيم عليها ، بحيث يتسع نظامها التشريعي ليشمل القوانين التي يتفق الأطراف ضمن إرادتهم الحرة على تطبيقها على اتفاق التحكيم في الحالات التي يغفل الأطراف على تطبيق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم .

ب- التنازع في القوانين الذي ستنطبق على اتفاق التحكيم ابتداء من النص على هذا الاتفاق وانتهاء بالقرار التحكيمي ، ففي حال النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع ، تبقى النتائج في إطار توقعات الأطراف ، في حين إذا تم تطبيق قانون آخر على العلاقة بسبب عدم اتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقاتهم التعاقدية ثور هنا مشكلة الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لانطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقاتهم التعاقدية .

03- على الدولة الجزائرية أن تعمل آلية للخروج من جمود النصوص التشريعية والانسجام بشكل أكبر مع ما هو مستجد على الصعيد الدولي ، بحيث تتاح الفرصة لنصوص المعاهدات للانطباق على العلاقات التجارية الدولية ، من خلال النص في هذه التشريعات مع ضرورة الاستعانة بهذه المعاهدات واللجوء إليها لحل المنازعات التجارية الدولية وخاصة تلك المتعلقة بالبترول الذي يعتبر شريان التنمية الاقتصادية المعاصرة في الوقت الراهن .

04- ضرورة عمل أبحاث ودراسات مقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية ، ومعرفة إيجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملائمتها لحل النزاعات التجارية عن طريق التحكيم .

05- على الدولة الجزائرية ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة والرائدة في هذا المجال للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم .

06- العمل على أن يتكامل قضاء الدولة مع الدولي بالمساعدة في إجراءات التحكيم ، وبضمنان تنفيذ أحكام التحكيم تنفيذا جبريا ، ولا ينظر على أن التحكيم هو عدو للاختصاص الوطني القضائي بل هما وجهان لعملة واحدة يكمل بعضها البعض الآخر .

07- على المشرع الجزائري إعادة النظر في بعض الصياغات القانونية لمواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حتى يتسنى تمييز ما يثار بشأنها من خلافات ، خاصة فيما يتعلق بالتمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .

08- على الدولة حين لجوئها إلى التحكيم الدولي أن تكرر البعد البيئي من خلال حماية قوانينها الوطنية المتعلقة بالبيئة ، خاصة وأن إحالة المنازعات إلى هيئات تحكيمية دولية تشكل وفقا لاتفاقيات استثمارية تتجاوز البعد البيئي

للدولة المتنازع معها ، لذلك نشدد على عدم تخلي الدولة المضيفة للاستثمار من خلال شرط التحكيم عن حقها في الرقابة على الجانب البيئي فيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية حتى لا تكون مكانا لطمر النفايات الضارة بالبيئة تحت مظلة الاستثمار سيما ما يتعلق بالبترو .

قائمة الهوامش و المراجع والمصادر :

- (1): أنظر د،ابراهيم شحاتة ،الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها ،مقال منشور بمجلة السياسة الدولية ،العدد401أفريل 1975 ، ص 146.
- (2): أنظر هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ،المرجع السابق ،ص 24.
- (3): راجع في ذلك ،د ، جلاء وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، بدون تاريخ النشر ، ص 07 وما بعدها .وأيضاً د، صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات 345.الجامعة الإسكندرية ،2005، ص
- (4): د، محمود دريد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية لبنان ، الطبعة الأولى 2006،ص341.
- (5): أنظر د، بسيم عصام الدين ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو ،دار النهضة العربية القاهرة ، 1972م ، ص 163.
- (6): أنظر د، أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي 1981 ، ص 11
- (7): أنظر د، محمود دريد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ،المرجع السابق ، ص 342.
- (8): نفس المرجع السابق ، ص 344.
- (9): أنظر الغنيمي ، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول ، ص 53.
- (10): أنظر،د أحمد أبو الوفاء عقد التحكيم وإجراءاته ، منشأة المعارف الإسكندرية ، الطبعة الثانية 1974،ص 23.
- (11): أنظر الغنيمي ، المرجع السابق ،ص 53-54.
- (12): أنظر د، خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري ،دار الشروق القاهرة ، بدون تاريخ النشر، ص 274.
- (13): أنظر عثمان حسين ، قانون التحكيم الجديد ، مجلة المحاماة ، السنة الرابعة ،والسبعون ، عدد يناير أفريل 1995 ، ص 221 وما بعدها .
- (14): أنظر د، خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري ،دار الشروق القاهرة ، المرجع السابق ، ص 245.
- (15): نفس المرجع السابق ، ص 246.

(16): أنظر د ، ابراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1996 ، ص 129 وما بعدها .

(17): أنظر د، عبد الواحد الفار ، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر ، عالم الكتب ، القاهرة ، بدون تاريخ النشر ، ص 189.

(18): أنظر د، صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 445.

(19): أنظر د، بسيم عصام الدين ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، المرجع السابق ، ص 163.

(20): أنظر د، حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى 2004 ، ص 12.

21: **E. Gaillard** : Les Manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international Rev . arb 1990. P 759.

²2 - **J.L Delvolvé** . Vraies et fausses confidences ou les petits et les grandes secrets de l'arbitrage. Rev .arb. 1996 p 373 no 12 et 17.

³3 - **L.Burger** :<< La Confidentialité dans l'arbitrage a propose de l'affaire Ali shipping>>. Note sous court of appela d'Angleterre. Civil division . 19 déc.1997 . rev.arb 1998 579.sép.p595.

(24): أنظر د، بسيم عصام الدين ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، المرجع السابق ص 165.

25-Le Tribunal exprime sa reconnaissance aux conseils des parties pour leur compétence , professionnalisme, courtoisie et bonne honneur manifestes pendant le déroulement de l'arbitrage , sons une telle coopération. Et approche constructive notre aurait été beaucoup plus difficile .>sent.arb.CCGno 8694.1994JDG(j) 1997.p1506..

(26): أنظر د، عبد الحسين القطيفي ، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية ، مجلة العلوم القانونية ، كلية الحقوق بغداد العدد ، 63-64 1969 ، ص 163.

(27): أنظر الغنيمي ، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول ، المرجع السابق ص55.

(28): نفس المرجع السابق، ص 60.

(29): أنظر د أحمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية ، القاهرة 1985، ص 479.

(30): نفس المرجع السابق، ص 480.

(31): أنظر د، ابراهيم شحاتة ،الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها ، المرجع السابق ، ص 84 وما بعدها .

(32): أنظر د أحمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية ، المرجع السابق ، ص 486.

(33): نفس المرجع السابق، ص 487.

(34):

(35)- Bouzana belkacem le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères .éditions publisud. Paris . 1985.page 47.

(36) - Rivero jean ; personnes morales de droit public et arbitrage ;révue arbitrage ;1973 ;page263.

Vedel ;le problème de l' arbitrage entre gouvernements ou ; personnes de (37) personnes de droit privé ;révue arbitrage ;1961 ;page – droit public et 118.

(39): أنظر، يسرى محمد أبو العلا ، نظرية البترول بين التشريع والتطبيق ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية 2008 ص 640-641.

(40): أنظر طالبي حسن ، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، عدد01 ، سنة 2007، ص 120-121.

(41) : مرسوم رئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 17/10/1990 ، يتضمن المصادقة على الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات ، الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو 1990 بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية ، جريدة رسمية عدد 45، سنة 1990.

(42): مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02/01/1994 ، يتضمن المصادقة على الاتفاق الرامي بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعاقبة بهما ، الموقعين بمدينة الجزائر في 13/02/1993 ، جريدة رسمية عدد 01، سنة 1994.

الحكام المالية المحلية



من إعداد الباحث : محمد بكشوا

طالب دكتوراه بكلية الحقوق وجدة

إن القرن الواحد والعشرون سيصبح ربما قرن المدن والتراب المحلي والأقاليم كما كان القرن العشرون قرن المقاولات والدول، لكون الجماعات المحلية في الآونة الأخيرة أصبحت إحدى المحددات الرئيسية للتدخلات العمومية في مختلف مظاهر الحياة العامة للدولة، ونلاحظ ذلك من خلال معاينة الواقع حيث ان العديد من الدول ومنها المغرب تعرف تنمية اقتصادية تدعمها دينامية ترابية محلية وجهات تشكل أقطابا للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية
1...

ولم تأت هذه الأهمية بمحض الصدفة ولا من فراغ، بل كانت نتيجة طبيعية لتطورات وطنية ودولية أملتها ظروف ومعطيات معينة أفرزت لنا وحدات ترابية مبادرة، نشيطة، فعالة وساهرة على تدبير الشأن العام المحلي ومساهمة في القضايا الكبرى للبلاد.

ومن جملة تلك الظروف المتحكمة في تنامي دور الجماعات المحلية، ما يتعلق بالعوامل الدولية والمتجلية أساسا في انتشار الفكر الديمقراطي والمشاركة السياسية ودعائم دولة الحق والقانون التي تدعو إلى إشراك الساكنة المحلية في جميع المبادرات التي تهتم الشأن العام المحلي حتى تكون أكثر إسهاما في التعاطي مع الرهانات المطروحة عليها. كذلك التوصيات الصادرة عن الهيئات المالية الدولية كالبنك العالمي وصندوق النقد الدولي التي حثت الدولة على إشراك فاعلين اقتصاديين آخرين لحل إشكالية التنمية، والبحث عن أدوار جديدة للجماعات المحلية وتقوية مساهمتها عن طريق نهج أسلوب الحكامة المحلية لتدبير الشأن العام المحلي. هذا الأسلوب الذي أثار جدلا فقها كبيرا، حيث اعتبر عند البعض بأنه منظومة أو شكل أو إطار للحكم المحلي يعمل على تعزيز وتوسيع قدرات المجتمعات المحلية والتنوع في خياراتها وحريراتها الاقتصادية والاجتماعية، واعتبره البعض الآخر بأنه الوضع الذي يعطي فيه حق المشاركة في اتخاذ القرار للمستويات الإدارية المحلية، دون أن يلغي ذلك حق الإدارة المركزية في اتخاذ القرار، أما الاتجاه الثالث فيعتبر مختلف الإمكانيات والآليات التي من خلالها يمكن للمنتخبين المحليين ترشيد وعقلنة تدبيرهم للشأن العام المحلي وكذا

¹ - محمد اليعقوبي : " تأملات حول الديمقراطية المحلية بالمغرب" الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط - 2008 ص 28.

مأسسة الفعل والقرار الإداريين وتدبير الموارد البشرية والمالية بشكل خاص. هذا التعدد المفاهيمي للحكامة المحلية، لا يتعارض مع المفهوم المرجعي الذي يمكن إعطاؤه للحكامة في مستواها المحلي، ذلك أن هذه الأخيرة تبقى في كل الأحوال مقاربة للحكم والتدبير يقوم على تفاعل أكثر من طرف في صنع القرار المحلي، اعتدادا بمؤشرات ومعايير الحكامة والحكامة الجيدة، وبما يسمح ويساعد على تحقيق الشروط المتطلبة للتنمية المحلية.¹

ومن جهة أخرى تتعدد تطبيقات الحكامة المحلية بتعدد القطاعات المعنية بإشكالية الإصلاح و التقويم، ومن أبرزها تطبيق الحكامة في قطاع المالية المحلية باعتباره الرهان الأهم وأحد المحاور ذات الأولوية في تدبير الشأن العام المحلي، خاصة في ظل ما تتضمنه من تدبير سليم للمالية المحلية و للموارد المتاحة وفق أهداف وخطط محددة، وتتمين بالغ للموارد البشرية للجماعات المحلية. وبالفعل فقد تجسدت، ومن خلال مجموعة من المبادرات الوطنية، إرادة السلطات العمومية في تعزيز الحكامة المالية المحلية للكيانات اللامركزية بغرض تأهيلها في اتجاه تقديم خدمات تتميز بالجودة لفائدة المواطن، وتحفيز انحراطها على نحو أكثر فاعلية في التنمية المحلية، ولعل خطاب العرش 2009/07/30 خير دليل على ذلك، بحيث أشار فيه صاحب الجلالة الملك محمد السادس إلى مفهوم الجهوية الموسعة الذي يتطلب التخطيط للتنمية، وتعبئة وسائل التمويل وآلية التنظيم والإشراف، وتعزيز التحكم في الأشغال، وإضفاء مزيد من المهنية على الخدمات العمومية المحلية وأيضا الإطار القانوني وحيية المؤسسات المحلية، وفي المحصلة عصرنة تدبير الموارد البشرية.

ويتجسد دعم الحكامة المالية المحلية أيضا من خلال فتح الوزارة عددا من الأوراش تهم تعبئة الموارد الممكنة وتدبير الممتلكات التي توفر مداخيل للجماعات، وتحسين قواعد الإطار المحاسباتي المحلي والنظام الجبائي وذلك بسن قانون 06-47 الذي عزز صلاحيات المجالس المنتخبة في مجال تثبيت معدلات الضرائب و المراجعة والمراقبة، وهو ما يعني إمكانية الجماعات المحلية تغيير قرارها النهائي حسب استراتيجيات التنمية والحاجيات المحددة، وقد تضمن نص القانون هذا 12 رسما ضريبيا لفائدة الجماعات المحلية: الضريبة المهنية، ضريبة السكن، الضريبة على الخدمات الاجتماعية، الضريبة على الأراضي الحضرية غير المبنية...، إضافة إلى عقلنة طرق إعداد الميزانيات المحلية وترشيد طرق صرف النفقات خدمة للتنمية المحلية. وكذا تبني منظومة التدبير الاستراتيجي من خلال الوثيقة التي أصدرتها وزارة الداخلية سنة 2009 والتي وضعت رؤية استراتيجية للجماعة في أفق 2015، تنبني أساسا على تعبئة الموارد المالية وتحديد علمي للوسائل وأساليب العمل الأهداف، وذلك بهدف الوصول إلى الأداء الجيد والخفض من التكاليف المادية والبشرية²، كما أن الطريقة التي فصل بها المشرع اختصاصات الجماعات المحلية في الميثاق الجماعي الجديد تبين دعوة المشرع الجماعة لان تكون مقابلة بالمعنى الاقتصادي للكلمة، وذلك من خلال إدخال تقنيات تنظيمية وتسييرية مشابهة لتلك التي تستعملها المقاولات الخاصة³. كما أن مشروع قانون رقم 08-17 الصادر لتعديل الميثاق الجماعي 78-00 يعد خطوة أساسية لإصلاح شامل للشأن المحلي، لكونه يضع إطارا قانونيا، ويفتح المجال لعدة إصلاحات أخرى، سواء في ميدان الجبايات أو المالية المحلية أو الممتلكات وتدبير العقارات، أو في ميدان تدعيم الإدارة المحلية هذا بالإضافة إلى إحداث أنظمة للإعلام على المستوى المحلي من أجل متابعة وتقييم البرامج

¹ - سعيد جفري " الحكامة واخواتها (مقاربة في المفهوم ورهان الطموح المغربي)" الطبعة الأولى 2010 الشركة المغربية لتوزيع الكتاب

وبمعنى أكثر وضوحا، فقد جاءت هذه البرامج لتعزيز مسلسل الديمقراطية المحلية الذي منحط فيه المغرب وتبناه المواطنون بشكل كلي، بدءا من المواطن العادي إلى صاحب القرار السياسي على المستوى المحلي.

إلا أن الارتقاء بالجماعات المحلية إلى هذه المستويات يظل غير ممكن دون تمتيع هذه الوحدات بالوسائل الضرورية لاسيما تلك المرتبطة بالجانب المالي الذي يشكل اللازمة الأساسية والحك الواقعي والعملي لاختبار قدرة وفعالية اللامركزية في مفهومها العام. خاصة وأن الواقع العملي يبين وجود معوقات موضوعية تواجه المجالس المحلية المنتخبة مردها النقص في الموارد المالية والبشرية وتوسيع دائرة الوصاية الإدارية والمالية المسبقة واللاحقة، مما أفرغ مفهوم اللامركزية من محتواه الحقيقي والمتمثل في الاستقلال المالي عن الهيآت المركزية.

وهذا الواقع أصبح يفرض عقلنة التدبير المالي المحلي من خلال عقلنة الاختيارات المالية وترشيد التكاليف والرفع من الإنتاجية ومعرفة طرق وتقنيات التدبير والتوجيه المحكم للمشاريع والتخفيض من حجم النفقات والرفع من المداخيل وتحسين مردودية العنصر البشري والملك العمومي، واسترجاع تكاليف الاستثمار وتحسين منتوج الأملاك والخدمات. وهذا لن يتأتى إلا بتفعيل دعومات ومقومات الحكامة المالية المحلية، باعتبارها رهان لا مناص منه من أجل تحقيق التنمية المحلية.

وانطلاقا مما سبق يتضح لنا أن الإشكالية المحورية لهذا الموضوع تتمحور حول: واقع التدبير المالي المحلي على ضوء مقومات الحكامة المالية المحلية؟

هذه الإشكالية الرئيسة تتفرع عنها عدة أسئلة فرعية: ما هي مقومات الحكامة المالية المحلية؟ وإلى أي حد استطاعت هذه المبادئ و المقومات تحقيق تدبير مالي محلي محكم وفعال؟ و ماهي معوقاتها؟

هذه الأسئلة إضافة إلى أخرى سنحاول الإجابة عليها من خلال التطرق لمقومات الحكامة المالية المحلية (المبحث الأول)، تم واقع الحكامة المالية المحلية (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مقومات الحكامة المالية المحلية:

تستند مقومات الحكامة المالية المحلية على مجموعة من المؤشرات التي تحدد مدى وجودها على أرض الواقع، وسنركز في هذا المبحث على المؤشرات ويتعلق الأمر الشفافية والشراكة (مطلب أول) و أجهزة الرقابة والمحاسبة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الشفافية والشراكة:

يقصد بالشفافية في المجال المالي وضوح المعاملات المالية وسلامة أهدافها وطرق إنجازها بمعنى إجراء التصرف المالي بكيفية واضحة المعالم تسمح بمعرفة جميع تفاصيلها والتأمل فيها، شفافية التدبير المالي تنطوي على تفادي العمليات الضبابية، بمعنى إخراج العمليات المالية من الدائرة السوداء إلى دائرة النور.

إن مؤشر الشفافية يساهم في التحكم في العمليات المالية بكيفية تراعي مردودية الميزانية الحلية وفعاليتها بالإضافة إلى مراعاة الجودة والتكلفة، حيث تكون الإدارة المحلية عندما يطبع تدبيرها المالي الشفافية على بينة بأن جميع أخطائها وتصرفاتها غير مجدية ستكتشف بسهولة، وتبعاً لذلك فهي تسعى لتجنب كل ما يعرض تدبيرها للانتقاد والمساءلة وفي ذلك وقاية مفيدة للمال المحلي من التبذير والسوء.

فإذا كان هذا هو واقع مؤشر الشفافية في المغرب، ونحن نعتبره هو المهدد للحكامة بالنسبة لباقي المؤشرات، لكون الكشف عن الوثائق المعلومات إجراء من شأنه منطقياً توفير الفرصة للعديد من المتدخلين والفاعلين للتدخل في المجال المالي كل حسب القدر المسموح به فما هو وضع مؤشر المشاركة.

تتجلى المشاركة كمؤشر من مؤشرات الحكامة المالية في كونها تتجلى في درجة إشراك المواطنين والموظفين والنيابات بشكل فعال في مراقبة الميزانية المحلية.

كما يعني مبدأ المشاركة مشاركة جميع الفاعلين في صياغة القرار المالي وتقوية النقاش العمومي من خلال إرساء تقاليد قوية للتناظر العلمي بين مختلف هؤلاء الفاعلين، للحكامة تساءل الديمقراطية القائمة في بعدها التمثيلي وكذلك في بعدها التشاركي.

إذ لا يمكن أن نتحدث عن الحكامة دون تكريس لمفهوم المشاركة ولذلك اعتبرناه ثاني مؤشرات الحكامة التي تستدعي التنسيق بين الفاعلين المتعددين وإعادة النظر في مجموع أنماط إدارة الشؤون الجماعية والتعاون والتوافق بين المصالح المختلفة والمتعارضة.

وترتكز الشراكة في مجال الحكامة وإشراك الفاعلين المهتمين بمجال المالية المحلية وكذلك الترابط بين السلطات المعنية بالعمل الجماعي الذي يفرض العمل على إعادة النظر في طرق تدبير الشأن المالي عن طريق تفاعل وتداول المشاركة والتنسيق من أجل العمل على إيجاد حلول للمشاكل وتحقيق الأهداف المشتركة. ويمكننا تحديد أهم آليات التدبير لتحقيق الشفافية كما يلي

الفقرة 1: آليات التدبير المرتكز على النتائج:

باعتبار الميزانية المحلية تشكل في مضمونها، اختيارات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وتوجهات معنية تخدم مصالح عموم السكان، لهذا أصبح من الضروري عقلنة تدبيرها من أجل تحسين مستوى عيش الساكنة المحلية، وذلك بالاعتماد على تدابير تقوم على النتائج والفعالية، أهمها اعتماد:

مقاربة النوع الاجتماعي و المشاركة: تتجلى مقاربة النوع الاجتماعي في تكافؤ الفرص والقدرات بين الرجال والنساء، فمقاربة النوع الاجتماعي للميزانية تنطوي على تحليل الميزانية حسب الإعتمادات المخصصة لتحسين الظروف لكل من المرأة والرجل. وهي بذلك تروم تحليل مدى تأثير المداخل والنفقات على التنمية الاجتماعية ومحاربة الفقر وتحقيق المساواة. فضلاً على الحفاظ على التوازن الماكرو اقتصادي¹ وتدعو هذه المقاربة إلى تعزيز ولوج النساء في الأنشطة المدرة للدخل والمشاريع الصغرى².

أما مبدأ المشاركة فيقوم على إشراك باقي الفاعلين في التدبير المحلي عموماً، و التدبير المالي خصوصاً. و يتعلق الأمر بالقطاع الخاص، منظمات المجتمع المدني، أجهزة الإعلام، و المواطنين.

1 مصطفى بلكوري: "التدبير المحلي في ظل الإصلاح و الحكامة الجيدة: الجماعة الحضرية تمارة كنموذج" بحث لنيل دبلوم الماستر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال-الرباط السنة الجامعية 2007-2008، ص 97.

² (الحكامة الجيدة للجماعات المحلية، مدخل لتنمية تراتبية متجانسة) www.map.ma

ومما لاشك فيه، إن عملية المشاركة هاته توفر مراقبين خارجيين، لهم خبرة في عمليات التقييم و الرقابة. و بذلك يضمن المواطنون الحصول على معلومات موضوعية و نزيهة من جهة، و غير متحيزة من جهة أخرى. ولعل نجاح التجربة الأوروبية في المجال المالي يكمن في وضع الآليات الحديثة للشفافية، و الاعتماد على ميزانية مفتوحة تستهدف إشراك الرأي العام و المجتمع المدني، و الصحافة في إغناء العمل المالي.

شمولية الإعتمادات: إن مفهوم شمولية الإعتمادات يركز على منظور جديد لإعداد و تنفيذ الميزانية، يمكن من تعزيز الشفافية¹. فشمولية الإعتمادات تهدف إلى الرفع من مجال تدخل المديرين من خلال تبسيط الإجراءات، و تحميل المسؤولية للمديرين حول أهداف محددة مسبقا و مقاسة بمؤشرات المر دودية. فالشمولية تعني إذن إعادة تهيئة و نائق الميزانية حول برامج متناقسة، و إعداد مؤشرات عديدة، من خلال إيجاد روابط منطقية بين الأهداف و الإعتمادات المخصصة، و النتائج المتوخى تحقيقها، مع إعداد تقارير تقييمية لقياس المر دودية و الكفاءة بهدف تحسين الحكامة المالية².

الفقرة 2 : استعمال تقنيات التحليل المالي :

يشكل التحليل المالي أداة فعالة و عقلانية للتدبير المالي المحلي، لأنه يساعد على تشكيل حكم على السياسة المتبعة من طرف الجماعة، خلال فترة محددة. فهو يسعى إلى وضع إطار مالي و الذي من خلاله يمكن معرفة إمكانية الجماعة و نقاط ضعفها، و أخطاء التسيير التي اعتمدها. و بالتالي فالتحليل ضروري بالنسبة للمتعاملين مع الجماعة ، كالدولة و الناخبين و كذا المؤسسات التي تعطي قروضا للجماعات المحلية قصد معرفة الوضعية المالية للجماعات. و لتطبيق التحليل المالي يجب تحليل التراكمات المالية للماضي، التي تتيح تشخيص الوضعية المالية للجماعات، وهي موجهة لمعرفة الميولات الكبرى لتطور الوضعية المالية للجماعات، خلال السنوات السابقة، و معرفة أسبابها³.

