

المركز الديمقراطي العربي

For Strategic, Political & Economic Studies

Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies



المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies

ISSN 2566-8048 Print
ISSN 2566-8056 Online



Journal of Political Science and Law

المجلة الدولية للعلوم السياسية والقانون

مجلة العلوم السياسية والقانون

دورية دولية محكمة

العدد 26 – ديسمبر/كانون الأول 2020 . المجلد 04

مجلة العلوم السياسية والقانون

المركز الديمقراطي العربي



Journal of Political Science and Law

International scientific political journal

Issue :December2020 . N° 26 Vol :04



المركز الديمقراطي العربي

For Strategic, Political & Economic Studies



المركز الديمقراطي العربي

For Strategic, Political & Economic Studies

Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies

مجلة العلوم السياسية والقانون

هي مجلة دولية محكمة تصدر من ألمانيا- برلين
وتعنى المجلة بمجال الدراسات والبحوث في العلوم السياسية
والعلاقات الدولية والقانون والسياسات المقارنة والنظم المؤسسية الوطنية
أو الاقليمية او الدولية
الترميز الدولي للمجلة:

الاصدار الالكتروني : ٨٠٥٦- 2566 ISSN

"Journal of Political Science and Law" is an international
peer-reviewed journal
issued by the Democratic Arabic Center - Germany - Berlin
The journal is concerned with research studies and research
papers in the fields of
political science, international relations, comparative law and
policy, and national or
regional institutional systems

ISSN 2566-8056 Online

الناشر:

المركز العربي الديمقراطي للدراسات الاستراتيجية والسياسية
والاقتصادية

برلين- ألمانيا

Germany :

Berlin 10315 GensingerStr: 112 Tel: 0049-Code Germany

030- 54884375

030- 91499898

030- 86450098

mobiltelefon : 00491742783717

E-mail : journal@democraticac.de

رئيس المركز الديمقراطي العربي

د. عمار شوعان

رئيس التحرير

د. ناجية سليمان عبد الله

نائب رئيس التحرير

أ. إلياس بن حته

رئيس اللجنة العلمية

د. محمد عبد الحفيظ الشيخ

مدير التحرير

أ. أميرة حرزليج

الهيئة المشرفة على المجلة

اللجنة العلمية :

- ✦ أ.د. ميلاد مفتاح الحراثي أستاذ زائر وباحث مقيم جامعة كيمبريدج بريطانيا
- ✦ د.مسيح الدين تسعديت أستاذة بالمدرسة الوطنية للعلوم السياسية -الجزائر
- ✦ د.حسين عبد الحسن مويح أستاذ بكلية العلوم السياسية-جامعة ميسان -العراق
- ✦ د/ شريفة فاضل -استاذة العلوم السياسية ببور سعيد - مصر.
- ✦ د/ سامية قلوثة- استاذة بجامعة ابو بكر بلقايد تلمسان - الجزائر.
- ✦ د/ أحسن غربي - جامعة سكيكدة - الجزائر.
- ✦ د/عبدلي نزار-أستاذ محاضر - جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف - الجزائر.
- ✦ د/ عمار سعدون البدري -أستاذ العلوم السياسية-بغداد- العراق.
- ✦ أ. د علي شمبش، أستاذ العلوم السياسية في الجامعات الليبية.
- ✦ سهيل محمد الأحمد، عميد كلية الحقوق/ جامعة فلسطين الأهلية -أستاذ مشارك في الفقه المقارن.
- ✦ أ. د مصطفى ابو القاسم خشيم، أستاذ العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة طرابلس.
- ✦ بروف كريم سيد كنباز غضيب الشويلي- علوم سياسية /علاقات دولية-كلية الهادي - الجامعة العراقية . العراق.
- ✦ د.علاء الدين تكتري، أستاذ التعليم العالي مساعد بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، المغرب.
- ✦ علي عيسى عبد القادر لطرش - استاذ محاضر-دكتور في القانون العام، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية.
- ✦ د. عبد الخالق صالح عبد الله معزب- -محافظة إب - أستاذ القانون التجاري المساعد - جامعة صنعاء- اليمن
- ✦ د. زياد لطوف- قانون دولي وعلاقات دولية-كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة وهران-الجزائر.
- ✦ د.علوي على أحمد الشارفي- قانون جنائي-عضو هيئة تدريس بالجامعات اليمنية.
- ✦ د. نجية معداوي - القانون للخاص_ جامعة البليدة 2- الجزائر.
- ✦ د. زيد علي الوريث_ علوم سياسية وعلاقات دولية - جامعة صنعاء - اليمن .

فهرس العدد

رقم الصفحة	المحتوى
01	الدستور المغربي لسنة 2011 والأدوار الجديدة لإشراك المجتمع المدني في العمل التشريعي قراءة في القوانين والمساظر د. مولود اسباي/ باحث في القانون الدستوري والعمل التشريعي - كلية الحقوق بطنجة - المغرب
25	التوجهات الإيرانية في منطقة الخليج ما بين المكانة الاستراتيجية ومتطلبات الدور ب. ماجدة بختي /كلية العلوم السياسية - جامعة بسكرة - الجزائر
40	التجسس الإلكتروني في ظل التشريع الأردني د. أبو ذر شاكر عبد -الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية
54	تأثير حماية براءة الاختراع على حماية المستهلك أ. رمضان فراقه - جامعة 8 ماي 1945 قالمة -الجزائر
73	القضاء الدستوري في ضوء مستجدات دستور 2011 ب, إلياس المساوي- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس ، المغرب
88	المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب على ضوء المبادئ الدستورية والتشريعات الوطنية. ب- ياسير بوكلاطة -جامعة سيدي محمد بن عبد الله- بتازة- الجزائر
100	الحكامة المالية في ضوء القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 بالمغرب. "الأسس التشريعية والأعطاب التديرية". ب- سيدي إبراهيم فعرس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الحسن الأول - سطات - المغرب
114	. جريمة استغلال النفوذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن د. شاول رفيق - قسم القانون - كلية القانون -جامعة محمد خيضر- بسكرة - الجزائر-

137

حكم تصرف الواهب مريض الموت وإمكانية تطبيقه على الواهب المصاب بكوفيد 19

ب- عائشة حنانة- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي جامعة محمد الخامس المغرب

158

جريمة إصدار شيك بدون رصيد في التشريع الفلسطيني -دراسة تحليلية-

أ-محمد سامي عبد الله الشياح منتسب إلى نقابة المحامين الفلسطينيين،فلسطين

190

الشباب الأردني ودوره في عملية التنمية السياسية: دراسة استطلاعية

أ.عبد الله حمدان عبيد الله الزغيات موظف في قطاع التنمية / الصندوق الأردني الهاشي للتنمية- الاردن

211

المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الإرث في القانون الأردني النافذ في فلسطين

د. سهيل الأحمد- عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

228

النظام القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني

ب. مؤمن كاظم عبد الكريم فاخوري / جامعة الحسن الأول- سطات- المغرب

245

فكرة النظام العام كآلية لاستبعاد تطبيق قانون الأسرة المغربي في الدول الأوروبية

د. أمال ناجي كلية المتعددة التخصصات الرشيدية - جامعة مولاي إسماعيل - المغرب،

289

الاختصاص التحكيمي لسلطات الضبط تنظيم - دراسة تحليلية مقارنة -

د.سامية قلوشة / مخبر الحقوق والحريات- جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-

الدستور المغربي لسنة 2011 والأدوار الجديدة لإشراك المجتمع المدني في العمل التشريعي

قراءة في القوانين والمساطر

Moroccan Constitution of 2011 And the new roles to involve civil society in the legislative work

A Reading on the rules and rulers

د. مولود اسباعي / باحث في القانون الدستوري والعمل التشريعي - كلية الحقوق بطنجة - المغرب

الملخص :

نظرا للأدوار الجديدة التي اكتسبها المجتمع المدني في ظل الأنظمة الديمقراطية الحديثة، من خلال تمكينها وإشراكها في اتخاذ القرارات العمومية، فإن المظام المغربي حاول من خلال دستور 2011 أن يسير في هذا الاتجاه.

حيث أقر بالمقاربة التشاركية إلى جانب الديمقراطية التمثيلية، من خلال التنصيص على جملة من الآليات تساهم في تعزيز أدوار المجتمع المدني في الشأن العام الوطني والشأن المحلي، كما خول المجتمع المدني بآليات دستورية لتساهم من خلالها في إعداد وتقييم السياسات العمومية، بل تبني آليات جديدة للديمقراطية التشاركية ومكن المواطنين والمواطنات من تقديم العرائض إلى السلطات العمومية وتقديم الملتزمات للسلطة التشريعية.

لذلك حاولت هذا المقالة أن تقف بالدرس والتحليل على أهم وأبرز المحددات الدستورية والقانونية التي تبناها المشرع المغربي من أجل تنظيم وتأطير إشراك المجتمع المدني في العمل التشريعي، حتى وإن كان هذا الحق الدستوري من الناحية العملية يشكل بعض الصعوبات والعراقيل على مستوى الإجراءات.

الكلمات المفتاحية: المجتمع المدني - تقديم العرائض - الملتزمات التشريعية - السلطات العمومية.

Abstract :

Given the new roles that civil society has acquired under modern democratic systems, by enabling and involving them in public decision-making, the Moroccan system has attempted, through the 2011 constitution, to move in this direction.

He recognized the participatory approach to the representative democracy, by providing for a number of mechanisms that contribute to strengthening the roles of civil society in the national public and local affairs, as well as empowering civil society with constitutional mechanisms through which to contribute in preparing and evaluating public policies, but rather adopting new mechanisms for participatory democracy It enabled citizens to submit petitions to public authorities and to submit petitions to the legislature.

Therefore, this article tried to stand by studying and analyzing the most important and most prominent constitutional and legal determinants adopted by the Moroccan legislator in order to organize and frame the participation of civil society in the legislative work, even if this constitutional right in practice poses some difficulties and obstacles at the level of procedures.

مقدمة

إذا كان العمل التشريعي يفترض من حيث المبدأ أن يصدر من المؤسسة البرلمانية، باعتبارها امتدادا للسيادة الشعبية، فإن الممارسة السياسية أثبتت وجود أجهزة ومؤسسات أخرى تساهم في العملية التشريعية إلى جانب البرلمان، سواء في مرحلة إعدادها أو تحضيرها أو في مرحلة المناقشة والتداول أو حتى بعد الموافقة عليها من قبل المؤسسة البرلمانية.

ولئن كان الدستور قد حدد مجالات التشريع لكل من البرلمان والحكومة، على اعتبار أنهم المتدخلون المباشرون في العملية التشريعية، فإن التجربة السياسية المغربية أثبتت على تدخل عدة أجهزة في العملية التشريعية، سواء بشكل مباشر، أو غير مباشر، على اعتبار أن العملية التشريعية ليست عملية بسيطة، بل هي عملية معقدة تحتاج إلى عدة قنوات لإخراج الإنتاج التشريعي إلى حيز الوجود، وهذه العملية تتطلب تدخل بعض الأجهزة والمؤسسات، سواء في مرحلة إعدادها أو تحضيرها، أو في مرحلة المناقشة والتداول، أو حتى بعد الموافقة عليها من طرف المؤسسة البرلمانية.

وقد وعى المشرع الدستوري بالتغيرات الجارية على صعيد المفاهيم الكبرى للسياسة، الأمر الذي جعله يعمل على إقرار مجموعة من الأجهزة والهيئات والمؤسسات ومنحها مهام مختلفة لتكون مساندة ومساهمة في العمل التشريعي، بل تبني آليات جديدة للديمقراطية التشاركية ومكن المواطنين من تقديم الملتزمات للسلطة التشريعية.

وانطلاقا من أهمية مكانة المجتمع المدني من العمل التشريعي، وفي صناعة السياسات العمومية، مكنت الوثيقة الدستورية لسنة 2011 المجتمع المدني من المشاركة في صناعة القرار العمومي عبر مجموعة من الآليات والميكانزمات، في سياق عالي برزت الديمقراطية التشاركية كبديل عن تراجع الديمقراطية التمثيلية، على اعتبار أن الديمقراطية التشاركية كخيار استراتيجي، وكقناة لإدماج المجتمع المدني بمختلف أطيافه في صناعة القرار العمومي، حيث يتم تعزيز الثقة بين الدولة ومؤسساتها ومواطنيها، وتسهيل وجود الحلول المناسبة لما يعاني منه المواطن والمواطنات، على اعتبار أن المواطن هو الذي من أجله تصنع السياسات العمومية وتهدف إلى إشباع حاجياته وتحقيق رفاهيته. فالديمقراطية التشاركية تهدف بالأساس إلى إخراج الأشخاص من مجرد مساهم في الحياة السياسية من خلال المشاركة بالتصويت في الاقتراع وإفراز النخب السياسية، إلى جعل المواطن كعنصر فاعل ومؤثر بصفة مباشرة في مصدر القرار من خلال تقديمه لأرائه الاستشارية وتقديم الملتزمات، وبالتالي فالعلاقة بين البرلمان والمجتمع المدني لم تعد تقتصر على المشاركة في الانتخابات، وعلاقة المواطن الناخب، وتفويض دون متابعة من طرف المجتمع المدني، بل إن المواطن منذ الوهلة الأولى بمساهمته في المشاركة في العمل السياسي، وهو يطمح في فرض وجوده داخل المنظومة السياسية ليكون جزء لا يتجزء من مركز اتخاذ القرار العمومي.

فالتأويل الحرفي للوثيقة الدستورية الذي يشير إلى وجود أحكام¹ تحيل مباشرة على مجال الديمقراطية التشاركية كتأكيد من المشرع على الأهمية القصوى التي يكتسبها هذا المفهوم، حتى وإن لم يتم تعريفه على وجه الدقة.

وعلى هذا الأساس تم تصور نموذج ديمقراطي يجمع في نفس الآن بين التمثيلية البرلمانية والمشاركة الشعبية المستمرة في العمل السياسي، عبر تكريس مجموعة من الإجراءات القانونية والمؤسسية والسياسية التي تمكن من إشراك فعلي للمواطنين في كل مراحل بلورة القرارات المتعلقة بالسياسات العمومية، إن على المستوى الوطني أو على المستوى الترابي.

فدستور 2011 الذي جعل صلاحية العمل التشريعي مقتصرة على كل من الملك والحكومة والبرلمان، وحدد لكل منهم مجاله وحدود اختصاصاته، وفق الشروط المبنية في فصول الدستور والقوانين التنظيمية والأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان، عمل في المقابل على فتح الباب أمام المجتمع المدني في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية (الفصل 15)، والمبادرة في تقديم المقترحات التشريعية (الفصل 14).

إن التعزيز الدستوري للعمل التشريعي من قبل المجتمع المدني، يعني إحداث مساحة جديدة لفكرة المشاركة والمساهمة في العمل البرلماني عامة والعمل التشريعي خاصة.

فإذا كان الدستور المغربي لـ 29 يوليوز 2011 نص على جملة من الآليات تساهم في تعزيز أدوار المجتمع المدني في الشأن العام الوطني والشأن المحلي (الفصول 12 و 13 و 14 و 15)، فهل فعلا تؤسس الديمقراطية التشاركية هندسة جديدة للسلطة تضمن انخراط المجتمع المدني.

لذلك فإن الإشكالية التي تطرح نفسها بإلحاح مرتبطة بالبحث عن مدى إشراك المجتمع المدني المغربي في العمل التشريعي في ظل دستور 2011؟

ومن أجل الإلمام بالأدوار الجديدة الممنوحة لإشراك المجتمع المدني في العمل التشريعي، سنحاول رصد الآليات الدستورية المخولة للمجتمع المدني في إعداد وتقييم السياسات العمومية، ومن بين هذه الآليات نجد حق تقديم الملتسمات في مجال التشريع (المبحث الأول) والحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية (المبحث الثاني).

1 - إذ تم استعمال هذا المفهوم في التصدير و في الفصول: 1، 6، 7، 10، 11، 12، 13، 14، 15، 16، 18، 30، 33، 60، 136، 137، 139 و 146 ووجود مقتضيات مهم المشاركة عبر الإدماج (فصل 168) والمشاركة ضمن نطاق الديمقراطية التمثيلية (مشاركة الأحزاب و النقابات).

المبحث الأول: الملتزمات كآلية جديدة لإشراك المواطنين في العمل التشريعي

إن من بين الآليات الدستورية لتقوية المقاربة التشاركية، وإشراك المجتمع المدني بطريقة مباشرة في العمل التشريعي، نجد ما أقره الفصل 14 من الدستور المغربي 2011، حيث أكد على أحقية المواطنين والمواطنات في تقديم ملتزمات في مجال التشريع، والتي تعد من أهم مرتكزات الديمقراطية التشاركية وإحدى ضمانات المشاركة العمومية في الحياة العامة، وكذا مؤشرا من مؤشرات إعادة تنظيم العلاقة بين المواطن والدولة، حيث سعت هذه المقاربة التشاركية إلى التأسيس لإدماج المواطنين في العملية التشريعية، على اعتبار أن التشريع هو الوجه الأقوى للسيادة الشعبية، وذلك من خلال منح المواطنين إمكانية المبادرة في اقتراح مشاريع النصوص القانونية على البرلمان لتأخذ بعد ذلك مسار التشريع البرلماني.

فطبقا لأحكام الفصل 14 من دستور 29 يوليوز 2011، الذي نص على أنه: "للمواطنات والمواطنين، ضمن شروط وكيفيات يحددها قانون تنظيمي، الحق في تقديم ملتزمات في مجال التشريع"، وبناء على الإحالة المشار إليها في الفصل 14 من الدستور، تم إصدار القانون التنظيمي رقم 64.14 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع من طرف المواطنات والمواطنين²، وذلك بتاريخ 28 يوليوز 2016.

فحسب مدلول المادة الثانية من القانون التنظيمي 64.14 يراد بالملتزم في مجال التشريع، "كل مبادرة يتقدم بها مواطنات ومواطنون وفق أحكام هذا القانون التنظيمي بهدف المساهمة في المبادرة التشريعية، ويشار إليها باسم "الملتزم".

ومن خلال القانون التنظيمي أعلاه، يمكن طرح التساؤل حول ما هي الشروط والكيفيات التي يمكن من خلالها للمواطنات والمواطنون تقديم الملتزمات لدى مجلسي البرلمان في مجال التشريع؟

لذلك فلإلزام بكيفيات تقديم الملتزمات في مجال التشريع من طرف المواطنات والمواطنين، يقتضي منا التركيز على أهم ما أقره القانون التنظيمي رقم 64.14، مع محاولة معالجة هذه الإجراءات حسب شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع (المطلب الثاني)، من خلال الوقوف على مختلف الشروط الإجرائية أو المسطرية المرتبطة بالملتزمات في مجال التشريع.

لكن قبل ذلك لابد وبحكم كون تقديم الملتزمات التشريعية يعد من الآليات الحديثة التي اعتمدها المشرع المغربي، ومستجد دستوري في النظام المغربي، نرى أنه من الأجدر الوقوف على مفهوم الملتزمات بين الإرادة المغربية والقانون المقارن (المطلب الأول).

2 - ظهير شريف رقم 1.16.108 صادر في 2016/07/28 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 64.14 بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع، جريدة رسمية عدد 6492 بتاريخ 2016/08/18، ص: 6077.

المطلب الأول: الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع بين الإرادة المغربية والقانون المقارن

بالموازاة مع المجتمع المدني الذي شمله المقتضى الدستوري ارتباطا بحقل التشريع وحقل السياسات العمومية، فقد أشار دستور 2011 - في إطار الديمقراطية التشاركية- إلى الحق المُخَوَّل للمواطنين والمواطنات في تقديم ملتزمات التشريع، ويضاف هذا الحق إلى حق آخر يتمثل في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية؛ إذ يبدو واضحا أهمية هذه الإمكانية القانونية على مستوى تكيف طبيعة الاختيار الدستوري ارتباطا بأنماط ممارسة السلطة أو ممارسة الديمقراطية، علاقة بمبدأ إشراك المواطنين في تدبير الشأن العام³.

فإذا كان حق المواطنين في تقديم الملتزمات قد عرف تطورا في الأنظمة المقارنة (الفرع الأول) فإن هذا الحق تم تغييره في النظام المغربي في ظل الدساتير الخمس الأولى، ولم يسمح لممارسته إلا في ظل التعديل الدستوري لسنة 2011 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحق في تقديم الملتزمات من خلال القانون المقارن

ففي أغلب الدول الديمقراطية، تقوم الأنظمة على مبدأ فصل السلط، والمواطنة الكاملة، وضمان حرية الرأي والتعبير والمشاركة في اقتراح القوانين مباشرة أو بشكل غير مباشرة، وذلك عن طريق تفعيل الديمقراطية التشاركية إلى جانب الديمقراطية التمثيلية، في إطار علاقة تكامل بين الشكّلين كتعبير عن ممارسة الأنظمة البرلمانية في مجال الديمقراطية.

فإشراك المجتمع المدني في العملية التشريعية يختلف من نظام سياسي لآخر، استدعته أزمة النظام الديمقراطي التمثيلي، الأمر الذي وجب التفكير في إعادة النظر في علاقة البرلمان بالمجتمع المدني. وهو ما أكد عليه الاتحاد البرلماني الدولي في سنة 2006 في دليل الممارسة الجيدة، وذلك بدعوته إلى تفعيل آليات التواصل بين البرلمان والمواطنين بوسائل مختلفة، برفع الظلم عنهم وإشراكهم في الوظيفة التشريعية⁴.

ففي التشريعات المقارنة، يمكن التمييز بين المبادرة الشعبية التي تروم حول اقتراح تعديلات دستورية، ومبادرة تشريعية مجالها اقتراح أو تعديل أو إلغاء قوانين عادية، فضلا عن أسلوب الاعتراض الشعبي.

وتعتبر التجربة السويسرية رائدة في مجال الديمقراطية، والأقرب إلى الديمقراطية المباشرة، حيث تعتبر المبادرة الشعبية إحدى أكثر ركائز النظام السياسي، فهي وسيلة تسمح لأي مواطن باقتراح قوانين كما بإمكانها صياغة أحكام الدستور إلى جانب البرلمان، مما يجعل هذا النظام يجمع بين أسلوب الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية

3 - الشامي الأشهب يونس: المجتمع المدني: دراسة في طبيعة تصور المجتمع المدني المغربي "المجال التشريعي"، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثاني 2014، مرجع سابق، ص: 140.

4 - مصطفى بن شريف: التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين، منشورات الزمن، سلسلة الوعي القانوني العدد 1 سبتمبر 2015، مطبعة بني ازناسن سلا، ص: 64.

المباشرة، على اعتبار أنه بإمكان المواطنين السويسريين المشاركة مباشرة وبفعالية في صياغة أحكام الدستور وسن القوانين، إلى جانب البرلمان⁵. بل إن تنظيم الاستفتاء⁶ في النظام السويسري من عدمه يعود إلى الشعب⁷.

أما في التجربة الإسبانية⁸، وما اعتمدتها في مجال المبادرة الشعبية للمواطنين والتي يمكن استنتاجها لما نص عليه المشرع الإسباني في الفقرة الثالثة من الفصل 87 من دستور 1978، الذي أقر على أنه: "يحدد قانون تنظيمي أشكال ممارسة المبادرة الشعبية وشروطها وذلك من أجل تقديم مقترحات قوانين. ولا يجب في جميع الأحوال تقديم أقل من 500.000 توقيع مثبت. ولا يمكن أن تخص المبادرة المذكورة المجالات التي تنظمها القوانين التنظيمية والضريبية والقوانين ذات الطابع الدولي، ولا أن تطال صلاحيات إصدار العفو".

بذلك فالمشرع الدستوري الإسباني جعل من المبادرة الشعبية كجهة تشريعية وقوة اقتراحية في مجال التشريع إلى جانب البرلمان والحكومة، وجعل من الناخبين مشرعا استثنائيا، وهو ما يتضح من خلال المادة 87 من الدستور الإسباني التي خضعها لبيان الأطراف التي لها الحق بالمبادرة إلى اقتراح القوانين، وهي الحكومة، والبرلمان بمجلسيه، والبرلمانات المحلية (للبرلمانات المحلية التابعة لمناطق الحكم الذاتي)، والمبادرة الشعبية.

الفرع الثاني: التجربة المغربية في تقديم الملتزمات في مجال التشريع

إن المغرب في توجهه نحو الانخراط والاندماج في مسار الدول الديمقراطية، التي تقوم على مبدأ فصل السلط، والمواطنة الكاملة، وضمان حرية الرأي والتعبير والمشاركة في اقتراح القوانين مباشرة أو بشكل غير مباشرة، وذلك عن طريق تفعيل الديمقراطية التشاركية إلى جانب الديمقراطية التمثيلية، حاول من خلال منظومته التشريعية إقرار هذه المبادئ الرئيسية وأبرزها ما جاء في تصدير دستور 2011، حيث نص على: "إن المملكة المغربية، وفاء لاختيارها الذي لا رجعة فيه، في بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، تواصل إقامة مؤسسات دولة حديثة، مرتكزاتها المشاركة والتعددية والحكمة الجيدة، وإرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين

5 - نفس المرجع، ص: 66.

6 - لقد بدأ العمل بالاستفتاء المباشر في سويسرا سنة 1874، وتم التنصيص عليه في الدستور الفدرالي، وتم لاحقا الإقرار والاعتراف بالحق في المبادرة الشعبية خلال المراجعة الدستورية في سنة 1891.

7 - فما بين الاعوام 1848 و 2004 تم اجراء 516 استفتاء، في حين جرى تأجيل 244 مبادرة في ما بين 1892 و 2004 ..

8 - Artículo 87

1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

حقوق وواجبات المواطنة"⁹. كما تم التنصيص كذلك على مستجدات همت المقاربة التشاركية، ولكن ما يهمنا من تجليات الديمقراطية التشاركية في دستور 2011، ما نص عليه الفصل 14 منه¹⁰.

فالدستور المغربي لسنة 2011 الذي أجاز لأول مرة للمواطنين والمواطنات الحق في الملتزمات في مجال التشريع، وقد تم التنصيص على ذلك في الباب المتعلق بالأحكام العامة، إلى جانب التنصيصات المرتبطة بالديمقراطية التشاركية التي تسمح للمجتمع المدني بالمساهمة في السياسات العامة على أن تبقى كلمة الفصل للمؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية لا للمجتمع المدني أم المواطنين¹¹. كما أن الملتزمات الهادفة إلى تعديل الدستوري غير جائزة في النظام المغربي، على اعتبار أن الدستور قد حدد في الفصل 172 أبرز الهيئات التي لها الحق في المبادرة بتعديل الدستور¹².

المطلب الثاني: شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع

إن المبادرة التشريعية الشعبية في مجال اقتراح القوانين تحكمها شروط وإجراءات، وكذا تحديد المجالات المخصصة لها بمقتضى النصوص القانونية، وهذا ما سنتولى فحصها على النحو الآتي: حيث سنخصص (الفرع الأول) للشروط ذاتية وشخصية مرتبطة بأصحاب الملتزمات، في حين سنتناول خلال (الفرع الثاني) الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بالملتزم، أما (الفرع الثالث)، فنركز فيه على الشروط الإجرائية المرتبطة بكيفية تقديم الملتزمات في مجال التشريع.

الفرع الأول: شروط ذاتية وشخصية مرتبطة بأصحاب الملتزمات

إذا كان الفصل 14 من الدستور قد اكتفى بالتنصيص على من لهم الحق في تقديم الملتزمات في المواطنين والمواطنات، تاركا أمر شروط التقيد للقانون التنظيمي المتعلق بالملتزم في مجال القانون، فإن هذا الأخير من خلال الفصل الثاني منه، قد حدد أصحاب الملتزم في المواطنين والمواطنات المقيمين بالمغرب أو خارجه الذين اتخذوا المبادرة لإعداد الملتزم ووقعوا عليه، شريطة أن يكونوا متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية ومقيدين في اللوائح الانتخابية العامة، بعدما تم التراجع عن شرط "الوجود في وضعية جبائية سليمة" الذي كان منصوص عليه في مشروع القانون، والذي تم إلغاؤه بعد المصادقة النهائية عن القانون التنظيمي 64.14؛ في حين أن اللجنة الوطنية

9 - الفقرة الأولى من نصير الدستور المغربي 2011. منظر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 2011/07/30

10 - رشيد المدور: إشكالية النظام الداخلي للبرلمان في ضوء الدستور المغربي 1963-2015، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص: 586.

11 - سلمان التجريني: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثالث 2015، مطبعة الأمانة-الرباط، ص: 28-51، ص: 43.

12 - ينص الفصل 172 من دستور 2011 على أن: "للملك ولرئيس الحكومة ولجس النواب ولجس المستشارين، حق اتخاذ المبادرة قصد مراجعة الدستور...."

للحوار الوطني كانت قد حددت "الملمسون": في "كل المواطنين والمواطنات اللذين اتخذوا مبادرة الملمس التشريعي واللذين يتولون إعداداه وتبعه وتقديمه للبرلمان من خلال "هيئة تقديم الملمسات"¹³.

والمثير للجدل في هذه الشروط، هو شرط التسجيل في اللوائح الانتخابية، حيث يبدو على أن المواطنة الكاملة لا تكتمل لممارسة هذا الحق إلا بالتسجيل في اللوائح الانتخابية، وتم ربط علاقة الديمقراطية التشاركية بالديمقراطية التمثيلية، بعبارة أخرى أنه من لم يساهم في إفراز النخب التمثيلية ليس له الحق في تقديم ملمسات في التشريع، بحيث يحق التساؤل: ألا يبدو الأمر كأنه يتعلق ببحث عن منافذ لإضفاء الشرعية على العمل السياسي من خلال نص تشريعي غير مرتبط بالبتة بتنظيم العملية الانتخابية؟ أو وكأنه إلزام بالقيد في اللوائح الانتخابية بعد أن فشل السياسي نفسه من خلال العمل الحزبي في إغراء المواطنين والفاعلين بالانضمام إلى المشاركة السياسية المباشرة؟¹⁴

إن عبارة "للمواطنين والمواطنات" لا يمكن الأخذ بها بشكل مطلق والتي يجب أن تستثني الأشخاص اللذين منع عنهم حق الاقتراع المنصوص عليها في المادة 5 والمادة 6 من مدونة الانتخابات¹⁵.

كما أن نص الفصل 15 جاء بصيغة "للمواطنين والمواطنات" أي أنه لم يضع قيوداً تشمل الجنس غير أن هذا اللفظ هل يمكن أن لا يشمل الأشخاص المحرومون من الحقوق السياسية إما بسبب الأهلية والأشخاص المقبوض عليهم أو المحكوم عليهم بالتحريم من الحقوق السياسية والمدنية غير أن هؤلاء لا يجب حرمانهم من حق تقديم عرائض التماس العفو من الحكم.

أما فيما يخص مدعمو الملمس، فيتعلق الأمر أيضاً، بالمواطنات والمواطنون اللذين يعبرون عن دعمهم للملمس بواسطة توقيعاتهم المضمنة في لائحة تسمى "لائحة دعم الملمس" واللذين تتوافر فيهم نفس الشروط السالفة الذكر المرتبطة بأصحاب الملمس¹⁶.

ويقصد بلائحة دعم الملمس، تلك اللائحة التي تتضمن توقيعات مدعي الملمس، وأسمائهم الشخصية والعائلية، وأرقام بطائهم الوطنية للتعريف، وعناوين إقامتهم.

أما لجنة تقديم الملمس فهي لجنة مكونة من تسعة أعضاء على الأقل يختارهم أصحاب المبادرة في تقديم الملمس من بينهم، شريطة أن ينتسبوا إلى ثلث عدد جهات المملكة على الأقل¹⁷.

13 - أنظر التقرير التركي لأشغال الندوات العلمية المتعلقة بالأدوار الدستورية الجديدة للمجتمع المدني، ضمن مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة (6/6)

الملاحق، منشور صادر عن الوزارة المكلفة بالعلاقة مع البرلمان والمجتمع المدني، ص: 110.

14 - نبيل بوجمدي: "قراءة في مشروع القانون التنظيمي المتعلقين بالحق في تقديم العرائض والملمسات التشريعية"، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثالث 2015، مطبعة الأمانة-الرباط، ص: 16.

15 - انظر فقدان الأهلية الانتخابية المنصوص عليه في الفرع الثاني من مدونة الانتخابات، ظهر شريف رقم 1.97.83 صادر في 2 أبريل 1997 بتنفيذ القانون رقم 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات جريدة رسمية عدد 4470 بتاريخ 1997/04/03، ص: 570.

16 - البند الثالث من المادة 2 من القانون التنظيمي 64.14.

والملاحظ أن المشرع لم يؤكد بشكل صريح على دور الجمعيات في ممارسة هذا الحق، إلا أنها يمكن ممارسة هذا الحق بواسطة أعضائها كأشخاص عاديين في تقديم الملتزمات بصفتهم مبادرين أو في إطار لجنة الملتمس التي تعمل على جمع التوقيعات والتواصل مع السلطات المختصة، كما يمكنها أن تلعب دور الوساطة بين الساكنة والدولة لما تتوفر عليه من إمكانيات وقدرات تعزز من دورها في المشاركة في إعداد وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية.

الفرع الثاني: شروط شكلية وموضوعية متعلقة بالملتمس

تنص المادة الثالثة من القانون التنظيمي رقم 64.14 على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة الرابعة من القانون التنظيمي رقم 64.14، يجب أن يكون الملتمس مندرجا ضمن الميادين التي يختص القانون بالتشريع فيها طبقا لأحكام الدستور، أي أن موضوع الملتمس يجب أن لا يكون خارج نطاق مجال القانون الذي تم التنصيص عليه في الدستور، والذي أقر مواضعه على سبيل الحصر في الفصل 71 والذي حددت في حوالي ثلاثين مجالا ناهيك عن المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور¹⁸، مع استثناء الملتزمات التي تتضمن المس بالتوابت والتعارض مع المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، واعتبرها من مبطلات الملتمس.

ومن بين هذه الشروط التي تحول دون قبول هذه الملتزمات، تلك التي حددها المشرع في المادة الرابعة من القانون التنظيمي رقم 64.14، حيث تنص على أن الملتمس يعتبر غير مقبول إذا كان يتضمن اقتراحات أو توصيات:

* تمس بالتوابت الجامعة للأمة، والمتعلقة بالدين الإسلامي أو بالوحدة الوطنية أو بالنظام الملكي للدولة أو بالاختيار الديمقراطي أو بالمكتسبات التي تم تحقيقها في مجال الحريات والحقوق الأساسية كما هو منصوص عليها في الدستور.

* تتعلق بمراجعة الدستور أو القوانين التنظيمية أو قانون العفو العام أو النصوص المتعلقة بالمجال العسكري أو تخص الأمن الداخلي أو الدفاع الوطني أو الأمن الخارجي للدولة.

* تتعارض مع المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة أو انضمت إليها. في حين أن المشرع قد رفع من قيمة الملتمس عندما سمح له بتناول الاختصاصات المتعلقة بالسياسة العامة للدولة. حتى في بعض الأنظمة المقارنة، فقد أقوت بمجموعات من الشرط المرتبطة بالملتزمات، فعلى سبيل المثال فإن المشرع الدستوري الإسباني أقر بأن المبادرة الشعبية يجب ألا تخص المجالات التي تنظمها القوانين التنظيمية والضريبية والقوانين ذات الطابع الدولي، ولا أن تطال صلاحيات إصدار العفو(المادة 87 من الدستور).

17 - البند الخامس من المادة 2 من القانون التنظيمي 64.14.

18 - وبالرجوع للدستور ولاسيما الفصل 71 منه نجد نص على أنه يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في العديد من الميادين من بينها نظام الأسرة والحالة المدنية، مبادئ وقواعد المنظومة الصحية، الجنسية ووضع الأجنبي، تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها، التنظيم القضائي وإحداث أصناف جديدة من المحاكم ونظام السجون إلى غير ذلك من الصلاحيات.

وعلاقة بموضوع الملتمسات، التي يجب أن تكون ضمن ميادين يختص القانون بالتشريع فيها، أجاز التساؤل حول الطبيعة القانونية للملتمس، هل يمكن أن يضاهاى مقترح القانون في طبيعته؟

لا أظن الأمر كذلك، على اعتبار أن الإطار القانوني الذي يتحدث عن المبادرة الشعبية في مجال التشريع يتحدث عن الملتمسات، ولم يتحدث عن المقترحات أو المشاريع، وينعتها المشرع في مجموعة من المواد أنها مجرد اقتراحات وتوصيات¹⁹، وليست أكثر من ذلك، كما أنها قابلة لتحويلها إلى مقترحات قوانين، حيث يمكن لعضو أو أكثر من اللجنة البرلمانية تبني الملتمس المحال إليها، واعتماده أساسا لتقديم مقترح قانون²⁰. فبالنسبة للتجربة الفرنسية ومن خلال الفصل 87 من القانون التنظيمي المتعلق بالمبادرات الشعبية تفيد بأن الملتمسات تؤول في نهاية المطاف إلى مقترحات أو مشاريع قوانين يتبناها البرلمان أو الحكومة²¹.

أما المشرع الدستوري الإسباني(على سبيل المثال)، فمن خلال المادة 87 من الدستور التي عملت على بيان الأطراف التي لها الحق بالمبادرة في اقتراح القوانين، وتم تحديدها في الحكومة، والبرلمان بمجلسيه، والبرلمانات المحلية (للبرلمانات المحلية التابعة لمناطق الحكم الذاتي)، والمبادرة الشعبية، وبالتالي يكون قد جعل من المبادرة الشعبية كجهة اقتراحية في مجال العمل التشريعي إلى جانب كل من البرلمان والحكومة، وعمل على تسمية الملتمسات التشريعية بمقترحات قوانين.

وبالعودة إلى الشروط الشكلية المرتبطة بقبول الملتمس، وهي ما أقرته المادة الخامسة(05) من نفس القانون 64.14، بوجوب تحرير الملتمس بكيفية واضحة في شكل اقتراحات أو توصيات، ويكون مشفوعا بلائحة دعم الملتمس، كما يجب إرفاق الملتمس بمذكرة مفصلة تبين الأسباب الداعية إلى تقديمه والأهداف المتوخاة منه، وملخصا للاختيارات التي يتضمنها، وأن يكون الهدف من الملتمس هو تحقيق المصلحة العامة، ولكن ما المقصود بالمعايير المعتمدة في تحديد المصلحة العامة؟ وقد يكون الملتمس مقترحا أو توصيات.