الفقرة 3: اعتماد التخطيط الإستراتيجي التشاركي :

إن المخطط الجماعي للتنمية أداة أساسية للتدخل، يسمح للجماعات المحلية بوضع تسلسل لأولوياتها، في ارتباط مع الحاجات الإستراتيجية و الحيوية، و الوسائل الذاتية الضرورية، لتحقيق الأهداف المسطرة، داخل مدة محددة. على أن التخطيط كما يكون لمدة طويلة و هو ما يسمى بالتخطيط الإستراتيجي، الذي يتم فيه تجميع المعلومات و تحليلها، و تقويم العوامل التي لها علاقة بالأهداف، ثم استعراض الوسائل و وضع البدائل الإستراتيجية، و تحديد الخيارات التي تحقق الأهداف، يصاحبه تخطيط متوسط و قصير المدة، و هو التخطيط التأسيسي لدعم التخطيط الإستراتيجي و مستقبله.

ونظرا لأهمية التخطيط المحلي في إنعاش التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية للتراب المحلي، فإن المشرع و من خلال قانون 00-78 أعطى أهمية بالغة للمخطط الجماعي. و هذا يدل على أن الجماعات المحلية بمختلف مستوياتها الترابية مطالبة بإعداد مخططاتها التنموية و الاقتصادية و الاجتماعية⁴. و من هذا المنظر يندرج مخطط الجماعة في أفق

¹ محمد حنين، "المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية" دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة 2007، ص 20.

² مصطفى بلكوري ، مرجع سابق، ص 98-99.

³ Abdellah Mahjoubi « Gestion financière et comptable et bonne gouvernance : cas de la province de Ben Slimane » DESA, Faculté de Souissi, Rabat, Année 2007, P 163.

⁴ مصطفى بلكوري ، مرجع سابق، ص 100-101.

2015 بشكل جيد ضمن المقاربة الجديدة للسلطات العمومية الرامية إلى دفع الجماعات المحلية لنهج سياسة التخطيط، وتفعيل دور الإدارة المحلية، وتعبئة الموارد المالية للجماعة، وتنصيب عناصر بشرية مؤهلة، إضافة إلى تطوير برامج التكوين، فهذا المخطط يهدف إلى تعزيز ثقافة التخطيط وتقوية الجماعات لتمكينها من تفعيل مخططاتها ومشاريعها¹.

المطلب الثاني: الرقابة والمحاسبة:

تعد الحكامة المالية للجماعات المحلية ضرورة ملحة خصوصا في خضم ما تعاني منه هذه الجماعات المحلية من مشكل التمويل وهذا مرجعه إلى الاختلالات في الحكامة، وبالشفافية الحاسبائية وبمهنية المتدخلين وبغياب نظام فعال للتحسيس والتوعية.

ودعما لحكامة مالية محلية رشيدة كان لابد من تفعيل القضاء المالي عن طريق المجالس الجهوية للحسابات وآليات أخرى للرقابة.

الفقرة الأولى: المجالس الجهوية للحسابات:

تحتل المجالس الجهوية للحسابات مكانة دستورية مهمة، بحيث يخصص لها الدستور المغربي الفصل 98، " تتولى المجالس الجهوية للحسابات مراقبة حسابات الجماعات المحلية وهيئاتها وكيفية قيامها بتدبير شؤونها² وقد تطرقت مدونة المحاكم المالية لاختصاصات المجالس الجهوية للحسابات في البث في حسابات الجماعات المحلية وهيئاتها وممارسة التأديب في ميدان الميزانية والشؤون المالية لها، وصيانتها فيما يتعلق بالإجراءات المتعلقة بالميزانية ومراقبة التسيير وغيرها من الاختصاصات.

وتوكل هذه الرقابة إلى هذه المجالس طبقا للمادة 57 من القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية " تدخل المراقبة المالية للقانون 62.99 بمثابة مدونة المحاكم المالية " 3 وبالرغم من هذا التحديد الصريح لممارسة دور الرقابة، فالمجالس الجهوية للحسابات يمكنها أن تتدخل في التسيير والتقييم من خلال وضع بنيات للتدقيق الداخلي لمساعدة المجالس المحلية في توجيه أجهزتها.

وهذا ما يمكنه إعطاء رؤية تديرية للموارد المالية المحلية، بمعنى أن الجماعة تستفيد من توجيهات وآراء أشخاص متخصصين في الميدان المالي، وبالتالي تبني مجموعة من الوظائف أهمها الوظيفة الوقائية والوظيفة العلاجية في التعامل مع مواردها المالية خصوصا.

¹ - مخطط الجماعة في أفق (2013) www.rhamana.org

² - الفصل 98 من دستور المملكة المغربية 1996

³ - الظهير الشريف رقم 09.02 صادر في 22 صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات

وفي نفس السياق يتوخى من المجالس الجهوية للحسابات القيام بوظيفتها التوجيهية والتقويمية لقرارات المجالس المحلية لتفادي تداخل الاختصاصات الموكولة لكل جهاز وتفعيل آليات الحكامة المالية من خلال ترشيد الموارد وتبادلها مع جماعات أخرى والرفع من الموارد المحلية ¹.

الفقرة الثانية : مراقبة التسيير بالجماعات المحلية :

تعتبر مراقبة التسيير بالجماعات المحلية آلية حديثة للرقابة، تتوخى تقييم وتقويم مناهج التسيير داخل المؤسسات، عبر اقتراح لإجراءات التصحيحية على المسؤولين قصد تحقيق الأهداف المعلنة وهو ما يجعل منها مراقبة مندمجة ونظرا للمزايا الكثيرة التي تقدمها مراقبة التسيير للرفع من جودة الأداء، فقد كانت ضمن اهتمامات أشغال المناظرة الوطنية السابعة للجماعات المحلية ².

ويدخل كذلك في إطار هذه المراقبة التدقيق الداخلي المالي والحاسبي والتنظيمي للتحكم، وبذلك ستتمكن من التحكم في المخاطر، وضمان سلامة الأموال واحترام التعليمات... إلخ، وبالتالي القيام بالتسيير المحكم والممنهج.

فالإقبال على هذا النوع من الرقابة يسمح للجماعة بتسيير شؤونها الداخلية والوصول إلى تحقيق حكمة رشيدة في المجال المالي، رهين بتبني مزايا هذه الرقابة وإدخالها ضمن الثقافة العادية والضرورية للمسيرين حتى تصبح عملية دورية منظمة وهادفة، وإذا نجحت الجماعات المحلية في الأخذ بها سوف نكون بالفعل أمام جماعة محلية ذات تسيير مقاولاتي وذو تنافسية عالية تضع المصلحة العامة ومصصلحة المواطنين ضمن أولوياتها وأهدافها ³.

المبحث الثاني : واقع الحكامة المالية المحلية :

إن وضعية الجماعات المحلية بالمغرب، مرتبطة بضعف التجهيزات المحلية... إلخ وتحقيق استقلالية هذه الجماعات المحلية مرتبط أساسا بتوفر موارد كافية لتدبير شؤونها المحلية، وخاصة الموارد الذاتية والتي تمكنها من حرية أكبر لتنفيذ مخططاتها التنموية وتفعيل برامجها، مما يوفر ذلك فرصة كبيرة لتحقيق التنمية الاقتصادية المحلية ⁴.

غير أن ضعف وقلة الموارد المالية المحلية يؤدي إلى إضعاف مكانة الوحدات الترابية وجعلها في تبعية دائمة للسلطة المركزية، ويمكن إرجاع هذا إلى عدة عناصر أهمها مالية الجماعات المحلية التي مازالت دون مستوى التنمية (المطلب الأول)، وكذا ضعف أجهزة الرقابة المالية المحلية (المطلب الثاني) ⁵.

¹ - مشروع الحكامة المحلية بالمغرب - عدد 3 - يوليو 2008 ص 3.

² - محمد بنهموش: بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام وحدة تدبير الشأن العام سنة 2007-2008 كلية الحقوق السويسي الرباط - ص 130

³ - نفس المرجع ص 134.

⁴ - سعد عبد الشفيق، الحكامة المحلية ورهانات التنمية بالمغرب» بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام تحت عنوان سنة 2007/2008 بالرباط ص 126

⁵ - نفس المرجع ص 127.

المطلب الأول : ضعف الاستقلال المالي المحلي :

قد عرف تدبير الشأن المحلي تحولات نوعية مهمة، وذلك لمواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما أن دور الجماعات المحلية لم يعد ينحصر فقط في الصفة التسييرية كتقديم الوثائق والخدمات، بل تطور إلى المهام الاستثمارية والتدخلات الاقتصادية لكون الجماعات المحلية تشكل فاعلا اقتصاديا محليا ومؤثرا في مسلسل التنمية الوطنية¹.

فبالرغم من أهمية الإصلاحات التي أتى بها قانون الإطار المتعلق بالإصلاح الجبائي للدولة والصادر بتاريخ 23 أبريل 1984، وإصلاح الجبائي المحلي الأخير بمقتضى قانون 06/47، الذي هم الضرائب والرسوم المحلية، فإنها لم تعمل على تحقيق استقلال مالي للجماعات المحلية فدور الجماعات المحلية لم يعد ينحصر في الصيغة التسييرية كما سبق وان أشرنا، لكون هذه الأخيرة أصبحت فاعلا تنمويا في جل المجالات، غير أن الموارد المالية للجماعات المحلية تبقى ضعيفة مما يحول دون ممارسة غالبية المجالس المحلية للصلاحيات والاختصاصات المخولة لها بمقتضى النصوص القانونية المنظمة لها².

وعلى الرغم من وجود نوع من التطور في موارد الجماعات المحلية إلا أنها تظل دون المستوى المطلوب لسد حاجيات السكان لتحقيق متطلبات وأهداف التنمية المحلية.

ذلك أن التسيير المالي المحلي يعاني من عدة صعوبات تتجلى أولا في عدم كفاية الموارد المالية المحلية، إضافة إلى التجاوزات القانونية والانحرافات المالية التي تعاني منه مالية الجماعات المحلية³، وكذلك ثقل الوصاية المفروضة عليها، كما أن النظام المالي الحالي أصبح عاجز عن تلبية الطلبات المحلية، حيث أن الموارد الذاتية لغالبية الجماعات المحلية لا تكفي لسد نفقات التسيير، مما يضطرها إلى اللجوء إلى التمويل الاستثنائي (طلب المساعدات والإعانات والقروض). الأمر الذي يثقل كاهل الجماعات المحلية بالديون.

فإمدادات الدولة عرفت تزايدا كبيرا نظرا للخصائص المالي للجماعات المحلية، مما يجعلها تحت رحمة سلطة الوصاية ويجد من استقلاليتها.

ولقد تفاقمت الأوضاع أمام ارتفاعات تحملات الجماعات المحلية، بدرجة تفوق بكثير مواردها الذاتية، حيث أن نفقات التسيير والاستثمار عرفت تزايدا فاق مواردها، فحتى بالنسبة لعائدات أملاك الجماعات المحلية فهي ضعيفة، وذلك راجع بالأساس إلى طرق تسييرها، فتدبير هذه الأملاك غالبا ما يخضع لاعتبارات معينة (تسهيلات مثلا ضعف ثمن الكراء...)⁴

¹ - نفس المرجع ص 128.

² - نفس المرجع ص 128.

³ - محمد بنطلحة الدكالي، " محاولة تشخيص ومعالجة الجوانب المالية والجبائية في التنظيم المالي الجماعي " منشورات المجلة المغربية للإدارة والتنمية سلسلة مواضيع الساعة عددها 2003، ص 135

⁴ - سعد عبد الشفيق، مرجع سابق ص 129

إضافة إلى ذلك فإن توسيع اختصاصات الجماعات المحلية بتحويلها اختصاصات كانت تقوم بها الدولة في مجالات تتطلب مجهودات كبيرة كقطاع الصحة والتعليم...، وهذه المهام تتطلب الزيادة في التكاليف، سواء على مستوى الموظفين أو الصيانة أو نفقات الإدارة...، مما يؤدي إلى ارتفاع نفقات التسيير¹.

كما أن تعقد وبطء الإجراءات المتعلقة بمصادقة سلطة الوصاية وكذا مسطرة الحصول على الأداء لتنفيذ النفقات، يتعارض مع الظروف الراهنة والتي تفرض تدبيراً محكماً للوقت، إضافة إلى الضغوطات التي تفرضها سلطة الوصاية بتضييق المجال على الجماعات المحلية في اتخاذ قرارات تتعلق بتنميتها، خاصة وأن معظم الأنشطة المالية والاقتصادية تخضع للوصاية²، الأمر الذي يترتب عنه ضعف استقلالية الجماعات المحلية، سواء في مجال تدبير الشؤون المحلية، وحتى في مجال الإمدادات المالية مما يجعلها في تبعية دائمة للدولة.

فضعف الاستقلال المالي المحلي يثير العديد من الصعوبات والعراقيل على مستوى كبير في تدبير الشأن المحلي، وسوء توزيع الموارد المالية المحلية أيضاً في نفس الوقت يحول دون توفير كل جماعة محلية على حدة - الجماعات الحضرية والقروية، العمالات والأقاليم، الجهات - على موارد مالية خاصة بها، وإتاحة الفرصة لإحداث نظام مالي تعاوني بينهما لتصحيح الاختلالات والفوارق المالية بينهما، مما يفرض وجود توزيع عادل وجيد للمادة الجبائية بين مختلف المتدخلين المحليين.

ورغم الإصلاحات المتوالية التي عرفتها المالية المحلية فإنها لم تصل بعد إلى توفير الموارد المالية اللازمة للإقلاع الاقتصادي نظراً لمروديتها وكذلك بالنظر لحاجيات الجماعة.

أما المرودية الجبائية المحلية لازالت تعاني من ضعف وتفاوت بين الجماعات المحلية فإذا كانت الجماعات الحضرية تستفيد من مستخلصات بعض الضرائب فإن الجماعات القروية أقل استفادة من ذلك.

أما العمالات والأقاليم فماليتها لا تتعدى بعض الرسوم القليلة وذات مرودية ضعيفة أما الجهات فتعاني من ضعف على مستوى الرسوم وأيضاً كونها تابعة لميزانية الدولة³.

أما الضرائب المخولة من طرف الدولة إلى الجماعات المحلية فهي الأخرى تعاني من عدة مشاكل بحيث يتم تدبيرها من قبل مصالح الدولة في غياب مشاركة فعلية للجماعات المحلية على مستوى إحصاء واستخلاص هذه الضرائب وكذلك على مستوى توزيعها و كذا محدودية تمثيلية الجماعات المحلية في لجان الإحصاء وغياب المنتخبين عن أشغال اللجان، فضلاً عن افتقارهم لسلطة القرار داخل هذه اللجان⁴.

¹ - محمد بنطلحة الدكالي مرجع سابق ص: 135

² - أحمد بوعشيق : محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى من وحدة التكوين والبحث : " تدبير الشأن العام " جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السبوسي، الرباط موسم 2005-2006.

³ - أحمد نغاش : " إكراهات إصلاح النظام الجبائي المحلي وموقعه في سياق تعديل الميثاق الجماعي " الحكامة المحلية بالمغرب (تحت إشراف محمد حركات، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2003 ص 25).

⁴ - كريم لحرش : " الحكامة المحلية بالمغرب، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، مطبعة طوب بريس، الرباط الطبعة الأولى 2009 ص

بالإضافة الى ضعف الاستقلال المالي للجماعات المحلية ، هناك جانب آخر يعيق صيرورة تدبير الشأن المالي المحلي وإرساء حكمة مالية محلية جيدة، ويتمثل في محدودية اجهزة الرقابة المالية المحلية و النظام المحاسبي.

المطلب الثاني : ضعف أجهزة الرقابة المالية المحلية :

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فالمؤسسات المختصة بالرقابة المالية تنقسم إلى مجموعتين: الأولى ذات صبغة إدارية، (المفتشيات العامة للمالية) والثانية ذات صبغة قضائية (المجلس الجهوي للحسابات) ، وكلاهما تعترضه مجموعة من الحدود التي تضعف من أداء مهامهما الرقابية بالمستوى المطلوب، فبالنسبة للمؤسسات ذات الصبغة الإدارية¹ وحصيلة المهام الرقابية لهذه الهيئة التي قاربت على إكمال نصف قرن من إحداثها ومدى تأثيرها الفعلي والواقعي يعتبر مبررا كافيا ودافعا لمناقشة الوضع الحقيقي للرقابة على التدبير المحلي وخاصة في المجال المالي .

فالمفتشية العامة للمالية تعرف عجزا بنيويا ووظيفيا يتجلى بالأساس في افتقادها لمخطط رقابي واضح يجعل عملها ذا طبيعة دائمة ومستمرة ويخولها سلطة التدخل التلقائي وفق رؤية مندمجة وبرمجة استراتيجية واضحة، كما أنها اختارت ومنذ إحداثها التركيز على تكوين أطرها وتخرج المفتشين أكثر مما اهتمت بتنوع آلياتها الرقابية وتطويرها وإرساء ثقافة الرقابة على المال العام. وعلى المستوى الميداني، بقي عمل ونشاط هذه الهيئة الرقابية هامشيا ومحدود الأثر الفعلي، وميز عملها نوع من الضعف الوظيفي والهيكلية. بل إن عملها الرقابي يكون في الكثير من الأحيان أقل فعالية ويطبعه الجانب الشكلي والمسطري ويشوبه في الكثير من الحالات ضعف واضح في الأداء حيث يتم إيفاد المترنين في حملات تفتيش تهم بعض الجماعات المحلية أو المرافق التابعة لها والتي تتطلب خبرة وحنكة في ممارسة العمل الرقابي.

أما فيما يخص المؤسسات ذات الصبغة القضائية، والتي تجسدها بالأساس ، المجالس الجهوية للحسابات، فهذه المؤسسات هي المعني الرئيسي والأول بالإصلاح كجهاز مستقل، بالإضافة إلى أن مهمتها تنحصر بالأساس في التدقيق والمراقبة، ولتوفرها على وسائل قانونية وبشرية مهمة، والمنصوص عليها في مدونة المحكم المالية الصادرة في 13 يونيو 2002، إلا أن تدخلاتها لازالت جد محدودة، ولم ترقى إلى مستوى الرهانات المعلقة عليها، سواء أعلق الأمر بحماية المال العام وصيانتها، أو فيما يتعلق بالأدوار الجديدة التي أسندت لها، كما هو الشأن بالنسبة لمهمة تقييم المشاريع العمومية من أجل التأكد من مدى تحقيق الأهداف المحددة لكل مشروع انطلاقا مما تم إجازته مقارنة مع الوسائل المتوفرة.

خاتمة :

إن المحصلة العامة لواقع و عناصر أسلوب الحكامة المالية المحلية ، تدفع إلى الإقرار بأن هذا الأخير يشكو من عدة عوائق و مشاكل تطبع بنيته و عمله و آليات اشتغاله ، بالشكل الذي جعل البعض يشكك في حقيقة هذا الأسلوب ، بل يعتبره مجرد شعارات رنانة في كل مقاربة إصلاحية تسعى الدولة إلى تحقيقها . إذ أن الواقع العملي يبين ان التدبير المالي المحلي مازال يعاني من عدة تحديات (استقلالية ميزانية الجماعات المحلية عن إمدادات الدولة، و ارتفاع

¹ - محمد حركات إستراتيجية وتنظيم الجماعات المحلية بالمغرب مجموعة البحث حول الاقتصاد الحضري بالجهوية والبيئة (جامعة محمد الخامس السويسي) سنة 2006، ص 3-4.

مصارييف التسيير التي تهيمن على الميزانيات المحلية ، والتي لا تترك هامشا كبيرا للاستثمار والتدخل الاقتصادي ، و كذا ضعف منظومة الرقابة المالية المحلية (...) بالشكل الذي يجعله في حاجة متوالية لاعتماد منهجية الإصلاح بالأخص تفعيل مقومات الحكامة المالية المحلية، باعتبارها رهان لا محيد عنها في أفق قريب اذا رغبت السلطات فعلا مواصلة حركة إصلاح تدبير المالية العامة و بالتالي تحقيق التنمية المنشودة . خاصة وان البلد كالمغرب الذي انتقل الى نظام لامركزي من مستوى عال بانخراطه في مشروع الجهوية الموسعة ، مطالب اليوم اكثر من أي وقت مضى بالعمل على بدل جهود و جهود من اجل الرقي الى مستوى هذا المشروع ، خاصة على مستوى تعبئة الموارد المالية و " دعم البعد الجهوي للميزانية **renforcement de la dimension régionale du budget** " و ما يتضمنه من ارساء ادارة القرب و الحرص على انسجام البرامج و المشاريع العمومية و التنسيق فيما بينها على مستوى كل جهة ، و التحفيز على التدبير التشاركي بين مختلف الفاعلين على المستوى الجهوي و المحلي ، و هو ما يؤدي الى ضمان الشفافية في برمجة المشاريع بين مختلف الجهات، و كذا ترشيد النفقات العمومية و بالتالي نجاعة السياسات العمومية.

لائحة المراجع :

1- الكتب :

سعيد جفري " الحكامة واخواتها (مقارنة في المفهوم ورهان الطموح المغربي) " الطبعة الأولى 2010 الشركة المغربية لتوزيع الكتاب الطبعة الأولى

عبد اللطيف بروحو، مالية الجماعات المحلية بين واقع الرقابة ومتطلبات التنمية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 70، الطبعة الأولى سنة 2011

أحمد نغاش: " إكراهات إصلاح النظام الجبائي المحلي وموقعه في سياق تعديل الميثاق الجماعي " الحكامة المحلية بالمغرب (تحت إشراف محمد حركات، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2003

محمد حنين: "المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية " دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2007

كريم لحرش: " الحكامة المحلية بالمغرب، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، مطبعة طوب بريس، الرباط الطبعة الأولى 2009

محمد حركات إستراتيجية وتنظيم الجماعات المحلية بالمغرب مجموعة البحث حول الاقتصاد الحضري بالجهوية والبيئة (جامعة محمد الخامس السويسي) سنة 2006،

القوانين :

الميثاق الجماعي 78.00

الدستور المراجع 1996

الظهير الشريف رقم 1.09.02 الصادر في 22 صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلي

الرسائل والأطروحات :

محمد بنهموش: بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام وحدة تدبير الشأن العام سنة 2007 -
2008 كلية الحقوق السويسي الرباط

مصطفى بلكوري: "التدبير المحلي في ظل الإصلاح و الحكامة الجيدة: الجماعة الحضرية تمارة كنموذج" بحث لنيل دبلوم
الماستر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال-الرباط السنة الجامعية 2007-2008

سعد عبد الشفيق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام تحت

عنوان الحكامة المحلية ورهانات التنمية بالمغرب» سنة 2007/2008 بالرباط

المقالات و المحاضرات :

محمد اليعقوبي: " تأملات حول اليمقرراطية المحلية بالمغرب " الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -

2008 محمد بنطلحة الدكالي، " محاولة تشخيص ومعالجة الجوانب المالية والجبائية في التنظيم المالي الجماعي " منشورات
الجملة المغربية للإدارة والتنمية سلسلة مواضيع الساعة عددها 2003،

أشغال المناظرة الوطنية السابعة للجماعات المحلية التي انعقدت بالدار البيضاء أيام 19-20-21 أكتوبر 1998

نشرة أخبار مشروع الحكامة المحلية بالمغرب - عدد 3- يوليوز 2008

أحمد بوعشيق: محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى من وحدة التكوين والبحث : " تدبير الشأن العام " جامعة
محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط موسم 2005-2006.

المراجع باللغة الفرنسية :

Abdellah Mahjoubi « Gestion financière et comptable et bonne gouvernance : cas de la
province de Ben Slimane » DESA, Faculté de Souissi, Rabat, Année 2007

المواقع الالكترونية :

www.hespress.com

www.map.ma

www.rhamana.org

مسندان التوثيق العدلي على ضوء : - قانون خطة العدالة - مدونة الأسرة - مدونة الحقوق العينية -



بحث من إعداد : الحسن أويحييد
طالب باحث ماجستير القانون المدني
كلية الحقوق جامعة ابن زهر أكادير

مقدمة :

من المجمع عليه أن علم التوثيق من أجل العلوم قدرا، و أعظمها خطرا، إذ به تنضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، و تحفظ دماؤهم و أموالهم على الطوابط المرعية، و عليه اعتماد الحكام في إثبات ما يعرض عليهم من أفضية.

فالله سبحانه و تعالى جعل مدار الأحكام الشرعية على صحة أداء الشهادة، فالشريعة الاسلامية اعتنت بالتوثيق و بوأته مكانة عظيمة، و من تم دعت الناس الى توثيق معاملاتهم و بيوعاتهم و كتابة عقودهم. مصداقا لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن فعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم".¹

و قد أكدت السنة النبوية هذه الأهمية، و أمر الرسول صلى الله عليه و سلم بتوثيق كثير من المعاهدات و المعاملات، و اهتدى على هديه الخلفاء الراشدون، و بعدهم التابعون و تابعو التابعين.¹

و قد شكل التوثيق العدلي و منذ العصور القديمة، دعامة أساسية للقضاء العادل و النزاهة، بل به صانت الأعراس و حفظت به الأنفس و الأموال. و بخطط العدالة تحسم النزاعات بين الناس و توثق الحقوق و يرفع الخصام².

و لما كان التوثيق يكتسي كل هذه المكانة القسوى في الحياة العملية و اليومية للأفراد لما يؤمنه من ضمان و حماية للحقوق و المصالح، فقد حظي أيضا باهتمام القانون الوضعي؛ و صدرت عدة قوانين لتنظيمه بدءا بظهير 1914 ، الى أن صدر الظهير الشريف رقم 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1427 هـ (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون 16.03، و الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ 02 مارس 2006 .

و يشترط فيمن يتولى مهمة التوثيق الإحاطة بصياغة العقود حتى تكون سليمة من العيوب و خالية من النقصان، و ذلك بالاطلاع على فروع القانون و مستجدات التشريع في المجال العقاري و الأحوال الشخصية، و القانون الجبائي، و الفروع الأخرى.

و هذا يجعلنا نتساءل عن النهج الذي سار فيه المشرع لتنظيم التوثيق و مدى توفقه في تحقيق الأهداف المرجوة. و الخوض في هذا الموضوع يجعلنا نطرح التساؤلات التالية: ما أوجه الجدة التي جاء بها القانون 16.03 ؟ و ما الذي استجد في مختلف المدونات الأخرى بخصوص التوثيق العدلي؟ و للإجابة عن هذه الأسئلة، سنعمل على رصد أهم المستجدات المتعلقة بالتوثيق العدلي، من خلال تحليل مجموعة من المواد التي لها ارتباط بهذا الموضوع في هذه المدونات؛ مع مقارنتها بما جاء في القوانين السابق على صدورها.

و عليه فإن تناولنا لهذا العرض سيكون في مباحث :

المبحث الأول : مستجدات التوثيق العدلي الواردة في مدونة الأسرة.

المبحث الثاني : مستجدات التوثيق العدلي في القانون 16.03 المتعلق بخطط العدالة.

المبحث الثالث : ما استجد من أمور ذات الصلة بنفس الموضوع في مدونة الحقوق العينية .

¹ - ذ. محمد الشوي: المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، الطبعة الأولى 2001، ص 5.

² - د. أحمد خرطة : اختصاصات العدول من خلال حقوقهم و واجباتهم، قراءة في مواد القانون المنظم لخطة العدالة؛ نص المداخلة التي القيت في ندوة اصيلة يوم 29/04/2006، ص 1.

المبحث الأول: مستجدات التوثيق العدلي في مدونة الأسرة.

لما كان الهدف من التوثيق هو حفظ أعراض الناس و أموالهم، كان من البديهي أن نجد له اثر في كل فروع القانون التي لها ارتباط بأحوال الناس اليومية.

و يعتبر مجال الأحوال الشخصية مجالا خصبا للتوثيق، بالنظر الى الأهمية التي تكتسيها الأسرة و العناية التي خصها الله بها، بل جعل من أحكامها حدود الله لا يجوز مقاربتها و تعديها. فبين أحكام الزواج و الطلاق و الميراث بكثير من التفصيل و التدقيق في القرآن الكريم؛ كما أن السنة من جهتها جاءت بأحكام لم تذكر في القرآن نصا، و ذلك مثل الأمر بإشهاد عدلين على عقد الزواج؛ و النهي عن الخطبة على الخطبة، و الميراث عن طريق التعصيب¹.

ما من شك في أن لمدونة الأسرة علاقة مباشرة بالتوثيق العدلي، إذ بواسطته يتم توثيق و إثبات مختلف عقود الأسرة و الحقوق المترتبة عنها. و يظهر هذا جليا في جملة من موادها التي تفيد بوجوب التوثيق العدلي للإشهاد أو إثبات هذه الحقوق و العقود.

و أحكام قواعد الأسرة يمكن تقسيمها - من زاوية التوثيق و إثباته - إلى قواعد موضوعية تتعلق بجوهر الحق؛ و قواعد شكلية تتعلق بتوثيق الحق و اثباته².

فتوثيق الحق و قيام الحجة عليه هو صلب وجوده و حقيقة وقوعه، كما أن الحق بدون اثبات يصبح عند الخصام و النزاع كأن لم يكن.

و قد ورد مصطلح العدول و التوثيق العدلي في مواد المدونة، و هي تنظم مختلف قضايا الأسرة، في أكثر من ثلاثين موضعا؛ زد على ذلك أن قاعدة الإحالة، على الفقه المالكي، الواردة في المادة 400 تفتح الباب على مصراعيه للاحتكام الى التوثيق العدلي، في القضايا التي سكتت عنها المدونة.

و سنحاول في المطالب الموالية تبيان ما استجد في مدونة الأسرة في كل من هذه الأمور.

المطلب الأول: وجوب توثيق أهم وثائق الأسرة.

أوجبت مدونة الأسرة توثيق أهم العقود التي تقوم عليها الأسرة، و نقصد هنا بصفة خاصة الزواج و الرجعة و المراجعة، فضلا عن الطلاق الذي سبق لمدونة الأحوال الشخصية أن أوجبت توثيقه.

1- د. العلمي الحراق: مدونة الأسرة و التوثيق العدلي - دراسات و تعاليق - ص 8؛ الطبعة الأولى 2005.

2- د. العلمي الحراق، نفس مرجع سابق، ص 8.

الفقرة الأولى : وجوب توثيق عقد الزواج.

تنص المادة 13 من مدونة الأسرة على : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

1-.....

4- سماع العدلين التصريح بالايجاب و القبول من الزوجين و توثيقه؛

5- "

فسماع التصريح بالايجاب و القبول يفيد تلقي الاشهاد على عقد الزواج؛ أما توثيقه فيعني كتابته وفق الشكل الذي يتطلبه القانون أو إن اقتضى الحال وفق قواعد الفقه المالكي.

هذا مع العلم أن توثيق مختلف عقود الأسرة ، وكذا عقود المداينات و البيوعات، أمر لا تشترطه الشريعة الاسلامية إلا استثناء، فتقوم على الرضائية دون اشتراط اية شكلية معينة وهذا هو الراجح فيها.

و تنصيص المدونة على وجوب توثيق عقد الزواج بواسطة التوثيق، بقصد حماية الحقوق المترتبة عنه ، هو أمر لا يوجد له أي مقتضى في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة؛ حيث اقتصر الفصل الخامس منها، في الفقرة الأولى، على اشتراط حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الايجاب و القبول من طرفي العلاقة، دون أية إشارة الى توثيقه.

و إذا كان هذا هو حال عقد الزواج، فإن هذا الوجوب يتسع ليشمل كل عقد يكون غرضه هو ثبوت العلاقة الزوجية ؛ كالرجعة و المراجعة¹. و سواء تعلق الأمر بالتوثيق العدلي الأصلي ، أي توثيق العقد وقت ابرامه؛ أو تعلق بالتوثيق الاسترعائي ، بمعنى توثيق العقد بعد مدة من ابرامه بواسطة شهادة العدلين العلمية أو اللفيف².

و في كل هذا حفظ للحقوق من الجحود و الضياع، فكم من الحقوق ضاعت و كم من الاعراض انتهكت بسبب عدم توثيق العقود كتابة.

الفقرة الثانية : وجوب توثيق الاشهاد بالطلاق.

جاء في الفصل 48 من المدونة الملغاة: " يجب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للاشهاد"؛ و قد أبتت المدونة الجديدة على ضرورة الاشهاد على الطلاق بموجب المادة 138، التي تنص على: " يجب الاشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للاشهاد، بعد إذن المحكمة به، و الادلاء بمستند الزوجية."؛ و هذا على الرغم من أن الشريعة الاسلامية لا توجب في الطلاق أن يكون موثقاً بشهادة أو كتابة.

1- المراجعة: تكون في الطلاق البائن، و قد سماها المالكية المراجعة، لأنها متوقفة على رضا الزوجين. و لأن المراجعة من المفاعلة و هي تستلزم الحصول من الجانبين (رضا، و عقد ومهر جديدين). فتحي عثمان الفقي: الرجعة و الارتجاع و أحكامها في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، ص 5. أوردته د. نيفين محمد محمود، جامعة الأزهر، دراسة و نشر لنماذج من وثائق الرجعة في العصر العثماني.

2- العلمي الحراق، نفس المرجع السابق، ص 36.

و قد اختلف الفقهاء في وجوب الاشهاد؛ بين من يقول أن الطلاق يقع دونما حاجة الى إسهاد، فيقع الطلاق صحيحا شرعا و فقها بمجرد تلفظ الزوج بكلمة الطلاق بنية حقيقية في ذلك.

و بين من يقول بوجوب الاشهاد على الطلاق رفعا للخصومات و خشية الجحود و الانكار و نفيًا للتهمة عن الزوجين. سواء تم وقت إبرام الطلاق أو بعد مدة منه.

و بين من جعله شرط صحة، فلا يقع الطلاق صحيحا بدون إسهاد و إلا عد باطلا و كأن لم يكن.

المشرع المغربي قد أقدم بالتنصيص صراحة على وجوب الاشهاد في الطلاق، و لم يجعله شرط صحة، كما أنه لم يبين الجزاء في حالة المخالفة. مما يقتضي أنه لو طلق الزوج المغربي زوجته و لم يشهد في حينه و جب عليه أن يشهد فيما بعد. فإذا رفض الاشهاد و أنكر الطلاق و جب تطبيق قاعدة الاحالة المنصوص عليها في المادة 400¹.

الفقرة الثالثة: وجوب توثيق الرجعة.

أنطت كذلك مدونة الأسرة بالتوثيق العدلي مهمة توثيق عقد الرجعة و الاشهاد عليه وجوبا عند عدلين منتصبين، وفقا للمادة 124 التي تنص على أنه: "...

إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا أشهد على ذلك عدلين، و يقومان بإخبار القاضي فوراً.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة،..."

و يستفاد من منطوق هذه المادة وجوب الاشهاد و التوثيق على عقد الرجعة، فلا تقع الرجعة صحيحة إذا كتب المراجع وثيقة بخط يده أنه أرجع زوجته، كما لا تقع صحيحة إذا أشهد عدلين على ذلك دون توثيقهما العقد على الشكل المفروض قانوناً.

و هذا المقتضى كذلك لم يكن له وجود في مدونة الاحوال الشخصية الملغاة؛ فالفصل 68 من هذه المدونة - الاحوال الشخصية - لم يقيد الزوج بتوثيق الرجعة؛ فاكتفى بالتنصيص على أن للزوج أن يراجع مطلقة بدون صدق و لا ولي أثناء العدة و لا يسقط هذا الحق بالاسقاط.

و ذهب الاجتهاد القضائي المغربي إلى أن الرجعة لا تثبت إلا بعدلين لشبهها بالنكاح الذي يثبت بعدلين.

المطلب الثاني: القوة الثبوتية لوثائق الاسرة .

تكريسا لتوثيق العقود المتعلقة بالأسرة، عمدت المدونة الى جعل هذه الوثائق هي الوسائل المقبولة لاثباتها. و بالتالي فهي لا تعترف بعقود الزواج و الرجعة إلا إذا تمت عن طريقه، اي التوثيق العدلي، و بواسطة الشهادات الأصلية التي يكون الاشهاد عليها مشافهة و كتابة منذ بداية وقوعها.

1- ابن جزى: القوانين الفقهية ص 199 دار الفكر بدون اشارات اخرى. أورده العلمي الحراق، نفس المرجع، ص 40. "... و عليه فإذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها و أنكر هو، فإن أثبتت

دعواها بشهادة عدلين نفذ الطلاق، و إن جاءت بشاهد واحد حلف الزوج و برئ، و إن لم يحلف سجن حتى يحلف أو يقر، و إن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج."

و هذا ما يستفاد من نص المادة 16 من مدونة الأسرة: " تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لاثبات الزواج ... "

و هذا الحكم يتسع ليشمل باقي الوثائق التي تثبت بها العلاقة الزوجية، و بالتالي فما ينطبق على عقد الزواج باعتباره الوسيلة المقبولة لاثباته، ينطبق على عقد الرجعة و المراجعة.

أما اذا حالت أسباب قاهرة- وفقا لنفس المادة في فقرتها 2- دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الاثبات و كذا الخبرة.

و من ثم فإنه لا يعمل بإثبات الزوجية او الرجعة او المراجعة بواسطة الشهادات الاسترغائية، و إن كان هذا ممكنا مؤقتا، باعتبارها وسائل اثبات كغيرها، و ذلك في الفترة الانتقالية، المحددة في عشر سنوات

من دخول المدونة حيز التنفيذ¹، لسماع دعوى الزوجية؛ و يبقى للمحكمة واسع النظر في اعتماد هذه الشهادات أو غيرها من الوسائل الشرعية الاخرى بناء على ما ترجح لديها².

و نحن نساير الأستاذ العلمي، في كون توجه المدونة في هذا الباب إنما هو توجه محمود لما فيه من حفظ للمصلحة العامة بالأساس.

المطلب الثالث : الاحتفاظ بمبدأ الاختصاص النوعي في أهم قضايا الأسرة للعدول وحدهم.

أبقت المدونة على جعل الاختصاص النوعي في الإشهاد و التوثيق في قضايا الأسرة من اختصاص العدول وحدهم. بل و أضافت الى ذلك جملة من المهام الجديدة للعدول نظرا للثقة التي يحظى بها التوثيق العدلي.

الفقرة الأولى : في الاختصاص النوعي.

نورد هنا جملة من الاختصاصات المنوطة بالعدول وحدهم سواء تعلق الأمر بالطلاق أو الزواج أم بشؤون القاصرين :

* الاشهاد على عقود الزواج و توثيقها بواسطة الشهادات الأصلية؛ بما في ذلك الاشهاد على تفويض الزوجة لأبيها أو لأحد أقاربها، او اثبات هذا الزواج فيما بعد بواسطة شهادات الاسترغاء (في الفترة الانتقالية).

* الاشهاد على عقد الرجعة و المراجعة.

* تطبيقا لمبدأ الاحالة في المادة 400، يختص العدول أيضا بتلقي شهادات تتعلق بجرمة الزواج بين المخطوبين أو الزوجين، و أيضا شهادات لا يمكن اشهاد غير العدول عليها مثل الشهادة على رسم عدة الورثة.

¹ - الفقرة الأخيرة من المادة 16 من مدونة الأسرة المعدلة و المتممة بالقانون رقم 08.09: ".... يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى عشر سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا

القانون حيز التنفيذ."

² - العلمي الحراق: نفس المرجع السابق، ص 43.

* الأشهاد على الوصي أو المقدم بإحصاء مال القاصر (المادة 25 من مدونة الاسرة، الفصلان 186-241 من قانون المسطرة المدنية).

* الأشهاد على المصفي بإحصاء جميع ممتلكات الهالك طبقا لقواعد الاحصاء الجاري بها العمل (المادة 377 من م أس)

* وثيقة اثبات سوء تدبير في الادارة المأذون بها للرشيد (م 226).

الفقرة الثانية: المهام الجديدة المرتبطة بعقد الزواج.

و قد أضافت مدونة الأسرة الجديدة مهام أخرى للعدول عند ابرام عقد الزواج:

- إشعار طرفي العقد بأحكام و مقتضيات المادة 49. المتعلقة بتدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية. و بإمكانية الاتفاق على كيفية استثمارها و تنميتها و توزيعها. و التنبيه الى كونها وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

- قبول تصريح كل واحد من الخطيين هل سبق ان تزوج ام لا؟ و تضمين ذلك في عقد الزواج مع ارفاق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية ازاء العقد، في حالة وجود زواج سابق.

- اضافة اختصاصات اخرى لكنها مشتركة مع جهات توثيقية اخرى، كتوثيق عقد الوكالة على ابرام عقد الزواج، و توثيق رضی أحد الزوجين بالزواج من المصاب بالاعاقة الذهنية.¹

إذا كان هذا بخصوص مستجدات التوثيق العدلي في مجال الاسرة، فما الجديد الذي اتى به القانون المنظم لخطة العدالة.

المبحث الثاني: مستجدات التوثيق العدلي في القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

يعتبر التوثيق العدلي الأقدم في المغرب، و قد عرف تطورات عدة بدءا بالاستناد الى الفقه المالكي الى أن توج باللمسة المغربية في كتابة نماذج الوثائق و مرورا بعمل أهل الاندلس.

و بدأ التوثيق العدلي يمزج بين التنظيم القانوني للتوثيق و الضبط الفقهي للوثائق مع ظهير 7 يوليوز 1914، و توالى الظهائر و القوانين (ظهير 23 يونيو 1938، ظهير 7 فبراير 1944) المنظمة للخطة الى صدور الظهير 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1927 بتنفيذ القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة المعمول به حاليا.

أما القانون 11.81 القاضي بتنظيم خطة العدالة و تلقي الشهادة و تحريرها، الصادر بتنفيذه الظهير 1.81.332 بتاريخ 6 ماي 1982، فرغم الايجابيات التي تضمنها، فقد تبين أنه تكتنفه بعض الثغرات، و لم يعد كافيًا لحل المشاكل التوثيقية المطروحة.

و سدا لهذه الثغرات، و من أجل دمج خطة العدالة في المحيط، و جعلها تتماشى مع التطورات و التغييرات التي يعرفها الوقت الراهن في شتى المجالات، خاصة مجال التوثيق، و استجابة للبرنامج الاصلاحى الذي تنهجه الدولة، من

¹ - هذه الاختصاصات و المهام واردة لدى العلمي الحراق صفحات 47،48،49،46، نفس المرجع السابق.

أجل تخليق الحياة العامة، وتحديث أساليب التسيير الإداري و المهني، و عصرنة المهن الحرة، لمواكبة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، تم وضع القانون 16.03¹ المتعلق بتنظيم خطة العدالة.

فما جديد هذا القانون بخصوص تنظيم مهنة العدالة؟ وماذا عن اختصاصات العدول في كنف هذا القانون؟

للاحاطة بذلك سنسعى الى ابراز مستجدات القانون 16.03 في المطلب الاول على أن نتناول الشق المتعلق بالاختصاص في مطلب ثاني.

المطلب الأول : قراءة في القانون 16.03.

جاء القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة بجملة من المستجدات، مست مجموعة من الجوانب نوردها تباعا كالاتي :

الفقرة الأولى : ولوج المهنة.

إضافة إلى الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي يريد الولوج مهنة العدالة، و المحددة في المادة 4 من ذات القانون، فقد جاء بمقتضيات جديدة تتعلق برفع مدة التمرين من 6 أشهر الى سنة- المادة 8- ؛ فضلا عن السماح لحاملي شهادة الدكتوراه، مع وجوب قضاء فترة تمرين لمدة 3 أشهر، لولوج مهنة العدالة مباشرة و بدون مباراة و لا امتحان مهني، بقصد تطعيم المهنة بكفاءات علمية من شأنها أن ترفع من مستوى ممارسة المهنة².

الفقرة الثانية : ممارسة المهنة.

توخيا للايجاز سننتناول أهم ما استجد من مقتضيات في شكل عرائض:

- يتعين على العدل أن يفتح لكل شهادة ملفا خاصا مرقما يضم المستندات الادارية اللازم حفظها بكتبه، لتسهيل الرجوع اليها عند الحاجة.
- إقرار مسؤولية العدل، بناء على نص المادة 21، عن الرسوم التي أنجزها و التي لم يحزها أصحابها طيلة خمس سنوات ابتداء من تاريخ الخطاب عليها بسجلات التضمين؛ و مسؤوليته كذلك عن المستندات الادارية المعتمدة في الشهادات مدة خمس سنوات ابتداء من تاريخ التلقي، ما لم يكن صاحب الشهادة ملزما بالادلاء بها لدى جهة أخرى فتسلم له مقابل إشهاد مصادق عليه يحفظ في ملف الشهادة مع صورة من المستند المسلم³.
- اشتراط إدلاء العدل الذي بلغ سن 70 سنة من العمر بشهادة طبية كل سنة تثبت قدرته على الاستمرار في ممارسة المهنة بصورة عادية.

¹ - من ديباجة الظهير 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1927 بتنفيذ القانون 16.03. منشور بالجريدة الرسمية، ص 566. عدد 5400 الصادرة 2 مارس 2006.

² - شكري الاجراوي : خطة العدالة : الواقع و الافاق، منشورة بموقع www.ordreadouls.ma/ma9al/khota.pdf. اطلعت عليه يوم 16 نونبر 2012. ص 4.

³ - شكري الاجراوي : نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

- النص، في المادة 26، على تمتع العدل أثناء قيامه بمهامه أو بسبب القيام بها بالحماية التي تنص عليها مقتضيات الفصلين 263 و 267 من القانون الجنائي¹.

- توضيح الطريقة التي يؤدي بها العدول شهادتهم ، و يكون ذلك بتقديم وثائقهم مكتوبة الى القاضي، استجلاء للغموض الذي كان يطبع عملية أداء الشهادة في القوانين السابقة.(المادة34).

- التقليل من مدة عقوبة الاقصاء المؤقت من سنتين الى سنة.

الفقرة الثالثة : تأطير المهنة.

بموجب المادة 52، أحدثت هيئة و طنية للعدول، يوجد مقرها بالرباط، تتفرع عنها مجالس جهوية على صعيد دوائر الاستئناف.

أ- الهيئة الوطنية للعدول :

تتمتع الهيئة الوطنية للعدول بالشخصية المعنوية، و تضم جميع العدول. و تتولى جملة من المهام نوجزها في إبداء الرأي في الشكاوى الموجهة ضد العدول و رفع تقارير بشأنها الى الوكلاء العاملين للملك؛

الحفاظ على تقاليد و أعراف و أخلاقيات المهنة؛ العمل الاجتماعي و تمثيل المهنة أمام الادارة؛ تنسيق عمل المجالس الجهوية؛ وضع النظام الداخلي و تعديله².

ب- المجالس الجهوية للعدول :

يمارس المجلس الجهوي للعدول بواسطة مكتبه المهام التالية: السهر على تطبيق مقررات المكتب التنفيذي للهيئة الوطنية للعدول؛ بحث الماكل الجهوية للمهنة؛ تأطير و تمثيل المهنة على المستوى الجهوي؛ تنظيم تظاهرات علمية و ثقافية. الى غير ذلك من المهام الواردة في المادة 74 من القانون المنظم.

المطلب الثاني : اختصاصات العدول في القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

تحدد اختصاصات العدل الموثق تبعاً للعمل الذي يقوم به؛ فإذا قام بالتلقي ثم الادراج و التحرير اعتبر ذلك عملاً توثيقياً محضاً، أما ما عدا ذلك فيمكن أن يصنف في العمل الاداري³.

و عليه فالقانون 16.03 قد ميز بين الاختصاص التوثيقي، و هو من صميم عمل العدل؛ و بين ما هو خارج عن اختصاصه و اعتبره عملاً ادارياً لا يقوم به إلا بناء على رغبة الأطراف المستفيدة من الشهادات العدلية.

¹ - يتعلق كل من الفصلين 263 و 267 بإهانة الموظف العمومي و الاعتداء عليه في باب الجنائيات و الجنح التي يرتكبها الأفراد ضد النظم العام.

² - المادة 52 من القانون 16.03 .

³ - د. أحمد خرطة، مرجع سابق، ص 3.