وعموما فإن الشروط التي حددها المشرع المغربي والمتعلقة بالملتمس، يمكن اعتبارها معقولة، على اعتبار أنها تراعي خصوصيات المملكة المغربية وأمنها، وكذا اختيارها الديمقراطي والمكتسبات التي حققتها في مجال الحقوق والحريات الأساسية من جهة، ومن جهة ثانية تمكن المواطنين والمواطنات من تحقيق المصلحة العامة، عبر السعي إلى تطوير المجالات التي تدخل في نطاق التشريع وتدخل أيضا ضمن الميادين المعنية، لأن العفو العام وإن كان يعتبر من الميادين التي يشرع فيها البرلمان طبقا للفصل 71 من الدستور، إلا أن المشرع منع تقديم أي ملتمس في هذا الميدان، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن المغرب يهدف إلى تكريس مبادئ الحكامة الجيدة، ومن بينها المشاركة والأمن والاستقرار والفعالية والتوازن.

19 - الفقرة الأولى من المادة الرابعة، والبند الثاني من الفقرة الخامسة، والفقرة الثانية من المادة الثامنة...، من القانون التنظيمي رقم 64.14.

20 - الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون التنظيمي رقم 64.14.

21 - مخرجات الحوار الوطني، مرجع سابق، ص: 65.

الفرع الثالث: الشروط الإجرائية المرتبطة بكيفيات تقديم الملتزمات في مجال التشريع

لقد حدد القانون التنظيمي رقم 64.14 الكيفية أو الطريقة التي يمكن من خلالها تقديم الملتزمات في مجال التشريع من طرف المواطنين والمواطنات.

بداية لابد من الإشارة إلى أن إيداع الملتزمات يتم لدى مكتب مجلس النواب باستثناء الاقتراحات أو التوصيات التي تهم الجماعات الترابية أو القضايا الاجتماعية، فتودع لدى مكتب مجلس المستشارين.

فوفق المادة السابعة من القانون التنظيمي 64.14، تعمل لجنة²² تقديم الملتمس بجمع التوقيعات اللازمة، حيث يجب أن تكون لائحة دعم الملتمس موقعة على الأقل من قبل 25000 من مدعي الملتمس²³، وأن تكون مرفقة بنسخ من بطائق التعريف الوطنية للموقعين، ويتولى وكيل لجنة تقديم الملتمس الذي يعتبر ناطقا رسميا باسم اللجنة ومخاطبا لرئيسي مجلسي البرلمان الإشراف على مسطرة تقديم الملتمس الذي من الواجب أن يكون مدعما بتوقيع 25000 مواطنة ومواطن، وذلك تمهيدا لإيداعه لدى مكتب أحد مجلسي البرلمان، في حين أنه إذا تعذر على الوكيل القيام بمهامه لأي سبب من الأسباب، يقوم نائبه مقامه.

وفي الأنظمة المقارنة، فتحدد العتبة لتقديم الملتزمات تختلف من دولة إلى أخرى حيث يعتمد في النظام السويسري²⁴ باشتراط مائة ألف (100000) شخص سويسري متمتع بحق التصويت في حالة المراجعة الدستورية، و50000 بالنسبة للقوانين العادية، ونفس العدد بالنسبة لتوقيع المواطنين على معارضة قانون تمت المصادقة عليه من طرف البرلمان (قانون، معاهدة، مرسوم)، أما المشرع الإسباني فقد اشترط 500000 توقيع، أما في البرتغال فيتطلب الأمر 35 ألف ناخب، في إيطاليا يتطلب 50 ألف ناخب²⁵.

وبالعودة إلى كيفية تقديم الملتزمات في مجال التشريع في النظام المغربي، فيمكن لوكيل لجنة تقديم الملتمس أن يودع الملتمس مقابل وصل يسلم له فوراً أو أن يبعث به إلى مكتب مجلس النواب عن طريق البريد الإلكتروني، غير أن الملتزمات التي تتضمن، اقتراحات أو توصيات تهم، على وجه الخصوص، الجماعات الترابية أو التنمية الجهوية أو القضايا الاجتماعية ينبغي إيداعها أو إرسالها من قبل وكيل لجنة تقديم الملتمس إلى مكتب مجلس المستشارين (المادة 8).

22 - حسب المادة 6 من القانون التنظيمي 64.14، فإن لجنة الملتمس تجمع بدعوة من عضو واحد أو أكثر من أعضائها لاختيار وكيل عنها ونائب عنه، كما أن اللجنة المذكورة تعقد اجتماعاتها وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل في شأن التجمعات العمومية.

23 - للتذكير فقد سبق للجنة الحوار الوطني حول المجتمع المدني أن اقترحت عتبة تناسب الحجم الديمغرافي للمملكة تتراوح بين 50 ألف و 30 ألف توقيع؛

24 - فقد حدد الدستور الاتحادي السويسري في المادة 141 بأنه: "يجب أن توضع القوانين الاتحادية والمراسم الاتحادية الملزمة أمام الشعب للموافقة عليها أو رفضها، إما طلب 50000 مواطن سويسري ممن يحق لهم التصويت على ذلك، أو بناء على طلب 8 مقاطعات".

25 - مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، مرجع سابق، ص: 63.

ومباشرة بعد ذلك يعمل مكتب المجلس المعني بالأمر على التحقق من كون الملتمس المودع لديه أو المتوصل به مستوف للشروط اللازمة، قبل أن يتولى المجلس المعني البث في الملتمس داخل أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملتمس لدى مكتبه أو التوصل به (المادة العاشرة).

ومهما كانت نتيجة التداول في الملتمس، على رئيس مجلس البرلمان المعني، إخبار وكيل لجنة تقديم الملتمس كتابة بقرار قبول الملتمس أو رفضه داخل أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما من تاريخ البت فيه، إلا أنه في حالة عدم قبول الملتمس، على الرئيس المعني تعليل الدوافع الشكلية أو الموضوعية التي حالت دون قبول الملتمس على اعتبار أن قرار رفض الملتمس لا يقبل أي طعن.²⁶

ففي حالة قبول الملتمس، فإن هذا الأخير يخضع لإجراءات المسطرة التشريعية المعمول بها داخل المجلس المعني، وذلك بتوزيع نسخة من الملتمس المقبول على جميع أعضاء المجلس، وإحالتها إلى اللجنة البرلمانية المختصة حسب موضوع الملتمس، لدراسته ومناقشته، بذلك يتحول الملتمس إلى مقترح قانون حيث منح المشرع الإمكانية لأحد الأعضاء أو أكثر من أعضاء اللجنة البرلمانية المعنية تبني الملتمس المحال إليها، واعتماده أساسا لتقديم مقترح قانون، طبقا للمسطرة التشريعية المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس المعني، وهي نفس الإمكانية بالنسبة للملتمسات التي تم رفضها، حيث يمكن تبنيها من عضو أو أكثر من أعضاء اللجنة البرلمانية المختصة، في حين أنه يحق للجنة تقديم الملتمس أن تسحب ملتمسها في أي وقت.²⁷

وعموما فإنه في نظرنا أن التنصيص على كثرة الشروط المصاحبة لإيداع الملتمس التشريعي، رغم أنها تظهر معقدة وهناك صعوبة في توفرها، فلا نظن أنها تهدف إلى تعقيد الاستفادة من هذا الحق الدستوري، وإنما لتنظيم محكم من أجل شفافية ووضوح الهدف والغرض المقصود من وراء تقديم الملتمس ومدى جديته، كما أن التنصيص على عدد معين من التوقيعات، ومدعوما ومساندا بعدد من المواطنين، لا يمكن إلا أن يعطي قيمة للعمل التشريعي، حتى لا يتم التلاعب بالمبادئ الأساسية المؤسسة لحق المبادرة التشريعية، وكلما كان عدد الموقعين مرتفعا كلما كانت الملتمسات التشريعية مركزة وهادفة.

المبحث الثاني: دسترة حق تقديم العرائض والتشاور العمومي بين التجارب الدولية والتراكم المغربي

بالإضافة إلى آلية تقديم الملتمسات التشريعية المنصوص عليها في الفصل 14 من الدستور، فقد تضمنت الوثيقة الدستورية آلية أخرى تنص على حق المواطنين والمواطنات للمشاركة في السياسات العامة، من خلال تقديم عرائض إلى السلطات العمومية، حيث جاء في الفصل 15 من الدستور: " للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفية ممارسة هذا الحق ".

26 - حسب المادة 10 من القانون التنظيمي 64.14..

27 - حسب المادة 11 من القانون التنظيمي 64.14..

فإذا كان المشرع الدستوري على -غرار ما جاء في تقديم الملتزمات- قد أدخل حق تقديم العرائض في صلب العملية الديمقراطية سواء على المستوى الوطني (الفصل 15) أو على المستوى المحلي (الفصل 139) فإنه لم يقدم أي تعريف للمفهوم، أو على الأقل يفسر ماهيته والآليات المسطرية اللازمة لتطبيقه²⁸، بل فضل إحالته على قانون تنظيمي²⁹ يحدد الشروط والمساطر المتعلقة به، حيث عرف هذا الأخير العريضة على أنها: "كل طلب مكتوب يتضمن مطالب أو مقترحات أو توصيات، يوجهه مواطنات ومواطنون مقيمون بالمغرب أو خارجه إلى السلطات العمومية المعنية، قصد اتخاذ ما تراه مناسبا في شأنه من إجراءات في إطار أحكام الدستور والقانون وطبقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي"³⁰.

إذن فالعريضة تعد من بين الوسائل التي تساهم في تفعيل مقتضيات الدستور المتعلقة بالديمقراطية التشاركية، وبالتالي لا يجب أن تختزل وظيفتها في كونها مجرد تظلم يقدمه المواطنون إلى السلطات العمومية والضغط على أصحاب القرار المؤسسيين المعنيين بإنتاج القواعد القانونية، بقدر ما ينبغي الارتقاء بها إلى مستوى آلية اقتراحية من شأنها تفعيل مشاركة المواطنين في إعداد وتنفيذ السياسات العمومية³¹.

وبذلك حق التساؤل حول هذه الإجراءات والشروط المرتبطة بتقديم العرائض لدى السلطات العمومية (المطلب الثاني)، ولكن من أجل الإلمام أكثر بأهمية وقيمة دسرة آلية تقديم العرائض، كان لابد من الوقوف عند تطور تقديم العرائض في القانون المقارن (المطلب الأول)، وكذا آلية التشاور العمومي، باعتبارها آلية تسهم في السياسات العمومية وإعداد برامج التنمية، وملتصدة بالآليات المتعلقة بالديمقراطية التشاركية، التي أقرها الدستور.

المطلب الأول: تقديم العرائض إلى السلطات العمومية وآلية التشاور العمومي في التجربة المغربية والقانون المقارن

يختلف الباحثون حول المصدر الحقيقي لإشراك المجتمع المدني في حق تقديم العرائض إلى السلطات العامة، بين النظام البريطاني والفرنسي (الفرع الأول)، بينما ينسب بداية تجربة اعتماد تقديم العرائض في النظام المغربي إلى عهد الحماية (الفرع الثاني)، فضلا عن آلية التشاور العمومي لإشراك مختلف الفاعلين في إعداد السياسات العمومية (الفرع الثالث).

28 - مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، مرجع سابق، ص: 67-68.

29 - ظهور شريف رقم 1.16.107 صادر في 2016/07/28 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 44.14 بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية،

الجريدة الرسمية عدد 6492، بتاريخ 2016/08/18، ص: 6074.

30 - البند الأول من الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون التنظيمي رقم 44.14.

31 - محمد حجاجي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي بالمغرب، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثالث 2015، مطبعة الأمانة-الرباط، ص: 78-52، ص: 70.

الفرع الأول: تطور تقديم العرائض إلى السلطات العمومية في القانون المقارن

اكتسب حق تقديم العرائض كحق دستوري مع الثورة الفرنسية لسنة 1789 كوسيلة قانونية تمكن الأفراد والمجتمع المدني من التواصل مباشرة مع السلطات العمومية قصد إبداء تظلماتها ومنح المواطن دورا ايجابيا في الحياة السياسية، والانتقال من نظام سياسي مطلق، إلى مرحلة التأسيس لنظام سياسي ديمقراطي تشاركي، يسمح فيه لأفراد الشعب بالتظلم وتقديم اقتراحات تهم السياسات العمومية، وأصبح اليوم يشكل هذا الحق دعامة قوية في بناء دولة القانون.

وهكذا فقد تم إقرار حق تقديم العرائض بمقتضى المادة 62 من المرسوم الصادر في 14 دجنبر 1789 والمتعلق بتنظيم البلديات الذي رخص للفرنسيين بالتجمع بدون سلاح من أجل صياغة العرائض، على أن يتولى تقديمها إلى مسؤولي البلديات، عشرة مواطنين على الأكثر ينتدبون لهذه الغاية. وفي مايو 1791 صدر مرسوم آخر يقضي بأن حق تقديم العرائض غير قابل للتفويض أو ممارسته بشكل جماعي، وفي ذات الإطار نص دستور 1793 في بابه الأول، بأن للمواطنين الحرية في تقديم العرائض بصفة فردية، كما أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، شدد على حق تقديم العرائض³²، دون تقييد مؤكدا أن "حق تقديم العرائض إلى القائمين على السلطات العامة لا يمكن منعه أو تعليقه أو تحديده بأي شكل". وقد تم تعزيز حق تقديم العرائض من طرف المشرع الدستوري الفرنسي بمقتضى التعديل الدستوري 23 يوليوز 2008.³³

كما أن حق تقديم العرائض تم اعتماده من قِبَل في النظام البريطاني القائم على الأعراف الدستورية، مع إعلان الميثاق الأعظم سنة 1215، والذي أقر حق تقديم العرائض للملك، إذ تم تعيين مجموعتان من الأشخاص من قبل الملك مهمتهم تلقي العرائض: مجموعة مكلفة بتلقي العرائض وأخرى تتولى دراستها وإحالتها على السلطة المختصة³⁴. وفي سنة 1669 أكد مجلس العموم البريطاني أن حق تقديم العرائض متاح لكل شخص في المملكة البريطانية، وبالتالي بات بإمكان أي فرد إعداد العرائض وتقديمها لمجلس العموم بشأن تظلم وقع عليه³⁵، على أن يتولى المجلس تلقي العرائض ودراستها من خلال تحديد موضوعها وطبيعتها لإصدار حكم فيها بالقبول أو الرفض.

وقد عملت مجموعة من الدساتير الدولية على إقرار الحق في تقديم العرائض، نذكر منها، الدستور البلجيكي (المادة 28)، الدستور الإيطالي (المادة 50)، الدستور اليوناني (المادة 10)، الدستور البرتغالي (المادة 52)، الدستور الألماني (المادة 17)، الدستور الهولندي (المادة 5)، والدستور الإسباني (المادة 29).

32 - مصطفى بن شريف: التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص: 63.

33 - حيث نص في المادة 72-1 الفقرة الأولى على أن: "يحدد القانون الشروط التي بموجبها يجوز للناخبين في كل جماعة محلية أن يطلبوا عن طريق حق تقديم العريضة تسجيل مسألة من اختصاصها في جدول أعمال المجلس الإقليمي لهذه الجماعة.

34 - تم التأكيد على هذه الممارسة في عهد الملك جاك الثاني إذ أصدر سنة 1687 إعلانا يسمح بحرية إقامة الشعائر الدينية، هذا الإعلان رفض البرلمان المصادقة عليه فأمر الملك رئيس الأساقفة بتنفيذ الإعلان و قراءته جمها على المنابر، غير أن رئيس الأساقفة رفض هو وستة من مساعديه القيام بذلك من خلال عريضة تقدموا بها للملك تتضمن الرفض، فعزل الملك على إحالتهم إلى هيئة محلفين، غير أن الهيئة بررتهم بدعوى أنهم استعملوا حقهم الطبيعي، و خلد هذا الحدث بلوحة لازالت في البرلمان في "ويسمنبر". وهذا الحدث أسس بشكل فعلي لوجود حق تقديم العرائض.

35 - نورالدين قربال: المبادرة التشريعية والرقابية للمجتمع المدني-دراسة مقارنة على ضوء دستور 2011، مطبعة لبنا، الطبعة الأولى 2014، ص: 84.

ففي إسبانيا مثلاً أعطى المشرع الدستوري الحق للمواطنين في المشاركة في الشؤون العامة، إما بشكل مباشر، حيث نص في الفقرة الأولى من الفصل 29 من الدستور³⁶ على أنه "يحق لجميع الإسبان أن يتقدموا بعريضة كتابية، فردية أو جماعية، على أن يطابق شكل العريضة والآثار الناجمة عنها أحكام القانون". أو بواسطة ممثلين منتخبين بحرية في انتخابات دورية عن طريق اقتراع عام (الفصل 23 من الدستور الإسباني).

الفرع الثاني: التجربة المغربية في تقديم العرائض

إن تقديم العرائض من شأنه فتح المجال أمام مشاركة سياسية أوسع خصوصاً بعدما أظهرت القنوات التقليدية تراجعاً ملحوظاً في مشاركة المواطن المغربي داخل المؤسسات السياسية التقليدية³⁷.

فبالنسبة للنظام المغربي، فتقديم العرائض وسيلة عرفها ومارسها المغاربة منذ زمن، نذكر على سبيل المثال عريضة المطالبة بالاستقلال لسنة 1944، كذلك أيضاً العريضة المقدمة من طرف حزب الاستقلال وحزب الاتحاد الوطني للقوات الشعبية سنة 1970 للقصر الملكي بخصوص التدهور في الحالة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للبلاد.

ولئن كانت طبيعة تلك العرائض سياسية فإن إقراره هذه الآلية لأول مرة في دستور 2011 أراد المشرع أن يؤسس لتقديم عرائض ذات طبيعة إدارية وسياسية وكشكل من أشكال اتخاذ ومراقبة تسيير وتنفيذ القرارات العمومية بالموازاة مع تقديم الملتزمات التي قد يمكن تأخذ الطابع سياسي.

الفرع الثالث: آلية التشاور العمومي لإشراك مختلف الفاعلين في إعداد السياسات العمومية

بالإضافة إلى آلية تقديم الملتزمات في مجال التشريع، وتقديم العرائض لدى السلطات العمومية، يعتبر التشاور العمومي من بين أبرز الآليات لتفعيل الديمقراطية التشاركية، وتعزيز انخراط المواطن في المساهمة في تدبير الشأن العمومي، وإعداد وتنفيذ السياسات العامة³⁸، على اعتبار أن التشاور العمومي يعتبر من بين الآليات المعتمدة من طرف أغلب دول العالم من أجل إشراك المجتمع المدني في العمل التشريعي³⁹.

36- Artículo 29 de la constitution Espagnole de 1978.

1.Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2.Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

37 - محمد زين الدين: الدستور ونظام الحكم في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى أبريل 2015. ص: 185.

38 - محمد حجاجي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي بالمغرب، مرجع سابق، ص: 74.

39 - سلجان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية، مرجع سابق، ص: 34.

وبذلك عمل المشرع الدستوري المغربي في ظل دستور 2011 على وضع الإطار المرجعي والمؤسساتي من أجل التجسيد الفعلي للتشاور العمومي، من خلال الفصول 12 و 13 و 139.

فقد نصت الفقرة الثانية من الفصل 12 من الدستور على ما يلي: "تساهم الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية، في إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها. وعلى هذه المؤسسات والسلطات تنظيم هذه المشاركة، طبق شروط وكيفيات يحددها القانون".

ويلمها الفصل 13 الذي ينص على أنه: "تعمل السلطات العمومية على إحداث هيئات للتشاور قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها".

كما نص الفصل 139 على أنه: "تضع مجالس الجهات والجماعات الترابية الأخرى آليات تشاركية للحوار والتشاور لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وإعدادها"⁴⁰.

فالتنصيب الدستوري يفترض وجود آليات الالتزام من أجل بلوغ الأهداف، على اعتبار أن التشاور العمومي يشكل بعدا أساسيا من أبعاد الديمقراطية التشاركية من خلال عمليات التواصل المنتظم والحوار المؤسساتي بين السلطات العمومية والمواطنات والمواطنين ومنظمات المجتمع المدني ومختلف الفاعلين الاجتماعيين حول مختلف القرارات والسياسات والبرامج والمشاريع والمخططات التي تمس الحياة العامة للمواطنات والمواطنين، والمتصلة بحقوق المواطنين وأهداف التنمية البشرية المستدامة، ومختلف الخدمات العمومية محلياً وجوياً ووطنياً، وإلا فإن الأمر سيتوقف عند رغبات السلطات المعنية بالتشاور، حول الظرفية التي سيتم فيها إشراك هيئات المجتمع المدني في إعداد السياسات العمومية عامة، وفي إعداد التشريع خاصة، فالتجارب الدولية وأغلبها بالرغم من دسترتها لآليات الديمقراطية التشاركية يبقى تفعيلها بيد السلطات المعنية، دون وجود ما يجبرها على اعتماد آلية التشاور العمومي. وخير دليل على ذلك هو النموذج المعمول به في النظام الفرنسي، حيث نجد غياب الإطار القانوني الذي يعطي القدرة للمجتمع المدني على التدخل في العمل التشريعي، إلا أن هذا لا يمنع من ممارسة التأثير غير المباشر على الدينامية البرلمانية، حيث غالبا ما يحرص البرلمانيون على معرفة آراء الخبراء المعنيين داخل المجتمع المدني تجاه أي مشروع قانوني أو ميزانية سنوية، في إطار ما يسمى بالإحياء التشريعي⁴¹، أو المنهجية التلقائية في إعداد النصوص التشريعية.

40 - ينص الفصل 139 من دستور 2011 على ما يلي: "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتبنيها.

يمكن للمواطنات والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله".

41 - الإحياء التشريعي أو المنهجية التلقائية في إعداد التشريع هي عملية تسمح للساخرين على إنتاج التشريع بإجراء استشارات قبلية أثناء عملية التحضير مع خبراء اقتصاديين وفاعلين اجتماعيين من أجل الأخذ باقتراحاتهم أو الاستعانة بها.

فإذا كان المشرع قد عمل على إصدار القوانين التنظيمية الخاصة بآلية تقديم الملتزمات التشريعية، وآلية تقديم العرائض لدى السلطات العمومية، فإن آلية التشاور العمومي، ما زالت تفتقد إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذه الهيئات، وفي انتظار نص قانوني يبين طبيعتها واختصاصاتها، فقد عملت اللجنة الوطنية للحوار حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية على تخصيص ما يكفي من مخرجات حول مبادئ التشاور العمومي وتعريفه وأهدافه.

ولذلك فحسب وجهة نظر اللجنة الوطنية⁴²، تم تعريف التشاور العمومي على أنه: "هو مجمل الآليات والأنشطة التبادلية والتفاوضية التي تسمح للسلطات العمومية بالتواصل والإنصات وتبادل المعلومات مع الساكنة، قصد الحصول على رأيها وانتظاراتها وحاجياتها، بخصوص مشروع أو مخطط أو سياسة عمومية خلال مراحل بلورته وتنفيذه و تقييمه.

ودائما حسب مخرجات اللجنة الوطنية للحوار حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية، فقد تم تحديد المقصود من هيآت التشاور المنصوص عليها في الفصل 13 من الدستور، على أنها: "هي الهيآت و اللجان وجميع البنيات والمؤسسات الإدارية الدائمة أو الوظيفية المكلفة بتدبير وتنفيذ مختلف عمليات التشاور العمومي التي تقوم بها السلطات العمومية و المحلية قصد التواصل والتفاعل مع المواطنين بخصوص القرارات المتعلقة بسن وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية على المستوى الوطني والجهوي والمحلي.

وبذلك فالبنية المؤسسية لهيآت التشاور تتوزع بين هيآت على المستوى الوطني وهيآت أخرى على المستوى الترابي".

فحسب توصيات اللجنة الوطنية للحوار حول المجتمع المدني وأدواره الدستوري، فإن هيآت التشاور العمومي على المستوى الوطني، تحدث في شكل لجان أو مجالس أو أية بنية مؤسسية أخرى من طرف السلطات العمومية المركزية لتدبير التشاور العمومي حول السياسات والقرارات⁴³.

ودائما حسب نفس اللجنة، فقد تم تحديد مفهوم آليات التشاور والتشاور المنصوص عليها في الفصل 139 من الدستور على أنها "مجل الإجراءات والتقنيات والوسائل الموضوعة رهن إشارة المواطنين وهيآت المجتمع المدني قصد تسهيل مساهمتهم في أعداد وتنفيذ وتقييم برامج التنمية مثل: المجموعات الإعلامية والتداولية واللجان التشاورية وعمليات الأبواب المفتوحة وعمليات استقراء الرأي و مجالس الأحياء وجلسات الاستماع العمومية والتخطيط التشاركي والميزانية التشاركية".

117. Claude Becane : La Loi, Dalloz 1994, page 117. J. أشار إليه سليمان التجريني: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية،

مرجع سابق، ص: 35.

42 - مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، مرجع سابق، ص: 103.

43 - احمد حجاجي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، مرجع سابق، ص: 76.

ويبقى الهدف من التشاور العمومي، هو مأسسة فضاءات التواصل والحوار والنقاش والتعاون بين السلطات العمومية والمواطنين؛ وكذا تعميم ثقافة التعاقد بين مؤسسات الدولة ومنظمات المجتمع المدني، وكذا ترسيخ مبدأ التدبير المبني على النتائج، وكذا إغناء مسلسل اتخاذ القرار العمومي من خلال توسيع وتعميم مشاركة السكان في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد، وتعبئة الإمكانيات البشرية والقرارات الاجتماعية للتنمية البشرية المستدامة، وتوطيد وتعزيز الحكامة الجيدة وتعزيز وتوسيع الثقافة والنزاهة⁴⁴.

لابد للتذكير على أنه قد سبق في التجربة المغربية السابقة⁴⁵ عن دستور 2011، اعتماد آلية التشاور العمومي، حيث سجلت الولاية التشريعية الممتدة ما بين 1997 إلى 2002، سابقتين في هذا المجال تكرر انفتاح المؤسسة التشريعية على الفاعلين الاجتماعيين، ويتعلق الأمر بالحوار العمومي الذي تم فتحه أثناء إعداد مشروع القانون المتعلق بالميثاق الوطني للتربية والتكوين⁴⁶، حيث تم تخصيص لجنة خاصة بإعداد المشروع من أجل رفعه إلى جلالة الملك، وقامت اللجنة بإجراء حوار مع خبراء على المستوى الوطني وخارج الوطن لينتهي بها الأمر إلى إعداد مسودة مشروع تمت ترجمتها إلى ميثاق وطني للتربية والتكوين⁴⁷.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية والموضوعية لتقديم العرائض إلى السلطات العمومية

مرة أخرى فإن النص الدستوري المحدد لدور المجتمع المدني في تقديم العرائض للسلطات العمومية- والذي يشترك في نقط التقاء قوية بين تقنيتي العرائض والملمتسات في مجال التشريع-، عمل على تفسير هذه الصلاحيات، من خلال العمل على اشتراط مجموعة من المساطر والإجراءات والشكليات التي نوردتها على النحو التالي:

الشروط المرتبطة بالمعنيين بتقديم العرائض (الفرع الأول)، والشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بالعريضة (الفرع الثاني)، وبالهيات المعنية بتلقي العرائض وإجراءات البت فيها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط المرتبطة بالمعنيين بتقديم العرائض

إذا كان الفصل 15 من دستور 2011، يعطي بشكل عام للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم العرائض، يظل التساؤل مطروحا حول دور جمعيات المجتمع المدني؟ فهذا الفصل من الدستور لم يحدد بشكل دقيق ما إذا كان هذا الحق مقتصرًا على المواطنين كأشخاص ذاتيين أم اعتباريين. مما يحيل على إمكانية تقديم العرائض من طرف هيئات المجتمع المدني للسلطات العمومية.

44 - نفس المرجع، ص: 75.

45 - للإشارة فالمغرب قد عرف منذ عقد ونصف، أزيد من 12 حوارا وطنيا في مجالات وميادين مختلفة مثل: (الأسرة، العدالة الانتقالية، الهجرة، إعداد الأرضية الوطنية للنهوض بثقافة حقوق الإنسان، الخطة الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان، إعداد التقارير الوطنية في مجال حقوق الإنسان، الجهوية، البيئة والتنمية المستدامة، المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، النموذج الجديد للتنمية في الأقاليم الجنوبية، الحوار حول إعداد التراب...).

46 - محمد يوعزيزي: القانون البرلماني المغربي -مسطرة التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية)-، مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 2006، ص: 33.

47 - سلجان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، مرجع سابق، ص: 36.

ومن هذا المنطلق، لابد من التمييز بين تقديم العرائض على المستوى الوطني والمستوى الترابي أو المحلي، فبالرجوع إلى الفصل 139 من دستور 2011، قد مكن المواطنين والجمعيات معا من الحق بتقديم العرائض التي تسعى إلى مطالبة المجالس الجهوية والترابية بإدراج نقطة تدخل في اختصاصها ضمن جدول أعمالها⁴⁸، بذلك يكون الفصل (139) قد منح للمواطنين والمواطنات والجمعيات الحق في تقديم عرائض لإدراج نقط في جدول أعمال الهيآت المنتخبة، وهذا يعد إشراكا للمواطنين في مسلسل صناعة السياسات العمومية المحلية والجهوية. علما أن وضع نقط في جدول أعمال هيئة تقريرية يعد كذلك في حد ذاته مدخلا لتطبيق هذه النقطة ووضعها في الأجندة.

لذلك سنحاول التركيز خلال هذه القراءة على تقديم العرائض على المستوى الوطني، وذلك لعلاقتها المباشرة بالعمل البرلماني، بناء على ما جاء في مقتضيات القانون التنظيمي 44.14، حيث نص هذا الأخير على الإجراءات الشكلية المتعلقة بتقديم العرائض إلى السلطات العمومية، وعمل على تحديد أصحاب العريضة على المستوى الوطني أو المركزي في المواطنات والمواطنين المقيمين بالمغرب أو خارجه الذين اتخذوا المبادرة لإعداد العريضة ووقعوا عليها شريطة أن يكونوا متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية ومقيدين في اللوائح الانتخابية العامة⁴⁹. وبذلك فالمشرع مرة أخرى يكون قد أقر نفس الشروط التي اعتمدها في أصحاب الملتبس في مجال التشريع، حيث اشترط التسجيل في اللوائح الانتخابية، والتمتع بالحقوق السياسية والمدنية، كمعيار يمكنها من روح المواطنة ومنحها حق الانفراد بحق تقديم العرائض أمام السلطات العمومية، وبالتالي يكون قد أقصى الجمعيات من حق تقديم العرائض.

للإشارة فحق تقديم العرائض يعد من الحقوق السياسية القديمة التي استعملها المواطنون لأجل طلب تدخل الحاكمين بشأن قضية خاصة أو عامة تهمهم. وتختلف الدول حول أبعادها هل هي حقوق طبيعية يتمتع بها كل فرد لديه ما يدافع عنه أمام السلطات العمومية أم مدنية ترتبط بالمواطنة وبالانتماء الشرعي إلى الدولة؟

وهكذا نجد دولا مثل ألمانيا وكندا والدانمارك ونيوزلندا وانجلترا وسويسرا إضافة إلى باقي دول الاتحاد الأوروبي⁵⁰ تعتبر الحق في تقديم العرائض من الحقوق الطبيعية الأساسية يتمتع بها الأفراد الذاتيون أو الاعتباريون المقيمون بشكل شرعي فوق التراب الوطني بغض النظر عن جنسيتهم.

في حين نجد دولا أخرى مثل إسبانيا وفرنسا والبرتغال وبلجيكا وإيطاليا تعتبره من الحقوق السياسية المرتبطة بالانتماء القانوني للدولة، أي بجنسيتها⁵¹.

48 - ينص الفصل 139 من دستور 2011 على ما يلي: "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنات والمواطنين والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتبنيها.

يمكن للمواطنات والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله".

49 - البند الثالث من الفقرة الثانية من القانون التنظيمي رقم 44.14.

50 الفصل 138 D من معاهدة ماستريخت 1992، المعاهدة متوفرة بالموقع الرسمي للاتحاد الأوروبي على شبكة الانترنت <https://europa.eu>.

51 - مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، مرجع سابق، ص: 68.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بالعريضة

إذا كان المشرع المغربي قد منح المواطنين والمواطنات الحق في تقديم العرائض للسلطات العمومية، فإنه شدد في قبول هذه العرائض من خلال تقييدها بمجموعة من المعايير والشروط من ناحية الشكل والمضمون والحد الأدنى للتوقيعات.

فحسب منطوق المادة الثالثة والمادة الرابعة من القانون التنظيمي رقم 44.14، يجب على العريضة أن تكون مكتوبة بشكل واضح، ويكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة، وأن المطالب أو المقترحات التي تتضمنها تكون مشروعة، ولا تتعارض مع أحكام الدستور ولا مع المواثيق الدولية التي صادقت عليها الدولة؛ ولا تمس بالثوابت الجامعة للأمم، والمتعلقة بالدين الإسلامي أو بالوحدة الوطنية أو بالنظام الملكي للدولة أو بالاختيار الديمقراطي أو بالكتسبات التي تم تحقيقها في مجال الحريات والحقوق الأساسية كما هو منصوص عليها في الدستور، ولا تهم قضايا تتعلق بالأمن الداخلي أو بالدفاع الوطني أو بالأمن الخارجي للدولة؛ كما يشترط في المطالب أو المقترحات أو التوصيات التي تتضمنها العريضة، أن لا تكون موضوع قضايا معروضة على القضاء، أو صدر حكم في شأنها، أو تتعلق بوقائع تكون موضوع نقض من قبل اللجان النيابية لتقصي الحقائق.

كما يشترط في قبول العريضة أن لا تخل بمبدأ استمرارية المرافق العمومية، ومبدأ المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إلى المرافق العمومية، وأن لا تتضمن سبا أو قذفا أو تشهيرا أو تضليلا أو إساءة للمؤسسات أو الأشخاص، وأن لا تكتسي الطابع التمييزي، أو النقابي أو الحزبي الضيق.

وقبل إيداع العريضة من طرف وكيل لجنة تقديم العرائض⁵²، يجب على لجنة تقديم العرائض التحقق من المرفقات الواجب توفرها في العريضة، والمتمثلة أساسا في لائحة دعم العريضة⁵³ موقعة على الأقل من قبل 5000 شخص من مدعي العريضة⁵⁴، مصحوبة بنسخ بطائهم الوطنية (المادة 6).

52 - حسب المادة الخامسة من القانون التنظيمي للقانون التنظيمي 44.14، يعتبر وكيل لجنة تقديم العرائض ناطقا رسميا باسم اللجنة ومخاطبا للسلطات العمومية، وهو من يتولى الإشراف على مسطرة تقديم العرائض.

53 - حسب المادة الثانية من القانون التنظيمي 44.14، فإن لائحة دعم العريضة تتضمن توقيعات مدعي العريضة، وأسائهم الشخصية والعائلية، وأرقام بطائهم الوطنية للتعريف، وعناوين إقامتهم.

54 - ففي البرتغال مثلا يحدد الفصل 21 من القانون المتعلق بالعرائض لسنة 1990 عدد التوقيعات في 1000 لكي يحصل الموقعون على مقابلة مع اللجنة البرلمانية المستقبلية للعرائض، فيما عمد الفصل 24 من نفس القانون إلى رفع هذه العتبة إلى 4000 توقيع للحصول على تضمينها في جدول أعمال البرلمان؛ أما في فرنسا فقد حدد الفصل الخامس من القانون التنظيمي المتعلق بالجلس الاقتصادي والاجتماعي البيئي لسنة 2010 عتبة التوقيعات في 500 ألف توقيع لاعتقاده؛ في حين تم تحديد عتبة التوقيعات في إنجلترا في حدود 100 توقيع للحصول على تضمين العريضة في جدول أعمال الغرفة الدنيا إذ يمكن أيضا توقيعها من طرف كل المتهمين في البلد من فيهم السياح. أما بالنسبة لألمانيا، فلا يوجد حد أدنى للتوقيعات على العرائض إلا إذا طلب الموقعون مقابلة مع لجنة تلقي العرائض، حيث يشترط توفر 50 ألف توقيع، أي بما يعادل حوالي خمس (1/5) من الهيئة الناجبة. عن مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، مرجع سابق، ص: 72.

الفرع الثالث: حول الهيآت المعنية بتلقي العرائض وإجراءات البت فيها

تشير أغلب التشريعات الدولية إلى البرلمان كسلطة مختصة في استقبال العرائض بصفتها المؤسسة التي تمثل الإرادة الشعبية التي تنبثق منها جميع السلطات السياسية.

وفي نفس السياق، فإن العرائض الموجهة إلى البرلمان تستقبل في أغلبية الدول من طرف لجنة خاصة دائمة، كما هو الشأن في ألمانيا والنمسا وبلجيكا، أو من طرف سكرتارية البرلمان كما هو الشأن في كندا، في حين توجد دول مثل إيطاليا والدانمارك ونيوزيلندا لا تتوفر على لجان من هذا القبيل، إذ يمكن إرسال العرائض إلى اللجنة البرلمانية المعنية بموضوعها مثل (لجنة التعليم، أو الصحة، أو السكن...). فيما ترسل العرائض في البرتغال مباشرة إلى رئيس مجلس النواب الذي يحيلها بدوره على اللجان البرلمانية المعنية بالبت فيها⁵⁵.

أما في النموذج المغربي، فإنه قبل إيداع العريضة، يجب على وكيل تقديم العريضة أن يتيقن بأن مضمون العريضة يدخل ضمن اختصاص السلطة أو الهيئة المتلقية لها؛ والتي حددها المشرع الدستوري في السلطات العمومية.

فإذا كان المفهوم الفقهي لعبارة السلطات العمومية قد تم توسيعه، ليشمل كل شخص معنوي عام له صفة هيئة عمومية، مركزية أو محلية، إدارية أو منتخبة، تتولى مسؤولية معينة في إعداد أو تنفيذ أو تقييم سياسة عمومية، فإن المشرع حسب المادة الثانية من القانون التنظيمي 44.14 تم تأويل عبارة "السلطات العمومية" الواردة في الفصل 15 من دستور 2011، تأويلا ضيقا وتم حصرها في رئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين، رغم ذلك فقد مكّن المشرع لوكيل تقديم العريضة أو من ينوب عنه إيداع العريضة لدى السلطة الإدارية المحلية⁵⁶ التي يقيم في دائرة نفوذها مقابل وصل إيداع العريضة تسلمه السلطة الإدارية المعنية، وتتولى هذه الأخيرة إحالة العريضة على السلطة العمومية المعنية داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الإيداع. هذا فضلا عن إمكانية إيداع العريضة مباشرة لدى السلطة المعنية، كما يمكن تقديمها عن طريق البريد أو الرسائل الإلكترونية⁵⁷.

فسواء تعلق الأمر بالعرائض المقدمة إلى رئيس الحكومة، أو إلى أحد مجلسي البرلمان، فإن لجنة العرائض المحدثة لدى كل من هذه المؤسسات الثلاث (رئاسة الحكومة⁵⁸، ومجلس النواب، ومجلس المستشارين) هي من تتولى دراسة العرائض، والتحقق من استيفائها للشروط المنصوص عليها في القانون، وهي من تتولى إبداء الرأي حول

55 - مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، مرجع سابق، ص: 73.