الفقرة الأولى : الاختصاص التوثيقي :

و يشمل كل من الاختصاص المكاني و الاختصاص النوعي.

أولاً: الاختصاص المكاني :

وسع القانون 16.03 ، بموجب المادة 14، من الاختصاص المحلي للعدل، فبعد أن كان منحصرًا في الدائرة القضائية للمحكمة الابتدائية في القانون السابق 11.81، أصبح اليوم العدل يمارس الخطة في حدود دائرة محكمة الاستئناف المنتصب فيها. إلا أنه مقيد عند التوجه لتلقي الشهادات داخل دائرة محكمة الاستئناف، بإشعار القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه بطلب كتابي يسجل بكتابة ضبط القاضي بسجل خاص معد لهذه الغاية، و يشار وجوبا في الشهادة على مراجع هذا التسجيل.

و لا يمكن في جميع الأحوال للعدل أن يتجاوز الدائرة القضائية لقسم قضاء الأسرة، في حالة الاشهاد على الزواج او الطلاق، و هذا الاستثناء جاء صريحا في 14 نفسها، اذ أوجبت أن يتما وفقا للمادتين 65 و 87 من مدونة الاسرة.

أما اذا تعلق الأمر بالوصية سواء بالعقار و بالمنقول فيمكن للعدل الموثق أن يتلقاها و إن كان العقار خارج الدائرة الاستئنافية شريطة الحصول على اذن من القاضي المكلف بالتوثيق.

و لقد أورد القانون الجديد و خاصة منه المادة 15 استثناء آخر من القاعدة العامة في الاختصاص المحلي للعدل، و يتعلق الأمر بالعقارات التي تتنازعها دائرتان استئنائيتان أو أكثر، فإذا اختار أرباب الشهادة دائرة استئنافية من الدائرتين او أكثر نظرا لقربها من مكان سكنهم فإن الاختصاص يكون لعدول الدائرة الاستئنافية التي وقع عليها الاجماع، أما اذا لم يقع اتفاق بينهما أو بينهم عين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الذي رفع اليه الطلب أولا الدائرة التي سيقام فيها الاشهاد¹.

ثانيا : الاختصاص النوعي :

سكت القانون الجديد، كما القانون القديم 11.81، عن تحديد الاختصاص النوعي للعدول؛ و ترك

الامر على إطلاقه لكون العدول منذ القدم كانوا مختصين في توثيق كل شيء ابتداء بالزواج و الطلاق و انتهاء بالترشيد و التسفيه و التجريح.

فالمشرع المغربي لم ينص صراحة على تحديد اختصاصات العدول او حصرها في مجال دون اخر ، بل تركها مفتوحة على كل ما يتعلق بتلقي الشهادات و تحريرها وفق الكيفية المنصوص عليها فقها و قانونا ، شريطة ان تكون موضوعاتها مما يجوز التعامل به كما نصت على ذلك المادة 32 من قانون

(16-03) : " يمنع تلقي الشهادة التي يكون موضوعها خارجا عن دائرة التعامل " .

1- د. أحمد خرطمة: نفس المرجع السابق، ص 4.

و يمكن إجمال هذه الاختصاصات على سبيل التمثيل لا الحصر فيما يلي :

أ- في العقار :

يختص العدول وبشكل رسمي في تلقي وتحرير جميع الشهادات المتعلقة بالعقار سواء منه المحفظ ام الغير المحفظ او الذي في طور التحفيظ. وسواء تعلق الامر بالتفويت بعوض كالبيع و الرهن او بغير عوض كالهبة والصدقة والوقف وبالمجمل عقود العطايا او الاقرار بالملك العقاري او الحقوق العقارية كالارتفاق مثلا.

ب- في قضايا الأسرة و الميراث :

في مثل هاته القضايا يتخذ العدل الموثق صفة الشاهد فيحق له ان يشهد على عقود الزواج والرجعة والمراجعات والارث والطلاق والوصايا واحصاء التركة والاقرار بالنسب او اثباته .بصفة عامة جميع الرسوم المتعلقة بالاحوال الشخصية للمغاربة والمسلمين الاجانب¹.

ج- شهادات مختلفة :

من المهام التي أناطها المشرع بالعدول مراقبة الهلال و الاشهاد عليه، وتلقي شهادة اعتناق الاسلام (المادة 13)؛ و هذه المهام لها صبغة دينية محضة و لهذا نص القانون على أن تكون بالجآن. كما انه لا تكتمل النسخة المستخرجة من كناش التضمنين الا بعد توقيعها من طرف العدلين.

الفقرة الثانية : التوثيق الاداري :

يقصد بالاختصاص الاداري للعدول، ذلك العمل المفعول بعد رسمية الوثيقة العدلية (باستثناء واجبات التسجيل والتمبر) وبالتالي لا دخل لهاته الاجراءات في رسمية الوثيقة العدلية؛ وبمعنى أدق بعد تأشير القاضي على الوثيقة . كحفظ الوثائق و المستندات و أداء واجبات التسجيل حين يكلف بذلك.(المادة 18 من المرسوم رقم 2.08.378 صادر في 28 اكتوبر 2008 بتطبيق القانون 16.03). فإذا كان القانون 11.81 والمرسوم المطبق له لم يشيرا صراحة الى تكليف العدول للقيام بهذه الاجراءات الادارية .فالقانون 16.03 سمح بذلك ولكن بناء على رغبة الاطراف المستفيدة من العقد.

بخلاف ماهو متداول عند الموثقين العصريين حيث أوجب عليهم الفصل 1 من ظهير 1925.05.04 القيام بذلك تحت طائلة المسؤولية التأديبية إلا أن يعفو صراحة عن ذلك .

وعليه فلكي يقوم العدل بهذه المهمة وبشكل قانوني لا لبس فيه على المتعاقدين أن يطلبوا ذلك (المادة 28 من المرسوم 2.08.378 بتطبيق القانون 16.03) منه صراحة وأن يسجل هذا التصريح بكناش يحدد بنص تنظيمي .

1- أحمد خرطة، مرجع سابق، ص 5،6.

كما أن القانون 16.03 ترك الباب مفتوحا لكي يقوم العدل بإجراءات الاشهار والنشر والاعلان فيما يخص وضع قوانين الشركة والمؤسسات التي تحتاج الى هذا الاجراء لتكون قانونية، الى جانب التسجيل والتقييد واداء الضرائب او طلب الاعفاء منها (المادة 17) ¹.

المبحث الثالث : التوثيق العدلي في مدونة الحقوق العينية.

نهج المشرع المغربي سياسة تحديث ترسانته القانونية في شتى المجالات، و ذلك استجابة للتطورات التي يعرفها العالم بشكل يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد من جهة؛ و من جهة أخرى لرفع الاشكالات التي ما فتئ المهتمين، فقهاء وقانونيين، يثيرونها خصوصا في الميدان العقاري و توثيق التصرفات العقارية.

و قد اهتم القانون المغربي كغيره من القوانين، بموضوع التوثيق و صدرت عدة قوانين لتنظيمه، و حظي مجال المعاملات العقارية بأهمية خاصة فيه بالنظر لأهمية العقار باعتباره منطلق المشروعات الاقتصادية والاجتماعية و التنموية، و لطابع التعددية الذي تعرفه العقارات بالمغرب و التي تخضع لعدة قوانين و أنظمة، لكل منها خصوصيات. الشيء الذي يستلزم أن تكون الجهة التي ستبرم التصرف على إمام كاف بتلك القوانين ليكون التصرف صحيحا و مستوفيا لجميع شروطه ².

و يندرج صدور القانون 39.08، المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)، في اطار توحيد مقتضيات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية المطبقة على العقارات المحفظة و غير المحفظة، و في إطار أحكام و قواعد الفقه الاسلامي، و الرجوع الى الراجح و المشهور، و ما جرى به العمل في الفقه المالكي فيما لم يرد به نص ²³.

لم يكن تحرير العقود العقارية منظما من قبل تنظيما محكما ينتفي معه كل غموض، و كان هذا المجال موزعا بين الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود و الفقه المالكي، هو الذي ينظم كيفية تحرير هذه العقود و الجهة المخول لها تحريرها.

إلا أنه بصدر القانون الجديد 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، تم إرساء نظام جديد لتوثيق العقود العقارية، و أسس لما يعرف بنظرية رسمية العقود.

و قبل الخوض في مقتضيات التوثيق الواردة في هذه المدونة في (مطلب ثان)، استحسننا تناول واقع التوثيق بإيجاز قبل صدور القانون 39.08 في (مطلب أول).

¹ - أحمد خرطة، مرجع سابق، ص 6.

² - كلمة السيد عميد الكلية: توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم و القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش. الطبعة الثانية. 2005.

ص 10.

³ - محمد ساسوي - رئيس المجلس الجهوي لعدول مكناس - :دراسة: مدونة الحقوق العينية تؤكد رسمية العقود في التصرفات العقارية؛ منشور بموقع مدونة القانون المغربي

http://droitmarocma.blogspot.com/2012/10/blog-post_4091.html . اطلعت عليه يوم 18 نونبر 2012.

المطلب الأول : التوثيق العدلي قبل صدور القانون 39.08.

سنخصص هذا المطلب لقراءة في الفصل 489 من ق ل ع، الذي كان يعتبر المرجع في توثيق العقود العقارية الى جانب الفقه المالكي؛ و الاشارة لبعض المستجدات التي أتت بها بعض القوانين المتصلة بالعقار؛ قبل تناول مضمون رسمية العقود وجزء الاخلال بها.

الفقرة الأولى : قراءة في الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود.

كان العقار قبل صدور مدونة الحقوق العينية خاضعا لمقتضيات الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود، و لأحكام الفقه الاسلامي.

وينص الفصل 489 على أن : " إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، و لا يكون له اثر في مواجهة الغير إلا اذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون."

و الملاحظ أن الاجماع الفقهي و القضائي بشأن خضوع توثيق التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ للفقه الاسلامي كان له في المقابل أثر كبير في الحسم القضائي لصالح تطبيق قانون الالتزامات و العقود على توثيق التصرفات العقارية الواردة على العقار المحفظ¹.

أما قواعد الفقه الاسلامي، فهي تنظم أحكام العقار الغير المحفظ؛ أما تطبيقها على العقار المحفظ فيكون استثناء عند عدم وجود نص في قانون الالتزامات و العقود. و هذا ما أكده قرار صادر عن محكمة النقض سنة 1978².

و بالتالي فالتصرفات الواردة على العقار غير المحفظ، يحكمها مبدأ الرضائية، وفقا للفقه المالكي، طالما أنه لم يشترط شكلا معيناً بل مجرد التراضي؛ فضلا عن أن الفصلين 488 و 491 من ق ل ع ينصان على تمام البيع بمجرد تراضي الطرفين و اللذان لا يطبقان على العقار المحفظ و المنقولات التي ترهن رهنا رسميا.

أما بخصوص التصرفات الواردة على العقار المحفظ، فأوجب المشرع أن ترد كتابة في محرر ثابت التاريخ. فقد جاء في قرار لمحكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا- صادر بتاريخ 4 دجنبر 1985: " تخرق المحكمة القانون لاعتمادها في ثبات البيع على شهادة شهود الليف التي دعمتها بقريبتين، في حين أن الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود يوجب لإثبات بيع عقار محفظ الدليل الكتابي، و أن القرائن القضائية مثلها مثل شهادة الشهود لا يجوز الاستدلال بها لإثبات التزام يوجب القانون فيه الدليل الكتابي"³.

1- د امينة ناعمي: توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية و اجتهادات محكمة النقض. منشور ب: النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 39.08 . منشورات مجلة الحقوق. الاصدار الخامس، ص 59.

2- منشور بالمجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد، عدد 4، ص 123. أوردته امينة ناعمي، مرجع سابق، ص 60.

3- قرار عدد 17 بتاريخ 18 أكتوبر 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 67. أوردته امينة ناعمي، مرجع سابق ص 61.

و في قرار آخر ما مضمونه أن المبيع اذا كان عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ و إذا اختل هذا الركن الشكلي فإن البيع لا يقوم¹.

و تجدر الاشارة أيضا أن المشرع ، بالاضافة الى شكلية الكتابة، ضمن الفصل 489 من ق ل ع حكما أساسيا، يتعلق بوجوب تسجيل الصيغ العقدية المتضمنة للبيوع العقارية و فق الشكل المحدد قانونا.

و دون الخوض في الجدل الذي أثاره هذا المقتضى، أيتعلق بالتسجيل بإدارة الضرائب أم بالمحافظة العقارية؟، فإن المشرع، فضلا عن أهداف جبائية واضحة، قد رتب على ذلك آثارا قانونية مدنية مهمة ليس أقلها صيانة العقود و إكسابها تاريخا ثابتا. كما اعتبره شرطا لنفاذ بعض العقود في مواجهة الغير².

إلا أن سكوت المشرع عند عبارة " كتابة " دون تحديد المقصود بها، فتح المجال واسعا لكل الجهات و الفئات المختصة و غير المختصة، المهنية و غير المهنية لتحريرها. فكانت النتيجة كثرة الاشكالات

و المشاكل التي تثيرها العقود المحررة من طرف غير المهنيين، أو ما يسمى بالعقود العرفية، و انعكاسات ذلك على حقوق الناس و الاقتصاد الوطني على حد سواء.

و كنتيجة لذلك نادى أصوات المهتمين من القانونيين و الفقهاء، بإلغاء الفصل 489 تحقيقا للعدالة و حفظا لحقوق المتعاقدين و تكريسا لمبدأ الأمن القانوني³.

الفقرة الثانية: التوثيق العدلي في بعض القوانين المتصلة بالعقار.

قبل صدور مدونة الحقوق العينية، التي حسمت في مسألة توثيق التصرفات العقارية، لصالح الرسمية، تضمنت مجموعة من القوانين المتفرقة و المتصلة بالعقار، مقتضيات بخصوص هذا الشأن و يتعلق الامر بـ:

أولا: القانون 51.00 المتعلق بالايجار المفضي إلى تملك العقار.

و يتعلق بقانون الايجار المفضي الى تملك العقار الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.202 الصادر في 16 رمضان 1424 (11 نونبر 2003).

و الايجار المفضي الى تملك العقار، كما منصوص عليه في المادة 2 من القانون 51.00 هو عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض مقابل أداء الوجيبة الكرائية التي ينص عليها القانون.

¹ - قرار عدد 817، ملف مدني عدد 90228، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32، ص 52. أوردته أمينة ناعمي. مرجع سابق، ص 60.

² - عبد المجيد بوكير: التوثيق العصري المغربي، الطبعة الثانية 2010. ص 265.

³ - ذمحمد حداوي - موثق عدلي و أستاذ باحث -: تكريس مبدأ الأمن القانوني من خلال القانون رقم 39.08 المتعلق بمدون الحقوق العينية - قراءة في بعض مقتضياتها. منشور بتاريخ 25 ماي

و ينص في مادته الرابعة¹ على أنه يجب أن يجرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

و يستفاد من ذلك أن تحرير عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار يكون إما في محرر رسمي

من طرف العدل أو الموثق؛ وإما في محرر عرفي ثابت التاريخ من طرف مهني يخوله قانونه ذلك، أو من قبل المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض²، وذلك تحت طائلة البطلان.

وجدير بالذكر، ودون الخوض في المحررات الثابت التاريخ، أن من لهم صلاحية إبرام المحررات

الرسمية هم العدول و الموثقين العصريين، استنادا إلى القوانين المنظمة لمجال التوثيق³.

و كون هذا العقد يكون في مرحلتين: العقد الابتدائي ثم العقد النهائي؛ فإن التحرير الرسمي ينصب على العقدين معا، طبقا للمادتين 4 و 16 من القانون 51.00.

ثانيا: القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز⁴.

ما فتى المشرع يتدخل في التقنين الحديث، ضدا على سلطان الإرادة، لتوجيه بعض العقود، و ذلك درءا لما قد يمس توازن العلاقة التعاقدية، وحماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة.

و لما يكون محل هذه العلاقة التعاقدية هو عقار غير موجود وقت الانعقاد، يكون تدخل القانون مسألة حيوية وأولوية ضرورية، لوجود عدة عناصر غامضة ومبهمة تفتح الباب أمام التأويلات والتغييرات المختلفة وتفتح الباب بالخصوص أمام ذوي النوايا السيئة والمتلاعبين⁵.

1- تنص المادة 4 من القانون 51.00: "يجب أن يجرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان. يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 162-93-1 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة. يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود."

2- عبد المجيد بوكير: مرجع سابق، ص 353

3- عبد الكريم الطالب: توثيق الإيجار المفضي إلى تملك العقار. منشور ب: توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية مراكش. سلسلة الندوات والايام الدراسية، العدد 33، ص 149.

4- الصادر بتفنيده الظهير الشريف رقم 1.02.309، بتاريخ 3 أكتوبر 2002. منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 7 نونبر 2002، ص 3183.

5- ذ. محمد الخضراوي، شرط الكتابة في بيع العقار في طور الانجاز بين غايات التشريع و كراهات الواقع. منشور ب: توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية و

الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية مراكش. سلسلة الندوات والايام الدراسية، العدد 33، ص 159.

و بالرجوع الى الفصل 3-618 ، يتضح أن المشرع نهج خيار الكتابة والتوثيق في هذا المجال؛ ورتب عن عدم توثيق العقد وتحريره بالكيفية المطلوبة قانونا جزاء البطلان.

فقد اشترط أن تكون الكتابة في محرر رسمي، يحرر بمعرفة العدلان أو الموثق العصري. أو في عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي الى مهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير العقد.

كما اشترط، زيادة في الاحتياط، توفر العقد على مجموعة من البيانات يجب توفرها في العقد الابتدائي (هوية الاطراف، الثمن، آجال التسليم، الرسم العقاري الاصيلي، الضمانات الممنوحة للمشتري...).

ثالثا: القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة المبنية.

أبان القانون المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتاريخ 16 نونبر 1946، عن قصور في العديد من جوانبه، مم أثر على استقرار المعاملات في هذا النوع من العقارات، وهذا ما أدى إلى صدور الظهير الشريف تحت رقم 01.02.298 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية¹.

و ينص القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية في المادة 12 على: " يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان...".

و هذا القانون جاء بمجموعة من المقتضيات الجديدة، لم يكن منصوصا عليها في القانون السابق؛ و بربطها بالمادة 12 يمكن إبداء بعض الملاحظات:

- ازدواجية تطبيق مقتضياته، بحيث تطبق على العقار المحفظ و غير المحفظ.

- ازدواجية تحرير العقود، بحيث يأخذ بالمحرر الرسمي و العرفي².

و معلوم أن الأشخاص المؤهلين لتحرير المحررات الرسمية، هم العدول و الموثقين العصريين.

و بقراءة هذه المواد يستشف توجه المشرع الى اعتماد نظرية رسمية العقود في هذه المجالات، ورتب على مخالفة ذلك البطلان. و إن حرم العدول من المحررات المتعلقة بالسكن الاجتماعي.

1- حسن زرداني: قراءة في المادة 12 من قانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية. منشور ب: توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش. سلسلة الندوات و الايام الدراسية، العدد 33. ص 171.

2- حسن زرداني، مرجع سابق، ص 172.

وهذا يوضح قناعة المشرع بالدور الهام الذي يسديه التوثيق العدلي و العصري- العقد الرسمي- في مجال العقار، و الزامية قطع كل علاقة، و وضع حد نهائي لكل تسبب في تحرير العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية؛ حتى لا يبقى هذا المجال الهام، مباحا و مستباحا لكل من هب ودب؛ و بالتالي حصره على ذوي الخبرة و الكفاءة، وذوي الاختصاص: العدول و الموثقين، تحت طائلة البطلان.

المطلب الثاني : رسمية العقود العقارية في القانون 39.08.

يندرج هذا القانون في إطار توحيد المقتضيات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية، المطبقة على العقارات المحفوظة و غير المحفوظة.

و قد جاء هذا القانون في إطار استمرارية تعميم رسمية التصرفات العقارية، و تأكيدا للاتجاه الذي سارت عليه الكثير من القوانين الأخرى التي تمت الإشارة إليها آنفا.

و ينص القانون 38.09 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، في المادة 4: " يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك..."

وسنعمل على دراسة هذه المادة من خلال معالجة شكلية ابرام التصرفات العقارية(فقرة أولى)، قبل الحديث عن اختصاص العدول في المجال العقاري(فقرة ثانية)، والاهداف التي يروم المشرع تحقيقها من وراء إقرار هذه المادة(فقرة ثالثة) و تخصيص(فقرة رابعة) للمحرر الرسمي و جزاء الاخلال بمقتضياته.

الفقرة الأولى : شكلية ابرام التصرفات العقارية :

وعليه لم يعد الآن من إشكال بخصوص النقاش القائم حول شكلية الكتابة في البيوعات العقارية؛ فإن كان البعض يرى بأن بيع العقار هو عقد رضائي و أن الكتابة لا تعتبر إلا وسيلة إثبات لهذا التراضي؛ وذلك بتفسير الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود تفسيرا ضيقا، فإن المادة 4 من قانون 39.08 وضعت جوابا صريح و حاسما للموضوع¹.

إذ يجب أن تحرر العقود العقارية أو إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها، طبقا لنفس المادة، في محرر رسمي من طرف العدول أو الموثقين؛ أو محرر ثابت التاريخ من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض. وهو اتجاه لا شك أن له مجموعة من الايجابيات منها طبعا اقتصار تحرير هذه العقود على مجموعة وفئة معينة مؤهلة

1- ذ. كبري محمد: قراءة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية. منشور ب: النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالغرب في ضوء القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق.الاصدار

ومكونة تكويننا فقهيًا وقانونيًا ولها دراية وعلم بتقنيات تحرير العقود، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه الخطوة ستساهم في تعزيز الاقتصاد الوطني والمساهمة في خزينة الدولة¹.

ويتضح من ذلك أن عدم توفر شكلية الكتابة، في البيع العقاري خصوصًا و باقي المعاملات الواردة على العقارات أو إنشاء حق عيني أو نقله أو تعديله أو إسقاطه عموماً يجعل العقد كأن لم يكن و لم ينعقد أصلاً و لم يكن له وجود².

الفقرة الثانية: اختصاص العدول :

اشترط المشرع إذن في المادة 4 ضرورة إثبات التصرفات بواسطة محررات رسمية يتم تلقيها من طرف عدول أو موثقين.

يتضح إذن من نص المادة أن العدل مختص في جميع التصرفات الناقلة للملكية أو القاضية بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها. و لا يقيد في ذلك إلا اختصاصه المكاني، و ما استثناه القانون صراحة كالأملاك الجماعية، و وجوب كون المعاملة مما يجوز التعامل فيه.

ويشمل الاختصاص النوعي للعدول جميع أنواع العقار، سواء منه الحفظ أم غير الحفظ أو الذي في طور التحفيظ. و سواء تعلق الأمر بالتفويت بعوض كالبيع و الرهن أو بغير عوض كالهبة و الصدقة و الوقف و بالجمل عقود العطايا أو الاقرار بالملك العقاري أو الحقوق العقارية كالارتفاق مثلاً.

و يجب في حالة الشهادات المتعلقة بالعقار أن تراعى فيها حدود دائرة محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار، فلا يجوز للعدل أن يتلقى شهادات تخص عقاراً خارج دائرة محكمة الاستئناف التابع لنفوذها مكتبه.

إلا أن المشرع استثنى و في حالة الظرف القاهر، أجاز للعدل، و بعد الحصول على إذن القاضي المكلف بالتوثيق، تلقي الوصية بعقار بمكان وجود الموصي. (المادة 14 من القانون 16.03).

أما إذا تعلق الأمر بعقار أو عقارات تتنازعها دائرتان أو أكثر، و لم يتفق أرباب الشهادة و لم يحصل منهم اجماع على دائرة استئنافية محددة، عين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الذي رفع إليه الأمر أولاً، الدائرة التي يقام فيها الإشهاد بأمر مبني على طلب الطرف الذي بادر برفع المشكل إليه. (المادة 15 من القانون 16.03).

¹ - ذ محمد حداوي، مرجع سابق، <http://khotatladala.blogspot.com/2012/05/3908.html>

² - دكبري محمد، مرجع سابق، ص 76.