56 - المادة 7 من القانون التنظيمي 44.14.

57 - المادة السابعة من القانون التنظيمي 44.14 المتعلق بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية.

58 - بناء على المادة 9 من القانون التنظيمي رقم 44.14، تم إحداث لجنة العرائض لدى الحكومة، بمرسوم رقم 2.16.773 صادر في 2017/05/25، بتحديد تأليف لجنة العرائض واختصاصاتها وكيفية سيرها، جريدة رسمية عدد 6574 بتاريخ 2017/06/01، ص: 3409.

العريضة، وتعمل على اقتراح الإجراءات التي تراها مناسبة في شأن العرائض المقبولة وذلك في أجل لا يتعدى ثلاثين (30) يوما من تاريخ إحالة العريضة عليها.

ففي حالة استوفت العريضة الشروط القانونية اللازمة، وحضيت بالقبول من طرف اللجنة المعنية، وبناء على اقتراحات هذه الأخيرة، يبت رئيس السلطة المعنية (رئيس الحكومة، أو رئيس مجلس النواب، أو رئيس مجلس المستشارين) في موضوع العريضة، ويجب على هذا الأخير إخبار رئيس لجنة تقديم العرائض بالتدابير والإجراءات التي تعتمده السلطة المعنية اتخاذها في الموضوع. أما في حالة ما تبين للجنة العرائض أن العريضة لا تستوفي للشروط القانونية، فإن رئيس السلطة المعنية (المحال عليها العريضة) يخبر وكيل لجنة تقديم العرائض بقرار معلل بعدم قبول العريضة. وذلك في أجل يجب ألا يتعدى ثلاثين (30) يوما من تاريخ توصله برأي لجنة العرائض⁵⁹.

والملاحظ أن المشرع إن كان قد حدد أجل الثلاثين يوما لإخبار وكيل لجنة تقديم العرائض بعدم قبول العريضة، فإنه في المقابل لم يحدد المدة الزمنية التي يجب على رئيس السلطة المعنية أن يتخذ فيها القرار النهائي لمآل العريضة والتدابير التي سيتم اتخاذها في حالة قبول العريضة.

خاتمة

إن أفضل وأكمل صورة للمبدأ والتوجه الديمقراطي، هو العمل على الارتقاء بالشعب، وإشراكه في القرار السياسي، وجعل السيادة للأمة تمارسها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وهذا ما أقره الدستور المغربي 2011، حيث نص على أن " السيادة للأمة، تمارسها مباشرة بالاستفتاء، وبصفة غير مباشرة بواسطة ممثلها". بل عمل على فتح المجال للمجتمع المدني بالتدخل بصفة مباشرة بالمشاركة في العمل البرلماني.

ولا شك أن من بين أهم المستجدات التي تركز لهذا المبدأ جاء بها الدستور المغربي 2011، في هذا الباب، والتي طال انتظار تنزيل مقتضياتها، هو إشراك المجتمع المدني في السياسات العمومية، والعمل التشريعي من خلال تقديم الملتزمات، والعرائض، إلا أن من خلال مقتضيات القوانين التنظيمية الصادرة في هذا المجال، وكما تتبعنا في مضمون هذا المقال، الذي حاولنا بسطه وتناوله من جميع جوانبه سواء على مستوى الإجراءات المسطرية، أو الهيئات المعنية، فقد أصبح هذا العمل وهذه المبادرة تطرح أكثر من تساؤل حول مدى تحقيق الأهداف المرجوة منها، على اعتبار أن تقديم الملتزمات تكون لدى أحد مجلسي البرلمان، وفي حالة ما إذا تم استحضار الإشكالات المرتبطة بالأولوية التي تحظى بها مشاريع القوانين الحكومية على حساب مقترحات القوانين البرلمانية، فإن مصير هذا الجهد

59 - الفقرة الأخيرة من المادة 10، وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 14 من القانون التنظيمي رقم 44.14.

الجاهد، سينضاف بدون أدنى شك إلى أرشيف رفوف البرلمان، لأن أقصى ما يمكن فعله بمصير هذه الملتزمات، هو تبنيها كمقترح قانون من أحد أعضاء البرلمان، أو الفرق البرلمانية، وبالتالي فيمكن القول على أن كثرة الحوارات، والنقاشات، كانت بمثابة تضيق للوقت والأموال، وكان على الأقل فتح قنوات خاصة لهذا النوع من الملتزمات، كإحالتها على الأمانة العامة للحكومة مباشرة، وهي من ستتولى الرأي في مصيرها، ومدى فعاليتها.

- وفي نفس السياق، كان يجب اشتراط في لجنة تقديم الملتزمات ولجنة تقديم العرائض أن تكون ذات تكوين قانوني، دبلوم الدراسات العامة على الأقل، وذلك من أجل تفادي ضياع الوقت والجهد والمال بدون جدوى.

قائمة المراجع

- امحمد حجاجي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي بالمغرب، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، ع:3، 2015، مطبعة الأمانة-الرباط. ص:52-78.
- الشامي الأشهب يونس: المجتمع المدني: دراسة في طبيعة تصور المجتمع المدني المغربي "المجال التشريعي"، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثاني 2014. ص: 117-144.
- رشيد المدور: -/إشكالية النظام الداخلي للبرلمان في ضوء الدستور-دراسة دستورية تحليلية-، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 111-2016، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، الطبعة الأولى 2016.
- سليمان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثالث 2015، مطبعة الأمانة-الرباط، ص: 28-51.
- محمد بوعزيز: القانون البرلماني المغربي -مسطرة التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية)-، مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 2006.
- محمد زين الدين: الدستور ونظام الحكم في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى أبريل 2015.
- مصطفى بن شريف: التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين، منشورات الزمن، سلسلة الوعي القانوني العدد 1 سبتمبر 2015، مطبعة بني ازناسن-سلا.
- نبيل بوحيميدي: "قراءة في مشروع القانونين التنظيميين المتعلقين بالحقوق في تقديم العرائض والملتزمات التشريعية"، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الثالث 2015، مطبعة الأمانة-الرباط.
- نورالدين قربال: المبادرة التشريعية والرقابية للمجتمع المدني-دراسة مقارنة على ضوء دستور 2011، مطبعة لينا، الطبعة الأولى 2014.

النصوص القانونية:

الدستور المغربي لـ 29 يوليوز 2011، ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 يوليوز 2011، بتنفيذ نص الدستور، جريدة رسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 30 يوليوز 2011.

الدستور الاتحاد السويدي

الدستور الإسباني 1978

معاهدة ماستريخت 1992، 1

القانون التنظيمي رقم 44.14، تم إحداث لجنة العرائض لدى الحكومة، بمرسوم رقم 2.16.773 صادر في 2017/05/25، بتحديد تأليف لجنة العرائض واختصاصاتها وكيفية سيرها، جريدة رسمية عدد 6574 بتاريخ 2017/06/01، ص: 3409. ظهير شريف رقم 1.16.107 صادر في 2016/07/28 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 44.14 بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 6492، بتاريخ 2016/08/18، ص: 6074.

ظهير شريف رقم 1.16.108 صادر في 2016/07/28 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 64.14 بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع، جريدة رسمية عدد 6492 بتاريخ 2016/08/18، ص: 6077.

مدونة الانتخابات، ظهير شريف رقم 1.97.83 صادر في 2 أبريل 1997 بتنفيذ القانون رقم 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات جريدة رسمية عدد 4470 بتاريخ 1997/04/03، ص: 570

التقرير التركيبي لأشغال الندوات العلمية المتعلقة بالأدوار الدستورية الجديدة للمجتمع المدني، ضمن مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة (6/6) الملاحق، منشور صادر عن الوزارة المكلفة بالعلاقة مع البرلمان والمجتمع المدني.

مخرجات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة..

J. Claude Becane : La Loi, Dalloz 1994

المواقع الإلكترونية

الموقع الرسمي للاتحاد الأوروبي على شبكة الانترنت <https://europa.eu>.

الموقع الرسمي للوزارة المكلفة بالعلاقة مع البرلمان والمجتمع المدني، www.mcrp.gov.ma

الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة المغربية www.sgg.gov.ma

التوجهات الإيرانية في منطقة الخليج ما بين المكانة الاستراتيجية ومتطلبات الدور

Iranian trends in the Gulf region between strategic status and role requirements

ب. ماجدة بختي /كلية العلوم السياسية - جامعة بسكرة - الجزائر

الملخص :

تسعى هذه الدراسة لتسليط الضوء على النفوذ الإيراني وامتداداته الجغرافية في الخليج ، فمنذ الوهلة الأولى لوصول السلطة الدينية للحكم بقيادة الخميني و سقوط الشاه الإيراني تم استلهام تجربة العثمانيين و طغى شعار تصدير الثورة لتحقيق الدولة الإسلامية العالمية التي تمتد رقعتها الجغرافيا من المحيط الهادي للأطلسي بدءا من جوارها الإقليمي ، فقد حظيت منطقة الخليج العربي باهتمام كبير من طرف إيران وسعت لموازنة أدوارها بما يتوافق مع طموحاتها الإقليمية و التعاطي بذكاء في التعامل مع أزمات المنطقة باستغلال قوتها الناعمة التي جعلت نموذجا مشعا في المنطقة في مرحلة ما بعد سقوط العراق وأعلنت عن نفسها كقوة إقليمية في حرب لبنان سنة 2006 م ، وكان من الجلي أنها ستسعى لاستغلال كل فرصة لتحقيق أهدافها وهذا ما أكدته موجة الثورات العربية ، واستطاعت إيجاد دور وقاعدة لها وتوسيع لمكانتها في العديد من الدول بحجة الدفاع عن مصالحها في هذه الدول في ظل التدخل الدولي الأجنبي كمنافس دولي في المنطقة خاصة الأمريكي الذي لطالما تميزت علاقاتها بالشد والمد وكما تعرف العلاقات الإيرانية الحالية فترة من التغيرات التي يصعب أن يتم تحليل أو توقع ردة الفعل الإيراني إزاء الأحداث المتوالية على الساحة الإيرانية .

الكلمات المفتاحية: الدور ، تصدير الثورة ، الخليج العربي ، التهديد الأمني ، البرنامج النووي .

Abstract :

This study seeks to highlight The Iranian influence and its geographical extensions in the Gulf, from the very beginning of the arrival of the religious authority to the rule led by Al-Khamnai and the fall of the Shah of Iran was inspired by the experience of the Ottomans and overshadowed the slogan of exporting the revolution to achieve the world Islamic State that extends The Gulf region has received great attention from Iran and has sought to balance its roles in line with its regional ambitions and to deal intelligently with the region's crises by exploiting its soft power, which has made it a model. It was clear that they would seek to exploit every opportunity to achieve their goals, and this was confirmed by the wave of Arab revolutions, and was able to find a role and a base for it and expand its position in many countries under the pretext of defending Their interests in these countries in light of foreign international intervention as an international competitor in the region, especially the American, whose relations have always been characterized by tension and tide, as the current Iranian relations are known, a period of changes that are difficult to analyze or anticipate the Iranian reaction to the successive events on the ground. Iranian.

Key words : The role, exporting revolution, the Arabian Gulf, the security threat, the nuclear program

مقدمة

يعتبر موضوع النفوذ الإيراني واحداً من أهم المواضيع التي حظيت باهتمام كبير في الساحة الدولية والعربية بما يثيره من جدل واسع على مختلف المستويات وخاصة في المجال البحثي ، فصعود القوة الإيرانية حمل مجموعة من المعطيات التاريخية و السياسية المتضاربة الأوجه ، حيث أن كثيراً من الدارسين يعتقدون أن أزمة العلاقات الإيرانية الحالية ليست وليدة الظروف الراهنة بل تعود لفترة ما بعد سقوط الشاه الإيراني وصعود التيارات الدينية للحكم ، لكن الأزمة العراقية كان لها الدور في التغطية على هذه التضاربات بين إيران ومحيطها الخارجي ، وجاء الاحتلال الأمريكي بمثابة الإعلان الرسمي لبروزها للعلن ولم تكن بداية البرنامج النووي الإيراني إلا فصلاً جديداً لصراع قائم منذ فترة ، و بالتالي فالمرحلة التي تلت هذا الفصل هي نتاج كل هذه التفاعلات السابقة التي تفسر المعطيات التي شابت أزمات الحضور الإيراني في مرحلة ما بعد الثورات العربية بعد العام 2011.

أهمية الدراسة : المتأمل للسلوك الإيراني في موضوع تركيزه على منطقة الخليج العربي باعتباره أحد أهم نقاط الاهتمام الرئيسية بالنسبة لها. و وجود متطلبات ترهن دورها في الإقليم وتساهم في تدعيم موقفها سواء في مواجهة الأطراف الإقليمية الأخرى، أو في مواجهة بعض القوى الدولية وخصوصاً الولايات المتحدة الأمريكية.. يرى أن إيران سعت إلى ممارسة دور نشط في الشرق الأوسط و بالخاص في الخليج مستندةً إلى مزيج من الاعتبارات المصلحية البراغماتية والاعتبارات المذهبية والأيدولوجية. ومعتمدة على العديد من الأساليب والأدوات التي يرتبط بعضها بالقوة الصلبة، وبعضها الآخر بالقوة الناعمة. حيث لعبت إيران دوراً بارزاً في ترسيم سياستها ودورها اتجاه القضايا الدولية والإقليمية والعربية مثل الأزمة السورية اليمنية الأكثر بروزاً في الساحة الدولية .

أهداف الدراسة : تسعى الدراسة للتطرق إلى التوجهات الإيرانية في منطقة الخليج ما بين المكانة الاستراتيجية ومتطلبات الدور من خلال الظروف الإقليمية والدولية التي ساعدت إيران على المضي في مشروعها التوسعي خاصة وأنها أصبحت في ظرف قصير مفتاح التفاعلات السياسية والأمنية في المنطقة الخليجية ولها إمتدادات في مختلف دول المنطقة ما منحها الأفضلية في التعامل الدولي في منطقة تعتبر أساساً محل تجاذب خارجي ما بين القوى الدولية.

إشكالية الدراسة : شهدت نهاية الألفية الثانية ومطلع الألفية الجديدة سلسلة من الأحداث والتحويلات أسهمت في إخراج الطموحات الإيرانية إلى حيز التنفيذ على الساحة الإقليمية وهذا ما يدفعنا لطرح الإشكالية التالية : الى أي مدى يمكن أن يتمدد الدور الإيراني في منطقة الخليج العربي في ظل الأحداث المتوالية ؟.

الدراسات السابقة :

منهج الدراسة : تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي الذي يقتضي تناول المعلومات الكلية والجزئية للدراسة ، وكذا العمل على تحديد أغلب مستويات المتغيرات ما بين المحلية والإقليمية والدولية، ومن خلال التطرق لموضوع الدور الإيراني فإنه يتطلب وصف طبيعة هذا الدور وتحديد كل مستويات الإثر ، وللإحاطة بمختلف الجوانب المتداخلة في هذا موضوع تم الاعتماد أيضاً على عدة أدوات منها أداة المنهج النسقي لتحليل أبعادها المختلفة في ظل

مجموعة من المتغيرات أثرت بشكل مباشر أو غير مباشر في موضوع الدور الإيراني وتحديد أنماط التحول في السلوك الإيواني وإعادة تنسيق أفكار ومفاهيم الدراسة بما يخدم السياق العام للموضوع.

المحور الأول : الامتداد الإيراني في منطقة الخليج العربي ما بين متطلبات الدور وضوابط

الفاعل.

1. إيران ومنطقة الخليج العربي: دراسة جيوسياسية واستراتيجية:

أولاً. الموقع الجغرافي لمنطقة الخليج العربي: تتموقع منطقة الخليج العربي في جنوب غرب آسيا على مساحة تقدر بسبع وتسعين ألف ميل مربع أي ما يعادل 250 ألف كلم مربع، يحده من الشرق الساحل الإيراني الذي تقطنه قبائل عربية إيرانية، ومن الغرب شبه الجزيرة العربية حتى مضيق هرمز، ثم ينفتح على خليج عمان جنوباً، أما في الشمال فيحده العراق، وتبلغ أبعاد الخليج العربي 800 كم مربع طولاً ويتراوح عرضه ما بين 290 كم مربع في قسمه الجنوبي و 47 كم عند مضيق هرمز، ومتوسط هذا العرض هو 150 كم وهو يقع بين خطي طول 48 درجة و 57 درجة شرقاً وخطي عرض 54 درجة و 30 درجة شمالاً¹.

وتتضمن منطقة الخليج العربي كلاً من دول مجلس التعاون الخليجي الستة وهي: (البحرين والكويت والإمارات وعمان وقطر والسعودية) بالإضافة الى كل من إيران والعراق حيث تقع كل من الكويت والعراق في شمال الخليج العربي أما من غرب الخليج كل من المملكة العربية السعودية وقطر والبحرين أما في الجنوب توجد كل من دولة عمان والإمارات العربية المتحدة أما بالنسبة لتموقع إيران بالنسبة للخليج فهي تقع في القسم الشرقي المطل على الخليج العربي².

يعتبر الموقع الاستراتيجي الذي تزخر به دول الخليج العربي الذي جعل كل دولة تبحث عن سيادة عالمية تهتم بالخليج العربي و التي على اثرها حضي باهتمام دولي و اقليمي كبير نتيجة الأهمية الجغرافية والتي ترتبت عنها أهمية استراتيجية واقتصادية بفضل تمتعه بإنتاج النفط واحتياطاته الضخمة و تبرز الأهمية الاقتصادية من خلال العناصر التالية :

أ/ البترول: تعد منطقة الخليج العربي احدى اهم المناطق الحيوية والاستراتيجية بالنسبة للمصالح الغربية عموماً والأمريكية بوجه خاص، ليس بسبب موقعها الجغرافي فحسب وانما لأهميتها النفطية اذ تمتلك أكثر من ثلثي الاحتياطي

¹ - نحلة محبوب احمد ، "حرب الخليج الثانية والعلاقات العراقية -الامريكية" ، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية ، كلية الاقتصاد والعلوم الاجتماعية ، جامعة الخرطوم ، 2003، ص 14.

² - بختة مزيان، "التنافس الأمريكي -الأوروبي في منطقة الخليج العربي لفترة (1990-2003)" ،مذكرة ماستر في العلوم السياسة تخصص تحليل السياسات الخارجية ، جامعة جيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، ص 39.

العالمي من النفط أي السلعة الاستراتيجية التي يتوقف عليها النمو الاقتصادي العالمي¹. وتقع على شاطئ الخليج أهم معامل التكرير بالبحرين والتي تكرر ثلث انتاج السعودية من النفط ، كما تقع عليه أهم موانئ تصدير النفط وهي "عيدان ، البصرة ، الدمام². ففي الوقت الذي وصل فيه الإنتاج العالمي من النفط حوالي 75 مليون برميل يوميا ، وبزيادة سنوية على الطلب تبلغ حوالي 5.1 مليون برميل يوميا يتوقع ان يصل الطلب العالمي على النفط عام 2010 حوالي 30 مليون برميل إضافي يوميا وان ترتفع معدلات الإنتاج النفطي الى 115 مليون برميل يوميا عام 2020 مما يعني ان دول الخليج ستكون المصدر الاساسي في تامين الزيادة المتوقعة في الطلب العالمي على النفط³.

ب/ المضائق والمنافذ البحرية: يعد مضيق هرمز أحد أهم الممرات المائية في العالم وأكثرها حركة للسفن، إذ يعبره ما بين 3020 ناقلة نفط يوميا بمعدل ناقلة نفط كل 6 دقائق في ساعات الذروة. ويقع مضيق هرمز في منطقة الخليج ويفصل ما بين مياه الخليج العربي من جهة ومياه خليج عمان وبحر العرب والمحيط الهندي من جهة أخرى. تطل عليه من الشمال جمهورية إيران الإسلامية ومن الجنوب سلطنة عمان التي تشرف على حركة الملاحة البحرية فيه باعتبار أن ممر السفن يأتي ضمن مياهها الإقليمية⁴.

ثانيا : الخليج العربي أم الخليج الفارسي: إن تسمية هذا المسطح المائي باسم الخليج العربي منتشرة وبشكل كبير في المنطقة العربية برمتها وهي ذات التسمية التي تستعملها المنظمات الدولية و الدول العربية أيضا ، كما ان الأمم المتحدة تعترف بهذا الاسم أيضا وتستعمله بشكل رسمي ، ومن جهة أخرى ايران تطلق عليه الخليج الفارسي هذا ما ولد خلافا حول التسمية بين ايران والدول الأخرى⁵.

وبالنسبة لإيران تزعم إيران أن سواحل الخليج العربي الغربية كانت مستعمرات تابعة لمملكة الفرس قبل الإسلام، كما أنها تعتبر التسمية "الفارسية" هي الوحيدة التي أطلقت على الخليج، وتنكر وجود أي اسم آخر لهذا المسطح المائي غير تسمية "الخليج الفارسي" ويعتبر محمد رضا شاه أول من أثار الخلاف على تسمية الخليج العربي وأصر على تسميته زورا وقهرا، وذلك في أعقاب إعلان وزراء الإعلام في دول الخليج في أواسط السبعينيات عن تأسيس "وكالة أنباء الخليج العربي"، ما أثار عنصرية الشاه، وقرر سحب جميع سفرائه من دول الخليج. وكان الالاف آنذاك مسارعة وزراء الإعلام في دول الخليج العربي إلى عقد جلسة طارئة حذفوا خلالها كلمة "العربي" من اسم الوكالة⁶ وقد ظل اسم الخليج الفارسي مستخدما في كل الخرائط تقريبا وفي معظم المعاهدات والوثائق الدولية الحديثة قبل عام 1960. ولعل هذا مرده إلى الوقائع الجيوسياسية التي كانت سائدة في الحقب السابقة عندما كانت بلاد فارس (إيران

¹ الغفلي علي احمد ، المستقبل الاستراتيجي للخليج العربي ، التقرير الاستراتيجي الخليجي ، (الامارات العربية المتحدة : دار الخليج العربي للصحافة والطباعة والنشر 2001-2002)، ص 231.

² نحلة محجوب احمد، مرجع سابق الذكر، ص 25.

³ الغفلي علي احمد ، مرجع سابق الذكر ، ص 231.

⁴ - ناصر علي ناصر، مضيق هرمز والصراع الأمريكي الإيراني، (بيروت: دار الفارابي، 2013)، ص 20.

⁵ - محمد محمد ، اين يقع الخليج العربي ، متحصل عليه من الرابط في: 2019/12/10 : <https://bit.ly/3bmsUUe>

⁶ -مصطفى حسين ، القبول الأمريكي لتسمية الخليج بـ(الفارسي) ، تم التصفح من الرابط يوم : 2020/2/20 <https://bit.ly/2WKmiel>

حاليا). ولا تعترف بمصطلح "الخليج العربي" أو "الخليج" وترى في المصطلح الأخير استخداما محايدا يفضي إلى التنازل عن الاسم التاريخي للممر المائي.¹

2. التوجه الإيراني من منظور مقارنة الدور .

تعتبر نظرية الدور من النظريات المهمة في حقل العلاقات الدولية والتي لاقت اتساعا كبيرا في المجال السياسي. حيث ظهرت أول مرة في أدبيات السياسة الخارجية بعد نشر دراسة "هولستي" عام 1970 والتي كانت عبارة عن مقال بعنوان " مفهوم الادوار الوطنية في السياسة الخارجية". وركز فيه على فكرة أن التصرفات الخارجية للدولة قائمة على التصورات والمعتقدات التي يحددها صانع القرار حول هوية ودور الدولة في النظام الدولي.²

وتفترض نظرية الدور وجود عدة أدوار يمكن أن تتخذها الدولة في محيطها الإقليمي فهناك من تتخذ النمط المساوم وهناك من تميل للنمط القائد وقد تفرض الظروف المحيطة نمط معين على الوحدات السياسية. وقد سعت إيران للعب دور إقليمي محوري في منطقته الخليج العربي وذلك بطريق مباشر وغير مباشر وبوسائل مختلفة رغم أن هناك العديد من التعقيدات التي تحيط بمستقبل إيران ودول الخليج العربي وتؤثر على الأمن القومي، و السياسة الخارجية أبرز الأسس التي قامت عليها القوة الناعمة لإيران في الشرق الأوسط، خاصة و أنها تمثل سلوك النظام السياسي الإيراني وردود أفعاله تجاه مختلف القضايا الإقليمية والدولية، فهي بلا شك أكثر الأسس تأثيراً في تحقيق الأهداف والمصالح الإيرانية التي تستثمر أدوات الدبلوماسية منها والاقتصادية أو العسكرية أو الدعائية إلى جانب ما تمتلكه من قيم و طروحات ومبادرات تعزز العلاقات الثنائية الإقليمية والدولية وبسلطة شرعية لحكام وصانعي القرار في الجمهورية الإيرانية.

تحاول إيران أن تستغل ما لديها من أوراق تؤهلها في بسط نفوذها داخل محيطها الإقليمي، بغية لعب دور قيادي، يعكس قدراتها و امكانياتها الحقيقية، وثقلها الحضاري والتاريخي، وإحدى الإشكاليات التي واجهت إيران في سياستها الخارجية، حيث راوحت سياستها بين المثالية (العقائدية) والواقعية، بين القول والفعل.³ بالإضافة إلى أنها بلد نامي تفتقر إلى الإمكانيات الكافية لتنفيذ دورها الطموح، لاسيما أن هذا النفوذ الإقليمي جاء في كثير من الأوقات على حساب التنمية الإيرانية الداخلية واحتياجات المجتمع الإيراني، خاصة في ظل الحصار المضروب عليها، فضلا عن الاحتجاجات الداخلية بسبب فشل سياساتها الاقتصادية الداخلية المعارضة لسياسة إيران الخارجية الطموحة ذات الكلفة العالية، وخاصة تدخلها في لبنان والعراق وفلسطين وغيرها من المناطق والأقاليم الأخرى، حيث استنفذ ذلك من مواردها.

¹ -عبد العظيم الشيخ، إيران وتسمية الخليج العربي ، تقرير الجزيرة نت ، تم التصفح من الرابط : يوم 2020/01/11 <https://bit.ly/2vNPjuu>

² -Cameron G. thies. « Role theory and foreign policy ».from web sitein 04/01/2020 <https://bit.ly/2xIMIYS>

³ - إباد المجالي ، هبة غربي ، مجلة مدرات إيرانية، التقرير السياسي :القوة الناعمة لإيران في الشرق الأوسط ،، العدد 04، المركز الديمقراطي العربي ،برلين ألمانيا، العدد 04 ،يونيو 2019م ص 16.

وبالتالي فإنه حسب أنماط الدور التي تتخذها الدول يمكن القول أن إيران تتبنى نمطين النمط الموازن والنمط القائد من خلال محاولة التفاعل الإيجابي فهذا الواقع تفرضه التطورات الراهنة على المستويين الداخلي والخارجي ، ومساهمة إيران في القضايا الإقليمية تساهم في تثبيت دورها في المنطقة خاصة منطقة الخليج العربي التي هي محل أنظار المجتمع الدولي لمقوماتها الجيوستراتيجية و الطاقوية بصفة خاصة وتزيد من الأهمية الاستراتيجية لإيران في النظام العالمي .

3. التمدد الإيراني في منطقة الخليج العربي وفق تصورات نظرية المجال الحيوي

يمكن تعريف المجال الحيوي كنظرية سياسية: بأنه (حاجة الدولة التي اعتبرت ككائن حيٍّ إلى مساحةٍ من الأراضي أوسع كلما نمت أكثر) أي بمعنى عام: هو تبرير توسّع الدول الكبرى على حساب الدول الأخرى، لتأمين حاجات شعبها، دون النظر إلى حاجات الشعوب في هذه الدول، إلا بما يتناسب مع مصلحتها.¹

الا انه بعد انتهاء الحرب الباردة وقيام النظام الدولي الجديد وما ينطوي عليه من مبادئ وقواعد التعامل الدولي مبنية على أساس التأثير بمعطيات الثورة المعلوماتية وتوظيف مخرجاتها فيما يخدم مصالح الدول لاسيما الولايات المتحدة الأمريكية لم يعد ممكنا او مرجحا على الإطلاق ان تعود الدراسات التي تتناول مفهوم المجال الحيوي على أسس جغرافية بحتة والتي تمثلت في فصل العلاقات السياسية عن العلاقات الاقتصادية والتي كان الالتزام بها أوضح في مجال النظرية عنه في مجال الممارسة العملية بين الجغرافيا والاقتصاد من جهة وبين مواكبة ظاهرة العولمة بكل ما تحويه من معطيات سياسية واقتصادية وثقافية²، وعليه تطور مفهوم المجال في محواه الأصلي (الأرض) الى فضاءات أوسع اقتصادية واجتماعية في ظل تطورات البيئة العالمية.

ومن هذا المنطلق لتتجاوز إيران مشاكلها الداخلية توجهت نحو دول الجوار الجغرافي في محاولة من نظام الشاه ليشغل الشعب بمنازعات خارجية فهذا المشروع يغطي بعباءة التشيع فيخدم كلا من الجانب السياسي والديني، فلقد تعدت أهداف السياسة الخارجية الإيرانية في منطقة الشرق الأوسط حدود الاهتمام بالأمن القومي والإقليمي إلى مرحلة الهيمنة وبسط النقود في مناطق عديدة عربية وإسلامية، وعملت إيران على تقوية وتوسيع نفوذها في المنطقة على بعدين أساسيين أولهما: تصدير الثورة الإيرانية وثانيهما: نشر التشيع كعنصر مهم لتوليد القوى الناعمة الإيرانية في منطقة الخليج.³

- توزيع الأدوار في المنظومة الخليجية: بحث المختصون الإقليميون توزيع الأدوار في المنظومة الخليجية من خلال طرح مفهوم "الانزلاق" كمفهوم أساسي ساهم في تكوين النظام الخليجي، إذ حدد كل من بايندر وبريتشر وطارق إسماعيل

¹ سامي الجنابي ، إيران ونظرية المجال الحيوي ، مركز العراق الجديد، متحصل عليه من الرابط في <https://bit.ly/2UvwjsV> 2020/02/02

² -إسراء كعود شريف ، مجلة كلية التربية للبنات نظرية المجال الحيوي دراسة في الابعاد الجيوسياسية والأهداف والوسائل (الولايات المتحدة الأمريكية) نموذجاً ، ، مجلد 25. 2014. ص 314.

³ -دلال التجاني ، إيران و تأثيرها الاقليمي في منطقة الشرق الأوسط، مركز الروابط للبحوث والدراسات الاستراتيجية متحصل عليه من الرابط يوم

<https://bit.ly/3brzjgZ> 2020/02/27

مركز النظام العربي طبقاً للصراع العربي الإسرائيلي الذي يتمركز في القطاع المركزي للمنظومة العربية ، فإن بيرسون Birson رأى تصاعد الدور السعودي في مسار السلام العربي الإسرائيلي بعد الانسحاب المصري إثر توقيع اتفاقية كمبديفيد عام 1978 على أنه انزلاق لمركز النظام الشرق أوسطي إلى الخليج، وحللها أندرسون وفق مفهوم "الانشقاق" الذي حدث في النظام العربي من خلال فك ارتباط مركز الشرق الأوسط عن إقليم الخليج¹

المحور الثاني: إيران والخليج العربي عناصر الانفصال والاتصال

1. الرؤية الإيرانية لأمن الخليج العربي وصراع الأدوار.

أولاً. مفهوم أمن الخليج: عرف أمن الخليج بأنه تحقيق الأمن والاستقرار والطمأنينة بعدم التعرض للاضطراب أو التغير الذي يهدد الأوضاع القائمة سواء من الداخل أو من الخارج، ويعرف أمن دول مجلس التعاون الخليجي بأنه: الغاية الاستراتيجية لهذه الدول، والتي تتفق مع المبادئ والمصالح الوطنية حسبما تقرها القيادة السياسية لدول مجلس التعاون، لحماية كيان دول المنطقة وحققها في البقاء، وسيادتها وهيبتها في المجتمع الدولي، وشاركها في تحقيق الأمن القومي العربي، ومن المتوقع أن تصل الدول الأعضاء في المجلس إلى تصور مشترك للأمن الخليجي يجمع بين تعيين مصادر التهديد و تحديد أولوياته وبناء الاستراتيجية الخليجية الموحدة لتحقيق أهداف السياسة الدفاعية الخليجية.²

ثانياً. التوجه الإيراني في الأمن الإقليمي لمنطقة الخليج العربي: لقد افرزت السياسة الخارجية الإيرانية العديد من التوجهات في منطقة الخليج العربي بشكل عام وقد بذلت الجهود الدبلوماسية الإيرانية جهوداً لتحقيق التقارب مع دول المنطقة، وحرصت على أن يكون تعاملها مع كل دولة على حدى وذلك لاختلاف تأثير توجهاتها على كل دولة، كما تعد إيران من أهم الأطراف الغير عربية والمعنية بالأوضاع في منطقة الخليج ، والتي تهدد أمنها واستقرارها سواء في عهد نظام الحكم الملكي الشاه نشاني او في عهد النظام الجمهوري الإسلامي نتيجة لأطماع النظامين في المنطقة، وكان لاستلاء إيران على الجزر العربية الثلاث اول خطوة فعلية لإيران للسيطرة على الخليج العربي، ضمن مشروعها المرسوم تجاه منطقة الشرق الأوسط عامة والخليج العربي بصفة خاصة⁽³⁾ وقد أدت التطورات الدولية والإقليمية والمتمثلة في انهيار الاتحاد السوفياتي وظهور الولايات المتحدة الأميركية كقطب مهيمن إثر انتهاء الحرب الباردة، وحرب الخليج الثانية الى نشوء اختلال كبير في التوازن الاستراتيجي بمنطقة الخليج العربي والاطار الجيوبوليتيكي لصالح إيران وحاولت إيران لعب دور حامي الخليج عن طريق استغلال الخلل في توازن القوى على الصعيد الإقليمي ، حيث تعمل

¹ - امنة عيساوي ،"الدور الإقليمي الإيراني في النظام الشرق اوسطي بعد الحرب الباردة"،رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر ، 2009 ، 2010.

2 - محمد عصام خوجة أكبر ،"الأخطار التي تواجه توازن القوى الإقليمية في منطقة الخليج العربي من عام 1990الى عام2009"، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية ، جامعة مؤتة 2010، ص 120

3 - طابيل يوسف عبد الله العدوان، "الاستراتيجية الإقليمية لكل من تركيا وإيران نحو الشرق الأوسط (2002-2013) "، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، كلية الآداب والعلوم، جامعة الشرق الأوسط، ص142.

السياسة الإيرانية على الترويج لهذا الدور عن طريق تكثيف نشاطها السياسي والاقتصادي والعسكري والايديولوجي في اتجاهين:

الاتجاه الأول: يختص بمنطقة الخليج من خلال العمل على خطين استراتيجيين اهمهما: احتواء العراق: بالإبقاء على مسألة اللاحرب واللاسلام بين الطرفين ، و بدء مرحلة من المصالحة: وهي ان تقوم بمصالحة مع دول مجلس التعاون، الا ان تلك المصالحة لم تنجح.

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الخاص بمنطقة شمال غرب اسيا مما يمنح ايران فرصة للاضطلاع بدور إقليمي نشيط.⁽¹⁾ ثالثا. أهم التوجهات الإيرانية تجاه الامن في الخليج: لقد طورت ايران رؤية متكاملة حول الاشكالية الأمنية التي حدثت جراء التواجد العسكري الكبير للولايات المتحدة الامريكية في المنطقة بعد عام 2003 بدعوى المحافظة على المصالح الحيوية، وحماية امن إسرائيل، والقيام بدور " الموازن للقوة العسكرية الإيرانية " لذلك فان ايران وجهت في رؤيتها لإشكالية الامن للخليج قد تبلورت مع تنامي صراعها مع الولايات المتحدة وبرزت فيه الابعاد التالية²

1/ إن مسألة الامن في منطقة الخليج هي مسؤولية الدول الواقعة على شواطئه، ومن ثم فان أي منظمة او نظام إقليمي فرعي لا بد أن يدخل إيران طرفا أساسيا فيه.

2/ ذلك ان خطر الشاه لم يكن يتجاوز حدود التهديد العسكري، في حين ان الثورة كانت تحمل إضافة الى نفس التهديد بعدا عقائديا، تتمثل خطورته في النزعة الخمينية لإحياء الإسلام والتي تهدف أساسا الى تصدير الثورة الى السكان الشيعة داخل دول الخليج العربي، خاصة التجمعات ذات الأغلبية الشيعية في العراق والبحرين.

3/ كذلك وجود اعداد كبيرة ال حد ما من الشيعة في الكويت والامارات وقطر، والامر نفسه في السعودية والذين يتواجدون في المنطقة الشرقية وبصورة خاصة في إقليم الاحساء وهي من أكثر المناطق حيوية واستراتيجية بحكم قربها من حقول النفط السعودية. بحيث تستفيد من هذه الأقليات الشيعية عبر فتح أسواق للعمالة الايرانية وكذلك عبر مشروعات اقتصادية تستفيد منها إيران لدعم اقتصادها ووضعها الإقليمي.³

(1) تمثل الاتجاهات الإيرانية لأمن الخليج أهمية كبيرة بالنسبة لمستقبل النظام الإقليمي بمؤسساته ممثل في الجامعة العربية والنظم الفرعية التابعة له على رأسها مجلس التعاون الخليجي، فتنازع المشروعات والرؤى الإيرانية والامريكية حول امن الخليج العربي لن يخرج في نتائجه سوى انه سيمثل خصما مع الدور العربي والخليجي في المنطقة وقد وضعت إيران أثر اتجاهاتها حول امن الخليج.⁴

(1) عصام نايل المجالي ، تأثير التسليح الإيراني على الامن الخليجي ،(عمان : دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، 2012) ص ، 100 .

(2) طابيل يوسف عبد الله عدوان، مرجع سابق الذكر، ص 142-143.

(3) المجالي عصام نايل ، مرجع سابق الذكر، ص 96.

(2) وضحة ذبيان غنام المطيري ، "دور مجلس التعاون الخليجي في حفظ امن منطقة الخليج العربي 2003-2011"، كلية الآداب والعلوم ،قسم العلوم السياسية ، جامعة الشرق الأوسط ، 2010-2011 ، ص 74.