فتعزيز رسمية التصرفات العقارية هو النظام نفسه الجاري به العمل في قوانين الدول الاخرى. و هي الأدلة الكتابية التي تتضمن اتفاقات و التزامات المتعاقدين؛ يتم إنجازها من طرف من لهم صلاحية التوثيق، وفق اجراءات و شكليات¹ قانونية، وتكتسي الحجية القوية في الاثبات لا يمكن استبعادها أو الطعن فيها إلا بسلك مسطرة الزور.

الفقرة الثالثة : الأهداف التي يروم المشرع تحقيقها من خلال المادة 4 من القانون 39.08.

يروم المشرع من خلال إلزامية تحرير التصرفات العقارية و كذا إنشاء الحقوق العينية أو تعديلها أو نقلها أو إسقاطها، من طرف موثق أو عدل أو محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض، مجموعة من الاهداف:

* **الحفاظ على استقرار المعاملات:** يراهن المغرب على قطاع العقار حتى يكون رأس قطار التنمية؛ فهو ترتبط به عدة قطاعات صناعية و و حرفية في غاية الأهمية، كما أنه يخلق العديد من فرص الشغل المباشرة و غير المباشرة؛ و تفاديا للنزاعات التي قد يخلقها عدم توثيق المعاملات العقارية أو توثيقها من طرف غير مختصين؛ و حفاظا على استقرار المعاملات؛ جعل المشرع تحرير التصرفات العقارية لا يكون إلا من طرف الموثق أو العدل أو المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض².

* **الحفاظ على حقوق الخزينة :** على اعتبار أن القطاع العقاري من أهم القطاعات التي تساهم في خلق الثروة، فإنها تحرص كل الحرص على استخلاص الضرائب و الرسوم.

حيث كانت المحررات العرفية لا تخضع للتسجيل، الشيء الذي يحرم خزينة الدولة من مجموعة من الموارد المهمة.

و حماية هذه الحقوق، تنص المادة 95 من مدونة تحصيل الديون العمومية:" في حالة انتقال ملكية عقار أو تفويته يتعين على العدول أو الموثقين أو كل شخص آخر يمارس مهام توثيقية أن يطالبوا بالادلاء بشهادة مسلمة من مصالح التحصيل تثبت أداء حصص الضرائب و الرسوم المثقل بها العقار برسم السنة التي تم فيها انتقال ملكيته أو تفويته و كذا السنوات السابقة و ذلك تحت طائلة إلزامهم بأدائها على وجه التضامن مع

الملزم". و نفس المقتضى تؤكد المادة 139 الفقرة 4، من المدونة العامة للضرائب، التي تمنع العدول

وغيرهم ممن يزاول مهام توثيقية، من تحرير هذا النوع من العقود ما لم تسلم اليهم الشهادة أعلاه³.

* **مسؤولية محرر الوثيقة:** لا يتحمل محرري العقود العرفية أي التزام جراء الاخطاء المهنية التي يمكن أن يقوموا بها. فلا يوجد أي مقتضى يلزمهم بكتابة اسمهم و صفاتهم و امضاءهم جنبا الى جنب مع أطراف المعاملة، مما يعرض الحقوق للضياع⁴.

¹ - راجع مثلا بهذا الصدد المواد 27، 28، 29، 30، 31، من خطة العدالة. و المادة 95 من مدونة تحصيل الديون العمومية، المادة 139 من المدونة العامة للضرائب. المادة 14 من قانون التسجيل.

² - د كيبوري محمد، مرجع سابق، ص 77.

³ - د. كيبوري محمد، مرجع سابق، ص 78.

⁴ - د. كيبوري محمد، مرجع سابق، ص 79.

و هذا عكس الحالة التي يتم فيها تحرير الوثيقة الرسمية من طرف المؤهلين حيث يسألون عن أخطاءهم، مسؤولية تأديبية أو مدنية أو جنائية، كلما أحل المحرر بأحد الواجبات العامة التي تفرضها مهنته، أو تسبب بخطئه في ضرر للغير، أو خالف مقتضيات القانون الجنائي.

و من أجل حماية أطراف المعاملة، من الأخطاء المهنية، فرض المشرع إبرام التصرفات في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الفقرة الرابعة: المحرر الرسمي و جزاء الاخلال به.

تعتبر الرسمية وصف يضيفه القانون على عقود الأطراف و اتفاقاتهم متى أنجزت بمعرفة أشخاص لهم صلاحية التوثيق وفق إجراءات شكلية محددة تجعل البيانات و الوقائع الواردة فيها و التي شهد الموثقون تحت مسؤوليتهم بحصولها أمامهم ذات حجية قوية في الاثبات لا يجوز الطعن فيها الا بسلوك مسطرة الزور.

و يعتبر كل من العدول و الموثقين من لهم الأهلية لإبرام المحررات الرسمية. وسنكتفي في هذه الفقرة بتناول رسمية الوثيقة المحررة من طرف العدول، بياناتها؛ ثم الجزاء الذي رتبته القانون عند الاخلال بها.

أولا: رسمية الوثيقة العدلية:

تتميز الوثيقة العدلية بكونها تساهم فيها عدة جهات، و تمر بمراحل عدة، فمن المنطقي إذن التساؤل

عن الجهة المسؤولة عن إكسابها صفة الرسمية، أيتم ذلك لدى العدلين، أم عند خطاب القاضي أم في كلا المرحلتين؟

1- هل الرسمية مرتبطة بالعدلين؟

بالرجوع إلى الفصل 418 من ق.ل.ع، نجد ينص على أن الورقة الرسمية يجب أن يتلقاها الموظفون العموميون.

في حين إن القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، جعل من مهنة العدول مهنة حرة تمارس حسب الاختصاصات و الشروط المقررة في هذا القانون و في النصوص الخاصة (الفصل 1).

وبالتالي فممارسة العدالة مهنة حرة بصريح هذا الفصل، و من تم لا يعتبر العدل موظفا عموميا، ولا يخضع لقانون الوظيفة العمومية؛ و من تم فهو لا يضفي على الشهادة العدلية صفة الرسمية، وأن هذه الشهادة لا تقوم لها قائمة بمجرد تلقي العدلين و توقيعها¹.

و يتضح مما سبق، أن أن العدل لا يضفي طابع الرسمية على الوثيقة التي يحررها، بمجرد التوقيع عليها، و تكون الوثيقة من الناحية القانونية غير تامة (وفقا للمادة 35 من القانون 16.03)؛ و من زاوية فقه التوثيق فهي تعد مجرد زمام، واعتبرها البعض وثيقة عرفية حسب مفهوم الفصل 423 من ق.ل.ع.²

2- هل الرسمية مرتبطة بخطاب القاضي؟

تنص المادة 35 من قانون خطة العدالة في فقرتها الأخيرة: " ... لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة

بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية."

يبدو إذن من هذه المادة أن الخطاب إجراء لازم لرسمية الوثيقة المحررة من طرف العدول، فهو الذي يضفي الرسمية على الوثيقة العدلية، أيا كانت أصلية أم استرعائية.

فالوثيقة الرسمية لا تكون رسمية إلا إذا كانت تامة، ولا تكون تامة إلا إذا كان مخاطبا عليها من طرف القاضي المكلف بالتوثيق³. و هذا ما يؤكد أيضا نص الفصل 418 من ق.ل.ع حين اعتبر الأوراق المخاطب عليها من طرف القضاة في محكمهم أوراقا رسمية.

و يقصد بالخطاب، إعلام القاضي المخاطب على الرسم و إخباره من يقف عليه ليعمل بمقتضاه بما ثبت عنده من عدالة شهود، ويكون بالاداء و الاعلام⁴. و صيغته كما جاء في المادة 35 من خطة العدالة: " الحمد لله أعلم بأدائها ومراقبتها".

و هذا ما سار فيه قضاء محكمة النقض حين اعتبرت أنه يجب تنحية الرسم غير المخاطب عليه من المناقشة⁵، و بالتالي استبعاد حجيته.

¹ - عبد العزيز فتحاوي، اللغيف العدلي و دوره بمدونة الأسرة، الطبعة 5 (دون إشارات أخرى)، ص 51.

² - ادريس بلمحجوب، من أهم توجهات المجلس الأعلى و رقابته في مجال شروط و تقنيات تحرير الوثيقة العدلية و صحتها، منشور ب: توثيق التصرفات العقارية. منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش. الطبعة الثانية 2005. ص 242.

³ - عبد العزيز فتحاوي، مرجع سابق، ص 52.

⁴ - عبد العزيز فتحاوي، مرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁵ - قرار مدني، عدد 45 صادر بتاريخ 07/03/11، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 16، ص 40. أورده عبد العزيز فتحاوي، مرجع نفسه، ص 52.

ثانيا : بيانات الوثيقة العدلية العقارية :

لأهمية الوثيقة العدلية من حيث الإثبات، و حتى ترتب أثرها القانوني، لا بد و أن تتوفر فيها مجموعة من البيانات كالتالي :

1- بيان هوية المتعاقدين و التنصيص على معرفتهم :

أوجبت الضوابط التوثيقية، على عدلي الإشهاد حين تلقي الشهادة و حين تحريرها، بيان أسماء الأطراف المتعاملين و ذكر كل ما يميزهم عن غيرهم و يعينهم بأشخاصهم، بتحديد أسماءهم الشخصية و العائلية و اسم الأب و الجد، و حرفهم مع الإشارة إلى بطاقة التعريف الشخصية، و عناوينهم بكيفية تامة.

2- بيان المشهود فيه :

يلزم العدل أن يحدد المشهود فيه و أن يصفه وصفا تاما، بذكر نوعه بكل تدقيق. فإذا تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ و جب تعيينه بذكر اسمه ورقم رسمه العقاري أو رقم المطلب، و إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ و جب تحديد مساحته وصفاته و حدوده من الجهات الأربع مع توضيح هذه الحدود بما يميزها من الأشياء الطبيعية و ذكر قيمة العقار بجميع أنواعه.

3- بيان المشهود به :

يجب على الشاهد الموثق أن يبين المشهود به، ببيان نوع المعاملة و ذكر اسمها والشروط المتفق عليها بين الطرفين و ما التزم به كل واحد منهما للآخر و كل ما يتعلق بالأجلا والمقادير¹.

4- ذكر معرفة قدر ما وقعت فيه الشهادة والأتمية :

يشترط الفقهاء ذكر معرفة القدر في كل عقد مبني على المكايسة و المشاحنة و عدم جواز الجهل²

، و ينص في العقد على أنهم عرفوا ذلك، و يكون هذا واجبا في عقود المعاوضة درءا لوقوع الغرر فيها؛ دون العقود التي لا عوض فيها لأنه يجوز فيها الجهل بمقدار ما وقع فيه التبرع.

كما يجب تضمين الوثيقة بالأتمية أو بالأكمالية المعتبرة حسب فقه التوثيق كناية عن الطوع و الرشد و صحة الغقل و الجسم.

5- تحديد تواريخ الشهادة العدلية :

يجب أن تتضمن الوثيقة العدلية وفقا للقانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، مجموعة من التواريخ (المواد 33،27 من 16.03 و المادة 33 من المرسوم التطبيقي له). و تواريخ الوثيقة العدلية متعددة: تاريخ التلقي، تاريخ

¹ - احمد براءة غزبول، الدليل العملي للعقار غير الحفظ و رفاقه، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة الدراسات و الابحاث، العدد 2، الطبعة الثانية، أبريل 2007، ص 61.

² - احمد براءة غزبول، مرجع نفسه، ص 62.

التحرير، تاريخ التسجيل ، تاريخ التضمنين و تاريخ خطاب القاضي. و تكون وفق التقويم الهجري و ما يوافقها من التقويم الميلادي.

و هذه الدقة بالتاريخ والساعات تعتبر من أضبط الأمور في علم الوثائق، وتكمن أهمية ذلك في إزالة التعارض الذي قد يقع، وبالتالي الترجيح بين الوثائق.

6- أداء العدول شهادتهم و خطاب القاضي على الوثيقة :

يعرف ابن عرفة أداء الشهادة" بأنه إعلام الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به"¹. ويؤديها العدلان لدى القاضي المكلف بالتوثيق، و ذلك بتقديم وثيقها إليه مكتوبة وفق المقتضيات المقررة في قانون خطة العدالة، وفي النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه بقصد مراقبتها و الخطاب عليها(المادة 34)؛ و يضع العدلان عليها شكلهما و اسمهما الكامل.

و يضيفي خطاب القاضي بالثبوت على الوثيقة صفة الحجة، وتعتبر ورقة رسمية، مستقلة عن شاهدها¹. و الرقابة القضائية في التوثيق العدلي تنصب على الشكل و المضمون، في حين لا يخضع التوثيق العصري لهذه الرقابة القبليّة من حيث إضفاء الرسمية على المحررات².

ثالثا : جزاء الإخلال برسمية الوثيقة العقارية :

يترتب عن تخلف شرط من شروط صحة الورقة الرسمية بطلانها، إلا أنها قد تتحول إلى ورقة عرفية إن كانت موقعة من الأطراف، طبقا لنظرية تحول التصرف المنصوص عليها في الفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث إذا أبطل الالتزام باعتبار ذاته، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير؛ لكن هذا التحول مشروط بأن لا تكون الشكلية شكلية انعقاد كما هو الأمر في التصرفات العقارية، كما لا يعتبر تاريخ الورقة الرسمية الباطلة تاريخا رسميا ثابتا، حتى لو صلحت هذه الورقة الباطلة أن تكون ورقة عرفية صحيحة³.

و هذا ما يتأكد من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية التي رتب البطلان كجزاء قانوني لعدم احترام واجب توثيق التصرفات العقارية، و هو بطلان ينصب على إجراء شكلي، هو عدم التحرير على الوجه المطلوب.

و للبطلان نتيجتان :

¹ - احمد براءة غزبول، مرجع سابق، ص 64.

² - ادريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص 241.

³ - أمينة ناعمي، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية و اجتهادات محكمة النقض. منشور ب النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء 39.08. منشورات

* انعدام الأثر: ينتج عن تقرير البطلان لكل عقد تم تحريره من غير المحررين المعتمدين، انعدام كل أثر له، سواء بين المتعاقدين أو إزاء الغير حيث جاء في الفصل 306-1: " إن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له".

* استحالة إجازة العقد الباطل: إن العقد المحرر في المادة العقارية من لدن غير من عينه المشرع

يكون باطلاً، فهو يولد ميتاً ولا مجال لإجازته¹، لأنه معدوم والعدم لا يصير موجوداً ولو أجاز². ذلك أن المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، حددت على سبيل الحصر، جهات تحرير العقود تحت طائلة البطلان³.

الخاتمة:

حاولنا من خلال هذا العرض الإحاطة بالسياق، الذي جاء فيه الاهتمام بتنظيم وتحديث القوانين والنصوص التنظيمية المرتبطة بالتوثيق العدلي. وعملنا من خلاله على الوقوف على أهم مستجدات التوثيق التي أقرها القانون الجديد لخطة العدالة، وأيضاً على أوجه الجدة في مختلف المدونات، سواء تعلق الأمر بمدونة الأسرة، أو بمدونة الحقوق العينية؛ لنستشف منها سير المشرع نحو تكريس رسمية الوثائق العدلية وخصوصاً منها المتصلة بالعقار، وذلك صيانة للحقوق وحفاظاً على استقرار المعاملات.

و لعل ازدواجية القوانين التي تطبع التوثيق، واختلاف الثقافة القانونية للممارسين في مجال التوثيق، فضلاً عن ظهور التوثيق المعلوماتي (المحركات الالكترونية)، يقتضي وضع قواعد مشتركة لنظام التوثيق في انتظار توحيد مجالاته، وإقرار مبدأ رسمية العقود في الأموال و الحقوق و الالتزامات. و هو تحد يطرح أكثر من تساؤل، يأتي في مقدمتها مدى توفيق المشرع إلى هذه الحدود في تحقيق ما تم رسمه من أهداف.

* القرآن.

الكتب:

* العلمي الحراق: مدونة الأسرة و التوثيق العدلي - دراسات و تعاليق -، الطبعة الأولى 2005.

* محمد الشتوي: المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، الطبعة الأولى 2001.

* نيفين محمد محمود، جامعة الأزهر، دراسة و نشر لنماذج من وثائق الرجعة في العصر العثماني.

* عبد المجيد بوكير: التوثيق العصري المغربي، الطبعة الثانية 2010.

1 - عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الارادي للالتزامات. العقد، الكتاب الاول، تكوين العقد. الطبعة الاولى 2006، ص 523.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2009، بيروت لبنان، ص 565.

3 - لذلك فإن خلو الرسوم العدلية من الخطاب الذي يحمل دلالة أداء الشهادة أمام قاضي التوثيق يعتبر موجبا لتجربتها من طابعها الرسمي، وفق ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2

يونيو 1985 الذي ورد فيه: " لكن حيث إن رسم الشراء المحتج به حرر من طرف شخص عرف به بأنه كان وقت تحريره عدلا، غير أنه لم يؤد شهادته عند القاضي الذي عدله، فتبقى شهادته بدون

أداء محض زمام لا يصح الاحتجاج به، والحكمة غير ملزمة بمناقشة حجة باطله، لان الباطل لا يحتج". وأوردته أمينة ناعمي، مرجع سابق، ص 71.

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2009، بيروت لبنان.

* عبد العزيز فتحاوي، الليفي العدلي و دوره بمدونة الأسرة، الطبعة 5 .

* عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الارادي للالتزامات. العقد، الكتاب الاول، تكوين العقد. الطبعة الاولى 2006.

المقالات والمدخلات :

* أمينة ناعمي ، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية و اجتهادات محكمة النقض. منشور ب النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء 39.08. منشورات مجلة الحقوق .الاصدار الخامس، ماي 2012.

* احمد براءة غزيول، الدليل العملي للعقار غير المحفظ و رفاقه، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة الدراسات و الابحاث، العدد 2، الطبعة الثانية، أبريل 2007.

* ادريس بلمحجوب، من أهم توجهات المجلس الاعلى و رقابته في مجال شروط و تقنيات تحرير الوثيقة العدلية و صحتها، منشور ب : توثيق التصرفات العقارية. منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش. الطبعة الثانية 2005.

* أحمد خرطة، اختصاصات العدول من خلال حقوقهم و واجباتهم، قراءة في مواد القانون المنظم لخطة العدالة، نص المدخلة التي القيت في ندوة اصيلة يوم 2006/04/29.

* حسن زرداني، قراءة في المادة 12 من قانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية. منشور ب: توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش.سلسلة الندوات و الايام الدراسية، العدد 33.

* عبد الكريم الطالب : توثيق الايجار المفضي الى تملك العقار. منشور ب: توثيق التصرفات العقارية ، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش.سلسلة الندوات و الايام الدراسية، العدد 33.

* محمد الخضراوي، شرط الكتابة في بيع العقار في طور الانجاز بين غايات التشريع و اكرهات الواقع. منشور ب: توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية مراكش.سلسلة الندوات و الايام الدراسية، العدد 33.

* كبوري محمد: قراءة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية. منشور ب : النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق.الاصدار الخامس.

المواقع :

* شكري الاجراوي : خطة العدالة: الواقع و الافاق، منشورة بموقع
www.ordreadouls.ma/ma9al/khota.pdf

* محمد ساسيوي - رئيس المجلس الجهوي لعدول مكناس-: دراسة: مدونة الحقوق العينية تؤكد رسمية العقود في
التصرفات العقارية؛ منشور بموقع مدونة القانون المغربي
[. http://droitmarocma.blogspot.com/2012/10/blog-post_4091.html](http://droitmarocma.blogspot.com/2012/10/blog-post_4091.html)

* محمد حداوي ، تكريس مبدأ الأمن القانوني من خلال القانون رقم 39.08 المتعلق بمدون الحقوق العينية- قراءة
في بعض مقتضياتها. منشور بتاريخ 25 ماي 2012 بموقع منتدى السادة العدول الموثقين .
<http://khotatladala.blogspot.com/2012/05/3908.html>

المسؤولية التقصيرية في إطار حوادث السير

على ضوء الفصل 88 من ق.ل.ع



أحمد بحمان : طالب بسلك الماستر

تخصص القانون والممارسة القضائية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية - السويسي-الرباط

تقديم :

إن المسؤولية كما عرفها الأستاذ روني سافاتي René Savatier هي التزام يمكن أن ينطبق على شخص يلزم بتعويض خسارة يتسبب فيها للغير إما بسبب فعله أو بسبب فعل أشخاص أو أشياء يوجدان تحت رعايته أو مسؤوليته¹.

ومن هذا المنطلق فإن المسؤولية إما أن تكون جنائية أو مسؤولية مدنية والتي تنقسم بدورها إلى مسؤوليتين عقدية وتقصيرية وهذه الأخيرة هي موضوع هذا العرض لكن في إطار حوادث السير على ضوء الفصل 88 من ق.ل.ع .

فكما هو معلوم فإن المسؤولية التقصيرية أو العمل غير المشروع يعد من أهم مصدر من مصادر الالتزام وهو ما أكده المشرع المغربي في الفصل الأول من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على أنه " تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات وعن التصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وأشباه الجرائم " وقد عبر المشرع المغربي عن المسؤولية التقصيرية بالجرم وشبه الجرم، وبذلك يمكن تعريف المسؤولية التقصيرية بأنها ذلك الفعل الضار الذي يصدر عن شخص عن عمد (الجرم) أو عن غير عمد (شبه الجرم) فيسبب ضررا للغير يترتب عليه التزامه بإصلاحه عن طريق التعويض، والمسؤولية التقصيرية قد تنشأ على عاتق الشخص بسبب ما صدر منه من أفعال أحدثت ضررا للغير، كما تنشأ على عاتقه أيضا نتيجة الأضرار التي تحدث من فعل أشخاص آخرين يخضعون لرقابته وقد تترتب المسؤولية كذلك على حدوث أضرار من حيوان أو أشياء أخرى يتولى حراستها، ويعد

¹ - محمد العزوزي- أبحاث فقهية وقانونية مدعمة باجتهادات قضائية- طبعة 2012- مطبعة الأمنية- الرباط- صفحة 76-77.

موضوع المسؤولية التقصيرية عن حوادث السير من ضمن المواضيع التي أنتجه التطور الحاصل في المجتمعات على جميع المستويات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والأخلاقية، وتحضى المسؤولية التقصيرية عن حوادث السير باهتمام كبير من قبل الباحثين والدارسين في المجال القانوني والقضائي، ويرجع ذلك بالأساس إلى الارتفاع المهول الذي تعرفه نسبة حوادث السير في الآونة الأخيرة رغم الترسنة القانونية الضخمة التي تنظم هذا الميدان.

إضافة إلى أن المسؤولية التقصيرية عن حوادث السير تشكل أبرز القضايا التي تعج بها المحاكم المغربية.

فقد عالج المشرع المغربي المسؤولية التقصيرية في حوادث السير من خلال القواعد العامة من خلال الفصل 88 من ق.ل.ع، ولم يقف المشرع المغربي عند هذا الحد بل ذهب إلى أبعد من هذا، وذلك بإخضاع العربات ذات المحرك للتأمين الإجباري للسيارات بمقتضى ظهير 20 أكتوبر 1969 الذي تم إلغاؤه بموجب قانون 17.99 المتعلق بقانون التأمينات إضافة إلى ظهير 1984 المتعلق بالتعويض ضحايا حوادث السير، وصولاً إلى القانون الجديد 05.52 المتعلق بمدونة السير.

من خلال ما سبق يتضح أن المنظومة التشريعية المتعلقة بميدان حوادث السير تمتاز بتشعب وتباين فروعها، إلا أنه سنحاول من خلال هذه الأسطر المتواضعة أن نعالج الموضوع في إطار الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، وبهذا نتساءل كيف استطاعت المادة 88 من ق.ل.ع توفير الحماية اللازمة للمتضرر من حوادث السير باعتباره طرفاً ضعيفاً؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية نقترح تناول هذا الموضوع وفق التقسيم التالي :

الفقرة الأولى : نطاق الفصل 88 من ق.ل.ع.

الفقرة الثانية : توجهات القضاء المغربي في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع.

الفقرة الأولى: نطاق الفصل 88 من ق.ل.ع.