(2) قامت إيران بإنشاء منظمة للتعاون الأمني وتوقيع اتفاقية أمنية للحيلولة دون نشوب توترات محتملة، وهو امر من الأرجح ان تفسره دول الخليج على انه رغبة إيرانية في التفرد بالزعامة في المنطقة.⁽¹⁾

إذا يمكن القول أن طبيعة التوجهات في السياسات المتبعة من طرف إيران والدول الخليجية تأثرت بطبيعة العلاقات التي تشكلها هذه الدول نع غيرها خاصة من حيث الأهمية الجيوستراتيجية، ولقد أوجدت المتغيرات الاستراتيجية التي شهدتها المنطقة السنوات الأخيرة، مجالا جيوسياسياً معقداً ومتشابكاً. تضيق في إطاره اهتمامات الأنظمة السياسية إلى حدود جغرافيتها الطبيعية، في محاولة للحفاظ على مكونات وحدتها. ولكن بنفس الوقت، حتمت متطلبات الأمن والدور والمكانة على تلك الأنظمة، التمدد إلى الفضاء الإقليمي انطلاقاً من اعتبارات تاريخية وأيديولوجية تصب في صلب العقيدة الأمنية والسياسية لهذه النظم السياسية، الأمر الذي تولد عنه نوع من التنافس هو في حقيقته درجة من درجات الصراع، أو نمط من أنماطه، ذو طبيعة خاصة ومميزة.

2. ملامح التقارب و التباعد في العلاقات الإيرانية الخليجية.

مثلت الثورة الإيرانية بقيادة آية الله الخميني تحولا كبيرا في منطقة الخليج العربي خصوصا و الشرق الأوسط عموما ، حيث كان لها انعكاسات سلبية كثيرة على المصالح الأمريكية في المنطقة التي كانت تقيمها واشنطن في عهد الشاه "محمد رضا بهلوي" والذي كان حليفا مهما للغرب في الخليج العربي وفي الشرق الأوسط وكان احد اضلاع الاستراتيجية الأمريكية في الحرب الباردة². ولم تكن إيران والسعودية خصمين دائمين. لقد كان شريكين في دبلوم الركن المزدوج للولايات المتحدة الأمريكية بدا كلاهما يرى بعضهما كخصوم في تسعينات القرن العشرين حتى منتصف العام 2000، خفت المنافسة الى حد ما حيث بحث الطرفان عن مجال التعاون الإقليمي لكن مراحل التنافس تجسدت مجددا واضحة بعد حرب العراق أصبحت فيها العراق مرحلة جديدة للمنافسة³، حيث كان لسقوط العراق تحت الإحتلال الأمريكي تحولا بالغ الأهمية في البيئة الإقليمية لإيران وأصبح مهددا اخر لها بسبب التواجد العسكري الأمريكي والتهديدات المتتالية بتوجيه ضربة لها ، لكن ايران بالمقابل أضحت صاحبة نفوذ قوي في العراق ومنافسا للنفوذ الأمريكي فالصراع على النفوذ وعلى مستقبل العراق هو احد اهم ملامح التنافس الأمريكي الإيراني⁴.

والملاحظ لدور إيران أنها تسعى دائما نحو التفوق الإقليمي وكان هذا من سمات سياستها الخارجية المستمدة من تاريخ إيران الطويل وجغرافيتها ، إذ ترى نفسها مؤهلة على نحو فريد لتحديد مصير وشكل المنطقة ،وعلاوة على ذلك تتصور نفسها واحدة من الدول الطبيعية في الشرق الأوسط باعتبارها امتداد لحضارة قديمة ويمكن لها التأثير خارج حدودها ، ومع بداية انطلاق موجة التغيير في المنطقة العربية لثورات الربيع العربي ، حاولت إيران استخدامها لصالح إعادة تركيب التحالفات الإقليمية مما يزيد قوة ومساحة التحالف الذي تقوده واستغلال تغيير بعض الأنظمة لكسب

⁽¹⁾ عبد الحي وليد ، إيران مستقبل المكانة الإقليمية 2020، (الجزائر : مركز الدراسات التطبيقية والاستشرافية) ، ص 314.

² محمد المهدي شنين ، السياسة الخارجية الإيرانية تجاه دول الشرق العربي 2001-2011 ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في العلوم السياسية

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر ص 73

³ -Luíza Gimenez Cerioli, **Roles and International Behaviour: Saudi-Iranian Rivalry in Bahrain's and Yemen's Arab Spring**, Contexto Internacional vol. 40,2 May/Aug, 2018 p 298

4- محمد المهدي شنين ، مرجع سابق الذكر ، ص 75 .

دول على الجانب الآخر من الشاطئ وتحديداً مصر التي اعتبرت أن سقوط نظام مبارك الموالي للغرب ومعه نظام بن علي في تونس يقدم مؤشراً على فشل الجهود التي تقدمها الولايات المتحدة الأمريكية وتدعمها العديد من القوى الإقليمية في المنطقة لفرض عزلة على إيران من أجل كبح طموحاتها النووية والإقليمية وعلى انتصار ما يسمى بمحور الممانعة الذي تقوده¹ وخاصة مع انطلاق الحراك العربي في نهاية 2011 شهدت البحرين واليمن وسوريا احتجاجات ومظاهرات صادمة أظهرت فيها حالة الحراك السياسي تعدد الأدوار أكثرها الأزمة السورية التي كانت أكثر عرضة للتدخل الأجنبي والإقليمي واعتبرت إيران أكبر مؤيد للنظام السوري ضد الثورة وذلك راجع لاعتبارات أن سوريا تعتبر شريكاً استراتيجياً مهماً لإيران في المنطقة حيث عملت إيران بكل السبل من أجل المحافظة على بقاء النظام السوري في مواجهة كافة الضغوطات لأنها تخشى من سقوط نظام حليفها يمثل ركن أساسي في إستراتيجيتها في المنطقة، لقد وقفت إيران دائماً إلى جانب نظام الأسد طوال الحرب الأهلية². حتى حزب الله، أكبر مجموعة بالوكالة في إيران، وجد أنها تساعد النظام من خلال تدريب الميليشيات الموالية للأسد، وغيرها من الجماعات المسلحة والعسكريين في الجيش السوري وتعتبر الأراضي السورية ذات أهمية استراتيجية للجمهورية الإسلامية بسبب ارتباطها الجغرافي بلبنان³ لذا وظفت الدعم المادي والسياسي والإعلامي وحتى العسكري من أجل استمرار نظام الأسد واستثمرت في علاقاتها الإقليمية والدولية، من أجل دعمه وتخفيف الضغوط عليه، ويزداد هذا الدعم يوماً بعد يوم⁴. على عكس الحالة البحرينية واليمينية فإن إيران وقفاً لمصالحها كان رد فعلها اتجاه القضيتين معاكساً لرد الفعل في الأزمة السورية كانت إيران متعاطفة مع الاحتجاجات في اليمن وسعت إلى تأطير تلك الاحتجاجات على أنها صحوة إسلامية، أيدت إيران ما اعتبرته حق اليمن أو الشعب اليمني في ذلك الوقوف ضد نظام قمعي ودعت لعدم تفسير الاحتجاجات في اليمن وحاول الخميني أن يوضح أن الحرب سياسية وليست قضية دينية من جانب آخر كانت إيران تعارض بشدة التدخل العسكري السعودي مهمة إياها بالإمبريالية باعتبار أن الحوثيين هم أكبر استثمار ووكيل استراتيجي في الخليج. وعلى نحو مماثل للحالة البحرينية فإن الأدوار مرتبطة بالتنافس حاولت إيران أن تبقى نفسها المتحكمة في الوضع رغم أن رد فعلها كان بارزاً أكثر على شكل خطابات⁵.

لذلك اندفعت إيران إلى الحديث عن ولادة شرق أوسط جديد في المنطقة على أنقاض الأنظمة التي سقطت وحاولت تجسيد فكرة مشروعها لإقامة منطقة شرق أوسط إسلامي الذي تبنته حيث كان يعتمد على محورين أولهما أيديولوجي يتمثل في إيمان النظام الإيراني بقيام الحكومة العالمية للإسلام وبضرورة اضطلاح إيران بدور قوي في التمهيد

¹ - نجلاء مكاي، يحيى صهيبي، تامرديوي، الاستراتيجية الإيرانية في الخليج العربي، مركز صناعة الفكر للدراسات والأبحاث، لبنان، 2005، ص 102.

² - فؤاد يحوي، "الدور الإقليمي الإيراني في منطقة الشرق الأوسط بعد الثورات العربية" سوريا أنموذجاً، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة 2017 / 2018، ص 76.

³ - Aditya Raj, Iran And The Great Power Politics Of The Middle East – Analysis, from web sit :

<https://bit.ly/33HKFL9>

⁴ - فؤاد يحوي، مرجع سابق الذكر، ص، ص 76-77.

⁵ - Luíza Gimenez Cerioli, op cit, p308.

لذلك ، أما الدور الثاني فهو استراتيجي يتصل بمحاولة إيران تكوين إيران حزام أمني يكون بمثابة حائط لكل المحاولات التي يبذلها خصوصا لإختراقها من الداخل وإحكام محاصرتها عبر دول الجوار.¹

3. تطورات البرنامج النووي الإيراني وأثاره على التوازنات الأمنية في منطقة الخليج العربي.

يعد المشروع النووي الإيراني العقبة التي تقف أمام نظام أمن الخليج والعلاقات الإيرانية الخليجية حيث ظهر ذلك في حالة الانقسام التي تشهدها منطقة الخليج العربي من هذا الملف النووي خاصة مع تدخل الدول الكبرى إضافة إلى التخوف من تأثير البرنامج النووي على أمن منطقة الخليج العربي واستقرارها وهو ما تبين في مواقف الدول الخليجية، وما يشكله من تهديد حقيقي لمستقبل هذه الدول.

ففي ظل الخلاف على برنامج إيران النووي والاختلاف في الرؤى والمواقف في قضايا الشرق الأوسط في ظل الحرب السياسية للسيطرة على الشرق الأوسط والخليج العربي ما بين الولايات المتحدة وروسيا وحلفائها في المنطقة استطاعت الولايات المتحدة الأمريكية توظيف مخاوف دول الخليج العربي من إيران وبرنامجها النووي بشكل جيد واستخدام تصاعد التوتر بين إيران وتلك الدول من أجل دفع الأخيرة إلى موقف أكثر وضوحا وتماسكا، فجاء موقف الدول الخليجية المعلن دائما وعبر القمم الخليجية من ضرورة جعل منطقة الشرق الأوسط والخليج منطقة خالية من أسلحة الدمار الشامل بما تشمله من تخلي إسرائيل عن قدرتها النووية . كما احتوى الموقف الخليجي على ضرورة وأهمية الحوار والتوصل إلى تسوية سلمية للملف النووي الإيراني بما يوفر الاطمئنان ويسهم في الحفاظ على الأمن والاستقرار في المنطقة وهو ما يعد أهم ركائز سياسة الخليج العربي تجاه ذلك الملف² . و بعد سنوات طويلة من المفاوضات الماراثونية ومبادرات عدة حول ازمة البرنامج النووي ، توصلت طهران في 2 أبريل 2015 مع الدول الست الكبرى في مدينة لوزان السويسرية إلى "اتفاق إطار" يقود إلى حل نهائي لملف البرنامج النووي الإيراني. نص الاتفاق على تخلي إيران عن أجزاء من خطتها النووية مقابل رفع العقوبات المفروضة عليها. ودخل حيز التنفيذ في 15 جانفي 2016.³

فلطالما إتسمت علاقات الولايات المتحدة الأمريكية مع إيران منذ الثورة الإسلامية بالعنف المتبادل وعدم الثقة والمفاهيم الخاطئة المتعلقة بأغراض كلا الطرفين بشكل عام ، لكن إيران ترى من جهة أخرى أن إسرائيل هي العدو الأكبر حيث عرفتها بالشیطان والذي يجب قتله ومحوه من الخريطة حيث أن الصراع الذي تصادفه بينه وبين الولايات المتحدة الأمريكية القوة الأكبر ورائه إسرائيل. وقد واجهت إيران 04 اتهامات في سياستها الخارجية نسبتها لها الولايات المتحدة الأمريكية وهي كالآتي :

¹ - نجلاء مكايي ، صهيب يحيى ، تامر بدوي ، مرجع سابق الذكر ، ص ، ص 102.103 .

² - نفس المرجع سابق ، ص 138

³ - ميسون ملحم ، محطات في تاريخ النووي الإيراني وكيف خرج من يد واشنطن ، متحصل عليه من الرابط: يوم 2020/1/20

<https://bit.ly/3bmEhLE>

- دعم الأنشطة الإرهابية - منع عملية السلام في الشرق الأوسط - انتهاك لحقوق الإنسان - إنتاج أسلحة الدمار الشامل والعمل من أجل البرنامج النووي.¹

ومع تولي الرئيس الأمريكي دونالد ترامب رئاسة الولايات المتحدة ظهر واضحاً توجهاته في مواجهة إيران والانسحاب من الاتفاق النووي لاسيما بعد الحملة العنيفة التي وجهت لإيران ولقد بات واضحاً طبيعة توجهات سياسة دونالد ترامب إزاء العلاقات مع إيران وهذا ما جعله يحدد في تشرين الأول عام 2017 طبيعة الإستراتيجية الأمريكية في التعامل مع إيران من خلال مواجهة الدور الإيراني في الإخلال بالأمن الإقليمي في منطقة الشرق الأوسط من خلال الدور الإيراني في كل من العراق وسوريا واليمن ولبنان ومن جهة أخرى إعادة النظر في الاتفاق النووي مع إيران أو إلغائه بشكل كامل والعودة لتحقيق المصالح الأمريكية.²

واتساقاً مع ما تقدم أصبح الانسحاب من الاتفاق النووي بين إيران والقوى الكبرى أحد أولويات الرئيس ترامب في توجهات الإدارة الجديدة، التي اختلفت بشكل كبير عن سلفه بارك أوباما ، وأعلن الرئيس ترامب في 8 أيار 2018 انسحاب الولايات المتحدة الأمريكية من الاتفاق النووي، عادةً، وا فرض حزمة عقوبات جديدة على إيران اشتملت على عقوبات اقتصادية الى جانب عقوبات من شأنها ردع النشاطات الإيرانية في إنتاج الصواريخ الباليستية، وكانت إيران أعلنت عن آخر تجاربها في هذا الإطار من خلال الكشف عن صاروخ (خرمشر) في أواخر أيلول 2017 ، وأكد ترامب على سعيه منع امتلاك إيران للسلاح النووي وتهديد الأمن الإقليمي والعالمي.³

منذ ماي 2019 زادت التوترات بين الطرفين وشهدت إيران فيما حدثاً زعزع خططها جاءت واقعة إغتيال قاسم سليماني قائد الوحدة الخاصة المسؤولة عن العمليات خارج الحدود الإقليمية في الحرس الثوري الإيراني المعروف باسم فيلق القدس وأحد قادة الثورة الإسلامية والتي أوضح مسؤولوا الإدارة الأمريكية وجادلوا بأن ضرب قاسم سليماني كان محاولة لردع العدوان الإيراني في المستقبل⁴، يعتبر سليماني شكلياً بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية شخصاً إرهابياً، ومن الأفضل عدم الدخول معه في صراع بصورة مباشرة، حيث وصفه جون ماغواير، الموظف القيادي في وكالة الاستخبارات الأمريكية، بأنه "أقوى عميل حالياً في منطقة الشرق الأوسط برمتها"؛ إذ من المفترض أنه قد كتب بنفسه في عام 2008 في برقية إلى القائد الأعلى للقوات الأمريكية في العراق حينها، مفادها: "عزيزي السيد بترايوس، يتعين عليك أن تعرف أنني أتحكم بسياسة إيران الخارجية فيما يتعلق بكل من غزة ولبنان والعراق وأفغانستان"، بحسب صحيفة "نيويورك" الأمريكية.⁵ كما وصفه أحد الخبراء بأنه هو مركز الثقل العسكري لجهود

¹ -İbrahim ARSLAN, IRAN'S MIDDLE EAST POLICY ,pamuKKale university journal of social sciences institutes , Issue 26, January 2017 p 235

² - م.م محمد معزز الحديشي، خضر عباس عطوان ، العلاقات الأمريكية الإيرانية في عهد الرئيس دونالد ترامب ، مجلة مدارات إيرانية ، المركز الديمقراطي العربي - برلين ألمانيا، العدد 04 ، يونيو 2019 ، ص 62 .

3 - نفس المرجع سابق ص، 62

⁴ - Kenneth Katzman Kathleen J. McInnis , Clayton Thomas, U.S.-Iran Conflict and Implications for U.S. Policy , Congressional Research Service, January 6, 2020.

⁵ - مقتله يهدد بحرب مفتوحة.. تعرف على أداة إيران القاتلة في الخارج، متحصل عليه من الرابط : يوم 2019/12/15

<https://bit.ly/2UbfRz0>

الهيمنة الإقليمية الإيرانية وعبقورية التنظيم والتشغيل للذين من المحتمل أن لا يكون له نظير في الرتب العليا لفيلق الحرس الثوري الإسلامي كما كان القوة الدافعة للسياسة الخارجية الإيرانية¹، ومن المحتمل أن تتصاعد التوترات إلى صراع شامل في أعقاب مقتل سليمان، حيث كان الرد الإيراني التعهد بالانتقام لمقتل سليمان ويمكن أن تتجسد التدابير الانتقامية والتي تشمل تعبئة المليشيات وتدعمها لمواجهة القوات الأمريكية المنتشرة في سوريا والعراق أو أفغانستان وأيضا شن ضربات على المنشآت العسكرية الأمريكية أو أهداف أخرى في الخليج².

- إن المتابع للحالة السياسية في ظل الأحداث من خلال الأحداث المتتالية وتأزم العلاقات الإيرانية الأمريكية منذ تولي ترامب رئاسة الولايات المتحدة الأمريكية عام 2016 وسياسته البارزة ضد إيران وعلى إثر مختلف القرارات التي اتخذها وأبرزها في عام 2018 القرار الأمريكي للخروج من الاتفاق النووي مع إيران ومن خلال تقديم الاتهامات لإيران وانها السبب في الإخلال بنظام التوازن الإقليمي في منطقة الشرق الأوسط وهذا ما أثر على أمنها واستقرارها من خلال التدخل في مختلف القضايا ، تلاها الحدث الأبرز والذي لا زال يشغل الساحة الدولية قتل فيلق القدس اللواء الإيراني قاسم سليمان والذي لطالما سعت الولايات المتحدة الأمريكية بمساعدة إسرائيل إلى تشويه صورة اللواء وتمثيله بصورة الإرهابي في نظر دول الجوار الإقليمي باعتباره هو احد المحركين الأساسيين في السياسة الإيرانية في الشأن الداخلي والإقليمي لذلك فإنه يمكن التنبؤ بسناريو الرد على اغتيال قاسم سليمان أنه قد يكون مختلف في حال لم يكن هناك تسوية سياسية سلمية بين الأطراف المتضاربة وهذا ما يجعلنا نستبعد نقطة وجود اتفاق إقليمي دولي حاليا في ظل الساحة المضطربة سياسياً وعسكرياً في المنطقة لعدم تنفيذ إيران تدابيرها الانتقامية لمقتل سليمان ويمكن أن يكون الرد مباشراً عن طريق تمسك إيران ببرنامجها النووي وتقديم ضربات مباشرة بالأسلحة النووية والتي من شأنها أن تغير من موازين القوى في منطقة الشرق الأوسط والإخلال بالأمن والسلام وهذا هو محور تخوف الدول الإقليمية مما يفرض توسيع مجال التأهب في معسكرات الولايات المتحدة في المنطقة . وعلى الرغم من ذلك فإن توقيت العملية قد لا يساعد إيران على استغلال نفوذها في المحيط الإقليمي نظراً لظروف الداخلية لحلفائها في المنطقة.

خاتمة

من خلال ما سبق يمكن القول أن الرؤية الإيرانية في منطقة الخليج العربي ومواقفها من بعض القضايا العربية هي المؤثر في تلك العلاقات التي يغلب عليها طابع التنافس والتوتر شبه الدائم لتلك العلاقات بين إيران وغالبية الدول العربية ، فرغم كل ما حققته إيران من توسع في نفوذها الإقليمي، وبخاصة خلال الأعوام الخمسة عشرة الماضية إلا أن هذا النفوذ يواجه جملة من التحديات الحقيقية التي قد توقفه عند حد ما، أو تقلصه وتدفعه للتقهقر والانحسار وعلى الرغم أيضا من أن إيران لديها من الإمكانيات ما يؤهلها أن تكون لاعبا فاعلا ومؤثرا في النظام الدولي والإقليمي الجديد إلا أن قرار الولايات المتحدة الأمريكية بانسحابها من الاتفاق النووي الموقع مع إيران، وفرض العقوبات الأمريكية مجددا عليها، قد سيسبب مزيداً من المتاعب للاقتصاد الإيراني المثقل أصلاً، وسينعكس على تمويل إيران لمشاريعها وللحركات المرتبطة بها، ويبقى تداعيات الرد الإيراني على مقتل فيلق القدس سليمان أمراً لايزال

¹ - Clayton Thomas , U.S. Killing of Qasem Soleimani: Frequently Asked Questions , Congressional Research Service, January 13, 2020 p02

² - Kenneth Katzman Kathleen J. McInnis , Clayton Thomas , op cit .p 03

مهم المعالم ، فرغم حرب التصريحات بين الطرفين لكن في النهاية ردة الفعل كانت أكثر عقلانية ، وبالتالي فإن احتمالات المواجهة المباشرة تبقى بعيدة نوعاً ما وهو ما يدل على أن حسابات المصالح الإيرانية-الدولية تختلف على حساباتها الإقليمية وكلاهما يؤثر بشكل أو آخر على أمن واستقرار دول الخليج والذي قد يكون مهدداً بالتصعيد وتستغله إيران لصالحها في الوقت والمكان المناسبين . تجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من الأحداث التي يعيشها العالم التي تؤثر على أكبر القوى العالمية و إقتصادياتها وهذا ما يجعل الأدوار والمكانات غير واضحة المعالم خاصة لإيران في فترة 2020 نظراً لتراجع امكانياتها والفترة الحرجة التي تمر بها .

قائمة المراجع

أ. باللغة العربية :

1. الكتب :

1. الغفلي أحمد علي ، المستقبل الاستراتيجي للخليج العربي ، التقرير الاستراتيجي الخليجي ، (الامارات العربية المتحدة : دار الخليج العربي للصحافة والطباعة والنشر 2001-2002).
2. المجالي نايل عصام ، تأثير التسليح الإيراني على الامن الخليجي ،(عمان : دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، 2012).
3. عبد الحي وليد ، ايران مستقبل المكانة الإقليمية 2020، (الجزائر: مركز الدراسات التطبيقية والاستشرافية).
4. -ناصر علي ناصر، مضيق هرمز والصراع الأمريكي الإيراني، (بيروت: دار الفارابي، 2013).

2.المجلات :

- 1 كعود.إسراء شريف ، نظرية المجال الحيوي دراسة في الابعاد الجيوسياسية والاهداف والوسائل (الولايات المتحدة الاميركية) نموذجاً ، مجلة كلية التربية للبنات ، مجلد 25 ، 2014.
2. المجالي إياد ، غربي هبة، التقرير السياسي :القوة الناعمة لإيران في الشرق الأوسط ، مجلة مدرات إيرانية المركز الديمقراطي العربي - برلين ألمانيا، العدد (04)، (يونيو 2019م).
3. الحديثي م.م محمد معزز ،خضر عباس عطوان ، العلاقات الأمريكية الإيرانية في عهد الرئيس دونالد ترامب ، مجلة مدارات إيرانية ، المركز الديمقراطي العربي - برلين ألمانيا، العدد (04)، يونيو 2019.
4. مكايي نجلاء ، يحي صهيب ، بدوي تامر ، الاستراتيجية الإيرانية في الخليج العربي ، مركز صناعة الفكر للدراسات والأبحاث ، لبنان ، 2005 .

3. المذكرات الجامعية :

1. شنين محمد المهدي ، السياسة الخارجية الإيرانية تجاه دول المشرق العربي 2001-2011رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر .
2. طایل يوسف عبد الله العدوان، الاستراتيجية الإقليمية لكل من تركيا وإيران نحو الشرق الأوسط (2002-2013) ، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، كلية الآداب والعلوم، جامعة الشرق الأوسط.

3. خوجة محمد عصام اكبر ، "الأخطار التي تواجه توازن القوى الإقليمي في منطقة الخليج العربي من عام 1990 إلى عام 2009"، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جامعة مؤتة 2010.
4. عيساوي امنة ، "الدور الإقليمي الإيراني في النظام الشرق اوسطي بعد الحرب الباردة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر 2009، 2010.
5. ميزان بخته ، "التنافس الأمريكي -أوروبي في منطقة الخليج العربي لفترة (1990-2003)، رسالة ماستر في العلوم السياسية تخصص تحليل السياسات الخارجية، جامعة جيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر.
6. محجوب نهلة احمد ، "حرب الخليج الثانية والعلاقات العراقية -الأمريكية"، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم الاجتماعية، جامعة الخرطوم، 2003.
7. ذبيان غنام المطيري وضحة، دور مجلس التعاون الخليجي في حفظ امن منطقة الخليج العربي 2003-2011، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في العلوم السياسية، كلية الآداب والعلوم، قسم العلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، 2010-2011.
8. يحيوي فؤاد، الدور الإقليمي الإيراني في منطقة الشرق الأوسط بعد الثورات العربية سوريا نموذجا، رسالة مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، جامعة محمد بوضياف - المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، والعلاقات الدولية، 2018 / 2017.

4. مواقع الأنترنت :

1. التجاني دلال ، إيران وتأثيرها الاقليمي في منطقة الشرق الأوسط، مركز الروابط للبحوث و الدراسات الاستراتيجية متحصل

عليه من الرابط : <https://bit.ly/3brzigZ>

2. مصطفى حسين ، القبول الأمريكي لتسمية الخليج ب(الفارسي)، تم التصفح من الرابط <https://bit.ly/2WKmiel>

3. سامي الجنابي، إيران ونظرية المجال الحيوي، مركز العراق الجديد، الرابط: <https://bit.ly/2UvwsV>

4. مقتله يهدد بحرب مفتوحة.. تعرف على أداة إيران القاتلة في الخارج، متحصل عليه من الرابط : <https://bit.ly/2UbfRz0>

5. ميسون ملحم ، محطات في تاريخ النووي الإيراني وكيف خرج من يد واشنطن، متحصل عليه من الرابط: <https://bit.ly/3bmEhLE>

المراجع باللغة الأجنبية :

- 1- Clayton Thomas , **U.S. Killing of Qasem Soleimani: Frequently Asked Questions** , Congressional Research Service, January 13, 2020
- 2- Kenneth Katzman Kathleen J. McInnis , Clayton Thomas, **U.S.-Iran Conflict and Implications for U.S. Policy** , Congressional Research Service, January 6, 2020.
- 3- İbrahim ARSLAN, **IRAN'S MIDDLE EAST POLICY** ,pamuKKale university journal of social sciences institutes , Issue 26, January 2017
- 4- Lufza Gimenez Cerioli, **Roles and International Behaviour: Saudi-Iranian Rivalry in Bahrain's and Yemen's Arab Spring**, Contexto Internacional vol. 40(2) May/Aug, 2018.
- 5- Cameron G. thies. « **Role theory and foreign policy** ».from web sit <https://bit.ly/2xlMIYS>

التجسس الإلكتروني في ظل التشريع الأردني

Cyber Espionage under Jordanian legislation

د. أبو ذر شاكر عبد - الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية

الملخص :

في عصر المعلومات وبفعل وجود تقنيات عالية التقدم فإن حدود الدولة مستباحة بأقمار التجسس والبث الفضائي، ولقد تحولت وسائل التجسس من الطرق التقليدية إلى الطرق الإلكترونية خاصة مع استخدام الإنترنت وانتشاره عالمياً، ولقد عالج المشرع الأردني هذه الجريمة من خلال قانون (حماية اسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971 ، وقانونا (الجرائم الالكترونية) رقم (27) لسنة 2015.

من خلال هذا البحث تم التطرق لجريمة (التجسس الالكتروني) بالبحث والتفصيل، وبيان مفهوم التجسس وصورة ، وكذلك موقف التشريعات الأردنية حيث بينا جرائم التجسس في المواد من (14) إلى (16) من قانون (حماية أسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971، واحكامها ومدى قابلية ارتكابها بوسائل الكترونية وهي جريمة الدخول او محاولة الدخول إلى أماكن محظورة بقصد الحصول على أسرار تتعلق بسلامة الدولة ، وكذلك سرقة الاسرار التي تتعلق بسلامة الدولة او الحصول عليها ، وابلاغ الاسرار المتعلقة بأمن الدولة. كذلك تناولنا جرائم التجسس في (قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015) حيث عالج هذا القانون جرائم التجسس الالكترونية في المادة (12) منه، وانتهينا بتقييم المشرع الاردني.

الكلمات المفتاحية : التجسس ، الكتروني ، معلوماتية ، جرائم الكترونية

Abstract :

In the information age and due to the existence of highly advanced technologies, the country's borders are permitted by spy satellites and satellite broadcasts, and spy methods have shifted from traditional methods to electronic methods, especially with the use of the Internet and its spread globally, and the Jordanian legislator has addressed this crime through the Law (Protection of State Secrets and Documents) No. (50) for the year 1971, and Law (Cyber Crime) No. (27) for the year 2015.

Through this research, the crime of (electronic espionage) was discussed by searching and detailing, and clarifying the concept of espionage and a picture, as well as the position of Jordanian legislation, where we explained espionage crimes in articles (14) to (16) of the Law (Protection of State Secrets and Documents) No. (50) for the year 1971, its provisions and the extent of its ability to commit it by electronic means, which is the crime of entering or attempting to enter prohibited places with the intention of obtaining secrets related to the safety of the state, as well as stealing secrets related to the safety of the state or obtaining it, and informing secrets related to state security. We also dealt with espionage crimes in (Electronic Crime Law No. (27) for the year 2015), as this law dealt with electronic espionage crimes in Article (12) of it, and we ended with an evaluation of the Jordanian legislator.

Key words: espionage, electronic, information, electronic crime

مقدمة

أفرز التطور العلمي والتكنولوجي الحديث نماذج جديدة من السلوك الإجرامي، فنتيجة هذا التطور التقني نجد أن قد اقتحم المجتمع نوع جديد من المجرمين بجانب المجرم التقليدي الذي كان في الماضي والذي لا زالت تقتصر جرائمه على أبعادها الفردية والاجتماعية، حيث أن الجريمة المعلوماتية ظاهرة مستجدة تتطلب من المشرع التنبيه لأهمية وحجم المخاطر والخسائر الناتجة عنها⁽¹⁾.

وقد أسفرت محاولات تطبيق نصوص التشريعات التقليدية على هذه الأنماط المستحدثة من الإجرام عن كثير من المشكلات القانونية، وتضاربت أحكام القضاء في البلد الواحد، فصدرت أحكام تطبق النصوص التقليدية على أي فعل ينطوي على اعتداء على أنظمة المعلومات والحاسوب في حين اعتبرته أحكاماً أخرى فعلاً مباحاً لم يرد بشأنه نص يجرمه⁽²⁾، ولم يغفل المشرع الأردني عن معالجة هذه الجرائم، فقد وردت صور لهذه الجرائم في قانون الاتصالات لعام 1995م، وجرم قانون المعاملات الإلكترونية لعام 2001 استعمال الوسائل الإلكترونية في ارتكاب الجرائم، ووردت بعض الإشارات لهذه الجرائم في تشريعات أخرى غير جزائية كتشريعات الملكية الفكرية، ولكن البداية الحقيقية لدخول هذه الجرائم في التشريع الأردني كانت عام 2010م عندما صدر قانون جرائم أنظمة المعلومات المؤقت، الذي جرم العديد من الأفعال التي تستغل تكنولوجيا المعلومات في ارتكابها، وبقي هذا القانون إلى أن صدر قانون الجرائم الإلكترونية رقم (27) لسنة 2015م، والذي يعد التشريع الأساس لجرائم تكنولوجيا المعلومات⁽³⁾.

ولقد تناول المشرع الأردني جرائم التجسس في قانون (حماية اسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971 ، وجرم التجسس الإلكتروني في المادة (12) من قانونا (الجرائم الإلكترونية) رقم (27) لسنة 2015.

المطلب الأول: ماهية التجسس الإلكتروني وصوره

تعتبر جريمة التجسس الإلكتروني من أهم وأخطر الجرائم الإلكترونية التي ترتكب بواسطة الإنترنت، وذلك لخطورة التجسس لأنه يستهدف أمن الدول وأمن الأشخاص، وبالتالي كان لا بد من مواجهة هذه الجريمة الخطيرة بتشريع قوانين لمحاربتها، إضافة إلى القيام بالعديد من الإجراءات لحماية الدولة والأشخاص من التجسس الإلكتروني، من خلال هذا المطلب سيتم تناول التعريفات الواردة على جريمة التجسس الإلكتروني، وبيان الصور المتنوعة لجرائم التجسس الإلكتروني، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك كما يلي:

¹ (كامل عفيفي، عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 7.

² (محمد غنام، غنام ، دور قانون العقوبات ف مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2000، ص 12.

³ (عبد الإله، النوايسة، جرائم تكنولوجيا المعلومات: شرح الأحكام الموضوعية في قانون الجرائم الإلكترونية، عمان، دار وائل للنشر، 2016، ص 356.

الفرع الأول : مفهوم جريمة التجسس

لا يوجد تعريف محدد للتجسس الإلكتروني فالتجسس في حد ذاته كلمة متشعبة لا يمكن حصرها بتعريف واحد، ومن خلال هذا الفرع سيتم تعريف التجسس من زوايا عديدة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مفهوم التجسس في اللغة:

التجسس في اللغة من الجس وهو اللمس باليد ويقال يجسه جساً وأجتسه: أي مسه ولمسه، أما الجاسوس، فهو العين يتجسس الأخبار، وجمعها جواسيس ومنه الجسس، وهو وصف للمبالغة⁽¹⁾.

ثانياً: مفهوم التجسس اصطلاحاً:

يعتبر التجسس نمط من أنماط السلوك الإنساني رافق نشوء المجتمعات منذ القدم وتطور بتطورها حتى غدا له في عصرنا الحاضر شأن كبير وأهمية بالغة⁽²⁾، وتختلف السياسة التشريعية من دولة لأخرى، لذلك نجد للتجسس تعريفات متباينة ومتعددة تعتمد على طبيعة السلوك المجرّم في التشريعات ذات الاختصاص في هذا المجال، حيث نجد أن من أبرز ما ورد في تعريف التجسس هو التعريف الذي أشار إلى أنه: "سعي أي شخص أجنبي صوب الحصول على أسرار الدولة أو تسليمها لأية جهة خارجية متى كان ذلك يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الدولة"⁽³⁾.

ويعرف أيضاً بأنه: "قيام الأجنبي بجمع الوثائق والمعلومات السرية المتعلقة بالوضع السياسي والاقتصادي والمواد العسكرية، والتنظيم الدفاعي، والهجوم للدولة، وذلك بقصد تسليم تلك الوثائق والمعلومات إلى الدولة الأجنبية، سواء كان ذلك مجاناً أو بمقابل"⁽⁴⁾.

كما عرفت "اتفاقية لاهاي" الجاسوس بأنه: "كل شخص أقدم متخفياً مستتراً باحثاً عن معلومات جامعاً لها ومحاولاً استقصائها جاعلاً نطاق عمله دائرة العمليات الحربية لأحد الطرفين مستهدفاً نقل المعلومات إلى الطرف الآخر"⁽⁵⁾.

¹ (محمد بن مكرم، ابن منظور ، لسان العرب، القاهرة، دار المعارف ، 1985، ص459.

² (محمد راكان، الدغمي، التجسس وأحكامه في الشريعة الإسلامية ، القاهرة، دار السلام، 1984، ص65.

³ (علي، الطوالبة، الجرائم الإلكترونية ، ط1، البحرين ، جامعة العلوم التطبيقية، 2008.

⁴ (جابر، المراغي، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص91.

⁵ (محمد عودة، الجبور، الجرائم الواقعة على أمن الدولة لقانون الأردني والقوانين العربية، عمان، دار وائل للنشر، 2010، ص191.

ثالثاً: مفهوم التجسس الإلكتروني وخصائصه:

تغيرت أدوات وأساليب التجسس في نهاية القرن العشرين، وذلك نتيجة الثورة التكنولوجية والمعلوماتية في مجال الاتصالات، فأصبح العالم قرية صغيرة، وأصبحت كل المعلومات السياسية والاقتصادية وأحياناً العسكرية معلومات متاحة للكافة، حيث أصبحت أدوات التجسس أكثر تطوراً وأكثر تقدماً وذات قدرات خارقة من خلال استخدام الأقمار الصناعية للتجسس، ومحطات التنصت الضخمة، وحاملات الطائرات المرتبطة بالأقمار الصناعية، وهذا كله يجعل الجالس في مكتبه أن يسمع ويرى كل ما يشاء أن يراه أو يسمعه على وجه الأرض⁽¹⁾.

ويمكن تعريف التجسس الإلكتروني بأنه شكل آخر من الإرهاب يقوم باستخدام التكنولوجيا الضارة بشكل سلبي من أجل إحداث آثار مدمرة وأضرار بالغة وكبيرة لمحطات التحكم وأجهزة الكمبيوتر وشبكات الاتصال بدوافع سياسية أو عرقية أو دينية أو لأسباب عديدة⁽²⁾.

ويمتد التجسس الإلكتروني إلى أبعد من هذا، حيث عرف أيضاً بأنه: "العدوان أو التخويف أو التهديد مادياً أو معنوياً باستخدام الوسائل الإلكترونية، الصادر من الدول أو الجماعات أو الأفراد على الإنسان بغير حق".

كما تم التطرق إلى التجسس الإلكتروني في قانون الجرائم الإلكترونية الأردني بأنه: "دخول الجاني إلى الشبكة المعلوماتية، أو نظام المعلومات أو بأي وسيلة كانت بهدف الاطلاع على بيانات أو معلومات غير متاحة للجمهور تمس الأمن الوطني أو العلاقات الخارجية للمملكة أو السلامة العامة أو الاقتصاد الوطني"⁽³⁾.

ومن خصائصه⁽⁴⁾:

- إن التجسس الإلكتروني لا يترك أي دليل مادي بعد ارتكابه جرائمه وهذا مما يصعب عملية التعقب واكتشاف الجريمة أساساً.
- سهولة إتلاف الأدلة في حال العثور على أي دليل يمكنه إدانة الجاني.
- إن مستخدمي هذا النوع من التجسس يمتازون بخلفيات وخبرات في استخدام الأجهزة والتقنيات الحديثة، من جهة أخرى نجد نقص كبير في الخبرات لدى الجهات الأمنية المعنية عن كشف المخططات الإرهابية الرقمية.

¹ عبد الإله، النوايسة، مرجع سابق، ص 358.

² موقع الكتروني، https://web.facebook.com/realestateKhal/posts/597750626955720?_rdr

³ قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم (27) لسنة 2015، المادة (12) الفقرة (أ).

⁴ موقع الكتروني، https://web.facebook.com/realestateKhal/posts/597750626955720?_rdr

- إن اتجسس الإلكتروني يحدث في بيئة هادئة لا تحتاج إلى القوة والعنف واستعمال الأسلحة وإنما ما يحتاجه هو جهاز كمبيوتر وبعض البرامج وشبكة انترنت.