إن إلقاء نظرة على مقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع¹، يتبين أن المشرع المغربي قد واكب التطور الآلي وأعطى لركن الضرر أهمية بالغة إلى درجة تكاد تعجز الحارس عن الأشياء أن يجد السبب لإبعاد المسؤولية عنه، فمقتضيات هذا الفصل تجعل على كاهل الحارس عن الأشياء مسؤولية مفترضة، وهو مبدئياً مسؤول عن الضرر الذي أحدثته الأشياء التي في حراسته، ولأجل أن يبعد هذه المسؤولية المفترضة يتعين عليه أن يثبت أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع وقوع الضرر وأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي أو قوة قاهرة أو لخطأ المضرور².

وبذلك يكون المشرع المغربي قد شدد في وسائل دفع المسؤولية عن حارس السيارة حينما اشترط الشرطين المزدوجين الواردين في الفصل 88 من ق.ل.ع مما يتضح أن غاية المشرع من هذا كله توفير الحماية الكافية للمتضرر بحيث جعل عبء الإثبات على حارس السيارة وهو ما يشكل خروج عن المبدأ العام الذي يجعل عبء الإثبات على المدعي إذ البيئة على من ادعى وهذا يبين بجلاء اتجاه المشرع المغربي نحو توفير حماية أكبر لضحايا حوادث السير،

¹ - نصت مقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع على أن " كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذ يتبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك مالم يثبت : أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر

وأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي، أو لقوة قاهرة، أو لخطأ المضرور

² - محمد العزوي- أبحاث فقهية وقانونية مدعمة باجتهاادات قضائية- مرجع سابق، ص 84.

وبذلك يمكن القول أن الفصل 88 من ق.ل.ع يعتبر قرينة الخطأ التي بنيت عليها مسؤولية حارس السيارة قرينة قاطعة لا يجوز معها للمسؤول دفع مسؤوليته، إلا إذا أثبت أنه فعل ما كان ضروريا لمنع وقوع الضرر وأن الضرر يرجع إما لظرف طارئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور، إلا أن تحقق مسؤولية حارس السيارة يستوجب توفر شروط اشترطها المشرع وفق مقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع وهي أن يكون الشخص حارسا للسيارة (أولا) ثم أن تحدث السيارة ضررا للغير (ثانيا).

أولا : أن يكون الشخص حارس السيارة :

يقتضي هذا الشرط أن تكون السيارة في حراسة¹ الشخص حتى يسأل عن الأضرار التي تحدثها هذه السيارة والحراسة إما أن تكون قانونية أو فعلية ويقصد بالأولى أن تكون للحارس سلطة قانونية تمكنه من استعمال تلك السلطة أحيانا من التصرف في السيارة تصرفا عاديا أو قانونيا في الحدود التي يسمح بها القوانين والأنظمة، أما الثانية أي الحراسة الفعلية فتثبت كلما انتفى السند القانوني الناقل للحق العيني أو المولد للحق الشخصي الذي يرد على السيارة موضوع الحراسة، فالسلطة تكون هنا مجرد سلطة فعلية فقط. وهكذا فاستعمال السيارة واستغلالها يتولد عنها حراسة فعلية وليست قانونية وبالتالي فحراسة الشيء الورد في الفصل 88 من ق.ل.ع يقصد به كل شيء مادي غير حي حيث يخرج عن دائرة الحيوانات التي تخضع لأحكام الفصل 86 من ق.ل.ع، ومن أمثلة الأشياء بالإضافة إلى السيارة نجد المصاعد، الآلات الميكانيكية والعقارات بالطبيعة والعقارات بالتخصيص.

ثانيا : أن تحدث السيارة ضررا للغير :

تتحقق مسؤولية حارس السيارة متى كان تدخل السيارة إيجابيا تسبب في إحداث الضرر للغير، فالسيارة التي تسير في الطريق بسرعة فتصيب أحد المارة فتكسر ساقه يعتبر تدخله في هذه الحالة تدخلا إيجابيا، أما إذا كان دورها سلبيا كأن يرتطم أحد المارة بسيارة واقفة في مكانها الطبيعي، فأحدثت له جروحا بليغة ففي هذه الحالة لا تقوم مسؤولية حارس السيارة²، وبذلك فإن حارس السيارة يسأل وفق مقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع إذا كان تدخل السيارة تدخلا إيجابيا ويكون لهذا التدخل دورا مباشرا في حصول الضرر، إلا أنه يمكن أن تترتب مسؤولية حارس السيارة إلى الوقوف في مكان ممنوع أو في وضعية غير قانونية كأن يوقف السيارة في منحدر دون أن يقوم بما يلزم لمنع تدحرجها، ففي هذه الحالة يكون حارس السيارة مسؤولا عن الضرر الذي تسببت فيه السيارة ولو كانت في وضعية سلبية، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار صادر عنه حيث ورد في "وبما أن محضر الحادثة يفيد أن سبب تدحرج السيارة من المنحدر هو ركنها من طرف حارسها القانوني به، وهذا يقتضي اتخاذ كل ما يلزم لمنع تدحرجها فإن محكمة

¹- حدد الأستاذ محمد الكشور المقصود بالحراسة بقوله : " وتعني الحراسة كقاعدة عامة أن تكون للشخص الحارس سلطة استعمال الشيء ورقابته وتوجيهه إما بنفسه أو بواسطة الأشخاص الآخرين الذين يسأل عنهم مدنيا في إطار الفصل 85 من ق.ل.ع لمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع راجع:

- محمد الكشور - حراسة الأشياء ، طبيعتها وآثارها، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية 1990 مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء.

²- محمد البوشوري- المسؤولية المدنية " العقديّة والتقصيرية"- سلسلة محاضرات جماعية ميسرة ، مطبعة أشرف تاسيلا أكادير- الطبعة الأولى ، ص 62.

الموضوع، والحال ما ذكر عندما اعتبرت أن حارس الشيء قد فعل كل ما كان ضروريا، لتفادي الحادث وحملت المسؤولية كاملة للطبعة تكون خرقت الفصل 88 من ق.ل.ع المحتج به وعرضت قرارها للنقض¹.

وكاستنتاج عام يمكن القول أن غالب الحوادث التي تقع ترتبط بحالة الفعل الإيجابي للسيارة أي أثناء حركتها أما حالة الفعل السلبي فهي حالات نادرة ومن هذا المنطلق فالتدخل الإيجابي للسيارة لا يعني بالأساس الاتصال المباشر²، فقد تطلق سيارة آلة التنبيه بشكل مزعج وغير طبيعي فتفزع أحد المارة فيقع أرضا فيصاب بجروح بليغة، فتحقق مسؤولية حارس السيارة في هذه الحالة وأمثالها³.

الفقرة الثانية: توجهات القضاء المغربي في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع:

سبق لنا أن قلنا أن المشرع المغربي قرر اعتبار قرينة الخطأ التي بنيت عليها مسؤولية حارس الأشياء قرينة قاطعة لا يجوز معها للمسؤول دفع مسؤوليته إلا إذا أثبت أنه فعل ما كان ضروريا لمنع وقوع الضرر وأن الضرر يرجع وقوعه إما إلى ظرف طارئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور، ونجد القضاء قد تبني نفس التوجه من خلال العديد من قرارات المجلس الأعلى {محكمة النقض حاليا} التي ضيقت الخناق على حارس الناقلة أو السيارة إلى درجة أنه لا يمكن أن تنتفي عنه المسؤولية إلا إذا توفر الشرطين الواردين في الفصل 88 من ق.ل.ع. وبناء عليه فإن تطرقنا لتوجهات القضاء في هذا الإطار سينكب على الجانبين الأول يرتبط بإثبات عدم الخطأ من جانب حارس السيارة كوسيلة لدفع المسؤولية عنه والثاني سنتطرق فيه إلى خطأ المضرور كوسيلة لدفع المسؤولية عن حارس السيارة.

أولا: إثبات عدم الخطأ من جانب حارس السيارة كوسيلة لدفع المسؤولية عنه:

سيلاحظ من خلال الإطلاع على اجتهادات المجلس الأعلى أن أساس مسؤولية حارس السيارة مبني على الخطأ المفترض وهذا ما أكدته بعض قراراته حيث ورد في قرار عنه " تكون المحكمة قد طبقت خاطئا قواعد المسؤولية وخرقت الفصل 88 من ق.ل.ع عندما قضت بعدم مسؤولية السائق في حين أن المحكمة لاحظت في حكمها، أن السيارة اصطدمت بمجموعة أشجار فانقلبت مرات متعددة وأنه مات من جراء الحادث أربعة أشخاص كانوا يركبون على متنها، في حين أن هذه الأفعال تجعل حارس السيارة مسؤولا عن الضرر الذي تسببت فيها السيارة إلى أن يثبت

¹ - قرار المجلس عدد 3764 الصادر بتاريخ 2008/11/5 في الملف المدني عدد 2007/5/1/1153. حنان عازم - تشطير المسؤولية المدنية في حوادث السير خطأ المضرور نموذجا دراسة على ضوء قرارات المجلس الأعلى - رسالة لنل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة لسنة 2010، ص 17-18.

² - وقد اختلف الفقهاء حول تحديد متى تكون السيارة في حالة التدخل الإيجابي والمباشر في حدوث الضرر، فاشتراط البعض لوجود فعل السيارة أن تكون قد اتصلت اتصالا مباشرا بالمضرور أو بمحل الضرر بتحقيق التلامس المادي بينهما، ورأى البعض الآخر أن فعل السيارة لا يتحقق إلا إذا كانت وقت حدوث الضرر في حالة حركة.

لمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع راجع:

- حنان عازم - تشطير المسؤولية المدنية في حوادث السير - ص 17-18، مرجع سابق.

³ - محمد البوشوري - المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) ص 62 مرجع سابق.

إعفائه أولاً بأنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر وثانياً بأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي أو لقوة القاهرة أو لخطأ المضرور.¹

فهذا القرار جعل إثبات عدم الخطأ من طرف حارس السيارة لا يكفي لدفع المسؤولية عنه بل لابد أن يثبت أن الضرر يرجع للقوة القاهرة أو لحدث فجائي أو لخطأ المضرور.

كما جاء في قرار آخر أنه " فلا يكفي أن يطلب من الحارس عدم ارتكاب خطأ بل المطلوب منه القيام بعمل إيجابي أو اتخاذ الاحتياطات الخاصة تفرضها الظروف لتجنب الحادث "2، ويلاحظ أن الاجتهاد القضائي ضيق الخناق عن حارس السيارة إلى درجة لا يمكن أن تنتفي مسؤوليته، بل أكثر من فقد ذهب القضاء إلى ابعده من ذلك من خلال عدم الأخذ بالحكم بالبراءة الجنائية لفائدة الحارس واعتبر أن الحكم بالبراءة الجنائية لا يشكل دليلاً على أن الحارس قد قтам بكل ما في استطاعته لتجنب وقوع الضرر، وبالتالي فإن براءة الحارس جنائياً لا يستتبع بالضرورة انتفاء الخطأ التقصيري إذ يجوز للمضرور متابعة الحارس وفقاً لمقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع حتى ولو صدر الحكم بالبراءة على الحارس جنائياً، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في العديد من قراراته.³

ثانياً: خطأ المضرور كوسيلة لدفع المسؤولية عن حارس السيارة :

يعرف هذا الجانب المتعلق بدفع المسؤولية عن حارس السيارة بسبب خطأ المضرور تضارباً في المواقف والآراء القضائية، فتارة تحمل حارس السيارة كامل المسؤولية رغم خطأ المضرور ووفقاً لمبدأ الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس وتارة أخرى تعفي حارس السيارة من المسؤولية أو تحاويل تشطيرها بين طرفي الحادث، فبخصوص تحمل حارس السيارة كامل رغم خطأ المضرور جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أنه " لا يكفي للإعفاء من المسؤولية إلى جانب خطأ الضحية تصريح المحكمة بأن المسؤولية كان يسير بسرعة محدودة ومنحاز لليمين، بل يجب أن تبين المحكمة بأسباب ما إذا كان المسؤول في إمكانه أن يوقف السيارة لأنه كان يسير بسرعة محدودة"⁴، كما أكد قرار آخر أنه " يستوجب النقص القرار الذي أعفى الحارس من المسؤولية لمجرد أن الضرر يرجح إلى خطأ الضحية دون أن يبحث ما إذا فعل هذا الحارس حقاً من جانبه ما كان ضروريا لتفادي وقوع الضرر"⁵ كما جاء قرار واضح في هذا الجانب باعتبار أن " أظهر خطأ الضحية في إقدامه على قطع الطريق بصفة تهورية لا يكفي تحميله المسؤولية إلا بعد تبيان الأعمال الضرورية والإنقاذية التي قام بها السائق⁶، فمن خلال هذه القرارات يتضح أن القضاء جعل خطأ الضحية لا يكفي لإعفاء حارس السيارة من المسؤولية، لكنه نجد توجه قضائي آخر يعفي حارس السيارة من المسؤولية أو يحاول تشطيرها ما بين طرفي الحادثة، وهذا ما أكدته قرار صادر عن المجلس الأعلى حيث ورد فيه " عندما أثبت حارس السيارة أنه كان يستحيل عليه القيام بأية محاولة وأن خطأ خصمه كان غير متوقع ولا يمكن تجنبه فإن

¹- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 239 بتاريخ 1969/5/21 - محمد بفقير قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي الطبعة الثانية ص 74.

²- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 240 بتاريخ 1970/5/13 - محمد بفقير - مرجع سابق.

³- قرار عدد 152 صادر بتاريخ 1970/3/11 - محمد بفقير - مرجع سابق ص 74-75.

- قرار عدد 205 صادر بتاريخ 1969/4/23 - محمد بفقير - مرجع سابق ص 74-75.

⁴- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 207 بتاريخ 1971/6/23 - محمد بفقير - ص 76 م.س.

⁵- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 75 بتاريخ 1988/1/6 - محمد بفقير - م.س، ص 76.

⁶- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 205 بتاريخ 1995/4/13 - محمد بفقير - م.س، ص 79.

ذلك كاف بأنه فعل كل ماضي استطاعته لتجنب الضرر وأن الشرطين اللذين يشترطهما الفصل 88 من ق.ل.ع متوفران لدرء المسؤولية المرتكزة على هذا الفصل¹، وجاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش " وحيث يتضح من محضر المعاينة والرسمي للحادث أن السبب في الاصطدام يرجع لخطأ مشترك بين المتهمين يتمثل في السير في الاتجاه الممنوع والتقابل المعيب الأمر الذي ارتأت معه المحكمة تعديل الحكم الابتدائي في المسؤولية بإعادة تشطيرها مناصفة بينهما"².

فمن خلال استعراضنا لمختلف هذه القرارات يتبين كما اشرنا سابقا إلى تضارب الآراء والمواقف القضائية بخصوص تحديد المسؤولية، ويرجع ذلك بالأساس حسب اعتقادنا إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها قضاة الموضوع في تحديد المسؤولية ونسبتها بكاملها إلى حارس السيارة أو تشطيرها بين طرفي الحادث ودون أن يخضع في ذلك لرقابة المجلس الأعلى (محكمة النقض)³.

وكخلاصة فإن الفصل 88 من ق.ل.ع وفر حماية كافية لمضروور من خلال الشروط التي استوجبها لدفع مسؤولية حارس السيارة، لكن هل حافظة القوانين الأخرى المرتبطة بالمسؤولية التقصيرية عن حوادث السير على هذه الحماية؟.

¹- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 256 بتاريخ 1969/6/4 - محمد بفقير - م.س.

²- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 2010/10/21 في الملف عدد 2009/1158.

³- جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2011/4/13 تحت عدد 2/266 في الملف الجنحي عدد 2011/1239 أنه " لكن حيث من جهة فإن تحديد المسؤولية ونسبتها بكاملها أو تشطيرها بين طرفي الحادثة من الوقائع المادية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع لما له من سلطة في ذلك ولا رقابة عليه من طرف المجلس الأعلى ما لم ينسب إليه تعريف أو تناقض مؤثران الشيء الغير الثابت في النازلة.

مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام الإجرائي لمسؤولية المهنيين

(دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)



بن طرية معمر : أستاذ باحث في الدكتوراه

قانون خاص بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

مقدمة :

لقد كان مجال حوادث العمل أول ميدان عرف اندماج فكرة الخطر في نظام المسؤولية المدنية، نظراً للقصور الذي أظهره الخطأ في تععيد نظامها، بغية تعويض ضحايا هذه حوادث، و بدأت اثر ذلك النقاشات البرلمانية الأولى في فرنسا، لإيجاد حلول لدواعي تعويض العمال المتضررين جراء استعمال الآلة، و التي تمخضت إلى ظهور أفكار جديدة فرضت نفسها في ظل هذا الواقع، منها فكرة "الخطر المهني -risque professionnel- " أو "الخطر الصناعي -risque industriel- " ¹، و التي من خلالها استنبطت محكمة النقض الفرنسية ² قاعدة عامة للمسؤولية عن فعل الأشياء من فحوى المادة 1384 فقرة 1 قانون مدني فرنسي، أدت إلى قطع تلك الرابطة التقليدية و المعنوية الموجودة بين المسؤولية المدنية و الخطأ، و ذلك بظهور فكرة منافسة لها و المتمثلة في الخطر، و بالضبط الخطر المقابل للمنفعة ³ -risque-profit (ubi emolumentum, ibi onus) ⁴.

و مما لا شك فيه، أن مفهوم الخطر الجماعي امتد في عصرنا هذا إلى كافة النشاطات الإنتاجية و الخدماتية، و التي أصبحت تمثل منشأً لأضرار جسمانية محضة يتسبب فيها غالباً فئات مهنية من منتجين و مؤسسات نقل و أطباء، فأصبح هذا الإطار المهني -le cadre professionnel- في حد ذاته مصدراً لخطر جماعي و مشترك، لأنه يرتبط من جهة بطائفة مهنية معينة تُقدم سلع و خدمات للجُمهور (أطباء، منتجين، صيادلة، مؤسسات نقل...)، و أنه يتعلق من جهة

1 بن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على نظام المسؤولية المدنية للمهنيين، رسالة ماجستير، 2011-2012، جامعة تلمسان، ص.6.

2 Cass.Civ, 16 juin 1896, D.P. 1897, 1, p.433, concl. L.SARRUT, note R.SALEILLES.

3 Christophe JAMIN, La Responsabilité Civile : faute, risque et multiplication des obligations, revue Experts, n°25-12, 1994, p.1-2.

4 و هي عبارة لاتينية مضمونها أنه " حيثما وُجدت المنفعة، هناك يجب أن يكون العبء ".là ou est l'émolument, là doit être la charge. في هذا : Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, 5ème éd., P.U.F, 1996, p.862.

أخرى بمصالح مشتركة لفئة أخرى هي في حالة تبعية اقتصادية لتلك المهنة -situation de dépendance- (مستهلكين، مستفيدين من خدمات...) ¹.

و بالنظر إلى خصوصية هذا الإطار المهني، استشعر جانب كبير من الفقه ضرورة وضع نظام قانوني كفيل بتأطير مسؤولية هذه المهن، ينسجم و وضعية التبعية و الخضوع لهذه الفئة، و يأخذ بعين الاعتبار عاملا السيطرة و التحكم اللذان تبديهما هذه الفئة في مواجهتها لعنصر الخطر -la maitrise du risque- ².

فأخذت فلسفة الخطر هاته تندمج تدريجياً في نظام مسؤولية المهنيين، ابتداءً في مسألة المصوغ القانوني -fondement juridique-، أي أساس البحث عن الشخص المسؤول الملتزم بالتعويض، لكن بالتمعن في تأثير هذه الفكرة نجد أنها لم تبقى منحصرة بسالف والمسألة، بل تحولت بفعلها نمطية دعوى المسؤولية برمتها، من آلية لإثارة مسؤولية الطرف المهني إلى آلية لتكريس حق المضرور في الحماية و التعويض، ثارة بتوسيع مفهوم المضرور صاحب الصفة في إثارة المسؤولية (المطلب 1) و ثارة أخرى باستحداث أوجه للحماية تتوافق مع الطابع الجماعي للخطر (المطلب 2).

المطلب الأول: تكريس الحماية القانونية بغض النظر عن صفة المضرور :

إننا نعيش في ظل تنامي حجم الأخطار المهنية، تدليلاً للقواعد الإجرائية للمسؤولية المدنية لصالح المضرور، فبات مركز المضرور يكفي وحده لاستحقاق الحماية القانونية، و ذلك بغض النظر عن علاقته بمستحدث الخطر.

إذ يعد من المبادئ المستقر عليها من لدن الفقه و القضاء في مجال المرافعات، بأنه ليس لأحد أن يرفع دعوى ما لم يكن حائزاً لصفة و له مصلحة تحول به ذلك ³، باعتبارهما ضابطتان يضمنان جدية الدعوى، وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها، ألا و هي حماية الحق ⁴.

و لا تكاد تخرج دعاوى المسؤولية المدنية عن هذا المبدأ، بحسبانها الوسيلة الكفيلة بتأطير علاقة قانونية طرفاها " المسؤول المتسبب في الضرر" و اللاحق " بشخص مضرور" جراء فعله الضار ⁵.

هذا، و اقترنت المسؤولية المدنية منذ إرساء قواعدها الكلاسيكية في مطلع القرن الماضي بالنظرة الأخلاقية، و التي كانت في إطارها مسؤولية المتسبب في الضرر معلقة على اعترافه لفعل غير مشروع و ملوم أخلاقياً، فكان حق المضرور في التعويض متوقفاً على إثبات هذا الفعل ⁶.

¹ بن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على نظام، المرجع السابق، ص.7.

² François EWALD, Risque et Précaution : La Providence de l'Etat, revue projet, n°261, 2000, p.47.

³ و ذلك حسب المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر عدد 21، 2008، ص. من 2-83، بالإضافة إلى المادة 459 من القانون المدني الجزائري.

⁴ محمد عزمي البكري، الدفوع في قانون المرافعات، دار محمود للنشر و التوزيع، ص.3، الأردن، 2002، ص.947.

⁵ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, L'éthique de la responsabilité, RTD.Civ, 1998, p.9.

⁶ إبراهيم محمد دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع و النشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، د.ت، رقم 122، ص.236.

و توافقت هذه النظرة الكلاسيكية للمسؤولية المدنية، مع أصل كلمة مسؤولية - origine éthimologique-، و التي تركز على الشخص المسؤول على اعتبار أن التزامه بالتعويض يقترن بالطابع الأخلاقي -aspect moral- و الجزائي للتعويض، نتيجة لعمله غير مشروع¹.

فنتج عن هذه النظرة الأخلاقية لقواعد المسؤولية المدنية، تناسي وجهة نظر المضرور و التركيز على المسؤول وحده²، فكأن المضرور هو العنصر السالب -Sujet passif- في العلاقة القانونية، و المسؤول المتسبب في الضرر عنصر فاعلاً -Sujet actif- في نظام المسؤولية المدنية³.

و لكن أمام تعاضد مصادر الخطر في المجتمع المعاصر، فإن الأنظار أصبحت توجه أكثر نحو " النتائج الوخيمة التي ترتبها الأضرار " عوض البحث عن مسبباتها، و من ثم انتقلت الانشغالات إلى الشخص المضرور لكفالة حقه في التعويض، على حساب المسؤول المتسبب في الضرر⁴.

و يُستقرأ من ذلك، أن تجلي مؤشرات الاتجاه الموضوعي للمسؤولية المدنية لم يقصر على تراجع الخطأ فحسب، بل أن تحول نظرة هذه المنظومة إلى مفهوم المضرور شكلت هي الأخرى أحد هذه المؤشرات⁵، و التي أصبحت تركز برأي الأستاذة Yvonne LAMBERT-FAIVRE⁶، مساراً حديثاً لنظام المسؤولية المدنية نحو " وظيفة تعويض الضرر اللاحق بالمضرور " على حساب " وظيفة مساءلة المتسبب في الضرر "، و ذاك توجه مشهود في مجال الأضرار الجسمانية خصوصاً، لأنها تهدد سلامة الكيان الاجتماعي -sécurité du corps social-⁷.

خاصة إذا ما أدركنا أثر هذا التحول الذي يشهده مفهوم المضرور، على النظام القانوني للمسؤولية، باعتباره أحد المضامين المحورية لهذا النظام و التي تكاد تشكل برأي الأستاذ Daniel MAINGUY، " قاعدة للتكتيك القانوني و مؤشراً استراتيجياً يكشف لنا المدى الذي من المأمول أن تصله قاعدة المساءلة "⁸.