الفرع الثاني: صور التجسس الإلكتروني

أصبح التجسس في العصر الحالي شاملاً لمختلف المجالات فلم يعد يقتصر على النواحي العسكرية والحربية، وإن كان هذا النوع من التجسس يمثل أهم أنواع التجسس وأخطرها، إلا أن المعلومة المطلوبة الآن تختلف عنها في الماضي، فلم تعد أعداد الجيوش وتجهيزاتها التقليدية من الأمور السرية⁽¹⁾. ومن أهم صور التجسس :

- 1- التجسس العسكري: يكون بصورة عميقة خصوصاً بين الدول الكبرى، فتسعى هذه الدول للحصول على أسرار حربية تكنولوجية، كي تقف على مدى التقدم الذي وصلت إليه غيرها من الدول، خاصة بأن تلك الدول يوجد بينها سباق في التسليح المتقدم النووي والكيميائي والإشعاعي.
- 2- التجسس السياسي: لمعرفة المواقف السياسية لصناع القرار في الدولة والمعلومات التي تتعلق بالسياسة الداخلية والخارجية المتبعة، أو التي تنوي الدول السير عليها، وقد يكون التجسس معنوياً ونفسياً لشعوب الدول وقادتها، ومعرفة مواطن القوة والضعف في شخصية أفراد الشعب، وعوامل الوحدة والتفرقة، والقيم السائدة في المجتمع، والتيارات الحزبية والدينية، مدى تأثيرها في الأزمات، ومقدار العزيمة لدى شعب دولة ما.
- 3- التجسس الاقتصادي: وذلك لمعرفة موارد الدولة وحجم إنتاجها، وميزانها التجاري والاحتياطي لديها، وكذلك معرفة المرافق الاقتصادية الحيوية لديها ومواقعها، وكذلك ديونها الخارجية.
- 4- التجسس الصناعي: ينصب هذا النوع من التجسس على المعلومات الصناعية والعلمية من خلال معرفة أسرار الصناعات والأبحاث العلمية خصوصاً إذا كانت هذه الصناعات ترفد الدفاع الوطني، فهناك شركات تساهم في الإنتاج الحربي وتطوير الأسلحة، وقد يكون التجسس العلمي لمعرفة الدراسات العلمية في المجالات الزراعية أو الهندسية أو الصحية.

ويرى الباحث أن جميع المعلومات السرية السابقة سواء كانت عسكرية أو سياسية أو اقتصادية من الممكن أن تكون على شكل محتوى إلكتروني، وحتى لو كان هذا المحتوى محاط بوسائل الأمن المعلوماتي، فإن المخزون الإلكتروني الموجود فيه عرضة للتجسس الإلكتروني على تلك المعلومات واختراقها والحصول عليها وإفشائها، خاصة وأن جميع دول العالم بعد التطور التكنولوجي الذي طرأ على أنظمة المعلومات أصبحت تعتمد على أجهزة الحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية في تسيير أمورها الداخلية والخارجية، حيث أصبح الحاسب الآلي أداة ضرورية لا يمكن

⁽¹⁾ عبد الإله، النوايسة، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها .

الاستغناء عنها من أجل وحفظ البيانات والمعلومات والوثائق الخاصة بكل دولة، كما أن هذه المعلومات ذات أهمية كبيرة فهي تمس أمن الدولة وعلى درجة كبيرة من الخطورة

المطلب الثاني: التجسس في التشريعات الأردنية

بعد ان تم الحديث عن مفهوم التجسس الإلكتروني وصورة سنتناول في هذا المطلب ، التجسس في قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971، وكذلك سنتطرق للتجسس الإلكتروني في قانون الجرائم الإلكترونية رقم (27) لسنة 2015 ، وبعد ذلك سيتم تقييم المشرع الاردني على ضوء ذلك، وذلك على النحو التالي:

الفرع الاول: التجسس في قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971

وردت جرائم التجسس في المواد من (14) إلى (16) من قانون (حماية أسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971، وهي جريمة الدخول او محاولة الدخول إلى أماكن محظورة بقصد الحصول على أسرار تتعلق بسلامة الدولة ، وكذلك سرقة الاسرار التي تتعلق بسلامة الدولة او الحصول عليها ، وابلاغ الاسرار المتعلقة بأمن الدولة ⁽¹⁾.

وقد عرفت المادة (2) من هذا القانون (الأسرار والوثائق المحمية) بأنها: " أية معلومات شفوية أو وثيقة مكتبة أو مطبوعة أو مختزلة أو مطبوعة على ورق مشمع أو ناسخ أو أشرطة تسجيل أو الصور الشمسية والأفلام أو المخططات أو الرسوم أو الخرائط أو ما يشابهها والمصنفة وفق أحكام هذا القانون ⁽²⁾، وعليه فإن هذا القانون قد جاء لحماية أمرين:

الأول: وجود أسرار ووثائق تخص مؤسسات الدولة أو إحدى هيئاتها وأن تكون هذه الأسرار على علاقة بأمن الدولة.

الثاني: أن تكون هذه المعلومات على درجة من السرية ومجرد إفشائها يلحق الضرر بأمن الدولة الداخلي او الخارجي ⁽³⁾. وعلى ذلك فمحور الحماية ونطاق الجريمة هو السر، ولكن السر تم تصنيفه في هذا القانون إلى ثلاثة أصناف وهي ⁽⁴⁾:

1. الأسرار والوثائق المصنفة بدرجة سري: حيث أن سرار ووثائق الدولة المتعلقة بدرجة سري تتعلق بخطط وتفصيلات العمليات الحربية والمعلومات والوثائق ذات العلاقة بالأمن الداخلي وكافة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالسياسة الخارجية والعلاقة الدولية. ومنها ايضا المعلومات المتعلقة بوسائل الاستخبارات والمخابرات وطرق عملها والمشتغلين بها ، واي معلومة تتعلق بالأسلحة والذخائر وعتاد الجيش ومصادر قوته.

¹ (عبد الإله، النوايسة، مرجع سابق، ص 365).

² (انظر قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971 المادة 2).

³ (بهاء فهمي، الكبيسي ، مدى توافق احكام جرائم انظمة المعلومات في القانون الاردني مع الاحكام العامة للجريمة، رسالة ماجستير ،عمان، جامعة الشرق الاوسط ، 2013، ص 102

⁴ (نظر قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971 المواد (3-10)).

2. الأسرار والوثائق المصنفة بدرجة سري للغاية: وهي المتعلقة بمؤسسات الدولة أو إحدى هيئاتها والتي يؤدي إفشاء أسرارها الضرر بالدولة، أو تحقيق منفعة لدولة أخرى، كمعلومات عن مستودعات التخزين، وتحركات القوات المسلحة والمن العام وتعداد القوات وتسليح تلك القوات.
3. الأسرار والوثائق المصنفة بدرجة محدود: وهي الأسرار التي ينتج عن إفشاءها إلى إيقاع الدولة بحرج دولي أو صعوبات مالية أو اقتصادية، كسائر المعلومات والوثائق المتعلقة بتحقيق أو محاكمة قضائية، أو المعلومات التي يؤدي إفشاءها إلى انقاص الروح المعنوية للمواطنين كالمعلومات عن مخزونات الغذاء وقت الحشد للحرب.

ويلاحظ الباحث من خلال تصنيف المشرع لا سرار الدولة ، انه شمل كل الاشياء والوثائق والمعلومات ذات الطابع العسكري ، كما انه لم يضع معيارا واضحا في التمييز بين درجات السرية الثلاث (سري للغاية، سري، محدود) ، كما بالغ في الطرق التي يتم بواسطتها حفظ اسرار الدولة وهي طرق تقليدية لا تتلاءم مع التكنولوجيا الحديثة ، وكذلك من حيث التجريم لم يفرق في العقوبة اعتمادا على درجة السرية للمعلومة.

وسيتيم بيان جرائم التجسس التي وردة في هذا القانون ، وذلك على النحو التالي:

ـ جريمة الدخول او محاولة الدخول الى اماكن محظورة : حيث نصت المادة (14) من قانون حماية اسرار ووثائق الدولة على انه :

(من دخل او حاول الدخول الى مكان محظور قصد الحصول على اسرار او اشياء او وثائق محمية او معلومات يجب ان تبقى سرية حرصا على سلامة الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة واذا حصلت هذه المحاولة لمنفعة دولة اجنبية عوقب بالأشغال الشاقة المؤبدة واذا كانت الدولة الاجنبية عدوة فتكون العقوبة الاعدام)⁽¹⁾.

ويكون النشاط الجرمي هنا هو دخول الفاعل او محاولة الدخول الى المكان المحظور دخوله ، وسأوى المشرع بين الدخول وبين محاولة الدخول والشروع بالدخول ولم ينص المشرع على الوسائل التي يتم الحصول بها على السر. كما ان المشرع لم يحدد الاماكن المحظورة وترك تحديدها للسلطات المختصة حسب الحال .

ويجب ان يتوفر لدى الجاني هنا بالإضافة الى القصد الجرمي العام قصد جرمي خاص يتمثل ان تكون غايته من الدخول الحصول على اشياء او اسرار او وثائق سرية ، فاذا دخل شخص الى مكان محظور لغاية اخرى فلا مجال لعقابه وفق نص المادة (14) ⁽¹⁾.

¹ انظر قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971 ، المادة 14.

_ جريمة سرقة الأسرار التي تتعلق بسلامة الدولة او الحصول عليها : حيث نصت المادة (15) من قانون حماية اسرار ووثائق الدولة على انه :

أ- من سرق أسرار او أشياء او وثائق او معلومات كالتى ذكرت في المادة السابقة واستحصل عليها عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تقل عن عشر سنوات .

ب- اذا اقترفت الجناية لمنفعة دولة اجنبية كانت العقوبة بالأشغال الشاقة المؤبدة وإذا كانت الدولة الأجنبية عدوة فتكون العقوبة الإعدام⁽¹⁾.

تفترض هذه الجريمة ان يكون محل السرقة سرا من الأسرار المتصلة بسلامة الدولة ، مما يترتب على الحصول عليه الحاق الضرر بأمن الدولة ، ولقد حصر المشرع النشاط الجرمي بالسرقة والاستحصل وسأوى بينهما والحقيقة ان مصطلح الاستحصل يغني عن مصطلح السرقة فهو عام و أوسع من مفهوم السرقة ويستوعب كافة الوسائل التي قد يلجأ لها الفاعل للحصول على السر بما فيه السرقة.

ان هذه الجريمة قصدية والقصد المطلوب فيها هو قصد جرمي عام ، فلا بد ان يكون الجاني عالما بحقيقة فعلة بأنه يأخذ او يحصل على شيء ليس له حق في الحصول عليه وان ما حصل عليه يعتبر من أسرار الدولة .

_ جريمة ابلاغ الأسرار المتعلقة بأمن الدولة او إفشاؤها: حيث نصت المادة (16) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة على انه :

أ- من وصل الى حياته او علمه اي سر من الاسرار او المعلومات أو أية وثيقة محمية بحكم وظيفته أو كمسؤول او بعد تخليه عن وظيفته او مسؤوليته لأي سبب من الاسباب فابلاغها أو أفشاها دون سبب مشروع عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن عشر سنوات .

ب- ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة اذا ابلغ ذلك لمنفعة دولة اجنبية واذا كانت الدولة الاجنبية عدوة فتكون العقوبة الاعدام⁽²⁾.

ان النشاط المجرم في نص المادة (16) من هذا القانون هو القيام بالإبلاغ أو الإفشاء ، وان لكل منهما مدلول مختلف عن الآخر، فالإبلاغ يعني نقل المعلومات والأسرار من شخص الى شخص اخر ، اما الإفشاء فهو أوسع من الإبلاغ حيث يتيح الفرصة للعامة بالاطلاع على الأسرار والمعلومات عن طريق البوح او الإذاعة او الكشف عما بطن او ستر⁽³⁾. ولم يحدد المشرع الوسائل التي يتم من خلالها الإفشاء او التبليغ ، ويعاقب المشرع على هذا

⁽¹⁾ عبد الإله، النوايسة، مرجع سابق، ص 366 وما بعدها.

⁽²⁾ انظر قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971 ، المادة 15.

⁽³⁾ انظر قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971 ، المادة 16.

⁽⁴⁾ بماء فهمي، الكبيجي ، مرجع سابق ، ص 99

الإبلاغ أو الإفشاء حتى لو لم يترتب على ذلك أي اثر فهذه الجريمة من الجرائم الشكلية التي لا يتطلب فيها تحقيق نتيجة ضاره.

ويجب ان يكون الإبلاغ أو الإفشاء لسر من الأسرار المتعلقة بأمن الدولة وهذا الشرط يتعلق بمحل الجريمة ، ويجب ان يتوفر لدى الجاني القصد الجرمي العام القائم على (العلم والإرادة).

ونلاحظ مما سبق ان المشرع أضفى من خلال هذا القانون حماية جادة لأسرار ووثائق الدولة حيث قد تصل العقوبة الى الإعدام حيث نصت المواد (14 و15 و16) على ذات العقوبة وهي (الأشغال الشاقة المؤقتة وإذا كانت لمنفعة دولة أجنبية عوقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وإذا كانت الدولة الأجنبية عدوة فتكون العقوبة الإعدام).

ولكن السؤال الذي يراود الباحث هو مدى قابلية ارتكاب الجرائم الواردة في المواد (14، 15، 16) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة ، بوسائل الكترونية واستخدام أنظمة المعلومات ؟

إن التجسس المعلوماتي أو التجسس الإلكتروني والاطلاع على الأسرار المحمية يتم بالوسائل التقنية الحديثة، وعن طريق جهاز الكمبيوتر، فإن هذه الوسائل لم تكن متطورة آنذاك، حيث أن هذا القانون ركز على الجريمة التي كانت تتم بالطرق المباشرة، حيث لا بد من الوصول إلى هذه المعلومات والوثائق من قبل أحد العناصر البشرية من داخل المنشأة أو خارجها⁽¹⁾.

ويرى الباحث ان المقصود بالدخول الى المكان في المادة (14) هو انتقال الشخص بجسمه وحواسه الى داخله بغض النظر عن الوسيلة التي نقلته الى داخل ذلك المكان ، اي ان هذه المادة جاءت لتعالج الدخول المادي إلى الاماكن المحظورة بهدف الحصول على الأسرار والوثائق السرية ، وعليه لا يسري نص المادة (14) على فعل من يدخل لمكان افتراضي كالموقع أو أنظمة المعلومات ، والحقيقة أن محاولة تطويع هذه المواد لتشمل في طياتها جريمة التجسس على المعلومات السرية باستخدام تكنولوجيا المعلومات تتعارض مع مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة .

وان المشرع جرم في المادة (15) الاستحصال على سر من أسرار الدولة ، ونرى ان طبيعة فعل الاستحصال يمكن ان يرتكب باي وسيلة كما ان المشرع لم يحدد وسيلة معينة للاستحصال وعليه يمكن ارتكاب هذه الجريمة بوسيلة الكترونية .

¹ (نخلا عبد القادر، المومني، الجرائم المعلوماتية، ط1، عمان، دار الثقافة، 2008، ص224.

كما ان المشرع في المادة (16) لم يحدد الوسائل التي يتم من خلالها (الافشاء او التبليغ) فكل الوسائل ممكنة ومنها الوسائل الالكترونية ، كالأنترنت او الرسائل الالكترونية (ايميل) او رسائل الجوال ، وبالتالي يتصور ان ترتكب هذه الجريمة بوسائل الكترونية.

الفرع الثاني: التجسس الالكتروني في قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015

في عصر المعلومات وبفعل وجود تقنيات عالية التقدم فإن حدود الدولة مستباحة بأقمار التجسس والبث الفضائي، ولقد تحولت وسائل التجسس من الطرق التقليدية إلى الطرق الإلكترونية خاصة مع استخدام الإنترنت وانتشاره عالمياً، ولا يقتصر الخطر على محاولة اختراق الشبكات والمواقع على العابثين من مخترقي الأنظمة HACKERS فمخاطر هؤلاء محدودة وتقتصر غالباً على العبث أو اتلاف المحتويات والتي يمكن التغلب عليها باستعارة نسخة أخرى مخزنة ، أما الخطر الحقيقي فيمكن في عمليات التجسس التي تقوم بها الأجهزة الاستخبارية للحصول على أسرار ومعلومات الدولة ومن ثم إفشاءها لدولة أخرى تكون عادة معادية ، أو استغلالها بما يضر المصلحة الوطنية للدولة .

ومن هنا عالج المشرع الأردني هذه الجريمة من خلال (قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015) فقد تناول هذا القانون جرائم التجسس الالكتروني في المادة (12) منه، حيث تنص هذه المادة على انه⁽¹⁾:

- أ- يعاقب كل من دخل قصدا دون تصريح أو بما يخالف أو يجاوز التصريح إلى الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات بأي وسيلة كانت بهدف الاطلاع على بيانات أو معلومات غير متاحة للجمهور تمس الأمن الوطني أو العلاقات الخارجية للمملكة أو السلامة العامة أو الاقتصاد الوطني بالحبس مدة لا تقل عن أربعة أشهر وبغرامة لا تقل عن (500) خمسمائة دينار ولا تزيد على (5000) خمسة آلاف دينار.
- ب- اذا كان الدخول المشار اليه في الفقرة (أ) من هذه المادة بقصد الغاء تلك البيانات او المعلومات او اتلافها او تدميرها او تعديلها وتغييرها او نقلها او نسخها او افشاءها فيعاقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تقل عن (1000) الف دينار، ولا تزيد على (5000) خمسة الاف دينار.

يتضح من خلال المادة (12/ أ) ان محل هذه الجريمة هو بيانات او معلومات تكون على شكل محتوى الكتروني غير متاحة للجمهور تمس الامن الوطني او العلاقات الخارجية للمملكة او السلامة العامة او الاقتصاد الوطني⁽²⁾.

ومصطلح الامن الوطني يشير الى كل شيء يتعلق بسلامة الدولة ضد الاخطار الخارجية والداخلية التي قد تؤدي بها الى الوقوع تحت سيطرة اجنبية نتيجة ضغط خارجي او انهيار داخلي⁽³⁾. وقيل ان الامن الوطني : المجموع الكلي للمصالح

⁽¹⁾ انظر قانون الجرائم الالكترونية رقم (17) لسنة 2015، المادة 12.

⁽²⁾ عبد الإله، النوايسة، مرجع سابق، ص 364.

⁽³⁾ عبد الوهاب، الكيالي، موسوعة السياسة ، ط2، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1990، ص 331.

الحيوية للدولة كحماية الإقليم والاستقلال ، ونرى ان المعلومات والبيانات عندما تتعلق بالأمن الوطني يجب تصنيفها وفقا لقانون حماية أسرار ووثائق الدولة لخطورتها من جانب ولتوفير حماية جزائية اكبر لها من جانب اخر⁽¹⁾.

والعلاقات الخارجية للمملكة تشمل كل ما يتعلق بالسياسة الخارجية للمملكة، وعلاقة المملكة بالدول الاخرى في شتى المجالات السياسية والاقتصادية والعسكرية، وعلاقتها مع المنظمات الدولية.

والسلامة العامة هي السيطرة على ما يشكل خطرا عاما أيا كان مصدره، ومثالها المعلومات والبيانات التي تتعلق بالمخاطر المحتملة من تسريب او انفجار في مفاعل نووي اذا حدث تسريب او انفجار والمخاطر الناتجة عن دفن نفايات خطرة، او اثر حصول اعتصامات ومظاهرات على تعريض سلامة المواطنين للخطر.

اما الاقتصاد الوطني فيشمل السياسة الاقتصادية الداخلية والخارجية وكل ما يتعلق بالوضع الاقتصادي والمالي للمملكة غير المعلن للجمهور.

وتقع جريمة دخول غير مصرح به، أو بما يخالف أو يجاوز التصريح إلى الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات بفعل الدخول الذي يشكل الركن المادي للجريمة هو النتيجة لهذه الجريمة، وذلك كما ورد في المادة (12/ أ) وبالتالي فان هذه الجريمة من جرائم النتيجة لان الدخول هو النتيجة .

الركن المعنوي : هذه الجريمة قصدية ولا بد من توافر عناصر القصد الجرمي العلم والإرادة. وتتطلب ايضا قصدا جرميا خاصا ، فالدخول بقصد الإلغاء او الاتلاف او التدمير وحسب ما هو وارد في الفقرة(ب) من هذه المادة عاقب المشرع على القصد الخاص ظرفا مشددا. وبالتالي نلاحظ ان المشرع في الفقرة (ب) من المادة (12) شدد العقوبة ، لمجرد الدخول بقصد إتلاف او إلغاء او تدمير حتى لو لم يتم الاتلاف الفعلي.

ولقد نصت المادة (12) الفقرتين (ب و ج) على الدخول الى الموقع الالكتروني:

ج- يعاقب كل من دخل قصدا إلى موقع الكتروني للاطلاع على بيانات معلومات غير متاحة للجمهور تمس بالأمن الوطني أو العلاقات الخارجية للمملكة أو السلامة العامة أو الاقتصاد الوطني بالحبس مدة لا تقل عن أربعة أشهر وبغرامة لا تقل عن (500) خمسمائة دينار.

د- اذا كان الدخول المشار اليه في الفقرة (ج) من هذه المادة بقصد لإلغاء تلك البيانات أو المعلومات أو إتلافها أو تدميرها أو تعديلها وتغييرها أو نقلها أو نسخها فيعاقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تقل عن (1000) ألف دينار ، ولا تزيد على (5000) خمسة آلاف دينار⁽¹⁾.

¹ (محمد طه، بدوي، دراسات سياسية وقومية، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1963، ص283.

² (عبد الإله، النوايسة، مرجع سابق، ص365.

وعلية نجد أن الفقرة (أ) تختلف عن الفقرة (ج) في أن الدخول في الفقرة (أ) يكون إلى (الشبكة المعلوماتية أو نظام المعلومات)، بينما في الفقرة (ج) يكون (لموقع الكتروني) للاطلاع على بيانات او معلومات غير متاحة للجمهور ، وبالتالي كل ما قيل عن الدخول الى الشبكة المعلوماتية او نظام المعلومات في الفقرتين (أ و ب) ينطبق تقريبا على الدخول الى الموقع الإلكتروني في الفقرتين (ج و د) من المادة (12) من هذا القانون.

الفرع الثالث : تقييم المشرع الاردني

يرى الباحث ان المشرع الاردني لم يكن موفقا في ادراج نص المادة (12) من قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015 ، وذلك للأسباب التالية :

1- ان العقوبة الواردة في المواد (14 و 15 و 16) من قانون (حماية اسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971 تشكل اساسيات الردع العام حيث كانت العقوبة (الأشغال الشاقة المؤقتة واذا كانت لمنفعة دولة اجنبية عوقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وإذا كانت الدولة الأجنبية عدوة فتكون العقوبة الإعدام) . بينما نلاحظ أن العقوبة الواردة في المادة (12) من قانون (الجرائم الالكترونية) رقم (27) لسنة 2015 جاءت كتخفيف للعقوبة إذا تم الحصول على هذه الأسرار أو المعلومات عن طريق النظام المعلوماتي ، حيث العقوبة (الحبس مدة لا تقل عن أربعة أشهر ، وشدت العقوبة في فقرات أخرى إلى الأشغال الشاقة المؤقتة) . وبصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الاستحصل فبي بنفس الجسامه والخطورة سواء أخذت بطريقة تقليدية او بطرق مستحدثة .

2- نلاحظ ان المادة (14) من قانون (حماية أسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971 جرمت الدخول الى مكان محظور بقصد الحصول على هذه الأسرار او المعلومات وبالتالي نطاق اعمال هذه المادة اوسع من نطاق اعمال المادة (12) من قانون (الجرائم الالكترونية) رقم (27) لسنة 2015 التي جرمت الدخول الى النظام المعلوماتي والموقع الإلكتروني فقط . فعلى سبيل المثال لو قام احد الاشخاص بالدخول الى منشئة عسكرية بهدف الحصول على معلومات سرية مخزنة على جهاز الحاسب الالى الموجود داخل هذه المنشأة وتم القاء القبض عليه قبل الوصول الى الحاسوب فان المادة (14) هي الواجبة التطبيق هنا حتى اذا كان الهدف هو النظام المعلوماتي.

3- نلاحظ ان المادة (16) من قانون (حماية اسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971 قد شددت العقوبة على (الموظف او المسؤول) اذا افشى اي سر من الاسرار او المعلومات او الوثائق المحمية ، بينما في قانون (الجرائم الالكترونية) لا يوجد نص يشدد عقوبة الموظف او المسؤول اذا ارتكب هذه الجريمة ، حيث انها تخرج من نطاق تشديد العقوبة على الموظف ومن في حكمة الوارد في المادة (8) من هذا القانون.

¹ انظر قانون الجرائم الالكترونية، مرجع سابق، المادة 12 فقره ج و د .

وبالتالي يرى الباحث ان يتم تعديل قانون (حماية اسرار ووثائق الدولة) رقم (50) لسنة 1971 وذلك بإضافة مادة تستوعب ارتكاب جرائم التجسس باستخدام أنظمة المعلومات والمواقع الالكترونية .

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث الموسم بـ " التجسس الإلكتروني في ظل التشريع الاردني " تم استعراض مفهوم التجسس الإلكتروني ومصادره ومفهوم أسرار ووثائق الدولة المحمية، كما تم استعراض صور التجسس ، وتم توضيح العناصر المكونة للسلوك الجرمي للتجسس الإلكتروني في قانون الجرائم الإلكترونية وقانون حماية أسرار ووثائق الدولة مع الاستشهاد بنصوص القوانين ذات العلاقة في الأردن وهي قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم (27) لعام 2015، إضافة إلى قانون حماية الأسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971 وأخيراً تم تقييم المشرع الاردني .

قائمة المراجع:

أولا الكتب

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب ، القاهرة ، دار المعارف، 1985.
- الجبور، محمد عودة، الجرائم الواقعة على أمن لدولة لقانون الأردني والقوانين العربية، عمان، دار وائل للنشر، 2010.
- الدعبي، محمد راكان، التجسس وأحكامه في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار السلام، 1984.
- الكيالي، عبد الوهاب، موسوعة السياسة، ج1، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1990.
- المراغي، جابر، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
- المومني، نهلا عبد القادر، الجرائم المعلوماتية، ط1، عمان، دار الثقافة، 2008.
- النوايسة، عبد الإله، جرائم تكنولوجيا المعلومات: شرح الأحكام الموضوعية في قانون الجرائم الإلكترونية، عمان، دار وائل للنشر، 2016.
- بدوي، محمد طه، دراسات سياسية وقومية ، الاسكندرية ، منشأة المعارف، 1963.
- عفيفي، كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

غنام، محمد غنام، دور قانون العقوبات ف مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2000.

ثانياً الرسائل والاطارح

- الكبيجي ، بهاء فهي ، مدى توافق أحكام جرائم أنظمة المعلومات في القانون الأردني مع الأحكام لعامة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2013.

ثالثاً القوانين والمواثيق الدولية:

- قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم (27) لسنة 2015.
- قانون حماية اسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971.

رابعاً المواقع الالكترونية:

- https://web.facebook.com/realestateKhal/posts/597750626955720?_rdr

تأثير حماية براءة الاختراع على حماية المستهلك

The impact of patent protection on consumer protection

أ. رمضان فراقه - جامعة 8 ماي 1945 قالمة - الجزائر

الملخص :

ترتبط براءات الاختراع بالابتكار والإبداع ، إذ تمثل حقا مطلقا يمنح للمخترع لكي يصنع ، ينتج ، يوزع ، ويبيع المنتج أو يستخدم طرق الإنتاج التي حصلت على البراءة ، وأصبحت الاختراعات في عالمنا الحالي تؤثر على كل جوانب حياتنا مهما كان موقعنا ، سواء كنا منتجين أو مستهلكين ، وذلك بازدياد حاجتنا اليومية الملحة للتكنولوجيا التي تجتاح كل مجالات الحياة ، سواء البسيطة منها أو المعقدة ، وقد دفعت الحاجة الملحة لتعزيز تطور وتقدم التقنية إلى ضرورة تحقيق حماية أفضل لحقوق أصحاب الاختراعات ، ليس من أجل حماية مصلحة المخترع فحسب ، بل لحماية المستهلك أيضا وتحقيق الرفاه الاجتماعي الذي ينشده الجميع ، حيث تم سن تشريعات دولية وأخرى وطنية تكفل هذه الحماية وتعمل على تشجيع صاحب الابتكار ، فتمنحه امتيازًا خاصًا للاستغلال الحصري لاختراعه ما يحفز ويدفعه إلى المضي أكثر في حركة الاختراع.

الكلمات المفتاحية : الملكية الصناعية ، براءة الاختراع ، المستهلك ، المنافسة ، الاحتكار

Abstract:

Patents are related to innovation and creativity, as they represent an absolute right granted to the inventor to manufacture, produce, distribute, and sell the product or use the methods of production that obtained the patent, and inventions in our current world affect all aspects of our life, whatever our location, whether we are producers or Consumers, with the increase in our urgent daily needs for technology that engulf all areas of life, whether simple or complex, and the urgent need to promote the development and progress of technology has prompted the necessity to achieve better protection for the rights of invention holders, not in order to protect the interest of the inventor, but to protect The consumer also achieved the social welfare that everyone seeks, as international and national legislations have been enacted to ensure this protection and work to encourage the owner of innovation, thus granting him a special privilege for the exclusive exploitation of his invention, which motivates him and pushes him to go further in the movement of invention.

key words: Industrial property, patent, consumer, competition, monopoly,

مقدمة :

أصبحت التكنولوجيا عاملاً متنامياً الأهمية في المنافسة الدولية ، خاصة بالنسبة لإنتاج السلع والخدمات التي تعتمد بشكل كبير على التقنيات فائقة التطور ، مما مكنها أن تصبح أكثر مجالات التجارة الدولية ديناميكية ، وقد انعكس هذا التوجه على الزيادة المطردة في تكاليف البحث والتطوير في الدول الصناعية منذ السبعينيات من القرن الماضي ، خاصة مع الإسهام المتزايد للقطاع الخاص في هذا المجال الذي تعدى حدود النصف من إجمالي تكاليف البحث¹

ويعرف نظام براءات الاختراع نمو كبيراً في مجال البحث والتطوير ، مقارنة بالصور الأخرى للملكية الفكرية ، التي تعتبر محور التطور الاقتصادي للدول المتقدمة ، ويعتبر قانون البراءات من أهم قوانين الملكية الصناعية ، لما له من أهمية كبيرة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي ، بسبب الدور الكبير الذي أصبحت تلعبه الاختراعات ، ليس في تطور المؤسسات الاقتصادية فحسب ، بل في نمو اقتصاديات الدول عموماً ، حيث كانت حماية هذه الاختراعات تقتصر على الحماية الوطنية فحسب ، إلا أن هذه الحماية لم تكن كافية لتحقيق مصالح الدول ، خاصة الدول الأكثر تطوراً اقتصادياً ، لأنها حماية محدودة لا يتجاوز نطاقها الحدود الجغرافية للدولة التي تعترف بهذه الحقوق ، لذلك بدأت الدول الصناعية منذ نهاية القرن التاسع عشر في السعي نحو بسط حماية حقوق الملكية الصناعية بصفة عامة وحماية الاختراعات بصفة خاصة .

وقد أدى التطور الصناعي في الدول الأكثر تقدماً في العالم ، القائم على الاهتمام المتزايد بالاختراعات التي أصبحت تسهم بشكل كبير في نمو اقتصادياتها ، إلى تطور حركة التجارة العالمية وتسارع حركة تبادل شتى أنواع السلع بين مختلف دول العالم ، مما أدى إلى ازدياد الاهتمام بحماية المستهلك ، وصارت هذه الحماية ضرورة ملحة تنشد تحقيقها كل المجتمعات ، ليس فقط فيما يتعلق بجودة المنتجات والخدمات التي يقتنيها ، ولكن أيضاً من ناحية تأثيرها على سلامته وأمنه .

وفي هذا الصدد يبرز التساؤل التالي : هل يمكن أن تؤدي الحماية القانونية لبراءة الاختراع دوراً هاماً في حماية مصالح المستهلك والحفاظ على سلامته ، ومنعه من الوقوع كضحية لعمليات الغش أو الخداع والتضليل التي يتعرض لها من خلال المساس بحقوق أصحاب البراءات ، وفي إطار تحقيق الرفاه الاجتماعي الذي ينشده ؟ .

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا الاعتماد أساساً على المنهج التحليلي ، من خلال تحليل النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية براءة الاختراع ، واستنتاج ما يدل على الحماية الصريحة أو الضمنية للمستهلك من خلال هاته النصوص وغيرها من النصوص القانونية .

¹ كارلوس م . كوربا ، حقوق الملكية الفكرية ، منظمة التجارة العالمية والدول النامية ، اتفاق التريبس وخيارات السياسة ، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق ، مراجعة

أحمد يوسف الشحات ، دار المريخ للنشر ، 2002 ، ص 19

المطلب الأول : دور براءة الاختراع في تحقيق رفاه المستهلك

تهدف حماية براءة الاختراع إلى خلق حوافز تشجع على إنتاج المعرفة ، أو المعلومات التي تلي احتياجات الصالح العام ، وبالأساس تحقيق الرفاه الاجتماعي للمستهلكين.¹

وتتجلى هذه الحوافز في منح احتكار حصري ومؤقت لصاحب الاختراع ، تضمن في البداية عدم الوصول إلى الابتكار من قبل المنافسين غير الشرفاء ، ومن جهة أخرى حق وحصرية استغلال الابتكار من طرف صاحبه ، إذا كان هذا الاحتكار لا يتعارض مع المصلحة العامة أو يؤثر على صحة أو سلامة المستهلك ، إذ أن الاختراع لا يمكن صنعه أو الانتفاع به أو توزيعه أو بيعه لأغراض تجارية دون موافقة مالك البراءة.²

ونظراً لخصوصية صحة وسلامة المستهلك ، فقد تم تصنيفها من خلال العديد من التشريعات من بين حقوقه الأساسية.³ وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري ، لم ينص صراحة على حماية المستهلك من خلال قانون براءة الاختراع ، إلا أننا يمكن أن نستنتج ذلك ، من خلال بعض المواد التي تؤكد على حماية البراءة ، وتؤدي بالضرورة إلى حماية المستهلك ، كما أن هناك نصوصاً قانونية أخرى تسد هذه الفجوة ، وتقضي بقمع كل عمل يحتمل أن يضر بصحة وسلامة المستهلك أو بمصالحه ، وتهدف إضافة إلى ذلك إلى تحقيق رفاهيته .

الفرع الأول : دور براءة الاختراع في حماية صحة المستهلك

تجدر الإشارة إلى أنه مع زيادة اهتمام الرأي العام ، سواء الداخلي أو الخارجي بالقضايا المتعلقة بصحة المستهلك ، ودفاع الجمعيات عن مصالحه ، فإن المشرع يسعى إلى سن قوانين تهدف إلى تقديم ضمانات حقيقية لحمايته ، عن طريق توفير أحسن المنتجات له بأفضل جودة ممكنة ، ولعل أهم هذه المنتجات هي تلك التي تتعلق برعايته الصحية ، وإيلاء هذه المنتجات حماية قانونية تعكس أهميتها في حياة المستهلك ، ومن جهة أخرى تمنع استعمال جسم الإنسان أو أعضائه ومنتجاته ، أن يكونوا موضوعاً للبراءة.⁴

أولاً : تأثير إبراء الصناعات الصيدلانية والدوائية على حماية المستهلك

إن التغطية الصحية الشاملة تؤدي إلى رفاهية المجتمع ، وتترك أثرها في كل مناحي الحياة ، وهذا سواء من ناحية توفير الدواء على سبيل الاستيراد والشراء ، أو عن طريق الصناعة والإنتاج ، حيث تلعب الصناعات المختلفة ولاسيما

¹ Michel Vivant, Propriété intellectuelle et mondialisation : La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Ed. Dalloz 2004, page 120.

² نادية خرخاش : " تحليل وتقييم نظام براءات الاختراع الجزائري في ظل النصوص التشريعية والإجراءات الإدارية " ، مجلة الاقتصاد والتنمية البشرية ، مجلد 9 عدد 2 ، 2018 ، ص 142

³ لاسيما القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك ، جريدة رسمية عدد 15 صادرة بتاريخ 8 مارس 2009

⁴ Stéphane Piedelièvre , Droit commerciale , 10 ème édition Paris Dalloze , 2015 , P 244

الصناعات الدوائية على اختلاف أنواعها وحجمها - سواء منها الخفيفة أو المتوسطة أو الثقيلة - دورا أساسيا في تحقيق الاكتفاء الذاتي والوفرة الصحية والغذائية والدوائية¹، وتعتبر الصناعات الدوائية والصيدلانية، من بين الصناعات والأنشطة التي اكتسحت الساحة الوطنية للعديد من الدول، بل وتعدى تأثيرها للساحة الدولية، وبينّ الواقع أن الأنظمة القانونية التي تهدف إلى حمايتها، كانت أنظمة وشروطا ضعيفة، مما ثبط أهل الاختصاص عن التقدم والعطاء في هذا المجال، وخلق قلقا في كل دول العالم حول عدم نجاعة الحماية القانونية لهذا القطاع من الصناعة²، حيث لم يحض هذا النوع من الصناعات بحماية خاصة لسنوات عديدة، ما أدى إلى احتكاره لمدة طويلة من قبل الشركات متعددة الجنسيات³، وانعكس ذلك على قلة التنافسية والاستثثار المطلق لكافة الحقوق التي سيطرت على هذا القطاع، هذا الأمر حتم على المنظومة الدولية أن تضع نظاما قانونيا ينظم ويحمي هذا القطاع، فكانت الانطلاقة من اتفاقية تريبس التي نصت على: "... تتاح إمكانية الحصول على براءات الاختراع لأي اختراعات، سواء أكانت منتجات أم عمليات صناعية في كافة ميادين التكنولوجيا، شريطة كونها جديدة وتنطوي على خطوة إبداعية وقابلة للاستخدام في مجال الصناعة..."⁴، وقد كرست هذه الاتفاقية حماية كافة الاختراعات في جميع مجالات التكنولوجيا، ومنها المنتجات الدوائية⁵، وهو نفس المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري، حيث لم يضع قانونا خاصا بحماية الاختراعات التي تتعلق بالصناعة الدوائية، بل تركها في المفهوم العام للاختراع، حيث تخضع لأحكام المادة 6 من الأمر 07-03⁶، التي أخذت بالمفهوم العام للصناعة، وهو ما نصت عليه اتفاقية باريس لعام 1883 الخاصة بالملكية الصناعية.

إن أهمية قطاع الصناعات الدوائية، تكمن في جسامه الأخطاء التي يمكن أن تكون باهظة الثمن، فلا أحد يمكنه توقع العواقب المأساوية لعقار تم إعطائه بجرعات مرتفعة، أو سُمح باستخدامه في وقت قريب جدا للبيع دون التأكد من فعاليته الكبيرة، وعدم وجود أي مضاعفات جديدة على المريض بعد تناوله، كما قد تتسبب المعدات السيئة التصميم، في تعريض حياة عشرات الأشخاص أو على الأقل صحتهم للخطر⁷.

¹ د. ونوغي نبيل: " دور براءة الاختراع في توفير الدواء وأثرها على التنمية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالحلقة، المجلد الرابع، العدد الاول، 2019، ص 371.

² سعد زكي نصار؛ علي عبد الرحمن علي: " أثر تطبيق الملكية الفكرية على التنمية الزراعية"، المؤتمر الرابع عشر للاقتصاديين الزراعيين، مصر، 20-21 سبتمبر 2002، ص 262.

³ د. ونوغي نبيل، المرجع السابق، ص 372.

⁴ المادة 27 فقرة 1 من إتفاقية تريبس المبنية عن اتفاق مراكش 15 أبريل 1994، ودخلت حيز التنفيذ في 1 جانفي 1995.

⁵ حنان محمود كوثراني، الحماية القانونية لبراءة الاختراع وفقا لأحكام اتفاقية تريبس - دراسة مقارنة-، ط1، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 31.

⁶ النص المادة 6 على: " يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة "

⁷ André Cabanis « La législation anti-fraude en Algérie, au Maroc et en Tunisie » faculté de Tunis de droit et sciences politiques. Actualités juridiques Tunisienne n°7. Actes du Colloque du 13-14 janvier 1993 concurrence et prix. Pages 21 et 22.

ثانيا : حماية براءة الاختراع محفز للبحث عن أدوية جديدة

عرّف البعض البراءة الدوائية بأنها رخصة الحماية القانونية ، التي يمنحها المشرع للمخترع على اختراعه الدوائي ، والتي تثبت له ملكيته وتخوله دون غيره ، الحق في استغلال المنتج الدوائي محل الحماية القانونية ، والتصرف فيه طوال مدة الحماية التي نص عليها القانون¹ .

حيث يتمثل الاختراع في هذه الصورة ، في ابتكار شيء جديد له صفاته وخصائصه المميزة عن غيره من الاختراعات الأخرى ، ويكون الأمر كذلك متى أمكن التوصل إلى منتج دوائي جديد ، متميز في تركيبته وشكله وخصائصه² ، كاختراع مصل طبيعي لمرض معين ، أما إذا اقتصر الاختراع على إدخال تعديل أو استبدال نسبة تركيبة دواء بنسبة أخرى فلا يعد ذلك اختراعا إلا إذا انطوى هذا الاستبدال على إحداث تغيير جوهري في المنتج الدوائي ، فيعد عندها اختراعا جديدا ، كما لو تم إستبدال أو تغيير بعض المواد الكيميائية فتخرج كائنا مختلفا عن غيره³ .

وقد عرفت المادة 31 مكرر من اتفاقية تريبس المعدلة سنة 2005 المنتجات الدوائية بقولها : " أي منتج له براءة اختراع ، أو المنتجات المصنعة من خلال عملية براءة الاختراع في قطاع الأدوية ، اللازمة لمعالجة مشكلات الصحة العامة المعترف بها في الفقرة 1 من الإعلان المتعلق بالصحة العامة"⁴ .

ومن الناحية العلمية عرف بعض الفقهاء الدواء بأنه : " أي مادة في منتج صيدلي تستخدم لتغيير أو استكشاف نظم فسيولوجية أو حالات مرضية لصالح متلقي هذه المادة"⁵ . وعُرف أيضا بأنه أي مادة كيميائية من أصل نباتي أو حيواني أو معدني، طبيعية أو تخليقية ، تستعمل في علاج أمراض الإنسان ، أو الوقاية منها أو تشخيصها⁶ .

فالدواء اذا هو أي مادة أو مجموعة من المواد المتقدمة ، باعتبارها تمتلك خصائص علاجية أو وقائية فيما يتعلق بالأمراض البشرية أو الحيوانية ، وكذلك أي منتج يمكن إعطائه للبشر أو الحيوانات ، لغرض إنشاء تشخيص طبي أو لاستعادة صحيح أو تعديل لعضويتها ، وهو ما يشير إلى الروابط الوثيقة بين الدواء والصحة العامة . وفي الواقع وعلى عكس الاختراعات الأخرى ، فان تلك المتعلقة بالأدوية لها خصوصية تختلف عن غيرها ، حيث أنها تهتم بمصلحة

¹ د . محمد الحسن عبد المجيد الحداد ، الآليات الدوائية لحماية براءة الاختراع وأثرها الاقتصادي ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2016 ، ص 299

² د . الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة المؤسسة التجارية ، ج 1 ، بيروت ، عويدات للنشر ، 1999 ، ص 172

³ عبد الجليل يسرية ، حقوق حاملي براءات الاختراع ونماذج المنفعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 14

⁴ نقلا عن شريفة فراش : " اثر تطبيق اتفاقية تريبس على براءة الاختراع الدوائية " مجلة دراسات وابحات المجلة العربية للابحاث والدراسات في العلوم السانانية والاجتماعية ، مجلد 11 عدد 11

عدد 2 ، جوان 2019 ، ص 670

⁵ محمد رؤوف حامد ، ثورة الدواء المستقبل والتحديات ، القاهرة ، دار المعارف ، 2001 ، ص 82

⁶ نصر ابو الفتوح فريد حسن ، حماية الملكية الفكرية في مجال صناعة الدواء ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2006 ، ص 56

اجتماعية حيوية وهي صحة الإنسان أو الحيوان ، وفي هذا الصدد سيكون لتدخل البراءة في مجال صناعة الأدوية عدة أهداف ، منها على وجه الخصوص التحفيز والبحث عن أدوية جديدة ، بغية التكفل الأفضل بصحة الإنسان .

لهذا لا يزال النقاش الدائر حول براءات الاختراع ، والحصول على الأدوية والحاجة إلى طب فعال يمكن الجميع من الوصول إليه اقتصاديا ، يمثل مشكلة في جميع أنحاء العالم ، وتزايد أهميته خاصة في العصر الحديث مع الانتشار المتزايد للأمراض الخطيرة ، حيث تهتم جميع البلدان بمشكلات الأمراض المستعصية ، مثل مرض نقص المناعة البشرية ، الذي لا يزال يبعث على القلق ، ويكلف بذل جهود كبيرة ويستنزف إمكانيات هائلة للدول .

وتطبيقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة ببراءات الاختراع¹ ، نصت المادة 11 من الأمر 03/07 على الحق الاستثنائي لصاحب البراءة ، الذي يخوله صنع أو استعمال اختراعه ، ثم توزيعه عن طريق بيعه أو عرضه للبيع ، إذ يحق لمالك البراءة ليس فقط منع الغير من بيع أو عرض المنتج أو طريقة الصنع للبيع ، بل منع الغير حتى من استيراد هذا المنتج أو تلك الطريقة موضوع الاختراع ، كما أن حقه في الحماية توسع ليشمل المنتج وطريقة صنعه ، بعدما كان يقتصر على طريقة الصنع فقط في ظل التشريع القديم ؛ هذا ما سيؤدي حتماً إلى نتائج سلبية على المستهلك ، خاصة عندما يتعلق الأمر بمنتج حساس مثل الدواء ، أو حتى المواد الكيميائية المستعملة في إنتاجه ، إذ من شأن تطبيق هذه الأحكام الزيادة حتماً في أسعار هذه المنتجات الحساسة بسبب احتكارها عن طريق براءات الاختراع².

إلا أن حق الاحتكار الذي توفره البراءة يستثني عادة فقط الآخرين من صنع المنتج المحمي ببراءة اختراع ، أو من استخدامه أو بيعه³ ، كما لا يمنع منافسة الأدوية الأخرى التي تعالج الحالات الطبية ذاتها ، سواء كانت محمية ببراءة اختراع أم لا⁴ ، غير أن صاحب الاختراع سيحاول أن يكسب ربحاً احتكارياً ، عن طريق قدرته على منع استنساخ منتجه ، وهذا ما يجعله يفرض أسعاراً لم تكن لتتوفر له لو أنه لم يحصل على براءة اختراع لمنتجه هذا ، وهو ما يجعل الأسعار لا تكون في متناول المستهلك (خاصة في الدول النامية) ، فكان المبدأ في اتفاقية تريبس هو الإبراء ، ثم وضعت على هذا المبدأ استثناءات وقيود ، أهمها الحق في تأخير تطبيق الأحكام الخاصة بحماية المنتجات المشمولة ببراءات الاختراع ، والمتعلقة بالمستحضرات الصيدلانية والمنتجات الكيميائية والزراعية⁵.

ونظراً لطبيعة صناعة الدواء المعتمدة على الأبحاث ، فإنه لا يمكنها الصمود أمام العالم الخارجي بدون حقوق الحماية الفعالة ، ومن ثم تم اللجوء في بداية التسعينات إلى تطبيق نظام الحماية الكلية للتجارة العالمية من خلال المنظمة العالمية للتجارة ، وكانت اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) إحدى اتفاقيات المنظمة .

¹ عملاً بمضمون الفقرة 2 من المادة 05 من اتفاقية باريس والمادة 28 من اتفاقية « TRIPS »

²² لخم أحمد ، النظام القانوني لحماية الابتكارات في القانون الجزائري ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2017 ، ص 141

³ المادة 28 من اتفاقية تريبس وايضاً المادة 11 من الامر 03-07 السابق الذكر .

⁴ د . ونوغي نبيل ، المرجع السابق ، ص 376

⁵ المادة 65 فقرة 2 من اتفاقية تريبس

ويعتبر التعامل مع حقوق البراءات الناتجة عن أنشطة البحث والتطوير الدوائي ، من مهام القسم المتعلق بالملكية الصناعية ، الذي يهدف إلى توفير الحماية للاختراعات المحمية ببراءات الاختراع ، ولا تقضي هذه الاتفاقية بتطبيق نظام البراءة فقط على عملية التوصل إلى دواء جديد ، وإنما أيضا على المنتج الدوائي نفسه ، وقد حددت الاتفاقية إمكانية الحصول على البراءة لأي اختراعات ، سواء كانت في منتجات ، أو عمليات صناعية في كافة ميادين التكنولوجيا ، بشرط أن تكون جديدة وتحتوي على خطوة إبداعية وقابلة للاستخدام في الصناعة ، كما أجازت للبلدان الأعضاء استثناء الحصول على براءات الاختراع لطرق التشخيص والعلاج والجراحة¹.

الفرع الثاني : تأثير حماية براءة الاختراع على سلامة المستهلك

حق السلامة أو حق الأمان *droit a la sécurité* ، هو حق المستهلك في الحماية من السلع والخدمات وعمليات الإنتاج ، التي يمكن أن تحدث له أضرارا تتعلق بصحته وسلامته ، وتعبير آخر فإن هذا الحق يعني أن المنتج لم يعد يمارس نشاطه الانتاجي والتسويقي فقط في اطار المساءلة القانونية ، بل يضاف إلى ذلك أن أدائه يتم تحت قيد المسؤولية الاجتماعية تجاه المستهلك².

أولا : مبدأ ضمان سلامة المستهلك

يعني هذا المبدأ حق توفير الحماية والسلامة من السلع والخدمات الضارة ، التي تسبب خطورة على حياة المستهلك ، لذا يجب على الهيئات الإنتاجية أن تقوم بفحص واختبار منتجاتها ، للتأكد من سلامتها من العيوب قبل عرضها في السوق³.

وقد تبنى المشرع الجزائري حماية الأفراد بإقراره مبدأ الالتزام بضمان سلامة المستهلك ، سواء استنادا إلى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية⁴ ، حيث أنه متى لحق شخص ضرر بسبب عيب في منتج معين لزم على المتدخل التعويض ، كما وسع المشرع في أنواع المنتجات التي تهدد الالتزام بالسلامة باختلاف مصادر المنتجات ، واعتبر هذه المسؤولية مسؤولية موضوعية مبنية على أساس الضرر وليس لها علاقة بالخطأ ، وبذلك يكون قد وسع المشرع من فرص المستهلك في الحصول على التعويض عما قد يلحقه من أضرار ، جراء اقتنائه واستعماله لهذه المنتجات ، وعلى المتدخل أن يحرص على تقديم سلعة أو خدمة دون المساس بسلامة المستهلك⁵.

وتحتل سلامة المستهلك حاليا المشهد الإعلامي ، واهتمام كل فئات المجتمع وكذا مختلف هيئات الدولة ، ويتجلى ذلك في التأكيد والتركيز على توفير منتجات آمنة لصالحه ، لذلك فسلامة المستهلك هي أيضا مجال يمكن

¹ سامية لول : " أثر سقوط براءات الاختراع للأدوية الأصلية على توجهات السوق العالمي للدواء " ، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية ، عدد 03 ، ديسمبر 2005 ، ص 3.

² الدواي الشيخ : " تحليل البات حماية المستهلك في ظل الخداع والغش التسويقي حالة الجزائر " مداخلة القيت بالملتقى الوطني حول حماية المستهلك بجامعة الجزائر ، 2010 ، ص 4

³ حفظة دزيري ، حقوق الملكية الصناعية (أثر ظاهرة التقليد على المستهلك) ، الجزائر ، دار الهدى ، 2016 ، ص 101

⁴ المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري

⁵ د. حسين بطيمي ، ط د . نصيرة غزالي : " طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة " ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثالث عشر ، الأغواط ، 2017 ، ص 65

تحقيقه من خلال براءة الاختراع ، فالاختراع الحائز على البراءة يكون قد استوفى جميع المتطلبات الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون ، والتي تراقب من خلالها الهيئة المختصة¹ مدى خضوع البراءة واحترامها لقواعد وشروط السلامة لحماية المستهلك ، على أساس أن المخترع يهدف في أغلب الأحيان إلى توجيه اختراعه للاستهلاك ، ولا يمكن تصور منح البراءة لاختراع يهدد أمن وسلامة المستهلك ، وهذا ما يجعلنا نستنتج أن براءة الاختراع تعد أداة حاسمة في الحفاظ على سلامة المستهلك .

ولهذا فالمشرع الجزائري ولضمان سلامة المستهلك ، قام بوضع قواعد صارمة لا تتسامح مع المتدخلين في عملية وضع السلع والخدمات للاستهلاك ، فألقى على عاتقهم التزامات تكفل سلامة المنتج ، خلال مراحل الإنتاج وحتى عندما يكون المنتج في حوزة المستهلك ، والوفاء بها جدير بإعادة التوازن المفقود بين المتدخل والمستهلك ، وضمان أمن المستهلك المقرر في قانون حماية المستهلك وقمع الغش².

ثانيا : دور براءة الاختراع في الحفاظ على سلامة المستهلك

إن سلامة المستهلك لا تقل أهمية في الحفاظ عليها عن طريق براءة الاختراع من القطاعات الأخرى ، وهي تضمن له سلامة المشتريات التي يقتنيها ، حتى لا يندفع أو يتم تضليله عن طريق عمليات التقليد ، التي على اختلاف أنواعها لم تعد حالات فردية يمكن لها ان تختفي في أي لحظة ، بل أصبحت عملية دقيقة تديرها مجموعات منظمة ، تنشط بشكل كبير في الدول الأقل قدرة على تطبيق النظم المحلية والدولية لحماية الملكية الفكرية³.

وعلى نحو متزايد الأهمية ، يمكن فحص مجال سلامة المستهلك بشكل ملموس من خلال عدة جوانب ، لكننا نقتصر على ذكر أمثلة معينة فقط ، تتعلق بشكل خاص ببعض المجالات التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنشاط اليومي للمستهلك ، كمجال المنتجات الطبية المغشوشة⁴ ، وصناعة السيارات والأجهزة الكهرومنزلية .

فبالنسبة للدواء فقد بلغت نسبة التقليد أقل من 1% في البلدان المتطورة ، وإلى أكثر من 30% في بعض البلدان النامية⁵ ، هذه الأدوية المقلدة تحتوي على مواد غير تلك التي تتواجد عادة في التكوين الحقيقي لها ، ما يسبب ضررا لصحة المستهلك من خلال إنتاج تأثير عكسي لما كان متوقعا في حالة أخذ منتج أصلي .

¹ الهيئة المختصة هي المعهد الوطني الجزائري لحماية الملكية الصناعية

² المادة 10 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، المؤرخ في 25 فيفري 2009 ، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

³ حفيظة دزيري ، المرجع السابق ، ص 123

⁴ المنتجات الطبية المغشوشة: هي المنتجات الطبية التي تظهر على نحو كاذب ، عن عمد/ عن احتيال هويتها أو تركيبها أو مصدرها. (نظام المنظمة العالمي لرصد المنتجات الطبية المتدنية النوعية والمغشوشة ورصدها ، ملخص تنفيذي لمنظمة الصحة العالمية ، 2018، ص 1) عن الموقع الإلكتروني:

https://www.who.int/medicines/regulation/ssffc/publications/GSMS-ExecutiveSummary_AR.pdf?ua=1

تاريخ الدخول : 2019/11/11

⁵ د . محمد السيد الرمادي : "مخاطر الادوية المغشوشة وطرق مكافحتها " ، كلية علوم الأدلة الجنائية ، ص 2 ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة نايف

العربية للعلوم الأمنية : <https://repository.nauss.edu.sa/bitstream/handle/> تاريخ الدخول 2019/11/11

أما بالنسبة لقطاع السيارات ، فيشهد ظاهرة الغش المتزايدة في قطع الغيار بكل أنواعها ، والتي لا تنحصر في وضع علامة مشهورة عليها ، وإنما يصل إلى غاية إعادة صنع القطعة بمواد اقل جودة ، وبنفس الشكل والقياس وبدقة متناهية . يستحيل معها لغير المختص أن يميز بين الأصلية من المقلدة ، ما يؤدي إلى عدم القيام بالمهمة التي تم تصميمها وبناءها من أجلها ، ما قد يشكل خطورة بالغة لمستعمل السيارة ، ويمكن أن يتسبب في حوادث مرورية مأساوية ، ناهيك عن التغيير المستمر لقطع الغيار الذي يثقل كاهل المستهلك¹ ، كما أن الفرامل المزيفة تزيد من مسافة الفرملة المفاجئة ، ومصفاة الهواء او الزيت رديئة النوعية قد تسبب مشاكل جدية في المحرك يمكن أن تؤدي إلى احتراقه² ، وقطع الغيار المزيفة هذه يتم تصنيعها في العديد من البلدان ، ويتم توزيعها بواسطة شبكات متخصصة من المحتالين ، الذين يضللون المستهلك في قطع الغيار الأصلية المصنعة في الشركات الفعلية وفقا لمعايير السلامة المطلوبة ، ولهذا فإن المستهلك بالإضافة إلى كونه مهدد في سلامته ، باقتنائه لقطع غيار مغشوشة ولا تتوفر فيها معايير الأمان ، فإنه بالموازاة مع ذلك يدفع مبالغ مالية كبيرة مقابل قطع غيار مقلدة أو غير حائزة على براءة اختراع ومنخفضة الجودة ، وليست مؤهلة للقيام بنفس المهام المنوط بها قطع الغيار الأصلية الحائزة على براءات اختراع³ ، والحديث يتسع عن حالات الحوادث المنزلية المتسبب فيها الآلات الكهرومنزلية ، وخاصة وسائل التدفئة المغشوشة ، التي أدت في كثير من الأحيان إلى وفاة عائلات بأكملها.

المطلب الثاني : حماية المستهلك من المنافسة غير المشروعة المتعلقة ببراءة الاختراع

يقول Pierre Bellon : "على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مواجهة الأزمات والظواهر غير المحتملة وذلك بالحل الوحيد وهو الابتكار"⁴.

ويبدو للوهلة الأولى أن هناك تعارض ما بين قانون المنافسة والقانون المتعلق ببراءات الاختراع ، وباعتباره جزء من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، فهذا الأخير يسعى إلى منح أصحاب هذه الحقوق سلطة الاحتكار والاستئثار بها ، عكس قانون المنافسة الذي يمنع الاحتكار المطلق ، في ظل حرية المنافسة التي تقتضي قواعد حق الجميع في ممارسة النشاط التجاري الذي يختاره⁵ ، لكن في حقيقة الأمر ، فإن قانون المنافسة يسعى إلى تحقيق فرص أفضل لأصحاب حقوق الملكية الفكرية ، بإحداثه للتوازن ما بين مصلحة صاحب الحق الفكري ومصلحة السوق ،

¹ حفيظة دزيري ، المرجع السابق ، ص 106

² François Eyssette : « contrefaçon, danger immédiat, le droit de la contrefaçon dans la Communauté européenne », acte du séminaire de Bordeaux 29-30 janvier 1997, organisé par la Direction centrale de la police de Bordeaux ,P 23

³ أكد السيد حنون مرقان مفتش عميد محقق في مديرية مكافحة الغش بالمديرية العامة للجمارك الجزائرية في تصريح لجريدة المساء: " أن قطع الغيار المغشوشة والمقلدة التي حجزتها الجمارك الجزائرية من سنة 2002 إلى غاية سنة 2007 قدرت بنسبة 47 بالمائة، وهو ما يمثل نصف ما حجزته الجمارك ، وأضاف أن ظاهرة الغش في قطع الغيار تمس عدة قطع وأنظمة واسعة الاستهلاك مرتبطة بالجانب الأمني للسيارات مما يجعل الغش فيها يشكل كارثة قد تؤدي بحياة مستعمليها خاصة ما تعلق بنظام الفرملة من أسطوانات الفرملة، وصفائح الفرملة، بالإضافة إلى كل الأجهزة المشككة لنظام التعليق من ممتصات الصدمات وغيرها إلى جانب العجلات وكل ما يتعلق بنظام المفصلات . الموقع الالكتروني : <https://www.djazairiess.com/elmassa/9843> (تاريخ الدخول : 2019/11/12 على الساعة 20:40 .

⁴ François Romon , Management de l'innovation, 3ème édition, édition Vuibert, France, 2013. P37

⁵ Stéphane Piedelièvre , Droit commerciale , 10 ème édition Dalloze , Paris , 2015 , P 336

وهذا ما نلمسه في نص المادة 37 فقرة 2 من الأمر 07/03 التي نصت على بطلان العقود المتصلة بالرخصة ، إذا فرضت على مشتري الرخصة في المجال الصناعي أو التجاري ، تحديدا تمثل استعمالا تعسفيا للحقوق التي تخولها براءة الاختراع ، بحيث يكون لاستخدامها اثر مضر على المنافسة في السوق الوطنية¹ ، كما منح المشرع الجزائري للوزير المكلف بالملكية الصناعية إمكانية منح رخصة إجبارية في أي وقت عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية أن صاحب البراءة او من هو مرخص باستغلالها ، يستغل البراءة بطريقة مخالفة للقواعد التنافسية² .

إذا لا يقتصر دور براءة الاختراع على ضمان حماية حقوق المخترع وصحة وسلامة المستهلك فحسب ، بل يلعب أيضا دورا مهما في تنظيم المنافسة ، من خلال حظر الممارسات غير العادلة ، التي قد يكون لها تأثير سلبي على المستهلك .

الفرع الأول : القيود الواردة على حرية تحديد السعر

كفل القانون حرية التجارة وحق التصرف في ما يملكه الشخص من أموال دون الإضرار بالآخرين ، فإذا أدى تصرف المالك للإضرار بهم ، كان لزاما دفع الضرر عن المضرور³ ، حيث تقوم الدولة بالتدخل أحيانا لتحديد السعر وإقامة التوازن بين الأفراد في العلاقة العقدية .

أولا : مبدأ حرية الأسعار

الأصل أن الأسعار تحدد بطريقة حرة ، بدون تدخل أي طرف أجنبي اعتمادا على قواعد المنافسة⁴ ، فمعظم التشريعات المقارنة تنص على هذا المبدأ خاصة تلك التي تتبنى النظام الرأسمالي ، والأكثر من ذلك يتم تجريم أي اتفاق أو تدخل في هذه الحرية من خلال منع الاتفاقات التي تهدف إلى تحديد الأسعار أو الاحتكار ، وتبقى قوى العرض والطلب كأصل عام - في ظل اقتصاد السوق - هي التي تلعب الدور الرئيسي في تحديد أسعار المنتجات أو الخدمات⁵ . فالتسعير يعتبر استثناءا يرد على حرية التجارة ، لأن تحديد السعر أو الثمن للسلعة المباعة ، يقع في الأصل على عاتق البائع⁶ ، ومع ذلك يمكن للدولة أن تتدخل في الحالات الاستثنائية الخاصة في مجال تحديد الأسعار⁷ ، فتمارس امتيازات السلطة السلطة العامة في الظروف الطارئة ، كارتفاع مفرط أو انخفاض شديد في الأسعار ، فتخول للهيئات المختصة في الدولة حق اتخاذ إجراءات مؤقتة لمواجهة هذه الظروف ، من أجل حماية المستهلك⁸ ، وفي هذه الحالة لا يكون للعون

¹ الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع السابق الذكر

² المادة 49 فقرة 2 من الأمر 07-03 السابق الذكر

³ د . إسلام هاشم عبد المقصود سعد ، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2014 ، ص 368

⁴ المادة 4 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة السابق الذكر

⁵ محمد كريم طالب : " تدخل الدولة في تحديد الأسعار كاستثناء على مبدأ حرية الأسعار " ، مجلة القانون ، العدد 7 ، ديسمبر 2016 ، ص 261

⁶ د . إسلام هاشم عبد المقصود سعد ، المرجع السابق ص 369

⁷ المادة 5 من الأمر 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ، جريدة رسمية عدد 46 صادرة بتاريخ 18 أوت 2010

⁸ د. محمد عبده موفق ، حماية المستهلك في الفقه الاقتصادي الإسلامي ، الأردن ، دار مجدلاوي للنشر ، 2002 ، ص 304

الاقتصادي إلا خيار الرضوخ إلى الإجراءات الوقتية التي تتخذها السلطة¹ ، على أن يكون التسعير عادلا ويراعي مصلحة جميع الأطراف.

ثانيا : حماية المستهلك من حرية تحديد سعر الاختراع

إن صاحب البراءة له الحق في احتكار اختراعه في التصنيع وطرحه في السوق ، أو منح ترخيص باستغلاله للغير² ، وهو ما تقره كلاً من التشريعات المتعلقة بالملكية الصناعية والاجتهادات القضائية ، وذلك بما يحق له أن يجنيه مقابل جهود تفكيره . وإن الكشف عن اختراعه يعني بشكل واضح أنه قادر على تحديد سعر بيع منتجه ، ولكن ليس له مطلق الحرية في ذلك ، لأنه يجب عليه مراعاة قيود السوق وقواعد المنافسة ، كما هو الحال بالنسبة لجميع عناصر الملكية الفكرية الأخرى ، فتحديد سعر الاختراع مقابل إنتاجه ، يخضع بالإضافة إلى قواعد السوق إلى إرادة الشريك في الإنتاج أيضا ، أي أن تحديد سعر المنتج يخضع لعوامل أخرى ، لا يتحكم فيها صاحب الاختراع وحده ، والتي يعد السوق أهم هذه العوامل إلى جانب إرادة الشريك المنتج للاختراع .

وبالرغم من حرية تحديد الأسعار التي تضمنها مبادئ وقواعد المنافسة الحرة³ ، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة طبعاً ، فقواعد المنافسة من جهة أخرى ، تسمح للدولة بالتدخل من أجل وضع حد للارتفاع المفرط للأسعار الذي يضر بالمستهلك، والنتائج عن حالات الاحتكار الطبيعية⁴ ، فنجد أن المشرع الجزائري قد حظر الممارسات التي تعمل على عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق ، بالتشجيع المصطنع لارتفاعها أو لانخفاضها⁵ ، كما سمح من ناحية أخرى للوزير المكلف بالملكية الصناعية ، منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير ، عندما تستدعي المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني ، التغذية ، الصحة ، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى ، ولا سيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفاً ومرتفعاً بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق⁶ ، وهو الإجراء الذي تفتقده بقية التشريعات العربية التي اكتفت بوضع أحكام عامة بشأن المصلحة العامة بما فيها الصحة العامة⁷ ، وهي الممارسات التي إن وجدت فهي تسبب ضرراً خطيراً للمستهلك الذي يقع ضحية لها ، ويضطر ويضطر إلى تحمل عدد من الآثار الثانوية لفرض أسعار غير مناسبة له .

¹ محمد تيورسي ، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة 2، دار هوم ، الجزائر، 2014 ، ص 296

² محمد أمين الرومي ، الملكية الفكرية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2018 ، ص 86

³ المادة 4 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 جوان 2003 ، جريدة رسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جوان 2003

⁴ المادة 5 من نفس الأمر

⁵ المادة 6 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة السابق الذكر

⁶ المادة 49 من الامر 03-07 السابق الذكر

⁷ د . عصام مالك احمد العبيسي ، مقتضيات المصلحة العامة بشأن براءة الاختراع في تشريعات الدول العربية ، الطبعة 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2011 ، ص 311

وبالتالي فما نستنتجه هو أن المشرع يؤكد على ترك تحديد أسعار الاختراعات لقواعد المنافسة الحرة ، بالمقابل فإن أي فعل يعرقل التكوين الحر للأسعار إما بتعمد رفعها أو خفضها ، يعد فعلا مناهضا لحرية المنافسة يستوجب تدخل الدولة للحفاظ على مصلحة المستهلك¹.

الفرع الثاني : تأثير احتكار براءة الاختراع على المستهلك

يعد الاحتكار من بين الممارسات السلبية التي أولى المشرع أهمية وعناية بالغة لها ، لما لها من آثار بالغة الضرر على مصالح المستهلك ، فوضع المشرع آليات محددة بغية التصدي للمعاملات الاحتكارية من أجل منع وقوع أي ضرر قد يلحق به ، أو رفع أي غبن قد يقع فيه .

ويعد الاحتكار من أخطر المشكلات التي تواجه المستهلك بشكل مباشر ، إذ يمثل الجانب الأكبر في سوق المستهلك ، وذلك من خلال التأثير على السلع والخدمات التي يحتاجها ، حيث يقوم المحتكر بحبس السلع أو الخدمات ، والامتناع عن بيعها حتى يغلو سعرها غلاء فاحشا بسبب ندرتها ، أو انعدام وجودها مع شدة حاجة الناس إليها أو الدولة أو الحيوان²

وتتعدد أنواع الاحتكارات ، لعل أهمها هي احتكار السلعة الذي يعتبر أكثرها شهرة وخطورة ، واحتكار العمل أو الحرفة، حيث يمنع أصحاب الاختصاص غيرهم من القيام بكل ما له علاقة بمهنتهم أو عملهم أو حرفتهم ، حتى يضطر الناس إلى التعامل معهم وقبول أسعارهم³.

أولا : مفهوم الاحتكار

تعني كلمة "احتكار" وجود منتج أو مؤسسة هي المورد الوحيد لسلعة معينة ، وفي تلك الحالة يستطيع المحتكر التلاعب في آليات السوق (العرض والطلب) ، والتي يتحدد بناء عليها سعر السلعة ، الأمر الذي يضمن للمحتكر سلطة تحديد الكمية المعروضة والسعر ، مما يؤثر بالضرورة سلباً على الدور الرئيسي للسوق ، والمتمثل في توزيع الموارد النادرة ، وبالتالي القدرة أو القوة الشرائية للمستهلك⁴.

وقد عرف القضاء الأمريكي القوة الاحتكارية بأنها القدرة على السيطرة على الأسعار أو استبعاد المنافسة ، وحسب ما توصلت إليه المحكمة العليا الأمريكية ، يكفي أن يكون من شأن القدرة على الاحتكار ، منح المشروع المحتكر إمكانية

¹ المادة 5 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 جوان 2003 ، جريدة رسمية عدد 43 صادرة بتاريخ 20 جوان 2003

² أبو الحسن الكساني ، بدائع الصنائع ، ط2 ، ج5 ، 1982 ، ص129

³ د . عباس عبد الإله عباس شومان : " أحكام الاحتكار في الشريعة الإسلامية " ، مقال منشور على الموقع :

https://bfsa.journals.ekb.eg/article_1657 تاريخ الدخول : 2020/02/14

⁴ أحمد عبد الوهاب : " الآثار الاقتصادية المترتبة على احتكار الدولة " ، المركز المصري لدراسات السياسات العامة ، ص2 منشور على الموقع :

<http://www.ecpps.org/attachments/article/192> تاريخ الدخول 2020/02/14 على الساعة 11:41

التحكم في الأسعار أو تفادي المنافسة ، وتضيف المحكمة العليا أنه لا يلزم أن تسفر هذه القدرة عن الإقصاء الفعلي للمنافسين ، فهي بذلك تركز عند بحثها عن مدى توافر القدرة على الاحتكار من عدمه ، أي على المحصلة النهائية للمركز الذي رقي إليه التاجر أو الشركة ، بمعنى أدق المقدرة التي تكونت لديه نتيجة لهذا المركز ، المتمثلة في سلطة رفع الأسعار أو تقييد المنافسة¹..

ثانيا : حماية المستهلك من إحتكار براءة الاختراع

من أجل أن تحافظ المؤسسات على مكانتها في المشهد الاقتصادي ويستمر نموها وتطورها ، تلجأ عادة إلى الاندماج ، كي لا تفشل أو تنهار وتتلاشى كلية تحت تأثير المنافسة الشديدة ، أو إلى إبرام اتفاقيات من أجل الحصول على اختراعات جديدة بهدف تطوير منتجاتها ، وتحسين قدراتها التنافسية في السوق الوطنية أو الدولية ، اذ يعد الابتكار عاملا تنافسيا بامتياز في أي نشاط اقتصادي.

وبسبب أن الابتكارات أصبحت عملية بحث تتطلب الكثير من الأموال ، والمزيد من الاستثمارات التي تمويلها الشركات الاقتصادية المختلفة تحت تأثير العولمة ، فقد يتم عادة تقديم براءة الاختراع كحصصة من الحصص العينية للشركة ، أين يتمحور النشاط الاقتصادي لهذه الشركات ، على صنع وبيع الاختراع محل البراءة² ، بسبب عدم قدرة المخترع على إنشاء مشروع لتصنيع اختراعه وتسويقه ، وما يتطلبه هذا الاستثمار من إمكانيات مادية وبشرية كبيرة ، عادة لا تتوافر لدى المخترع لاسيما المبتدأ³ ، وسواء تم إنشاء مشروع لتصنيع الاختراع ، أو تقديم البراءة كحصصة في الشركة ، فإنها تخضع للأحكام العامة للشركات التجارية⁴ ، ما يجعلها تخضع بالضرورة لقانون المنافسة الذي يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة أو احتكار ، قصد الحد من الدخول في السوق ، أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها⁵ ، كما يعد كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بأحد هذه الممارسات باطلا بسبب تقييدها للمنافسة⁶ ، التي تعمل وتؤدي إلى استحواذ جهة وحيدة على السوق ، وبالتالي قدرتها على فرض هيمنة تتعارض مع مصالح المستهلك.

تعتبر الحماية القانونية للاختراعات هي شرط وجودها ، فلا يمكن لأحد أن يتوقع من الباحثين وخاصة الشركات ، أن يستثمروا في البحث العلمي ، دون ان يطمئنوا إلى أن الابتكارات التي توصلوا إليها ، لا يمكن أن يتم استغلالها من قبل منافسيهم.

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية ، مصر ، دار النهضة العربية ، 2012 ص3

² محمد بن عامر : " عقد تقديم براءة الاختراع كحصصة في الشركة في التشريع الجزائري " ، مجلة الدراسات القانونية ، مجلد 3 ، عدد 1 ، 2018 ، ص2

³ كمال بخدة ، المركز الاحتكاري وإساءة استعماله في التشريع الجزائري ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2018 ، ص127

⁴ فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري -الحقوق الفكرية - الجزائر، ابن خلدون للنشر والتوزيع، 2006 ، ص150-151

⁵ المادة 7 من الامر 03-03 السابق الذكر

⁶ المادة 13 و 14 من نفس الأمر

وعملا بمبدأ عدم الإضرار بمصالح المخترع والمستخدم على حد سواء ، واحتراما لمبدأ الحد من إساءة استخدام البراءة من طرف مالكيها ، احتوت اتفاقية تريبس في بعض المواد على إجراءات تكف يد مالك البراءة عن استخدام بعض حقوقه ، إذ وردت بعض هذه الاستثناءات بالنص في الاتفاقية ، وبعضها الآخر يمكن استنتاجه من سياق صياغة النص ، فمن الناحية القانونية ، إلى جانب السر الذي يشكل وسيلة يمكن تصورها لتحقيق هذه الحماية القانونية ، نجد أيضاً أن براءة الاختراع عبارة عن أداة يمكن من خلالها الحصول على حق الملكية ، التي تخول احتكاراً حصرياً للاختراع ، ولكن استغلالاً مؤقتاً له لا تتجاوز 20 عاماً¹ ، تزول بعدها أحقية الاستغلال الحصري لصاحب الاختراع على ابتكاره ، ويدخل الاختراع بعدها في الملكية العامة ، ويصبح لكل شخص الحق في استغلاله وصناعته وبيعه وعرضه ، دون أدنى مسؤولية قد يرتها القانون بحقه² .

كما نجد أن المشرع الجزائري - بالرغم من سلطة الاحتكار الحصري التي منحها لصاحب الاختراع باستغلال الاختراع على وجه الإستثناء - قد أجاز الحصول على ترخيص إجباري باستغلال البراءة رغما عن صاحبها ، وذلك إذا توفرت حالات معينة تتعلق بعدم الإستغلال للاختراع ، أو النقص في هذا الإستغلال من طرف مالك البراءة ، وأيضا حالة الترخيص الإجباري للمنفعة العامة ، خاصة الأمن الوطني ، التغذية ، الصحة ، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى ، ولاسيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق³ ، أو عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية ، أن صاحب البراءة أو من هو مرخص له باستغلالها ، يستغل البراءة بطريقة مخالفة للقواعد التنافسية⁴ ، وفي هذه الحالة يكون المشرع الجزائري قد منح للسلطات العامة ، حق التدخل في حالة احتكار الاختراع بإصدار رخص إجبارية ، ليس فقط بهدف حماية المصلحة العامة ، بل أيضا من أجل حماية مصالح المستهلك الذي يعتبر الحلقة الضعيفة في السوق .