و هذا ما نكاد نلمسه من خلال التشريعات الوطنية و الدولية، و التي غدت توسع من مظلة الحماية القانونية، لتشمل كل من شاءت الصدفة أن يقع ضحية المخاطر المتصاعدة التي تفرزها بعض الفئات المهنية من خلال نشاطاتها، مدفوعة بضخامة الأضرار التي تسببها هذه الفئات و التي أصبح مداها يتعدى المصالح الفردية للأشخاص ليطال المصالح العامة و المشتركة للكيان الاجتماعي⁹.

¹ Geneviève VINEY, Traité droit civil, introduction à la responsabilité, op.cit, n°16, pp.18-19.

² إبراهيم محمد دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، رقم 235-236، ص.ص.121-122.

³ Françoise ALT-MAES, Le concept de victime en droit civil et pénal, Rev. Sc. Crim., 1994, p.35.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, L'éthique de la responsabilité, art. Préc., p.4.

⁷ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Droit du dommage corporel, 4^{ème} éd, Dalloz 2000, n°331, p.475.

⁸ « ...Car les définitions sont la base même de la technique juridique ; par la définition d'un terme, on peut mesurer, notamment, l'étendu du champ d'application d'une règle... », Voir : Daniel MAINGUY, Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires, RTD.Com, 1999, p.48.

⁹ و فضل الأستاذ Jean CALAIS-AULOY تسمية هذه النشاطات « بالجرح واسعة المدى délits à grande échelle » و عرفها استناداً إلى المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي بأنها تتطوي « على كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص و يسبب أضراراً واسعة المدى للأشخاص »، كما اعتبر أن ما يميز هذه الأفعال هو عنصر « فداحة الضرر المتسبب فيه enormité du dommage » و ذلك بغض النظر عن كونها أفعالاً عمدية أو غير عمدية، مرتبة لجريمة جزائية أم لا، مرتكبة في إطار تعاقدية أو خارجه، أنظر في هذا :

بن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على نظام ،.....، المرجع السابق، ص.88.

و في هذا الشأن لاحظ الأستاذ Jean CALAIS-AULOY¹، كيف أن كثيراً من الأنظمة الخاصة للمسؤولية المدنية المؤسسة بفضل تشريعات دولية و أخرى أوروبية²، تجمعهم ملامح مشتركة و التي منها:

- أن جُل هذه التشريعات تؤسس لنظام للمساءلة مبني على المخاطر بعيداً عن التأسيس الذاتي القائم على الخطأ، و لعل الغاية من ذلك " تسهيل الوظيفة التعويضية لهذه الأضرار " و بالتوازي تحفيز الفئات المستحدثة للخطر على اتخاذ كل التدابير الضرورية لتفادي إحداث أضرار.
- علاوة على ذلك، فإن معظم هذه الأنظمة تستبعد التفرقة التقليدية المعترف بها في المسؤولية المدنية، بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، كونها لا تتناسب مع الطابع الخصوصي لهذه الأضرار، و التي تهدد سلامة المتعاقدين و الأغيار على حد سواء.

و هو ذات الأمر الذي ترسخ في نظام مسؤولية المنتج وفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 85-374، و الذي أصبح يقترن على حد تعبير الأستاذ Philippe LETOURNEAU³، بالمادة 1 من قانون 85-677 الصادر في 5 جويلية 1985 و الخاص بنظام التعويض عن حوادث المرور⁴، حيث أنه أصبح يستوي وقوع الضرر بفعل مركبة ذات محرك -véhicule à moteur- أو نتيجة لمنتج معيب (يمكن أن تكون المركبة معيبة و العيب ذاته سبباً للحدث)، طالما أن حق التعويض أصبح يتقرر لفائدة المتعاقدين و الأغيار بصفة ماثلة بالنظر إلى وحدة مصدر الخطر⁵.

كما لاحظ الأستاذ Christian LARROUMET⁶، بأن التسوية-assimilation- المشهودة بين المضرورين المضرورين طبقاً للمادة 1386-2 من القانون المدني الفرنسي⁷، و خلافاً للتوجيه الأوروبي، لم تتوقف عند هذا فراحت تسوي بين المضرورين المستهلكين-consommateur- و حتى المهنيين-professionnel- في استحقاقهم للتعويض، و من ثم فانه يتسنى للمهني الذي تضررت مصالحه المالية بفعل المنتج المعيب، أن يثير مسؤولية المهني المنتج لاقتضاء حقه على غرار المستهلك العادي.

هذا و يدل من جهة ثانية، إعمال المادة 1386-1 من القانون المدني الفرنسي⁸ للمصطلح العام و المجرد " المضرور victime "، استفادة كافة المضرورين مهنيين كانوا أم غير ذلك، من أحكام مسؤولية المنتج وفقاً لهذا القانون، و هي ذات الفلسفة المنتهجة من قبل المشرع الفرنسي في العديد من الأنظمة الخاصة للتعويض، و التي

² Jean CALAIS-AULOY, *Les Délits à ...*, art. Préc., pp.381-382.

³ و ذلك على غرار المسؤولية في مجال الطاقة النووية المؤسسة بمقتضى اتفاقية باريس في 29 جويلية 1960، أو المسؤولية الناجمة عن التلوث المستحدث بفعل النقل البحري المؤسسة بمقتضى اتفاقية بروكسل أو المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة بمقتضى التوجيه الأوروبي الصادر في 25 جويلية 1985، أنظر في هذا : Jean CALAIS-AULOY, *Ibidem*.

¹ Philippe LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, 2001, n°421, p.89.

² تقابلها في التشريع الجزائري المادة 1 من الأمر 15-74 المؤرخ في 30 جانفي 1974، ج.ر. عدد 15، 1974، المعدل و المتمم بقانون 88-13 الصادر في 19 جويلية 1988، ج.ر. عدد 29، 1988 و المتضمن إلزامية التأمين عن السيارات و نظام التعويض.

³ و هذا ما يُقتبس أيضاً من المادة 8 من قانون 88-13 المذكور و التي نقرّ أنه " كل حادث سير سبب أضراراً جسمانية، يترتب عليه التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها... " و على خطواتها المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري و التي أفرت أنه " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمنتضرر علاقة تعاقدية ".

⁶ Christian LARROUMET, *La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998*, D, chron. 1998, p.314.

⁷ و التي أكدت على شمولية أحكام هذا القانون لتعويض كافة الأضرار الماسة بالأشخاص و الأموال غير المنتج المعيب ذاته.

⁸ و التي تقابل المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري و المذكورة آنفاً.

أصبحت تشكل برأي بعض الفقه¹ تنويجاً مستقبلياً لتأسيس نظام موحد للتعويض في إطار ما يسمى بقانون الحوادث -Droit des accidents-.

و لا شك أن عمومية تعريف المادة 1386-2 للأضرار القابلة للتعويض -dommage réparable-، تفيد من جهة أخرى تقرير نظرة موحدة للأضرار المادية و المعنوية ومن ثم استفادة كافة المضرورين المباشرين أو بالارتداد -victime par ricochet- (أفراد عائلة المضرور أو كل شخص تضرر جراء نفس الفعل الضار) من مظلة الحماية، و هو ذات التوجه المعتمد بمقتضى قرار محكمة النقض الفرنسية صادر في 28 أبريل 1998²، في شأن مسؤولية مراكز حقن الدم الموبوء بداء الايدز VIH، و الذي أقرت فيه المحكمة " بمسؤولية منتج الدم المعيب تجاه المضرورين المباشرين أو بالارتداد على حد سواء "³.

و لعله ذات التوجه المنشود من قبل الأستاذ Philippe DELEBECQUE⁴، حيث استخلص من خلال تعليقه على إحدى القرارات القضائية⁵، أنه طالما كان الضرر المعنوي اللاحق بالمضرورين بالارتداد نتيجة لنفس الفعل الضار -fait dommageable commun- و يجد مصدره في الضرر الذي طال المضرور المباشر، فانه ينتج عن ذلك أن القانون الذي يحكم تعويض الضرر الارتدادي هو ذاته القانون الذي يسري لتعويض الضرر المباشر.

و ما زاد إثراءً لمفهوم المضرور صاحب دعوى المسؤولية، عامل التأمين (من المسؤولية) إذ أسهم بصفة غير مباشرة في توسيع مظلة التغطية التأمينية، و ذلك من خلال تمديد نطاق الأخطار قابلة التعويض -risques indemnisables- في عقد التأمين، حيث بين الأستاذ Guido ALPA⁶ كيف أن شركات التأمين أصبحت تسعى إلى ضبط بوليصات التأمين -police d'assurance- التقليدية لكي تتلاءم و المعطيات الحديثة للأخطار، و هو الأمر الملحوظ في مجال مسؤولية المنتج و الذي أصبح يشهد لاتساع سائر في نطاق التغطية التأمينية، لتشمل فئة المتضررين الأغيار -tiers-victimes- من فعل المنتجات المعيبة.

كما يكاد يتضح لنا من خلال تصفحنا للتشريع الجزائري الخاص بمسؤولية المنتج، أن ذات الفلسفة ترسخت، فيما يخص التوسيع المشهود لمفهوم المضرور في قوانين الاستهلاك، بدليل انتقاله من مفهوم منحصر للمستهلك يتقيد

¹ Philippe LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, précité, n°422, p.90.

¹ حيث اعترفت محكمة النقض الفرنسية من خلال فحوى هذا القرار بتطبيق مقتضيات المادة الأولى من التوجيه الأوروبي حتى قبل إدماج أحكام هذا الأخير في القانون المدني الفرنسي، و جاء في حيثيات القرار ما يلي :

« ... il ressort des articles 1147 et 1384 alinéa 1 du code civil, interprétés à la lumière de la directive CEE n°85-374 du 24 juillet 1985,..., que tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles ont la qualité de partie contractante ou de tiers », voir : Patrice JOURDAIN, *Responsabilité du fait des produits défectueux : application aux victimes par ricochet du fait de produits sanguins contaminés par le VIH*, RTD.Civ, 1998, p.684 ; aussi : Cass.civ, 1^{ère}, 28 avril 1998, Bull.civ, n°158, p.104.

² أي قبل إدماج أحكام التوجيه الأوروبي في القانون المدني الفرنسي و الذي تم بتاريخ 19 ماي 1998 ، أنظر عن هذا:

Catherine CAILLÉ, *Responsabilité du fait des produits défectueux*, Rép.civ.Dalloz, sept. 2001, n°31.

³ Philippe DELEBECQUE, *Le préjudice par ricochet : quelle autonomie ?*, D, jurisp. 2004, pp.233-236.

⁴ Cass.civ, 1^{ère}, 28 octobre 2003, D, n°4, jurisprudence, p.233-236, note. P.DELEBECQUE.

⁶ Guido ALPA, *La Responsabilité civile en Italie, problèmes et perspectives*, RID.Comp, 4-1986, p.1133.

فيه ثارة بالمستهلك النهائي- consommateur final¹ و ثارة أخرى بالمستهلك الوسيطى- consommateur intermédiaire²، إلى مفهوم أوسع بدعم من آلية التأمين من المسؤولية، و هو ما أكده المرسوم التنفيذي 48-69 الخاص بالتأمين في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات³، حينما قرر حماية شاملة لفائدة المضرورين، المستهلكين و المستعملين، المتعاقدين و الأغيار⁴.

و التي توجت في أحكام القانون المدني بمقتضى المادة 140 مكرر⁵، باعتماد مفهوم متسع لمن تشملهم الحماية في حوادث الاستهلاك دون التفرقة بين المتعاقدين و الأغيار، مضرورين مباشرين أو بالارتداد، مهنيين، طبيعيين أو معنويين⁶.

و ما يزيد تأكيداً لهذا التوجه، وجود تطبيقات في القضاء الجزائري تدعم الاستخدام المتسع لمفهوم المضرور، و نخص بالذكر حكم القسم المدني لحكمة سطياف بخصوص قضية الكاشير الفاسد⁷، و الذي منح هذه الصفة للمضرور المباشر و المضرور بالارتداد (أفراد عائلة المتوفى و ذوي حقوقه)، بل أن ذات المحكمة اعترفت بصفة التقاضي لكل من مستشفى سطياف و قسنطينة، باعتبارهما طرفين مدنيين جراء الافتقار الذي لحقهما من تكاليف العلاج المقدمة للمضرورين⁸.

المطلب الثاني: استحداث أوجه للحماية تتوافق مع الطابع الجماعي للخطر.

لقد تحولت آلية تعويض المضرورين في نظام المسؤولية المدنية، على إشكالية جوهرية هي " إثارة مسؤولية المتسبب في الضرر-la mis en œuvre de sa responsabilité- و من ثم جبره من طرف الشخص المسؤول، فكانت ترتكز نمطية دعوى التعويض على علاقة ثنائية طرفاها " المسؤول و الضرر المستحدث responsible-dommage crée"، بدلاً من ارتكازها على وجهة نظر " المضرور و الضرر اللاحق به victime-préjudice subi"⁹.

و لكن منذ بروز الوظيفة الإصلاحية للمسؤولية المدنية في السنوات الأخيرة، كآلية لكفالة حق المضرور في التعويض، و خصوصاً مع إسهام الكيان الاجتماعي في الالتزام بالتعويض إلى جانب الشخص المسؤول¹⁰، بدأ يتجلى

⁶ " و هو كل من يقتني منتوجاً أو خدمة لأغراض شخصية و بطريقة مباشرة"، أنظر: قادة قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية، ص.68.

¹ " و هو الشخص الذي يقتني المنتوج بغرض استخدامها في أغراض إنتاجية لإعادة بيعها أو إنتاج سلعة أخرى و توزيعها"، أنظر مرجع: قادة شهيدة، قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج:....، المرجع السابق، ص.68.

² المرسوم التنفيذي 96-48 المؤرخ في 17 جانفي 1996، و المتضمن شروط و كفاءات التأمين في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات، ج.ر عدد 5، 1996.

³ حيث قررت المادة 2 من المرسوم المذكور أن التغطية التأمينية تشمل هنا كل من المستهلكين و المستعملين و الغير من الآثار المالية للمسؤولية المدنية.

⁵ " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمضرور علاقة تعاقدية".

⁵ قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم و تأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج: دراسة مقارنة في القانون الجزائري و المقارن، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص، عدد 8، 2011، جامعة تلمسان، ص.56.

⁶ محكمة الجنايات، مجلس قضاء سطياف، قضية رقم 13-99، حكم مدني صادر بتاريخ 27 أكتوبر 1999، غير منشور، أنظر: بن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على نظام.....، المرجع السابق، ص.92.

⁸ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، ص.68.

⁹ Françoise ALT-MAES, *Le concept de victime en droit civil et pénal*, Rev. Sc. Crim., 1994, p.39.

¹⁰ إبراهيم محمد دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، السابق ذكره، رقم 121، ص.235.

من الجانب الإجرائي لدعوى المسؤولية، مفهوم مستقل للمضروب - un concept autonome - كصاحب حق التعويض، و الذي أصبح يستأثر فيه بمركز قانوني متميز على حساب العنصر الفاعل في المسؤولية المدنية و هو المسؤول¹.

« S'est institué l'émergence d'une notion autonome de victime, à travers la mutation du droit de la responsabilité civile à un droit de la victime à être indemnisé, et de constater que le sujet responsable s'efface devant la victime et la créance de l'indemnisation qui sont devenues l'objet de la responsabilité».

و هذا ما يفسر تركيز جهود القضاء في السنوات الأخيرة، على اقرار أوجه للحماية الاجرائية تتوافق و المستلزمات الحديثة التي يتطلبها نظام المسؤولية المدنية، بحسبانها الوسيلة الكفيلة بتمكين المضروبين من الوصول إلى حقهم في التعويض، فكانت الدواعي و المبررات السوسيوولوجية التي أدت إلى إقرار آليات جديدة للتعويض²، هي ذاتها المبررات التي حفزت ضمائر الأشخاص للاشتراك في إطار جمعيات و تجمعات للمطالبة بحقوقهم في التعويض، و ذلك لأن الأضرار الحديثة لم تقتصر على المساس بحقوقهم الفردية فحسب، بل امتد مداها و أصبحت تطل انتهاك المصالح العامة - intérêt général - و المصالح المشتركة - intérêt collectif - لهذه الفئات، فظهرت للوجود دعاوى يبادر بها أشخاص تجمعهم مصالح مشتركة (الفرع 1) أو فردية مُجمعة (الفرع 2) للمطالبة بحقوقهم في التعويض.

الفرع 1: الدعاوى المرتبطة بالمصلحة المشتركة للمضروبين :

Actions portants sur l'intérêt collectif des victimes

منها ما يسمى بالدعوى المدنية التي تباشرها الجمعيات دفاعاً عن المصالح المشتركة لمجموعة من المضروبين، و كذا دعاوى وقف التصرفات الضارة التي من شأنها المساس بمصالحهم المشتركة.

(1) الدعوى المدنية التي تباشرها الجمعيات :

تعترف أغلب التشريعات المقارنة بإمكانية مباشرة الدعوى المدنية من طرف جمعية أو تجمع، للمطالبة بتعويض الضرر اللاحق بالمصلحة المشتركة للمضروبين³، و ذلك على غرار التشريع الجزائري و الذي قضى في القانون رقم 90-31⁴ بحق الجمعيات المعتمدة قانوناً في مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالحقوق المشتركة لأعضائها⁵.

¹ Françoise ALT-MAES, *Le concept de victime...*, p.41.

⁴ أي الآليات الجماعية للتعويض سواء المباشرة منها أو غير المباشرة كالتأمين من المسؤولية أو التأمين المباشر و حتى الضمان الاجتماعي، أنظر بن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على نظام، المرجع السابق، ص.15 وما بعدها.

¹ حيث ظهرت هذه الصيغة أولاً في فرنسا بمقتضى قرار محكمة النقض الفرنسية صادر في 5 أبريل 1913 و التي قبلت من خلاله تعويض الضرر الماس بالمصلحة المشتركة لتجمع مهني groupement professionnel، و قنن هذا الحق في تشريع العمل الفرنسي في سنة 1920 بإدماج حق النقابة العمالية syndicat professionnel في المطالبة بحق تعويض الضرر اللاحق بالمصالح المشتركة للعمال، أنظر عن هذا : Camille DREVEAU, *Réflexions sur le préjudice collectif*, RTD.Civ, 2011, p.249.

⁴ القانون رقم 90-31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، الخاص بالجمعيات، ج.ر عدد 35-1990.

⁵ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، السابق ذكره، ص.220.

و يتمحور موضوع هذه الدعوى بمطالبة الجمعيات المقدمة قانوناً بالحقوق المعترف بها للمضرورين (الأطراف المدنيين) جراء الأضرار المباشرة أو غير المباشرة الماسة بمصالحهم الجماعية، نتيجة لاقرار تصرف واسع المدى - acte à large diffusion -، على غرار تسويق منتج معيب على المدى الواسع أو القيام بعملية إشهار كاذب¹.

و تجدر هنا تفرقة المصالح المشتركة -intérêts collectifs- عن المصالح العامة -intérêt général-، و التي تستأثر النيابة العامة بالحق في حمايتها بالنيابة عن المجتمع، كما تختلف من جهة أخرى عن مجموع المصالح الفردية -intérêts communs ou intérêts individuels groupés-²، و هي بهذه الطبيعة تتوسطها³.

هذا و قد تكفل القانون رقم 89-02 الملغى⁴، بتمكين جمعيات حماية المستهلكين المنشأة قانوناً برفع دعوى أمام أي محكمة مختصة جراء المساس بإحدى المصالح المشتركة للمستهلكين، بغرض التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بها، و كذلك فعل القانون رقم 03-10 الخاص بحماية البيئة⁵، ففضى بإمكانية ممارسة الجمعيات المعتمدة قانوناً للحقوق المعترف بها للطرف المدني، و المطالبة بتعويض الضرر المباشر أو غير المباشر اللاحق بالمصالح المشتركة التي تهدف إلى الدفاع عنها.

و لكن ما يعاب على هذه الدعوى، أنها تتقيد بالمطالبة بالتعويض أمام المحكمة المدنية دون الجزائية -action civile stricto sensu-⁶، و هذا ما يفوت فرصة حصول الضحايا على تعويض أسرع و أنجع أمام القضاء الجزائي⁷.

(2) دعاوى وقف التصرفات الماسة بالمصالح المشتركة للمضرورين :

des victimes collectives Actions en cessation des agissements portant à l'intérêt.

حيث نصت المادة 421-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي، على إمكانية رفع الدعوى من قبل الجمعية المستهلكين و ذلك للمطالبة بوقف التصرفات التي من شأنها المساس بالمصالح المشتركة للمستهلكين، كالمطالبة بسحب منتج من السوق غير مطابق للمواصفات القانونية⁸.

و ساند جانب كبير من الفقه الفرنسي⁹ فعالية هذه الدعوى من الناحية العملية، و اعتبروا أن هذه الصيغة من من الدعاوى تتعدى الوظيفة التقليدية للمسؤولية المدنية، على اعتبار أنها تهدف في المقام الأول إلى تفادي وقوع

¹ Jean CALAIS -AULOY et Franck STEINMETZ, Droit de la consommation, 5^{ème} éd., Dalloz, 2000, n°556, p.574.

² و التي سيأتي الكلام عنها في دعوى التمثيل المشترك و التي تنصب على هذا النوع من الحقوق.

³ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، السابق ذكره، ص.221.

⁴ و الخاص بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر في 7 فبراير 1989، ج.ر. عدد 6-1989 و بمقتضى مادته 12-2، الملغى بمقتضى قانون 03-09 الصادر في

25 فبراير 2009، ج.ر. عدد 15-2009، مع العلم بأن هذا الأخير لم ينص على هذه الإمكانية.

⁵ المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج.ر. عدد 43-2003، و الخاص بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، و بمقتضى مادته 37.

⁶ أنظر عن هذا الاصطلاح مرجع : Jean CALAIS-AULOY et Franck STEINMETZ, Droit de la consommation, précité, n°556-p.574.

⁷ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، السابق ذكره، ص.222.

⁸ Jean CALAIS-AULOY et Franck STEINMETZ, Droit de la consommation, précité, n°556- pp.575-576.

⁹ Jean CALAIS-AULOY et Franck STEINMETZ, ibidem.

الضرر المستقبلي - *dommage future* -، فهي بذلك آلية فعالة تقي من الأفعال الضارة الماسة بالمصالح المشتركة للمستهلكين.

كما أقرت الأستاذة Catherine THIBIERGE¹ بارتباط هذا النوع من الدعاوى بالوظيفة الوقائية المأمولة - *fonction préventive souhaitable* - للمسؤولية المدنية، لأنها لا تتطلب وقوع الضرر وهي مُوجهة بذلك نحو وظيفة حديثة استباقية - *fonction anticipative* - للوقاية من الأضرار الجسيمة - *dommages graves* - و غير قابلة التعويض - *irréversibles* -، لأنها تؤسس بالأحرى على التهديد - *menace* - أكثر من ارتكازها على وقوع الضرر - *préjudice* -.

« Une orientation temporelle de la responsabilité, dans sa fonction, une responsabilité préventive, d'anticipation, tournée vers le future permettant la création d'une action préventive des risques détachée de la notion de préjudice et fondée sur la menace ».

هذا، و إن أهم ما استحدثته هذه الدعاوى هو نشوء مفهوم حديث للمضور يمتاز بخاصيتين جوهرتين هما " التجريد *concept abstrait* و الاستقلالية عن عنصر الضرر *détaché du dommage*، و اللذان ساهما في نشوء ما يسمى بالمضور المحتمل - *dommage éventuel* - يجد نفسه معرضاً لخطر الوقوع في الضرر بسبب تبعيته و حالة ضعفه - *situation de dépendance et de faiblesse* -².

« Une victime potentielle qui n'a pas encore subi de dommage mais qui à raison de son état, de faiblesse ou d'une situation de dépendance particulière, risque de se trouver exposé au risque ».

الفرع 2 : الدعاوى المرتبطة بالمصالح الفردية لعدة مضورين :

Actions portants sur l'intérêt individuel de plusieurs victimes

حيث يجدر الكلام هنا عن صيغتين لهذه الدعاوى، هما دعوى التمثيل المشترك التي تبادر بها الجمعيات للمطالبة بتعويض مجموع الأضرار الماسة بالمصالح الفردية للأشخاص، بالإضافة إلى الدعوى الجماعية للجمعيات و التي تقترب من دعاوى الفوج المعروفة بـ *class action* - في الأنظمة الأنجلوأمريكية.