¹ المادة 9 من نفس الأمر

² أحمد علي عمر ، الملكية الصناعية وبراءة الاختراع ، الطبعة الاولى ، الاسكندرية ، مطبعة الحلمية 1993 ص180

³ المادة 49 فقرة 1 و 2 من الامر 07/03 السابق الذكر

⁴ تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مفهوم الاحتكار ضمن الأمر 03/03 وكذلك النصوص القانونية المكملة له سنتي 2008 و 2010 بالرغم من الإشارة إليه في اطار حظر الممارسات المناهضة للمنافسة (د . سامي بن حملة : " مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة " مجلة العلوم الانسانية ، عدد 46 ، 2016 ، ص 271)

خاتمة :

حضي موضوع براءة الاختراع باهتمام العديد من الاقتصاديين والقانونيين بالخصوص ، لما لها من منافع كبيرة على اقتصاديات مختلف الدول خاصة الصناعية منها ، باعتبارها مصدرا لقوتها الاقتصادية وتفوقها التكنولوجي ، ولما لها من دور في حماية حقوق المخترع وتحفيزه على الإنتاج الابتكاري .

وقد امتدت الاختراعات المشمولة بالبراءات حديثا إلى كل نواحي الحياة البشرية ، بدءا من الإضاءة الكهربائية والبلاستيك إلى أقلام الحبر الجاف وأجهزة الحاسوب ، وكل الآلات والأجهزة التي يستعملها الإنسان ، منذ استيقاظه صباحا إلى غاية خلوده إلى النوم مساء ، ولم يعد بالإمكان الاستغناء عن الاختراعات وعن عملية الابتكار ، التي بالرغم من أنها أضحت عملية يومية يستهدف من وراءها أصحابها تحقيق عائدات مالية ، عن طريق تسويقها بعد طرحها لعملية الإنتاج ، إلا أنها بالموازاة مع ذلك تحقق رفاهية المستهلك ، وتحسن من ظروف معيشتة في شتى مناحي الحياة .

ولهذا فالبراءات أداة هامة لتحفيز أصحاب الاختراعات ، بما توفره من حماية من خلال الإقرار بإبداعاتهم وإتاحة إمكانية مكافئتهم ماديا على ابتكاراتهم . وفي الآن ذاته ييسر النشر الإلزامي للبراءات وطلبات البراءات انتشار المعارف الجديدة ، ويسرع من وتيرة الأنشطة الابتكارية بما يعود بالمنفعة على الجميع .

كما تعمل براءة الاختراع المكفولة بالحماية التشريعية ، على تأمين حماية للمستهلك ، لا تقل أهمية عن الحماية المباشرة له من خلال مختلف النصوص القانونية المخصصة لذلك ، بالرغم من أن أغلب مظاهرهاته الحماية ليست منصوبا عليها بصفة مباشرة في قانون البراءة .

وقد توصلنا من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية :

✓ أنه كلما كانت حماية البراءة فعالة ، وتمت مراقبة أثرها على صحة وسلامة المستهلك ، كلما أدى ذلك إلى تحقيق حماية فعالة للمستهلك.

✓ كلما كانت القيود الواردة على منح براءة الاختراع -خاصة فيما يتعلق بالاختراعات الموجهة بصورة مباشرة للمستهلك ولأسيما المنتجات الطبية - صارمة ووفق شروط دقيقة ، كلما أدى ذلك إلى حماية أكثر نجاعة وفعالية للمستهلك.

✓ يلعب المعهد الوطني للملكية الصناعية دورا مهما في مراقبة مدى توافر شروط السلامة في الاختراع ، ومدى وتحقيقها لمواصفات الأمان وحماية المستهلك .

كما توصلنا من خلال هذا البحث الى صياغة التوصيات التالية :

✓ ضرورة تكريس حماية مباشرة وصريحة للمستهلك في مختلف النصوص التي تنظم حماية براءة الاختراع ، خاصة في المواد التي تستعمل مصطلح " الغير " للإشارة إلى من له الحق في الاعتراض عن تسجيل او إصدار البراءة ، وحقهم في اللجوء الى القضاء لحماية حقوقهم في مختلف مراحل إصدار البراءة ، وإضافة أو الاشارة الى مصطلح المستهلك ، وتمكينه من نفس الحقوق بصفته أكثر المستهدفين بالاختراع .

✓ تأمين حماية أكثر فعالية للمستهلك فيما يخص الاختراعات المتعلقة بالمجال الطبي والصيدلاني ، بسبب أهمية وخطورة هذه الاختراعات على صحة وسلامة المستهلك بطريقة مباشرة ، وأنها أكثر الاختراعات التي توجه للإنتاج الاستهلاكي ، وتستهدف تحقيق الرعاية الصحية به.

✓ منح المعهد الوطني للملكية الصناعية صلاحيات واسعة في مراقبة مدى توفر شروط سلامة وأمان المستهلك في الاختراع ، وضرورة الإشارة إلى هاته الصلاحيات صراحة في مختلف النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية الاختراع ، باعتباره أعلى هيئة وأهم هيئة يمكنها مراقبة مدى فعالية الاختراع وأثره على صحة وسلامة المستهلك

المراجع :

الكتب :

- -أبو صالح سامي عبد الباقي ، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر 2012
- -د. الحداد محمد الحسن عبد المجيد ، الآليات الدوائية لحماية براءة الاختراع وأثرها الاقتصادي ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، 2016
- -الكساني أبو الحسن ، بدائع الصنائع، الطبعة الثانية الجزء الخامس 1982،
- د . العبيسي عصام مالك احمد ، مقتضيات المصلحة العامة بشأن براءة الاختراع في تشريعات الدول العربية ، الطبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية 2011
- الرومي محمد أمين، الملكية الفكرية ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2018،
- تيورسي محمد ، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة 2 ، دار هومه ، الجزائر 2014
- حامد محمد رؤوف ، ثورة الدواء المستقبل والتحديات دار المعارف، القاهرة 2001
- ديزيري حفيظة، حقوق الملكية الصناعية (أثر ظاهرة التقليد على المستهلك) ، دار الهدى الجزائر 2016
- زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري -الحقوق الفكرية ، ابن خلدون للنشر والتوزيع الجزائر 2006

- د. عبد المقصود سعد إسلام هاشم ، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة لإسكندرية 2014
- عمر أحمد علي ، الملكية الصناعية وبراءة الاختراع ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحلمية ، الاسكندرية 1993
- كوريا كارلوس م ، حقوق الملكية الفكرية، منظمة التجارة العالمية والدول النامية، اتفاق التريبس وخيارات السياسة ، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق ، مراجعة أحمد يوسف الشحات ، ، دار المريخ للنشر ، مصر 2002
- كوثراني حنان محمود ، الحماية القانونية لبراءة الاختراع وفقا لأحكام اتفاقية تريبس – دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2011
- د. موفق محمد عبده ، حماية المستهلك في الفقه الاقتصادي الإسلامي ، دار مجدلاوي للنشر،، الاردن 2002
- د. ناصيف الياس، الكامل في قانون التجارة المؤسسة التجارية ، ج 1 ، بيروت، عويدات للنشر بيروت 1999
- يسرية عبد الجليل، حقوق حاملي براءات الاختراع ونماذج المنفعة ، ، منشأة المعارف الاسكندرية 2005

النصوص القانونية :

- إتفاقية تريبس المنبثقة عن اتفاق مراكش 15 أبريل 1994 ، ودخلت حيز التنفيذ في 1 جانفي 1995
- القانون المدني الجزائري
- القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، المؤرخ في 25 فيفري 2009 ، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009
- الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع ، المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2003
- الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 جويلية 2003 ج ر عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003
- الأمر 05-10 المؤرخ في 15 اوت 2010 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ، جريدة رسمية عدد 46 صادرة بتاريخ 18 أوت 2010

الرسائل الجامعية

- لجرم أحمد، النظام القانوني لحماية الابتكارات في القانون الجزائري ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2017.
- نصر ابو الفتوح فريد حسن ، حماية الملكية الفكرية في مجال صناعة الدواء ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2006

الدوريات والمجلات:

- الدواي الشيخ: " تحليل اليات حماية المستهلك في ظل الخداع والغش التسويقي حالة الجزائر " مداخلة القيت بالملتقى الوطني حول حماية المستهلك بجامعة الجزائر، 2010
- د. بطيحي حسين ، ط د . نصيرة غزالي: " طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة " ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثالث عشر ، الأغواط ، 2017
- د . بن حملة سامي: " مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة " مجلة العلوم الانسانية ، عدد 46 ، 2016
- بن عامر محمد : " عقد تقديم براءة الاختراع كحصصة في الشركة في التشريع الجزائري " ، مجلة الدراسات القانونية ، مجلد 3 ، عدد 1 ، 2018
- خرخاش نادية : " تحليل وتقييم نظام براءات الاختراع الجزائري في ظل النصوص التشريعية والإجراءات الادارية " ، مجلة الاقتصاد والتنمية البشرية ، مجلد 9 عدد 2 ، 2018
- طالب محمد كريم : " تدخل الدولة في تحديد الأسعار كاستثناء على مبدأ حرية الأسعار " ، مجلة القانون ، العدد 7 ، 2016
- قراش شريفة : " اثر تطبيق اتفاقية تريس على براءة الاختراع الدوائية " مجلة دراسات وابحث المجلة العربية للابحاث والدراسات في العلوم النسانية والاجتماعية ، مجلد 11 عدد 2 ، 2019
- لحول سامية : " أثر سقوط براءات الاختراع للأدوية الأصلية على توجهات السوق العالمي للدواء " ، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية ، عدد 03 ، 2005
- نصار سعد زكي : علي عبد الرحمن علي : " أثر تطبيق الملكية الفكرية على التنمية الزراعية " ، المؤتمر الرابع عشر للاقتصاديين الزراعيين ، ، مصر ، 20-21 سبتمبر 2002
- د. ونوغي نبيل: " دور براءة الاختراع في توفير الدواء وأثرها على التنمية " ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة ، المجلد الرابع ، العدد الاول ، 2019

المواقع الإلكترونية:

- نظام المنظمة العالمي لترصد المنتجات الطبية المتدنية النوعية والمغشوشة ورصدها ، ملخص تنفيذي لمنظمة الصحة العالمية ، 2018، عن الموقع الالكتروني: <https://www.who.int/> تاريخ الدخول : 2019/11/11
- د . محمد السيد الرمادي : "مخاطر الأدوية المغشوشة وطرق مكافحتها " ، كلية علوم الأدلة الجنائية ، مقال منشور على الموقع الالكتروني لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية : <https://repository.nauss.edu.sa/> تاريخ الدخول 2019/11/11
- الموقع الالكتروني : (<https://www.djazairss.com/elmassa/9843>) تاريخ الدخول : 2019/11/12
- . عباس عبد الإله عباس شومان ، أحكام الاحتكار في الشريعة الإسلامية الموقع الالكتروني : <https://bfsa.journals.ekb.eg> ، تاريخ الدخول : 2020/01/11

- أحمد عبد الوهاب: "الاثار الاقتصادية المترتبة على احتكار الدولة"، المركز المصري لدراسات السياسات العامة، ص 2 منشور على الموقع: <http://www.ecpps.org/attachments/article/192> تاريخ الدخول 2020/02/14

المراجع الأجنبية:

- André Cabanis « La législation anti-fraude en Algérie, au Maroc et en Tunisie » faculté de Tunis de droit et sciences politiques. Actualités juridiques Tunisienne n°7. Actes du Colloque du 13-14 janvier 1993 concurrence et prix.
- François Romon , Management de l'innovation, 3ème édition, édition Vuibert, France, 2013
- François Eyssette : « contrefaçon, danger immédiat, le droit de la contrefaçon dans la Communauté européenne », acte du séminaire de Bordeaux 29-30 janvier 1997, organisé par la Direction centrale de la police de Bordeaux ,
- Michel Vivant , Propriété intellectuelle et mondialisation .: La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Ed. Dalloz 2004
- Stéphane Piedelièvre , Droit commerciale , 10 ème édition Dalloze , Paris , 2015

القضاء الدستوري في ضوء مستجدات دستور 2011

Constitution alJudiciary In light of Novelties in the 2011 constitution

ب، إلياس المساوي- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس ، المغرب

الملخص :

في نطاق التعديلات الدستورية الواسعة والعميقة التي أقرتها المملكة المغربية بموجب الوثيقة الدستورية الصادرة في 29 يوليو 2011، و التي تمثلت في توسيع مجال الحقوق و الحريات العامة، بهدف ترسيخ الانتقال الديمقراطي المنشود، تم إحداث محكمة دستورية لتحل محل المجلس الدستوري الذي عرفته الوثيقة الدستورية لسنة 1996، و تتمتع المحكمة الدستورية بصلاحيات أوسع، و تكون بالخصوص مفتوحة أمام الأفراد للدفاع عن الحقوق و الحريات المضمونة لهم دستوريا .

هذا و من خلال محدودية المجلس الدستوري و محدودية تأثير اجتهاداته القضائية على النظام السياسي المغربي و الانتقادات الموجهة إلى القضاء الدستوري و بهدف تدعيم دولة القانون، دفعت المشرع إلى إحداث محكمة دستورية و تغيير تكوينها و توسيع اختصاصاتها.

الكلمات المفتاحية : الدستور ، القضاء الدستوري ، الحقوق و الحريات ، المغرب ، المحكمة الدستورية .

Abstract :

Within the scope of the profound constitutional amendments approved by the Moroccan Kingdom brought about by the new constitution issued on July 29th, 2011 –aimed at expanding the field of public rights and freedoms to enhance a desire democratic transition- a constitutional court was founded to replace the constitutional council that you know by the constitution in 1996. This constitution court has much wider power and it is particularly open to individuals to defend rights and freedoms guaranteed to them constitutionally. This scope of the court's power is achieved through the limited executive of the constitutional council as well as the limited impact of its jurisprudence on Moroccan political system. In addition to this, the aim of strengthening the rule of law pushed the legislator to create a constitutional court, to change its composition and to expand its field of interests

Keywords : the Constitution , Constitutional Judiciary , Rights and freedoms, Morocco , Constitutional Court

مقدمة :

يمكن الرجوع بفكرة القضاء الدستوري بالمغرب إلى مشروع دستور 1908 ، الذي أسند إلى " مجلس الشرفاء " ، باعتباره غرفة عليا ضمن " منتدى الشورى " (البرلمان) ، مهمة مراقبة القوانين التي يصدرها " مجلس الأمة " ، من حيث هو الغرفة السفلى للمنتدى المذكور ، ونص على أن القوانين لا يُمكن أن يصدر الأمر بتنفيذها إلا بعد مصادقة " مجلس الشرفاء " .

لكن، وبسبب أن مشروع هذا الدستور لم يجد طريقه إلى الإقرار ، نتيجة لوقوع المغرب في براثن الاحتلال؛ فإنه لم يتمكن من وضع فكرة مراقبة دستورية القوانين موضع التنفيذ إلا غداة الاستقلال ، مع أول دستور عرفه المغرب الحديث سنة 1962 ، وذلك بإحداثه لغرفة دستورية¹ في حظيرة² المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) . وقد أسند هذا الدستور ، إلى الغرفة المذكورة اختصاصات محدودة جدا في مجال الرقابة على دستورية القوانين ، اقتصرت على الرقابة الوجوبية القبلية لكل من القوانين التنظيمية³ والقوانين الداخلية للبرلمان⁴ ، وهو ما تم تكريسه بعد ذلك ، نطاقا و حدودا ، في دستوري 1970 و 1972 .

لكن وبسبب ضعف المكانة والآليات القانونية المتاحة للغرفة الدستورية ، وبالتالى غياب القرارات الحاسمة والمؤثرة سيجعل من هذه المؤسسة تظهر بمظهر " حذرو مسالم " ⁵.

إن مثل هذه الصعوبات التي صاحبت عمل " الغرفة " كعدم اختصاصها في هذه المرحلة بمراقبة القوانين العادية ، سيدفع بدستور 1992 ، بإلغائها وتعويضها بالمجلس الدستوري ، الشبيه من حيث الاختصاص بالمجلس الدستوري الفرنسي ، لكنه يختلف من حيث التركيبة والهيكلية .

وهكذا أصبح المجلس الدستوري بعد التأكيد عليه في دستور 1996 يحتل المكانة الرابعة في سلم المؤسسات الدستورية ، باعتباره هيئة مستقلة عن القضاء العادي تتمتع بالإضافة إلى الاختصاصات السابقة - للغرفة - ولأول مرة في المسلسل الدستوري المغربي " بسلطة الرقابة على دستورية القوانين العادية " التي تعتبر اختصاصا رئيسيا لكل قضاء دستوري¹.

1- كان تنصيب الغرفة الدستورية لدى المجلس الأعلى ، أول مرة بكامل أعضائها، بتاريخ 17 ديسمبر 1963 .

2- رشيد لمدور : " مستجدات القضاء الدستوري المغربي في نطاق دستور 2011 " ، مقال منشور في كتاب تجربة الإصلاح الدستوري في المغرب ، تنسيق و تقديم سعد الدين العثماني، منتدى العلاقات العربية و الدولية، الطبعة الأولى، 2015، ص: 97.

3- نصت الفقرة الثالثة من الفصل 63 من دستور 1962 على ما يلي : " لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية إلا بعد عرضها على الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى بقصد الموافقة .

4- نص الفصل 43 من نفس الدستور على ما يلي : يضع كل مجلس قانونه الداخلي و يصادق عليه بالتصويت ، بيد أنه لا يمكن العمل به إلا بعد أن توافق عليه الغرفة الدستورية للمجلس الأعلى .

5-Nadia Bernoussi : « la constitution de 2011 et le juge constitutionnel » , sous la commentaires : L.G.D.J, Extensio édition , p : 210.

إلا أنه وبصودر دستور 2011 ، طرأ تحول نوعي على مستوى القضاء الدستوري بالمغرب ، وذلك بالانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية : أي الانتقال من الرقابة السياسية لدستورية القوانين إلى الرقابة القضائية ، وهو أمر فيه دلالة ومؤشر على ترسيخ الانتقال الديمقراطي من خلال الوثيقة الدستورية لسنة 2011، حيث سيصبح للمواطنين المغاربة لأول مرة الدفع بعدم دستورية بعض القوانين أمام المحكمة الدستورية ، كما أن المستجدات الدستورية امتدت إلى إعادة تركيب و هيكلية هذه المحكمة.

من خلال ما سبق، و لمعرفة وفُح هذه المستجدات المتعلقة بالقضاء الدستوري على عملية الانتقال الديمقراطي بالمغرب، سنقدم هذه القراءة للتحقق من مدى استجابة هذه التعديلات للمتطلبات والمعايير العقلانية لسيير وتنظيم هذا الورش الدستوري المهم، و معرفة مدى توفره على الشروط اللازمة لإعطاء منتج بحجم التطلعات الحقوقية التي تطبع مرحلة ما بعد دستور 2011، لكن، وقبل ذلك، لابد من التساؤل عن القيمة النوعية التي أضافتها مستجدات القضاء الدستوري بالمغرب لتحقيق العدالة الدستورية المنشودة؟

فرضية الورقة البحثية :

إن هذا الانتقال النوعي في اختصاصات المحكمة الدستورية، سيعطي سيمنج لهذه المؤسسة الدستورية إضافة اقتراحية وإلزامية، خاصة وأن المشرع الدستوري قد دعم هذا التحول بمجموعة من الاشتراطات، و خصوصا تلك المتعلقة بكيفية اكتساب العضوية من داخل المحكمة الدستورية. إن هذا التحول ناتج عن علاقة التأثير والتأثر بين ورش القضاء الدستوري والمكتسبات الديمقراطية التي جاءت بها الوثيقة الدستورية.

و سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية توضيح أهم المتغيرات التي تدعم مكانة المحكمة الدستورية داخل المنظومة المؤسسية من خلال محورين رئيسيين :

المحور الأول : المحكمة الدستورية قيمة مؤسسية نوعية نحو ترسيخ الانتقال الديمقراطي

إن الارتقاء بالقضاء الدستوري من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية ، يثير السؤال حول موقع هذه المحكمة في التنظيم القضائي العادي ، ذلك ، إن لم يقع أي تغيير على مستوى تركيبها و عدد أعضائها بالمقارنة مع ما كان عليه الأمر في المجلس الدستوري فما التغييرات التي أتت بها دستور 2011 ؟، في خضم هذا السؤال، سنقسم هذا المحور إلى فقرتين : ستهتم الفقرة الأولى بالمستجدات التي جاء بها المشرع فيما يتعلق بتشكيل المحكمة الدستورية ، في حين ستدقق الفقرة الثانية في شرط الكفاءة الواجب توفره في القاضي الدستوري لمباشرة مهامه .

الفقرة الأولى : تشكيل المحكمة الدستورية : من التعيين إلى المزاوجة بين التعيين والانتخاب

1- عبد الحق بلفقيه : " تجربة القضاء الدستوري بالمغرب : دراسة نقدية تحليلية "، مجلة العلوم القانونية ، العدد الخامس ، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2016 ، ص : 88.

خصص المشرع الدستوري الباب الثامن من دستور 29 يوليو، بفصوله من 129 إلى 134، للمحكمة الدستورية من حيث إحداثها وتأسيسها واختصاصها.

وهكذا نص الفصل 129 على أن " تُحدث محكمة دستورية "، كما نص الفصل 130 و المادة الأولى من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية¹، على أن هذه المحكمة تتألف من اثني عشر عضواً، يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، وينقسم هؤلاء الأعضاء إلى فئتين:

- فئة معينة: يعين الملك خمسة أعضاء من هذه الفئة بشكل منفرد وعضو سادس باقتراح من رئيس المجلس العلمي الأعلى.

- فئة منتخبة: ثلاثة أعضاء منها ينتخبون على مستوى مجلس النواب، و ثلاثة أعضاء على مستوى مجلس المستشارين، عن طريق الاقتراع السري بأغلبية ثلث الأعضاء الذي يتألف منهم كل مجلس².

و يعين الملك رئيس المحكمة الدستورية³ بظهير من بين جميع الأعضاء الذين تتألف منهم دون تمييز بينهم بحسب مصدر تعيينهم، سواء كانوا من الفئة الأولى التي يعينها الملك نفسه أو الفئة الثانية التي ينتخبها أعضاء مجلسي البرلمان⁴، كما تُنشر في الجريدة الرسمية ظهائر تعيين رئيس المحكمة الدستورية وأعضائها المعينين من قبل الملك، وكذا ملخص محضري الجلسة العامة لمجلسي البرلمان المتضمنين لنتائج انتخابات أعضاء كل مجلس.

ويمكن الطعن في عملية ونتائج انتخابات أعضاء المحكمة الدستورية داخل أجل 8 أيام، من تاريخ إعلان النتائج، على أن تبت المحكمة الدستورية في الطعن داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أيام⁵.

كما أن المشرع الدستوري، بعدما غير طريقة الاختيار بالنسبة للأعضاء الستة الذين يكون تعيينهم عن طريق مجلسي البرلمان من طريقة التعيين إلى أسلوب الانتخاب، توقع أن تعترض هذا الأسلوب بعض العراقيل التي تنتج في الغالب عن خلافات سياسية تظهر بين الأحزاب الممثلة في البرلمان بسبب نصاب الثلثين الواجب توافره للموافقة على أولئك الأعضاء، ولأجل ذلك، و تحسباً لما يمكن أن يقع من عدم استكمال هذه العملية التي تتطلب توافراً قبلياً بين جميع الفرق السياسية يندر حصوله، نص

1- القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.14.139 بتاريخ 13 أغسطس 2014، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6288، 4 سبتمبر 2014، ص: 6661.

- يونس اسمايون: " القضاء الدستوري في التجربة الدستورية المغربية "، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2 جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية 2017-2018، ص: 64.

- وكان الملك قد عين رئيس المحكمة الدستورية وأعضاؤها في 4 أبريل 2017، ليتم الارتقاء بهذه المؤسسة الدستورية، من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية تطبيقاً 3 لمقتضيات دستور 2011.

4- حيث كان رئيس المجلس الدستوري حسب الفصل 79 من دستور 7 أكتوبر 1996 يختاره الملك من بين الأعضاء الستة الذين يعينهم فقط.

5- المادة الثانية من القانون التنظيمي رقم 06.136 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

على أنه " إذا تعذر على المجلسين أو على أحدهما انتخاب هؤلاء الأعضاء ، داخل الأجل القانوني للتجديد ، تمارس المحكمة اختصاصاتها و تصدر قراراتها وفق نصاب لا يُحتسب فيه الأعضاء الذين لم يقع بعد انتخابهم ¹ .

تطبيقا لمقتضيات الفصل العاشر من دستور 29 يوليوز 2011 ألح المشرع الدستوري على أن يضمن للمعارضة البرلمانية حق المساهمة في اقتراح و انتخاب الأعضاء المرشحين لعضوية المحكمة الدستورية و أن كيفية ممارسة المعارضة لهذا الحق ستحدده بموجب القوانين التنظيمية لمجلسي البرلمان ² .

و بالنسبة للتجارب المقارنة ، نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي يتكون من 9 أعضاء يعين ثلثهم البرلمان و يعين رئيس الجمهورية الثلث المتبقي (مع تقييدات على هذا التعيين من قبل الرئيس كما ينص على ذلك الفصل 56 من الدستور الفرنسي)، هو ما يضمن استقلالية المجلس الدستوري عن السلطة التنفيذية و عن السلطة التشريعية ، لأن الأخيرة برأسين يستحيل بينهما التواطؤ بالنظر إلى تركيبة مجلس الشيوخ .

أما الدستور الإسباني فتتكون المحكمة الدستورية من 12 عضوا ، أربعة أعضاء يختارهم مجلس النواب و أربعة يختارهم مجلس الشيوخ بالانتخاب بأغلبية ثلاثة أخماس و اثنين تختارهما الحكومة و اثنين يختارهم مجلس القضاء .

بينما نص الدستور التونسي على أن المحكمة الدستورية تتشكل من اثني عشر عضوا ، أربعة منهم يعينهم رئيس الجمهورية ، و أربعة يختارهم مجلس النواب ، و أربعة يختارهم المجلس الأعلى للقضاء ، و يكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات ، و لا تعين أي جهة رئيس المحكمة و إنما جعل المشرع ذلك من صلاحيات أعضاء المحكمة الدستورية ، الذين لهم حق انتخاب رئيس المحكمة و نائبه من بينهم ³ .

و من هنا نلمس الفرق الكبير بين التجارب المقارنة ، التي تركز الأفضلية في تعيين أعضاء القضاء الدستوري للبرلمانات المنتخبة شعبيا على حساب السلطة التنفيذية ، و الدستور المغربي الذي يجعل من المؤسسة الملكية (السلطة التنفيذية)، المهيمن الأساسي على تركيبة المحكمة الدستورية ، و هو ما يشكل عائقا أما استقلالية هذه المحكمة ، و إمكانية نهوضها بالاختصاصات الموكولة إليها ⁴ .

1- رشيد المدور : " تطور الرقابة الدستورية بالمغرب : الغرفة الدستورية، المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية"، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية بمملكة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد السادس ، يناير 2016 ، ص : 68.

2- نصت المادة 69 من النظام الأساسي لمجلس النواب لسنة 2017 على ما يلي : تساهم المعارضة في اقتراح المرشحين و في انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية و ذلك وفق الكيفيات المنصوص عليها في المادة 323 من هذا النظام.

3- المادة 118 من دستور تونس الصادر في 26 يناير 2014.

4- عبر الرحيم العلام : " الملكية و ما يحيط بها في الدستور المغربي المعدل " ، دفا تر وجهة نظر، العدد 33، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2015، ص :

الفقرة الثانية : التنصيب الدستوري على شرط الكفاءة لاكتساب العضوية داخل المحكمة الدستورية

وإذا كانت الدساتير السابقة – باستثناء دستور 1962- لم يشترط شروطا محددة بالنسبة للقضاة الدستوريين ، فإن الدستور الحالي جاء بإضافة مهمة في هذا الإطار ، تتعلق بإلزام الأطراف التي لها حق تعيين أو انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية ، اختيارهم من بين " الشخصيات المتوفرة على تكوين عال في مجال القانون و على كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية ، و الذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق خمسة عشر سنة ، و المشهود لهم بالتجرد و النزاهة " ¹.

إذ لا يمكن أن نتحدث عن العدالة الدستورية و عن إسهاماتها في ترسيخ المكتسبات الحقوقية على المستوى الدستوري ، إلى عبر قاضي دستوري كفؤ ، لأن الرهان اليوم ، لا يتعلق بمراقبة دستورية القوانين ، فهذه يمكن أن ندرجه ضمن المقاربة التقليدية و الضيقة للقاضي الدستوري ، بكون الاختصاصات المخولة له جد متقدمة ذات أبعاد مختلفة .

فالدستور اليوم التزم بتطوير منظومة الحقوق و الحريات ، وفق المتغيرات الوطنية و الدولية و القاضي الدستوري ، هو المسؤول الأول عن الدستور ، و هذا ما يستدعي مسألة أساسية و معيارية في التركيبة البشرية لمؤسسة المحكمة الدستورية ، و المتمثلة في وجود فئة أنثيلجنسية داخل هذه المؤسسة؛ أي وجود قاضي دستوري لا يكتفي ² بتكريس و حماية المقتضيات الدستورية ، بل يساهم أيضا من داخل مؤسسته في إنتاج مقتضيات دستورية ، تعزز من حماية منظومة الحقوق و الحريات .

و بالتالي ففعالية القواعد الدستورية مرتبطة إلى حد كبير، بإشكالية وجود قضاة مهنيين مستقلين و جريئين ، يتميزون بالحكمة و التبصر. ³ و قد كرست المحكمة الدستورية المغربية شرط الكفاءة و المؤهلات لاكتساب العضوية داخل المحكمة الدستورية ، في إحدى قراراتها بحيث نصت على أنه ؛ " ...فإن إمكانية تمثيل النساء في العضوية بالمحكمة الدستورية ، لا يتأتى ضمانه إلا على مستوى الاقتراح و الترشيح ، دون أن يفضي ذلك إلى تخصيص نسبة مسبقة للرجال ولا للنساء في هذه المحكمة التي تخضع في اختيار أعضائها تعيينا و انتخابا ، لشروط دستورية لا يجوز الإخلال بها اعتمادا على أي معيار بما في ذلك التمييز بين الجنسين المحظور دستوريا " ⁴.

1- عبد الحق بلفقيه : " تجربة القضاء الدستوري بالمغرب : دراسة نقدية تحليلية "، مرجع سابق ، ص : 100 .

2- صالح أزحاف : " المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية " ، مجلة القانون المغربي ، دار السلام للطباعة و النشر ، العدد 41 ، 2019 ، ص : 15 .

3- مصطفى جاري : " عناصر من أجل مقارنة سوسيو سياسية للدستور المغربي الجديد " ، أعمال الندوة الوطنية المنظمة يوم 29 نونبر 2012 ، من طرف مجموعة البحث حول الإدارة و السياسات العمومية ، جامعة القاضي عياض ، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بمراكش ، العدد 40 ، 2013 ، ص : 21 .

4- للمزيد راجع قرار المجلس الدستوري ملف عدد 14 / 1400 ، رقم 14 / 943 بتاريخ 25 يوليوز 2014 .

ونسجل أيضا أن المشرع الدستوري قد تشدد لأول مرة في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، باشتراط الكفاء والنزاهة والتجرد، بالإضافة إلى التجربة الواسعة والتكوين العالي. زيادة على توسيع هامش حالات التنافي بالنسبة للمهام لا يمكن الجمع بينها وبين عضوية المحكمة الدستورية، استحضار لعوامل استقلالية أعضاء المحكمة¹.

إن فرض شروط صعبة لتولي منصب القضاء الدستوري، خاصة فيما يتعلق بعنصر الكفاء والخبرة والتخصص، يشكل عنصرا من عناصر الاستقلالية، لأنه يقلص فرص التعيين ويحصرها في نخبة مختارة.

هذه الشروط قد تتعلق بأعضاء المحكمة الدستورية أنفسهم، كشرط العمر ومدة الخدمة، وكذلك ما يتعلق بالسيرة العلمية للقاضي الدستوري ليكونوا أعضاء في القضاء الدستوري بعض وضع ضوابط معينة.

على مستوى الأنظمة المقارنة، نجد أن الفصول من 35 إلى 39 من القانون المنظم للمحكمة الدستورية البلجيكية، يشير إلى مؤهلات مساعد "référendaire"، المحكمة الدستورية والمتمثلة في دبلوم عالي في العلوم القانونية، يتم توظيفهم بمباراة، ويكونون في وضعية تدريب لمدة ثلاث سنوات، كما يمكنهم أن يترشحوا لاحقا لعضوية المحكمة الدستورية.

وفيما يخص مؤهلات المستشارين القانونيين "Letrados" للمحكمة الدستورية الإسبانية، فتتمثل في دبلوم عالي في العلوم القانونية والتوظيف بمباراة، كما يوضعون في وضعية إلحاق إن كانوا موظفين سابقا، ويتم تعيين الأمن العام للمحكمة الدستورية من بينهم².

المحور الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية في مراقبة دستورية القوانين بين القديم والجديد

الاختصاصات التي خولتها الوثيقة الدستورية لسنة 2011 للمحكمة الدستورية هي عديدة ومتنوعة، اعترافا منها بالأهمية التي أضحت تضطلع بها هذه المؤسسة الدستورية في الحياة العامة، ومن خلال هذا المحور سنحاول التطرق للاختصاصات التي ورثتها المحكمة الدستورية عن المجلس الدستوري من خلال الفقرة الأولى، في حين ستجيب الفقرة الثانية عن الأدوار الجديدة التي خولها المشرع الدستوري والقوانين التنظيمية لهذه المؤسسة التي تسهر على التنزيل الأمثل للدستور.

1- المادتين 5 و 6 من القانون التنظيمي 66.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، ويمكن أن نذكر إحدى حالات التنافي بهذا الخصوص، ما صرح به المجلس الدستوري في قراره رقم 958/15 الصادر بتاريخ 5 ماي 2015 بإثبات إعفاء أحد أعضائه من عضوية المجلس من تاريخ تعيينه وكيلا قضائيا للمملكة، مع رفع قراره إلى علم الملك حيث يتبين أن العضو المذكور من الفئة التي يرجع أمر تعيينه إلى اختصاص الملك.

2- صالح أزحاف: "المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية"، مرجع سابق، ص: 20.

الفقرة الأولى : الاختصاصات التي احتفظت بها المحكمة الدستورية

احتفظت المحكمة الدستورية بمجموعة من الاختصاصات التي كانت تمارس من قبل المجلس الدستوري في الفترة الممتدة بين 1996 و 2011 ، و سنحاول من خلال هذه الفقرة التطرق لأهم هذه الاختصاصات التي ورثتها المحكمة الدستورية عن المجلس الدستوري.

- 1- مراقبة الأنظمة الداخلية للمجالس البرلمانية : نص الفصل 132 من الدستور على أن الأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب و مجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها تحال إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور ، و هو ما سبق كذلك و أكدّه الفصل 69¹ من الدستور الحالي في فقرته الأولى عندما نص على " أنه لا يجوز العمل بالنظام الداخلي ، الذي يضعه كل من مجلسي البرلمان و يقره بالتصويت ، إلا بعد أن تصرح المحكمة الدستورية بمطابقته لأحكام هذا الدستور "².
- 2- مراقبة القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها : في هذا الصدد نجد أن الفقرة الثانية من الفصل 132 من الدستور الحالي ، ينص على " وجوب إحالة القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها ، و تحال على المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور ، و هو ما سبق تأكيده في الفقرة الثالثة من الفصل 85 من نفس الدستور ، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه : " لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية ، إلا بعد أن تصرح المحكمة الدستورية بمطابقتها للدستور " ³.
- 3- مراقبة صحة الانتخابات التشريعية : من مستجدات القضاء الدستوري في هذا الصدد ، هو أن المحكمة الدستورية أصبحت مقيدة و ملزمة، بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 132 من دستور 2011 ، بالبت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان المحالة إليها داخل أجل السنة ، تبتدئ من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها ، غير أنه يمكن للمحكمة تجاوز هذا الأجل بموجب قرار معلل، إذا استوجب ذلك عدد الطعون المرفوعة إليها ، أو استلزم ذلك الطعن المقدم إليها ⁴.
- 4- مراقبة توزيع الاختصاص بين البرلمان و الحكومة : و تلعب المحكمة الدستورية دور الوسيط المحكم بين البرلمان و الحكومة، و تهم هذه الرقابة تغيير نصوص سبق صدورها في شكل قانون، بمرسوم، كما يتعلق

1- الذي تعادله الفقرة الثانية من الفصل 81 من دستور 1996.

2- في هذا الصدد قضى المجلس الدستوري رقم 12/829 الصادر بتاريخ 04 فبراير 2012 ، بعدم دستورية مجموعة من مواد النظام الأساسي لمجلس النواب المخال على الأمانة العامة للمجلس الدستوري بتاريخ 13 يناير 2012 ، تنزيلا للفصل 69 من الدستور و المادة 21 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية .

3- هذا الوضع تعادله الفقرة الثانية من الفصل 81 من دستور 7 أكتوبر 1996 التي نصت بدورها على ضرورة إحالة القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها على المجلس الدستوري للبت في مطابقتها للدستور .

4- و في هذا الصدد نشير إلى أن المادة 32 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية ، قد أضاف مستجد في هذا الإطار للطرف الطاعن ، فبعدما كانت المادة 29 من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الدستوري قد حددت أجل الطعن في 15 يوما ، جاءت المادة المشار إليها (32) لتنتقل بهذا الأجل إلى 30 يوما ، تبتدئ من اليوم الموالي لتاريخ الإعلان عن نتيجة الاقتراع المتعلق بالدائرة الانتخابية المتعلق بهذا الطعن .

بدفع الحكومة بعدم قبول اقتراح أو تعديل ترى أنه لا يدخل في اختصاص السلطة التشريعية ، وهاتان العمليتان يمكن إدراجهما في مجال مراقبة الدستورية ، لأنه في الحالة الأولى تتحقق المحكمة الدستورية من أن النص المراد تغييره لا يدخل في مجال التشريع المحدد بفصول الدستور وأنه يدخل في المجال التنظيمي الذي يتم التشريع فيه بواسطة مراسيم ، وفي الحالة الثانية ، تفحص المحكمة الدستورية الاقتراح أو التعديل موضوع دفع الحكومة هل يدخل في المجال التشريعي في ضوء المحددات الدستورية المنصوص عليها في الدستور¹.

الفقرة الثانية : مستجدات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تجربة المحكمة الدستورية

1- مراقبة القوانين الداخلية للمجالس المنظمة بموجب قانون تنظيمي :

لقد أقر القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على إجبارية إحالة القوانين التنظيمية للمجالس المنظمة بموجب قانون تنظيمي إلى المحكمة الدستورية ، لأجل البت في مطابقتها مع المبادئ التي جاءت بها الوثيقة الدستورية لسنة 2011 ، و هكذا نجد أن النظام الداخلي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، من خلال الفقرة الأولى من المادة 37 من القانون التنظيمي المتعلق بهذا المجلس²، قد نصت على ضرورة إحالته إلى المحكمة الدستورية للبت في مطابقتها لأحكام الدستور .