(1) دعاوى التمثيل المشترك : *Actions en représentation conjointe* تجدر الإشارة

بصد هذه الدعوى، أنها لا تمثل صيغة مكررة للدعاوى السابقة التي تبادر بها الجمعيات للدفاع عن المصالح المشتركة للمضورين - *l'intérêt collectif* -، و لا لنموذج دعوى وقف التصرفات التي من شأنها الإضرار بذات المصلحة المشتركة للضحايا³.

¹ Catherine THIBIERGE, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?, RTD.Civ, 1999, p.567 et 583.

² Françoise ALT-MAES, Le concept de victime en droit civil et pénal, Rev. Sc. Crim., 1994, pp.45-46

³ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، السابق ذكره، ص.223.

إنما و على النقيض من ذلك، تهدف دعوى التمثيل المشترك التي ترفعها الجمعيات المعتمدة، إلى المطالبة بتعويض مجموع المصالح الفردية للأطراف المدنيين، و التي تسبب في وقوعها مصدر مشترك - origine commune -، و من ثم فان موضوعها يتمحور حول الدفاع عن مجموع مصالح فردية مجمعة - intérêts individuels groupés -¹.

و سميت بدعاوى التمثيل المشترك، نظراً لاشتراكها في المصدر إذ يُتطلب فيها أن تكون الأضرار محل دعوى التعويض و الماسة بالمصالح الفردية للمضرورين، مرتبطة بذات الفعل الضار - le même fait -، لذلك فانه يُشترط في هذا النوع من الدعاوى حصول الجمعية على توكيلين (تفويضين) أو أكثر من الأطراف المدنيين، تحت طائلة عدم قبول الدعوى، كما يتطلب القانون أن تكون الجمعية معتمدة قانوناً للاعتراف لها بالصفة التمثيلية - représentative -².

و من جهته، اعترف المشرع الجزائري بإمكانية ممارسة دعوى التمثيل المشترك من طرف الجمعيات المعتمدة قانوناً لحماية البيئة و تحسين الإطار المعيشي، و ذلك من أجل طلب التعويض أمام أي جهة قضائية (مدنية أو جزائية)، جراء ما تعرض له مجموع من أشخاص طبيعيين من أضرار فردية تسبب فيها فعل شخص واحد و تعود إلى مصدر مشترك، و ذلك بشرط حصول هذه الجمعية على تفويض شخصين معينين أو أكثر³.

كما تكفل القانون رقم 09-03 الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش المذكور آنفاً، بإعطاء جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بالمنفعة العمومية، حق التأسيس كطرف مدني جراء ما يتعرض له مستهلك أو عدة مستهلكين من أضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل و كانت ذات أصل مشترك، بغرض المطالبة بالتعويض³.

و تعد هذه الخطوات التي قام بها المشرع الجزائري، إقرار منه بثبوت الصفة للجمعيات المؤهلة قانوناً، للمطالبة أمام الجهات القضائية المدنية و الجزائية، للدفاع عن مجموع المصالح الفردية للمستهلكين و كذلك الأشخاص المتضررين من فعل الوقائع المضرة بالبيئة و الإطار المعيشي.

و مع ذلك فان ما يعاب على تقنية دعوى التمثيل المشترك من الناحية الإجرائية، نقص فعاليتها بصدد الأضرار المنتشرة و غير واضحة المدى - dommages diffus -، كونها مشروطة بالتشخيص المسبق للضحايا من أجل الحصول على توكيلاتهم، بالإضافة إلى تردد المضرورين على منح الجمعية الصفة التمثيلية للمطالبة بحقوقهم، و ذلك بالنظر إلى الطابع المصيري لهذه الدعاوى و التي تسد سبل المرافعة في وجه المضرور في حال خسارة الجمعية للدعوى⁴.

و لعل هذه المخاوف، هي التي دفعت مجموعة من الباحثين في فرنسا باقتراح مشاريع إدماج ما يعرف بالدعاوى الجماعية - actions de groupe - في مجال الاستهلاك، و ذلك في سبيل مواجهة مواقع العجز التي سُجّلت في دعوى التمثيل المشترك، نذكر منها المشروع المقترح في سنة 1983 من قبل " لجنة خاصة بقواعد حل النزاعات في

¹ Jean CALAIS-AULOY et Franck STEINMETZ, Droit de la consommation, précité, n°560-p.586.

² و ذلك حسب مقتضيات المادة 38 من قانون حماية البيئة رقم 03-10 و المذكور سالفاً.

³ و ذلك حسب المادة 23 من القانون رقم 09-03 الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش.

⁴ Jean CALAIS-AULOY, Les Délits à grande échelle, art. Précité, p.384

ميدان الاستهلاك"¹، بالإضافة إلى المشروع المقدم ستة 1985 بمبادرة من " لجنة مراجعة قانون الاستهلاك في فرنسا " و التي يترأسها الأستاذ Jean CALAIS-AULOY².

(2) الدعاوى الجماعية : Actions collective ou de groupe

لقد أثار انتشار صيغة الدعاوى المعروفة بدعاوى الفوج -class action-³، بداية في الولايات المتحدة الأمريكية و امتدادها إلى دول أخرى⁴، نقاشات حادة في فرنسا و في معظم الدول الأوروبية، فتم اقتراح ما يسمى بالدعاوى الجماعية في القانون الفرنسي و التي تشتمل على توكلي الجمعية و باسمها⁵، رفع دعوى نيابة عن الأطراف المتضررين و دون حاجة للحصول على توكيلاتهم، خروجاً عن القاعدة الإجرائية السائدة في مجال المرافعات و التي تفيد بأنه " ليس لأحد أن ينوب عن غيره في الترافع nul ne plaide par procureur "، و ذلك بغرض تعويضهم⁶. مع العلم أن هذا المشروع لا زال قيد المناقشة في فرنسا، حيث بادرت مؤخراً لجنة على مستوى مجلس الشيوخ -Le Sénat- في أكتوبر 2009، بدراسة مقارنة حول هذه الدعاوى في عدد من التشريعات الأوروبية قصد استنباط اقتراحات تشريعية، و انتهت مؤخراً بنشر تقرير إعلامي يضم مجموعاً من الاقتراحات -27 اقتراح- حول تطبيق هذا النوع من الدعاوى في النظام الفرنسي⁷، أهمها:

- قصر ممارسة هذه الدعاوى بمناسبة النزاعات التعاقدية -litiges contractuels- الناجمة عن مخالفة أحكام قوانين المنافسة و الصرف و البورصة (الاقتراح رقم 1).
- حصر هذه الدعاوى في مجال التعويض عن الأضرار المادية -dommages matériels- دون الأضرار الجسدية (الاقتراح رقم 2).
- مباشرة هذه الدعاوى على مستوى القضاء العادي -compétence judiciaire- فقط (الاقتراح رقم 4).

أما عن مدى إمكانية ظهور محتمل لهذه الصيغة من الدعاوى في التشريع الجزائري، فإنه و أمام تواجد عنصراً ضعف الحس الجماعي و ندرة تأسيس جمعيات المستهلكين، سيكون إدراك هذا الهدف صعب المنال، و مع ذلك فيرى جانب من الفقه⁸ اعتبر بأن المادة 23 من قانون 09-03 و المذكورة سالفاً، أسست لبعض مبادئ الدعاوى الجماعية في التشريع الجزائري.

¹ « La Commission sur le règlement des litiges de consommation ».

² « La Commission de refonte du droit de la consommation », voir : Louis BORÉ, L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort née ?, D, 1995, chron. p.267.

³ الترجمة مقترحة من طرف الأستاذ محمد بودالي، مقتبس عن : قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، السابق ذكره، ص.225.

⁴ فبعد تجليها في و.م.أ انتقلت هذه الصيغة إلى أستراليا ثم إلى البرازيل و مؤخراً إلى ولايتي أونتاريو Ontario و كيبيك Québec الكندية، أنظر عن هذا: Louis BORÉ, Ibidem.

⁵ و ذلك اختلاف جوهري بين صيغة الدعاوى الجماعية الفرنسية و دعوى الفوج الأمريكية، أنظر : Jean CALAIS-AULOY, Les délits à grande échelle..., art. Préc., p.384.

⁶ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، السابق ذكره، ص.223.

⁷ حيث ترأس اللجنة كل من الأستاذين Laurent BETEILLE و Richard YUNG و حملت الدراسة المقارنة على تشريعات 6 دول أوروبية هي إنجلترا، بلاد الغال، ألمانيا، إيطاليا، السويد و هولندا، للاضطلاع على مضمون هذا التقرير الإعلامي أنظر هذا الموقع:

<http://www.senat.fr/rap/r09-499/r09-4991.pdf>

⁸ قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم و تأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني ...، السابق ذكرها، ص.61.

منطلقات الحوار مع الآخر وإدابه



الدكتور : محمد ديرا باحث في

تاريخ الأديان والفكر الإسلامي

- المملكة المغربية -

وفر الإسلام أساساً قويا للحوار مع الآخر، فهو يعتبر أن مبدأ الاختلاف بين الناس سنة كونية، كما قرر أن الله خلق الناس من ذكر وأنثى وجعلهم شعوبا وقبائل بهدف التعارف والتواصل، ودعاهم إلى التعاون على البر والتقوى، وقد باشر النبي صلى الله عليه وسلم الحوار مع أتباع الديانتين النصرانية واليهودية، وجاءت وثيقة المدينة متضمنة لأساس التعايش والتعاون ومشجعة على استمرار الحوار، كما دعا إلى الانطلاق من أرضية مشتركة "قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله"¹.

وإذا أردنا أن نستقصي المنطلقات التي يمكن أن تكون حافزا للحوار بين الإسلام والآخر فسنجد منها الكثير وسنكتفي في هذه المقالة بذكر بعضها فقط :

1- أصل البشر:

يقول الله تعالى في كتابه العزيز: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء"²، ففي هذه الآية الكريمة يأمر الله تعالى الناس جميعا بعبادته وطاعته، ويذكرهم بأنه خلقهم من نفس واحدة هي نفس آدم عليه السلام، وأنه خلق حواء منه زوجها له، وأنه خلق ونشر في الأرض من آدم وحواء بشرا كثيرا رجالا ونساء، وهذا يعني بوضوح أن أصل المجتمع الإنساني واحد مهما اختلفت أديانهم أو أجناسهم أو ألوانهم أو ألسنتهم، وقد جاء هذا صريحا في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "كلكم من آدم وآدم من تراب".

وقد كان من نتيجة التناسل البشري بدءا من آدم عليه السلام وحواء تكاثر الناس، وانقسام الأسر والعائلات، ونشوء فروع متعددة عرفت بالقبائل والشعوب والأمم، واختلفت ألوانهم وتعددت لغاتهم، وإلى هذا يشير قول الله تعالى: "ومن

¹- آل عمران: 64.

²- النساء: 1.

آياته خلق السماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم"¹.

2- التعاون بين الشعوب :

أساء الكثير من الأمم عبر التاريخ فهم الحكمة من التنوع البشري، وجعلوه سببا للحروب والعداوات، فحصلت بذلك معارك لا تحصى، وأبيدت شعوب بأيدي جيرانها أو الطامعين في ثرواتها، لكن الإسلام وجه البشر جميعا إلى الوجهة الصحيحة في هذا الأمر، وبين لهم حكمة الله تعالى في تعدد الشعوب والقبائل خلافا لكل المفاهيم الجائرة السائدة في العالم، فجاء قوله تعالى في كتابه العزيز: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير"².

فهذه الآية الكريمة قاعدة ثابتة للبشرية كلها، وملخصها: لم نجعلكم أيها الناس شعوبا وقبائل لتتقاتلوا ويدمر بعضكم بعضا، ولكن جعلناكم كذلك لتعارفوا وتتعاونوا، ومعلوم أن "التعارف" هو قيام كل شعب بالتعرف على الآخرين، و"المعرفة" فهم الغير كما هو في واقعه، وهذا الفهم يؤدي إلى الانسجام والاطمئنان والأمان المتبادل، فلا يتحقق تعاون بين شخصين على شيء إلا إذا تعارفا وتفاهما، وأمن كل منهما كيد الآخر وشره³.

وللتعاون بين الناس طريقان: التعاون على الخير والتعاون على الشر، وقد ذكرهما الله تعالى في القرآن الكريم في قوله: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"⁴. ولا شك في أن التعاون المطلوب الذي يجب على الناس أن يقوموا به هو التعاون على الخير، وعلى كل عمل صالح للفرد والمجتمع، للنفس وللغير، ولا يتحقق هذا النوع من التعاون إلا إذا توفر في الإنسان دافع الحب للآخر انطلاقا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه"، ولكن البشر ليسوا سواء ولا يتعاونون دائما على حب الخير، ولو كانوا كذلك لما عرفت البشرية كل هذه الأزمات والحروب.

3- العدل أساس التعاون :

يفهم من معنى كلمة "التعاون" وجود تكافؤ بين الطرفين المتعاونين وتبادل للعون بينهما، بحيث يمد كل منهما يد المساعدة للآخر عند الحاجة، فإذا اختل هذا التوازن تحول التعاون إلى تحكم واستبداد، وقد نهانا الله تعالى في القرآن الكريم عن التسبب في إذية شخص محتاج أسدينا له معروفا ولو بالكلام، وجعل ذلك محبطا لثواب العمل، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم باللغو والأنى"⁵.

ولا شك في أن العدل بمفهومه العام هو الأساس الذي يجب أن يقوم عليه التعاون بين الشعوب، فالعدل يولد الأمن والاستقرار، وقد أمرنا الله تعالى بالعدل حتى مع أعدائنا فقال سبحانه: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنئان قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خير بما تعملون"⁶.

1- الروم: 22.

2- الحجرات: 13

1- محمد أحمد كعنان، العيش المشترك في الإسلام والمسيحية، اللجنة الوطنية للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو)، مركز الطباعة الحديثة، بيروت، الطبعة الأولى، 2002، ص 179.

4- المائدة: 2

5- البقرة: 264

6- المائدة: 8

آداب الحوار:

إذا كانت تلك هي منطلقات الحوار مع الآخر فإن هذا الحوار لا يمكن أن يكون ناجحاً أو فعالاً دون مراعاة آدابه، ومن تلك الآداب ما يلي:

1- المعاملة الحسنة :

تعتبر المعاملة الحسنة من الأساليب الإقناعية الناجحة في الحوار لما لها من أثر جيد في لين الطرف الآخر وإقناعه، فهي ترقق القلوب، وتعمق المشاعر، وترطب الفكر، وترضي السمع، وتشد الانتباه، قال تعالى مخاطباً نبيّه الكريمين موسى وهارون عليهما السلام في شأن فرعون: "فقلوا له قولاً لنا لعله يتذكر أو يخشى"¹، قال القرطبي: "فإذا كان موسى أمر بأن يقول لفرعون قولاً لنا، فمن دونه أحرى بأن يقتدي في خطابه وأمره بالمعروف في كلامه"².

كما أنه من الضروري أن يحمل المسلم أثناء الحوار روح التسامح وتلمس الأعذار العلمية الواقعية أو الموضوعية للمختلفين المخلصين، وأن يفرق بين القول الذي يحمل سوء النية والقول الذي يحمل حسن النية، فليس من أراد الحق فأخطأ كمن أراد الباطل فأصابه، ومن شأن هذه الأخلاق والآداب أن تُوجد جواً مفعماً بالثقة البعيدة عن الأحكام النهائية المسبقة والحالية من الشحنة والتوتر.³

2- تجنب استثارة مشاعر العداة :

فالحوار يفقد قيمته الإيجابية إذا كان هم المحاور هو تحقيق الانتصار وإشباع رغبته في شهوة التغلب وإظهار مشاعر العداة للآخر، فإذا خطط للمحاورة بشكل مبيت لإحراج الطرف الآخر وإقصائه، فإن ذلك بلا شك ينطوي على نزعة ذاتية قوامها استثارة مشاعر العداة والأناية وحب الإساءة أو الحقد، وهذا لا علاقة له بالأسلوب الإسلامي في الحوار، فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "لا تَعَلَّمُوا العلم لتباهوا به العلماء ولا لتماروا به السفهاء ولا تخيروا به المجالس، فمن فعل ذلك فالنار النار"⁴. من ثم كان على المحاور أن يكون هادئ النفس بعيداً عن الانفعال حتى يعطي للآخر قوة معنوية لطرح ما عنده من مبادئ وأفكار، أما الانفعال ورفع الصوت فإنها علامة عجز وضعف في مواطن العقل ومقابلة الحجة بالحجة، فالعاجز الذي يفشل في عرض ما عنده من حجج يعوض فشله برفع الصوت والغضب والانفعال وإظهار مشاعر العداة تجاه الطرف الآخر.⁵

والإسلام أرشد إلى تسكين الغضب حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا غضب أحدكم فليسكت"⁶، وقال أيضاً: "إن الغضب من الشيطان وإن الشيطان خلق من النار، وإنما تطفأ النار بالماء، فإذا غضب أحدكم فليتوضأ"⁷.

3- الحوار بالتي هي أحسن :

من معالم المنهج الذي رسمه القرآن الكريم الجدل بالتي هي أحسن، والموعظة الحسنة، واختيار العبارات اللطيفة الرقيقة الرفيعة بلا تحامل على المخالف ولا تقبيح له، فالكلمة العنيفة لا لزوم لها ولا عزة تجتنى من ورائها، إلا أنها تجرح المشاعر وتغير مودة القلوب وتعكر صفاء الأنفس، يقول تعالى: "ولا تجدلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن"⁸.

1- طه: 44.

2- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1427هـ، تحقيق: عبد الله التركي، 200/11.

3- علي القرشي، التربية الحوارية، المسلم المعاصر، العدد 88، ص 101.

4- أخرجه ابن ماجه، المقدمة، باب الانتفاع بالعلم والعمل به، 93/1، رقم الحديث: 345.

5- أحمد صحاوي، أدب الحوار والخلاف في الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات، العدد 1، ص118.

6- أخرجه البخاري، كتاب الأدب المفرد، ص 92، رقم الحديث: 245.

7- أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب: ما يقال عند الغضب، 266/4، رقم الحديث: 4782.

8- العنكبوت: 46.

ومن الحوار الحسن حسن البيان ببساطة العبارة، وبلفظ موجز من غير إطالة ولا تكرار، حتى لا يخل بعض الكلام ببعض، وكم ضاع حق بسوء عبارة، ومن الحوار الحسن ألا يسرع المحاور بعرض أفكاره فيعجز الطرف الآخر عن ملاحظته، وألا يبطن حتى لا يمل منه فيتركه، وأن يعرف متى يتكلم ومتى ينصت ومتى يجب¹.

4- حسن الاستماع وأدب الإنصات :

من الأسس المتبعة والقواعد المرعية التي يجب الالتزام بها في الحوار الاستماع الجيد للآخر، فالإسلام حث على الاستماع إلى الآخر عندما يتكلم، لاسيما وأن الاستماع الجيد يعطي الفرصة لتفحص كل ما يرد في نص حوارته حتى تعم الفائدة، فربما يحاور شخص آخر ويقوم بتجريحه أو المساس به وهو غافل، ومن هنا تأتي أهمية الإنصات حتى يأتي الرد والمشاركة في الحوار بصورة أكثر جدية، وهذا يتطلب من المتحاورين حسن الاستماع للمخالف وعدم المقاطعة والعجلة في الرد وكذلك يتطلب من المستمع تدبر ما يسمع، وله أن يستفهم إن لم تكن المقاطعة ستخرج الكلام عن موضوعه أو تشتت ذهن المتحدث.

وقد كان حوار الأنبياء يبدأ بحسن التعبير عن المقصد من إرسالهم، وغرض الرسالة، وبيان صفات وعظمة المرسل وهو الله تعالى، حتى إذا انتهوا استمعوا للمخالف على ما في كلامه من شدة وقوة بل وتسفيه في أحيان كثيرة، وهذا وارد في قصة هود، وصالح، وشعيب، ولوط، وموسى عليهم جميعا صلوات الله وسلامه. ثم على المستمع الصبر على ما قد يراه ماسا بفكرته أو منهجه، لأن ذلك ليس دافعا أو سببا للمقاطعة، بل عليه الإنصات إلى انتهاء المحاور.

5- تقدير المخالف واحترامه :

على المحاور أن يراعي في حوارته مع أي طرف كان الاحترام والأخلاق الفاضلة والتقدير الواجب، سواء أكان الطرف الآخر مسلما أم غير ذلك، فيعطي كل ذي حق حقه ويُنزل الناس منازلهم، فليس الكبير كالصغير، وليس الرئيس كالمرؤوس، وليس الشريف في قومه كغيره، مع الانضباط بالضوابط الشرعية والبعد عما يخالفها².

ومن إنصاف المخالف ذكر إيجابياته وموافقته فيما يصدر عنه من حق، ومن تأمل آيات القرآن الكريم التي ذكرت أهل الكتاب وصفاتهم النميمة يجد أن الله عز وجل لم يبخسهم حقوقهم، بل أنصفهم غاية الإنصاف، ومن ذلك قول الله تعالى: (ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائما)³، وقوله تعالى: (ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون)⁴.

والمسلم رائده الحق، والحكمة ضالته، فهو يقراها ويأخذ بها من أي طريق جاءت، فالرسول صلى الله عليه وسلم قال لأبي هريرة عن الشيطان مصدر الشرور والآثام: "صدقك، وهو كذوب، ذاك شيطان"⁵. وعلى هذا الأدب درج أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأقروا لمخالفهم ما عندهم من صور إيجابية، قال المستورد القرشي وهو عند عمرو بن العاص: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "تقوم الساعة والروم أكثر الناس". فقال له عمرو: أبصر ما تقول! قال: أقول ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: لئن قلت ذلك، إن فيهم لخصالا أربعا: "إنهم لأحلم الناس عند فتنة،

1- يوسف القرضاوي، الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم، مؤسسة الرسالة، سلسلة إحياء فقه الدعوة، ص 150.

2- مانع بن حماد الجهني، الإسلام والحوار الحضاري، ضمن كتاب: "الإسلام وحوار الحضارات"، أعمال الندوة التي نظمتها مكتبة الملك عبد العزيز العامة، الرياض، 2004، 137/3.

3- آل عمران: 75.

4- آل عمران: 113.

5- رواه البخاري، كتاب بدء الخلق، باب صفة إبليس وجنوده، رقم الحديث: 3275.

وأسرعهم إفاقة بعد مصيبة، وأوشكهم كرة بعد فرة، وخيرهم لمسكين وبتيم وضعيف، وخامسة حسنة جميلة: وأمنعهم من ظلم الملوك"1.

وقد أثنى النبي صلى الله عليه وسلم على النجاشي بما فيه من خلال الخير وهو يومئذ على الكفر، فقال لأصحابه: "إن بالحبيشة ملكا لا يظلم عنده أحد، فلو خرجتم إليه حتى يجعل الله لكم فرجا"2.

6- التركيز على نقاط الاتفاق والانطلاق منها لتقرير نقاط الاختلاف :

لابد من تحديد نقاط الاتفاق في الحوار بين الأطراف المتحاور، فعندما يجددون في الحوار بين أهل الأديان مثلا بأن الأديان جميعها تتفق حول نقاط بعينها مثل تحقيق العدل والسلام والمحبة والتعايش السلمي بين البشر والعدالة المطلقة، يتم عندها تحديد نقاط الاختلاف في سبيل تحقيق هذه الأهداف النبيلة.

ومن المصلحة والحكمة ألا يبدأ الإنسان الحوار بقضية مختلف فيها، بل يبدأ بموضوع متفق عليه، أو بقاعدة كلية مسلمة أو بديهية، ويتدرج منها إلى ما يشبهها أو يقاربها، ثم إلى مواضع الخلاف.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

مجلة الفقه والقانون : إعداد وإشراف ونشر وتنسيق وتصنيف وإخراج الدكتور صلاح الدين دكداك

"نتمنى من كل مستفيد من هذا العمل الخيري المجاني أن يكرمنا بدعائه وتوجيهاته النيرة"

1- رواه مسلم، كتاب الفتن، باب تقوم الساعة والروم أكثر الناس، رقم الحديث: 7179

2- ذكره ابن إسحاق في سيرته، تحقيق وتعليق: محمد حميد الله، تقديم: محمد الفاسي، معهد التعريب الدراسات والأبحاث للتعريب، الرباط، 1976، 30/1.