و من الأنظمة الداخلية المشمولة بهذه المراقبة ، نجد النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، ووفقا للقانون التنظيمي المتعلق بهذا المجلس ، نجد المادة 49 منه قد نصت على أن " يضع المجلس نظامه الداخلي ويحيله ، قبل الشروع في تطبيقه ، إلى المحكمة الدستورية للبت في مطابقتها لأحكام الدستور وأحكام هذا القانون التنظيمي " ، وتنص المادة 119 على أن هذه الإحالة إلى المحكمة الدستورية تكون داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ تنصيب المجلس³.

إضافة إلى هذين النظامين، نجد أن القانون التنظيمي رقم 90.15 المتعلق بمجلس الوصايا ، بدوره قد خضع لنفس المسطرة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 132 ، من خلال قرار 16/1000 (م. د) الصادر في 27 مايو 2016 ، الذي

1- و بالمقارنة على عما كان عليه الوضع في دستور 1996، نشير إلى أنه لم يحصل أي تغيير على مستوى طبيعة الاختصاصات المسندة إلى المحكمة الدستورية، بموجب الفصلين 73 و 79 من دستور 2011، لكن تجدر الإشارة إلى أن التغيير حصل على المستوى المعيارية لممارسة المحكمة الدستورية الرقابة على تطبيق قواعد توزيع الاختصاصات التشريعية و التنظيمية ، حيث موقع تطور ملحوظ على مستوى تفصيل مجال القانون، الذي اتسع ليشمل بموجب الفصل 71 من الدستور ثلاثين مجالا ، بعدما كان يقتصر في الدستور السابق على 9 ميادين فقط.

- رشيد المدور : " مستجدات القضاء الدستوري في نطاق دستور 2011 "، مرجع ، سابق ، ص : 108 – 109 .

2- المادة 37 من القانون التنظيمي رقم 128.12 المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي .

3- و في هذا الصدد فقد أسقطت المحكمة الدستورية النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية ، من خلال قرار رقم 31/17 م. د، الصادر بتاريخ 27 يوليو 2017 ، بعدما صرحت بأن سبع مواد من النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، مخالفة للدستور والقانونين التنظيميين للمجلس الأعلى للسلطة القضائية والنظام الأساسي للقضاة.

- للمزيد من التفاصيل المرجو زيارة الرابط التالي للاطلاع على قرار 31/17 shorturl.at/xFL79:

وقد اعتمدت المحكمة الدستورية، النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية من خلال قرار رقم 55.17 الصادر في 25 من محرم 1439 (16 أكتوبر 2017

أشار في تعليقه إلى المادة السادسة منه التي حددت الصيغة التي صدر بها هذا القانون ، والتي أكدت على ضرورة إحالة القوانين الداخلية للمجالس المنظمة بقانون تنظيمي إلى المحكمة الدستورية لمراقبة مدى مطابقتها للدستور¹.

2- الرقابة الدستورية البعدية أو الدفع بعدم الدستورية :

يعتبر مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة البعدية على القوانين في منظومتنا القانونية والقضائية، إذ سيصبح بإمكان كل من له الصفة الدفع بأن القانون الذي سيطبق عليه في النزاع المعروض على إحدى المحاكم يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المحكمة الدستورية علم يعد حكرا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضا من خلال مسطرة الدفع بعدم الدستورية².

و يعد هذا الاختصاص من أهم الاختصاصات التي جاء بها دستور 2011 ، و الذي كان محل مطالبات الفاعلين السياسيين و جمعيات المجتمع المدني ، و على هذا الأساس ، جاء المشرع المغربي ليجيب عن هذه الانتظارات من خلال الفصل 133 الذي نص على " تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية ، و ذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ".

و تجدر الإشارة ، إلى أن تطبيق حق الدفع رهين بإصدار قانون تنظيمي مستقل و منفصل عن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية ، ينظم كيفية إثارة الدفع بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه على نزاع معروض أمام مختلف المحاكم ، و هذا ما أكدته المادة 28 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية ، على أنه " تحدد بقانون تنظيمي لاحق³ شروط وإجراءات ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصها في مجال النظر في كل دفع بعدم دستورية قانون طبقا لأحكام الفصل 133 من الدستور ".

1 - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 6 من القانون رقم 90.15 المتعلق بمجلس الوصايا على ما يلي : إذا تعلق الأمر بقانون تنظيمي أو قانون تمت إحالته إلى المحكمة الدستورية بموجب أحكام الفصل 132 من الدستور ، فإنه يجب أن يشار ، في الأمر بمثابة ظهور القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ ، إلى قرار المحكمة الدستورية .

2- يوسف ادريدو : " نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، العدد 139 ، يناير- أبريل 2018 ، ص : 164 .

3- لم يصدر بعد؛ رغم أن الحكومة قامت بإعداد مشروع قانون تنظيمي رقم 86.15، يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ، صادق عليه البرلمان بتاريخ 6 فبراير 2018 ، و بعد إحالته على المحكمة الدستورية ، أصدرت بخصوصها قرارها ، رقم : 18/70 ، بتاريخ 6 مارس 2018 ، بعد أن صرحت بعدم مطابقة بعض من مواده للدستور.

- يمكن أن نذكر بهذا الخصوص قرار المحكمة الدستورية رقم : 80/18 ، الصادر بتاريخ 12 يونيو 2018، بعد اطلاعها على العريضة المسجلة بأمانتها العامة في 28 مايو 2018، التي قدمها السيد توفيق بوعشرين، بواسطة دفاعه، طالبا فيها التصريح بعدم دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية، حيث صرحت بتعذر البت في هذا الطلب ، نظرا لغياب قانون تنظيمي متعلق بالدفع بعدم دستورية قانون .

3- مراقبة الترحال السياسي للبرلمانيين :

من مستجدات القضاء الدستوري في نطاق دستور 2011 ، إستاذ اختصاص جديد إلى المحكمة الدستورية ، هو التصريح بشغور المقعد البرلماني ، الناتج عن التخلي عن الانتماء السياسي أو الفريق أو المجموعة البرلمانية ، وهكذا فإن الفصل 61 من الدستور، بعدما نص في الفقرة الأولى ، على أنه " يجرّد من صفة عضو في أحد المجلسين ، كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات ، أو عن الفريق أو المجموعة البرلمانية التي ينتهي إليها " ، نص أيضا في الفقرة الثانية ، على أن المحكمة الدستورية تُصرّح بشغور مقعد البرلماني المعني بالتجريد ، بناء على إحالة من رئيس المجلس الذي يعنيه الأمر، و ذلك وفق أحكام النظام الداخلي للمجلس المعني، الذي يحدد أيضا آجال و مسطرة الإحالة على المحكمة الدستورية¹.

4- التحول النوعي لاختصاصات المحكمة الدستورية في مجال مراقبة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية :

ترتبط المعاهدات الدولية بالتشريعات الداخلية للدولة ارتباطا متينا، و الهدف من ذلك أن بموجب مصادقة الدولة على المعاهدة تصبح هذه الأخيرة قوة ملزمة لها²، و عليه ، فإن تخويل اختصاص مراقبة المعاهدات و الاتفاقيات الدولية للمحكمة الدستورية ، له نوع من تحميل المسؤولية للقضاء الدستوري بخصوص إعطاء تفسير منطقي للفصل 19 من دستور 2011 ، أثناء مراقبة مدى دستورية الاتفاقيات و المعاهدات الدولية ، لأن المسألة تتعلق بإشكالية لطالما شكلت عائقا للتحول المؤسسي الذي تعرفه الدولة المغربية ، و المتمثل في ثنائية " الكونية و الخصوصية " ، و لكن بما أن عضوية المحكمة الدستورية أصبحت مشروطة بالكفاءة و التجربة ، فبالتالي قد تم ربط القاضي الدستوري بمقومات التفسير و الاجتهاد أثناء مراقبته للمعاهدات الدولية³.

لقد كانت الرقابة الدستورية التي تمارس بإحالة اختيارية من جهات سياسية، تقتصر فقط في الدستور السابق على القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها، و في دستور 2011 أصبحت تشمل إضافة إلى ذلك ، الالتزامات الدولية قبل المصادقة عليها⁴، نفس الاتجاه سلكته المادة 24 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية التي نصت على أن " تكون إحالة الالتزامات إلى المحكمة الدستورية قصد البت في مطابقتها للدستور ، طبقا لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 55 منه ، برسالة من الملك أو رئيس

1- رشيد المدور : " مستجدات القضاء الدستوري المغربي في نطاق دستور 2011 "، مرجع سابق ، ص : 115 .

2- فيصل عقلة شطاوي : " الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية — دراسة مقارنة — " ، مجلة دراسة علوم الشريعة و القانون ، المجلد 42 العدد الأول ، 2015 ، ص : 56 .

3- صالح أزحاف: " المحكمة الدستورية قيمة مؤسسية نوعية " ، مرجع سابق ، ص : 21 .

4- و ينص الفصل 55 من دستور 2011 على ما يلي : " يوقع الملك على المعاهدات الدولية و يصادق عليها ، غير أنه لا يصادق على معاهدات السلم أو الاتحاد ، أو التي تم رسم الحدود ، و معاهدات التجارة ، أو تلك التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة ، أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية ، أو تتعلق بحقوق و حريات المواطنين و المواطنين ، العامة أو الخاصة ، إلا بعد الموافقة عليها بقانون . للملك أن يعرض على البرلمان كل معاهدة أو اتفاقية أخرى قبل المصادقة عليها .

إذا صرحت المحكمة الدستورية ، إثر إحالة الملك ، أو رئيس الحكومة، أو رئيس مجلس النواب ، أو رئيس مجلس المستشارين ، أو سدس أعضاء المجلس الأول ، أو ربع أعضاء المجلس الثاني ، الأمر إليها ، أن التزاما دوليا يتضمن بندا يخالف الدستور ، فإن المصادقة على هذا الالتزام لا تقع إلا بعد مراجعة الدستور " .

الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين ، أو برسالة أو عدة رسائل تتضمن في مجموعها إمضاءات عدد من أعضاء مجلس النواب لا يقل عن سدس الأعضاء الذين يتألف منهم ، أو ربع أعضاء مجلس المستشارين " . و يكون بت المحكمة الدستورية لمطابقة الالتزامات الدولية للدستور في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتداء من تاريخ أحالتها إليها ، و تصير هذه المدة في حدود ثمانية أيام حال حضور عنصر الاستعجال¹ .

و على صعيد الممارسة الدولية ، نجد في دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958 ينص الفصل 55 على أنه " يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي تم التصديق أو الموافقة عليها قانونا، مباشرة بعد نشرها ، قوة تفوق قوة القوانين شريطة أن يطبق الطرف الآخر هذه المعاهدة أو هذه الاتفاقية " .

في حين ينص الفصل 54 من نفس الدستور على أنه " إذا صرح المجلس الدستوري ، إثر إحالة رئيس الجمهورية ، أو الوزير الأول ، أو أحد رئيسي مجلسي البرلمان ، أو ستين نائبا ، أو ستين عضوا من مجلس الشيوخ ، الأمر إليه ، أن التزاما دوليا يتضمن بندا يخالف الدستور ، فإن المصادقة أو الموافقة على هذا الالتزام الدولي لا يمكن أن تقع إلا بعد مراجعة الدستور " و هو نص مماثل في هندسته للفصل 55 من دستور 29 يوليو 2011 .

و للمقارنة، فإن القانون التنظيمي الفرنسي رقم 58.1067 الصادر في 7 أكتوبر 1958 كما تم تغييره و تتميمه حول المجلس الدستوري ، لم ينطرق - على عكس القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم 066.13 بالمغرب - لمسألة تطبيق القاعدة القانونية المخالفة للدستور و الموجودة في معاهدة دولية . بل ترك ذلك ضمنا لنص الدستور في فصليه 54 و 55 المشار إليهما في الفقرتين السابقتين² .

عموما يمكن القول أن هذه الخطوة التي خطاها المغرب في دستور 2011 ، جاءت كنتيجة لمجموعة من المطالب التي فرضتها الساحة الدولية الحقوقية ، منها ضرورة ملاءمة القوانين الوطنية للمواثيق الدولية ، بل وضرورة ترجيح مقتضيات المواثيق الدولية على القوانين المحلية ، وقد كان المغرب مطالبا في إطار مسلسل البناء الديمقراطي ، بمسايرة الدول الديمقراطية في هذا المجال³ .

5- مراقبة المحكمة الدستورية إجراءات مراجعة الدستور

1- المادة 26 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم 066.13 السالفة الذكر .

2- و يتبين من خلال هذين الفصلين 54 و 55 من دستور 1958 الفرنسي ، وجود تعايش للنظريتين الأحادية و الثنائية ، فالأول يفيد بسمو القانون الدولي على القانون الداخلي ، بينما الثاني يقول بأن تطبيق القاعدة القانونية الموجودة في معاهدة دولية و المخالفة للدستور ، لا يمكن أن تصوره إلا بإدماجها في القانون الداخلي للدولة .

- جمال الدين أيت الطاهر : " قراءة في المادة 27 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية " ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الخامس ، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2016 ، ص : 126-127 .

3- صالح أزحاف : " المحكمة الدستورية قيمة مؤسسية نوعية " ، مرجع سابق ، ص : 25 .

من مستجدات الدستور، إمكان عرض الملك بظهير على البرلمان مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور . وقد أسند المشرع الدستوري إلى جهاز القضاء الدستوري اختصاصات جديدة بهذا الشأن ، فمن جهة ، نص على أن هذه المراجعة للدستور لا تعرض على البرلمان إلا بعد استشارة حصرية على رئيس المحكمة الدستورية، و من جهة أخرى، نص على أن صحة الإجراءات المتعلقة بتلك المراجعة ، تراقب من لدن هذه المحكمة ، وهي التي تعلن نتائجها¹.

خاتمة :

و ختاماً يمكننا أن نقول، أن بتنصيب المحكمة الدستورية سوف يتم تطوير مفهوم العدالة الدستورية في التجربة المغربية من خلال الاختصاص الجديد الذي خول للمحكمة الدستورية، والذي لم تألفه منذ أن أسس القضاء الدستوري بالمغرب، حيث سيكون متاحاً ولأول مرة، للمواطنين النظر دعوى جارية، أن يطعنوا في دستورية القوانين التي من شأنها أن تمس بحقوقهم و حرياتهم المخولة لهم بموجب دستور 2011، ومن شأن نفاذ هذا المستجد الدستوري أن يحقق نقلة نوعية في تطور اختصاصات القضاء الدستوري.

لكن من خلال وقوفنا على جميع القرارات التي صدرت عن القضاء الدستوري المغربي لحدود سنة 2020، يتضح أنه بالرغم من كون تجربته متقدمة مقارنة مع كان عليه الأمر إبان الغرفة الدستورية، إلا أن دوره لم يرق لمستوى التطلعات الحقوقية، بكونه استمر في التعاطي أكثر مع مسألة الانتخابات والمؤسسات السياسية من حيث التنظيم، بدون الارتقاء بقراراته إلى مواجهة هذه المؤسسات التي تسعى إلى المس بحقوق و حريات الأفراد.

صحيح أن المحكمة الدستورية ستنتقل من إطار المراقبة القبلية نحو إطار الرقابة البعدية، أي أن الدستور المغربي أخذ بالرقابة السياسية و الرقابة القضائية (رقابة الإلغاء السابقة و الرقابة عن طريق الدفع)، لكن احتكار مجال الاختصاص للمحكمة الدستورية ، و عدم جواز البت في دستورية القوانين من طرف محاكم الموضوع (مدنية ، جنائية ، إدارية ، تجارية)، أي أنه تم الأخذ بنظام " مركزية الرقابة القضائية " ، رغم جدية هذا الاختصاص إلا أننا نسجل تحفظنا على جعل تخصص ولوج المواطنين للعدالة الدستورية مقروناً بقانون تنظيمي، الذي لا زال حبيس دواليب السلطين التشريعية و التنفيذية رغم مرور أزيد من تسع سنوات على بداية نفاذ الوثيقة الدستورية الحالية.

1- ينص الفصل 174 من دستور 2011 على ما يلي : " تعرض مشاريع ومقترحات مراجعة الدستور بمقتضى ظهير، على الشعب قصد الاستفتاء. تكون المراجعة ثنائية بعد إقرارها بالاستفتاء. للملك بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية، أن يعرض بظهير، على البرلمان، مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور. ويصادق البرلمان، المنعقد، بدعوة من الملك، في اجتماع مشترك لمجلسه، على مشروع هذه المراجعة، بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم. يحدد النظام الداخلي لمجلس النواب كيفية تطبيق هذا المقتضى. تراقب المحكمة الدستورية صحة إجراءات هذه المراجعة، وتعلن نتائجها.

- قائمة المراجع :

الكتب :

- رشيد ممدور : " مستجدات القضاء الدستوري المغربي في نطاق دستور 2011 " ، مقال منشور في كتاب تجربة الإصلاح الدستوري في المغرب ، نتسيف وتقديم سعد الدين العثماني، منتدى العلاقات العربية والدولية، الطبعة الأولى، 2015.

- عبد الرحيم العلام : " الملكية و ما يحيط بها في الدستور المغربي المعدل " ، " ، دفاتر وجهة نظر، العدد 33، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2015.

- مصطفى جاري : " عناصر من أجل مقارنة سوسيو سياسية للدستور المغربي الجديد " ، أعمال الندوة الوطنية المنظمة يوم 29 نونبر 2012 ، من طرف مجموعة البحث حول الإدارة والسياسات العمومية ، جامعة القاضي عياض ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش ، العدد 40 ، 2013.

- النصوص القانونية :

- الدستور المغربي لسنة 1962 ، الصادر بتنفيذه يوم 17 رجب 1382 (14 ديسمبر 1962) . الجريدة الرسمية : عدد 2616 مكرر ، 19 ديسمبر 1962.

- الدستور المغربي لسنة 1996 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.96.157 بتاريخ 23 من جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996) ، الجريدة الرسمية عدد 4420 بتاريخ 10 أكتوبر 1996 .

- الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2011 ، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر في 30 يوليوز 2011 .

- الدستور التونسي الصادر في 26 يناير 2014.

- القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

- القانون التنظيمي رقم 128.12 المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

- النظام الأساسي لمجلس النواب لسنة 2017 .

المجلات :

-جمال الدين أيت الطاهر : " قراءة في المادة 27 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية " ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الخامس ، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2016

- رشيد المدور : " تطور الرقابة الدستورية بالمغرب : الغرفة الدستورية، المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية"، مجلة دراسات دستورية ، المحكمة الدستورية بمملكة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد السادس ، يناير 2016 .

- عبد الحق بلفقيه : " تجربة القضاء الدستوري بالمغرب : دراسة نقدية تحليلية " ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الخامس ، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2016.

- صالح أزحاف : " المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية " ، مجلة القانون المغربي ، دار السلام للطباعة و النشر، العدد 41 ، 2019.

- فيصل عقله شنطاوي : " الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية – دراسة مقارنة _ " ، مجلة دراسة علوم الشريعة و القانون ، المجلد 42 العدد الأول ، 2015.

- يوسف ادريدو : " نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، العدد 139 ، يناير- أبريل 2018.

الرسائل الجامعية :

- يونس اسمايون : " القضاء الدستوري في التجربة الدستورية المغربية " ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة القاضي عياض ، السنة الجامعية 2017-2018.

المراجع باللغة لفرنسية :

Nadia Bernoussi : « la constitution de 2011 et le juge constitutionnel » , sous la commentaires : L.G.D.J, -.

-Extenso édition.

المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب على ضوء المبادئ الدستورية والتشريعات الوطنية.

The political participation of women in the light of the constitutional principles and the national legislation in Morocco.

ب- ياسير بوكلاطة – جامعة سيدي محمد بن عبد الله- بتازة- الجزائر

الملخص :

يمكن القول أن الديمقراطية تنأسس في كل بلدان العالم على توجيه عام يروم نحو إقرار نوع من التمثيلية بين الرجال والنساء في مواقع القرار وداخل المؤسسات التمثيلية وإحداث القطيعة مع الديمقراطية الذكورية. فلقد انطلق المغرب منذ الاستقلال في مسيرة النضال لبناء دولة القانون وترسيخ الممارسة الديمقراطية، ويظل تحقيق هذا الهدف رهينا بإرساء دولة الحق والقانون وتكافؤ الفرص والمساواة وقد أفرزت هذه التحولات عدة قضايا إلى الواجهة ومن بينها قضية المشاركة السياسية للمرأة، فمن خلال هذا الموضوع حاولنا الإجابة على الإشكالية التالية إلى أي حد ساهمت التشريعات الوطنية والمبادئ الدستورية في تمكين المرأة من المشاركة السياسية؟ وهو الشيء الذي سوف يحيلنا إلى استنتاج عام يدور حول ضرورة تقوية الترسانة القانونية من تشريعات وآليات تحترم خصوصية المجتمع المغربي وذلك لمزيد من تقوية فرص مشاركتها سياسيا، وفي إطار الإحاطة بكافة جوانب الموضوع سوف يتم الاعتماد على المنهج التحليلي لما له من مقومات تتمثل في رصد وتحليل واقع المشاركة السياسية للمرأة.

الكلمات المفتاحية: المرأة – المشاركة السياسية-التحولات-الديمقراطية-المساواة.

Abstract :

All over the world, democracy is based on a general direction aimed at establishing a kind of representation between men and women in decision-making, within representative institutions, and making a rupture with the male-dominant democracy. Morocco has launched, since independence, a march of struggle to build a state of law and consolidate democratic practices. Besides, achieving this goal remains subject to establishing a state of rights, law, equal opportunities and equality; these transformations have rushed several issues to the surface. Among these, we find the issue of women political participation. Through this topic, we tried to answer the following problematic: to what extent have national legislation and constitutional principles contributed to enabling women to participate in politics? The thing that will refer us to a general conclusion revolving around the need to empower the legal arsenal of legislation and mechanisms that respect the privacy of Moroccan society. This is meant to give more chances to their political participation, and within the framework of briefing on all aspects of the subject, we will rely on the analytical approach thanks to its constituents in monitoring and analyzing the fact of women political participation.

Key words: woman - political participation - transformations - democracy - equality.

مقدمة.

يشكل وضع المرأة ومكانتها في أي مجتمع من المؤشرات المهمة التي تدل على مستوى تطور هذا المجتمع فكلما كانت المجتمعات متحضرة و متقدمة، فهذا يفسح المجال أمام المرأة لأخذ دورها الكامل في بناء المجتمع، فأن يدعي مجتمع ما أنه متقدم أو يسير في طريق النمو ونصفه مهمش ومعتل النظر عن أسباب وعوامل هذا التطور، وتعتبر مشاركة المرأة في مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية والفكرية رافعة أساسية لنمو المجتمع و حدوث توازن فيه، فمن الطبيعي أن يقترن موضوع المرأة العربية في أي جانب من جوانبه مباشرة بالشرعية الإسلامية اعتبارا أن الإسلام هو الدين الرسمي للأفراد الأمة العربية فالإسلام كرم المرأة ورفع من قيمتها يقول سبحانه و تعالى " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء."¹

وعلى هذا النهج أقرت الدساتير المغربية المتعاقبة منذ دستور 1992 دستور إلى دستور 2011 بمساواة الرجل والمرأة في الحقوق السياسية، بل أن العولمة وما شهدته من توسيع حقوق المرأة السياسية على المستوى الدولي جعلت المغرب يصادق على الاتفاقيات الدولية التي توجب التنمية الشاملة للموارد البشرية في عملية النماء.²

ومن هنا تتمثل الحقوق السياسية المتمثلة أساسا في حق الإنسان في المشاركة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في إدارة الشؤون العامة، وكذا حق الانتخاب أو التصويت أو حق الترشح للمجالس المنتخبة المحلية أو الوطنية وتبوء المناصب الوزارية داخل الحكومة.³

فمن هنا وجب الحديث عن المشاركة السياسية بمفهومها و أبعادها و مختلف مستوياتها فمفهوم المشاركة السياسية أولا يعد أحد المفاهيم المثيرة للجدل و الخلاف في الرأي بين الباحثين و السياسيين و الكتاب والمهتمين بالشأن العام على حد سواء فالبعض يحدد هذا المفهوم على مجرد سلوك سياسي للمواطنين في اختيار النخبة الحاكمة ويتسع هذا المفهوم لدى البعض ليشمل السلوك السياسي للمواطنين في صنع السياسات العامة و اتخاذ القرارات و اختيار النخب الحاكمة على كافة المستويات كما يربط البعض في إطار تعريفه للمشاركة السياسية بين السلوك السياسي للمواطنين عدة متغيرات أخرى مؤثرة تشتمل على الوعي والاهتمام السياسي لدى الأفراد و كذلك اتجاهاتهم و آرائهم إزاء البيئة السياسية المحيطة و يخلص المدقق في مراجعة الأدبيات العربية و الأجنبية المعاصرة إلى أن هذا المفهوم يتضمن كافة الأبعاد و المستويات السابق ذكرها في ضوء ما سبق يمكن تبني المشاركة السياسية باعتبارها سلوكا سياسيا يمارسه المواطنون طوعا في صنع السياسة العامة و اتخاذ القرارات على كافة المستويات منها درجة الوعي و الاهتمام السياسي و كذا اتجاهات الأفراد و آرائهم نحو البيئة السياسية المحيطة.⁴

¹ سورة النساء الآية 1

² نجاة الكص: "مواقف وآراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية" الطبعة الأولى يونيو 2002 ص 8.

³ -يونس زروال: "تمثيلية المرأة في البرلمان المغربي من خلال الانتخابات التشريعية 2011" بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام الموسم الجامعي 2013-2014 ص 1

⁴ عادل عبد الغفار: الإعلام والمشاركة السياسية للمرأة رؤية تحليلية واستشرافية ط1 القاهرة، الدار المصرية اللبنانية 2009 ص 58.

أهمية الموضوع.

لموضوع التمثيل السياسي للمرأة بالمغرب أهمية قصوى تتجلى على مستويين أهمية نظرية وأهمية واقعية:

فيما يخص الأولى نلاحظ أن مثل هذه المواضيع طرحت على بساط النقاش بين الباحثين والمشرعين والسياسيين المهتمين بموضوع المرأة للوصول أساسا إلى إصلاح النظم والتشريعات الانتخابية وبما يساهم في تطوير الديمقراطية بعدما أقرت أغلب المجتمعات في العالم اليوم بحق المرأة في ترشحها وتمثيلها النيابي، وذلك بضرورة كسر التمييز الذي يطالها أثناء تمتعها بالحقوق السياسية والمدنية مقارنة مع الرجل.

أما الأهمية الواقعية فتتجلى أساسا في العمل على فك التناقض الصارخ وازدواجية النظرة لأدوار المرأة المغربية خصوصا بعدما فرضت هذه الأخيرة تواجدها المستمر على المستوى الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية عن طريق إنتاجها العلمي والمعرفي في حين بقي قاصرا في المجال السياسي وتدير الشأن العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى البحث عن حلول استراتيجية و تدابير تفرض نفسها بجدية على المشرع المجتمع المدني والأحزاب السياسية لتكريس التوصيات التي خرجت بها أكثر من اتفاقية دولية وخاصة الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المرأة، وكذا الوصول إلى أهمية وضعية المرأة داخل المشهد السياسي من خلال المقاربة الكمية والكيفية للمرأة داخل الجماعات الترابية بالمغرب لضبط القيمة المضافة للمرأة في تدبير الشأن العام المحلي.

إشكالية الموضوع

للموضوع إشكالية مركزية تفرض نفسها انطلاقا من عنوانه بالأساس إذن فبعدما صادق المغرب على العديد من المعاهدات الهادفة لإشراك المرأة في عملية صنع القرار الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة 1952 اتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة سنة 1979 واتخاذ مجموعة من التشريعات التي تكفل حق المرأة في المشاركة السياسية، فهل استطاعت فعلا المرأة المغربية أن تصل إلى مركز القرار؟

المطلب الأول: المشاركة التمثيلية للمرأة في المجالس المنتخبة على ضوء المبادئ الدستورية.

شكل التعديل الدستوري الجديد محطة هامة من المحطات التاريخية التي أبدعت في التأسيس للنهوض بأوضاع المرأة المغربية وذلك بسبب المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي صاحبت هذا التعديل وكذا مقتضيات الدستورية الجديدة التي تنظم وضعية المرأة عبر التنصيص على الحق في مساهمتها في تدبير الشأن العام والسياسي على وجه خاص⁵، ومن أهم مقتضيات المساعدة على وضع الركائز الأساسية للمشاركة التمثيلية للمرأة نجد مجموعة من المبادئ الأساسية يمكن الإحاطة بها من خلال:

⁵ محمد معروف الدقالي: أخوات الصفا تنظيم نسائي رائد في تاريخ الحركة الوطنية، مجلة الأمل، عدد 1431، السنة الخامسة 1998، ص 175.

الفقرة الأولى: المشاركة التمثيلية للمرأة من خلال مقارنة النوع.

لقد عمل الدستور الجديد على وضع عدة مبادئ مساهما بها في فتح آفاق على مختلف المجالات، ان كل هذه المبادئ الدستورية أعطت للمرأة حقها في المشاركة السياسية نجدها أولا في مقارنة النوع الاجتماعي باعتبارها آلية ستمكن من تمكين المرأة سياسيا وهو ما سوف نحاول تحليله عبر الإحاطة بمقاربة النوع من الجانب السياسي وبالتالي، إن المساواة بين الجنسين هي حجر الأساس لكل مجتمع يتوق إلى العدل الاجتماعي وحقوق الإنسان، فالمغرب حرص على تمكين المرأة من كافة حقوقها منذ الاستقلال وذلك تجاوزا للآراء الجامدة و التقاليد المضرة بها لذلك ظل موضوع مقارنة النوع من القضايا التي احتدم الصراع بشأنها بين تصور تقليدي وآخر حديث وفي هذا الإطار حسم المشرع قضية تحسين وضعية المرأة في قمة أولويات مشروعه المجتمعي، وذلك باعتبارها المدخل الحقيقي لترسيخ قيم العدل و المساواة بين الرجل و المرأة فتم ترجمة ذلك في الوثيقة الدستورية الجديدة حيث من بين محاورها العشرة نجد المحور الثالث المتعلق بالمساواة بين الجنسين حيث نصت على دسترة المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب وبين مساواة الرجل و المرأة في الحقوق المدنية وذلك في إطار احترام أحكام الدستور وقوانين المملكة المستمدة من الدين الإسلامي، وكذا بين المساواة بينهما في كافة الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية و الثقافية والبيئية واحداث آليات للنهوض بالمناصفة بين الرجل والمرأة.⁶

فمن أهم ما جاء به الدستور الجديد خصوصا في مجال الإنصاف و المساواة بين الجنسين نجد أولا، من الناحية الشكلية للوثيقة الدستورية أن كلمة المرأة المغربية تم ذكرها في الدساتير عبر ثلاثة فصول، لكن في الدستور الجديد تم ذكرها في تسعة فصول كما أن المرأة المغربية ساهمت في صياغة الوثيقة الدستورية كعضوة مشاركة في لجنة لصياغة الدستور وكممثلة للأحزاب السياسية والنقابات والمجتمع المدني.⁷ أما من حيث مضمون الوثيقة الدستورية فقد جاء الدستور الجديد من الحقوق والواجبات لفائدة المرأة المغربية وردت كما يلي:

- مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات والحريات والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية وفق الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.
- ويسعى في هذا الصدد الدستور الجديد إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، بحيث أنها ستحدث لهذه الغاية هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.
- وقد تم التنصيص في العديد من الفصول على التمييز الايجابي لصالح النساء في مجال الولوج إلى الوظائف العمومية والمشاركة في الحياة الاقتصادية والثقافية.⁸
- فقد أصبح لها الحق في تقديم اقتراحات في مجال التشريع وتقديم عرائض إلى السلطات العمومية حيث يحق للمرأة المغربية على غرار الرجل المغربي تقديم عرائض⁹ للسلطات العمومية.

⁶ امينة اركلمة: المرأة في الدستور المغربي الجديد جريدة المنعطف العدد 40 70 30 يونيو 2011.

⁷ امينة اركلمة: المرأة في الدستور المغربي الجديد مرجع سابق ص 16.

⁸ الباب الأول الفصل 6 والباب الثاني الفصل 19 من الدستور المغربي لسنة 2011.

- وكمثال تطبيقي على ادماج مقارنة النوع فقد ارتأينا الى معالجة نموذج وزارة الوظيفة العمية ومدى تطبيقه على أرض الواقع¹⁰.

نموذج انخراط وزارة الوظيفة العمومية في مقارنة النوع.

عرف السياق الدولي حملة واسعة للنهوض بوضعية المرأة، وشجعت الإرادة الملكية والسياسات الحكومية على نهج إصلاحات سياسية واجتماعية واقتصادية تخول المرأة المغربية ولوج ميادين متنوعة كانت إلى حين حكرا على الرجل، ويسعى المغرب إلى إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في مخططات السياسات العمومية، ضمانا للمساواة بين الجنسين، وتكريسا لمأسسة هذه المقاربة وجعلها رافدا في إقرار وضعية عادلة ومنصفة، وضمانا لتمثيلية شاملة للمواطنين لتحقيق مغرب متطور.

وفي نفس السياق، تنخرط وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة بقوة في هذا المسار التنموي، حيث تعمل على تثمين الموارد البشرية، من خلال مشاريع تروم إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في التسيير اليومي للموارد البشرية وهي تسعى جاهدة من أجل مأسسة المساواة بين الجنسين في قطاع الوظيفة العمومية، وقد أنجزت، بتعاون مع شركاء تقنيين وماليين مجموعة من البرامج والمشاريع، باعتبارها آليات لتفعيل وتحقيق التزامات هذه الوزارة أمام الحكومة من جهة، وإزاء الشركاء من جهة أخرى.¹¹

الفقرة الثانية: دور مبدأ المناصفة في تكريس المشاركة السياسية للمرأة.

ارتبط مبدأ المناصفة بمفهوم الحصص في اتخاذ القرار السياسي باعتبارهما يرتبطان بتخصيص عدد محدد من المقاعد داخل هيئة تمثيلية لفئة محددة في أساس اقليمي أو لغوي أو عرقي أو مجتمعي من أجل تحقيق التمثيل النسبي الأنسب لهذه الفئة للتعبير عن مصالحها وآرائها داخل المجالس المنتخبة.¹²

أما مفهوم المناصفة بين الجنسين يهدف إلى تعزيز تكافؤ الفرص بين الجنسين على أرض الواقع ، بما يساهم في إتاحة فرص المشاركة الحقيقية في الحياة العامة وفي الترقى للمناصب القيادية التي يتم من خلالها المساهمة في اتخاذ القرارات المؤثرة في الحياة اليومية كما ينبغي لدفع خطط وبرامج الأجهزة الحكومية على القيام بإجراءات و تدابير تخول للمرأة فرصا أكبر لنيل حقوقها لمشاركتها في السلطة و في كافة مراحل اتخاذ القرار ،و يعمل على إعطاء دفعة كبيرة للجهود

⁹ الباب الأول الفصل 15-16 من الدستور المغربي لسنة 2011.

¹⁰ أدريس الكرنبي: "التمكين السياسي للمرأة المغاربة في ضوء الحراك: دراسة حالات تونس والمغرب وليبيا"، يناير 2016، برنامج دعم البحث العربي، ص5.

¹¹ <http://www.mmsp.gov.ma/ar/decline.aspx?m=8&r=194>

¹² مندر عنبتاوي "الانسان قضية وحقوق"، مطبعة تونس قرطاج الطبعة الثانية 1994، الصفحة ص 52.

المؤسساتية المبذولة من أجل تفعيلها و ضمان حضور و تواجد و مشاركة متساوية على مستوى أجهزة القرار لكل من الرجل و المرأة بشكل يضمن المناصفة، ويعتبر المغرب من البلدان القليلة في العالم الذي ينص صراحة على مبدأ المناصفة في الدستور بالإضافة الى مبدأ المساواة و تكافؤ الفرص بين الجنسين.

وهذا المبدأ يعبر عن رغبة المشرع المغربي في منح النساء فرصة التواجد في صلب المبادرات الوازنة التي تمكنهم من احتلال أشواط متقدمة في كافة المجالات خصوصا السياسية منها¹³.

كما أن دسترة هذا المبدأ يعتبر إجراء تصحيحيا يعيد التوازن إلى المجتمع على أساس تحقيق الإنصاف والعدل لأن المناصفة تعيد الاعتبار إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة على أرض الواقع وتمكن من تفعيل الحقيقي والترجمة الفعلية له كما تضمن كسر الحلقة المفرغة التي تنت التفاوت والاختلال الذي تكرسه الآليات البنيوية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية التي تهمش وتقصي المرأة¹⁴. وهذا ما جاء في الفصل 19 من الدستور المغربي تسعى الدولة إلى تحقيق المناصفة بين الرجال والنساء ونصبت لهذه الغاية هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، كذلك الفصل 31 "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير استفادة المواطنين ولمواطنات على قدم المساواة من الولوج إلى مختلف الوظائف".

من هنا يتم استنتاج مفاده أن آفاق المشاركة التمثيلية للمرأة في المجالس المنتخبة من خلال الدستور جاء بثورة في هذا المجال من خلال المبادئ الدستورية التي فتحت آفاق واعدة في الحقل النسوي لتطوير هذه المشاركة والعمل على تفعيل هذه المبادئ على أرض الواقع من خلال تكريس الحق في التصويت والترشيح تفعيلًا لإطار المساواة بين الرجل والمرأة إذ يحق لكل مواطن أو مواطنة التصويت والترشح للانتخابات شرط بلوغ سن الرشد القانوني والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية عبر الأخذ بالمضامين التالية التي تعتبر مكتسبات مهمة للرقى بالأدوار الطلائعية للمرأة المغربية وهي على النحو التالي:

-الحق في التصويت والترشيح: ففي إطار المساواة بين الرجل والمرأة يحق لكل مواطن أو مواطنة التصويت والترشح للانتخابات شرط بلوغ سن الرشد القانوني والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية.

¹³ عبد الرحيم خالص، عزيزة الخراجي، سعيد بوطيب: " المرأة الحركية" بحث في الشروط الذاتية والموضوعية لانبثاق حركة نسوية في المجتمعات المغاربية، مجلة العلوم القانونية، العدد السابع، مطبعة الأمنية الرباط، ص: 37، 36، 40، 39، 38.

¹⁴ فاطمة الزهراء بابا احمد: مبدأ المناصفة: التأسيس الدستوري ورهانات التنزيل مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد عدد مزدوج 23-24 ص 42.

-كما نص الدستور الجديد من خلال الفصل 164 على إحداث هيئة مكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز بموجب الفصل 19 من مهامها الحرص على احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور مع مراعات الاختصاصات المسندة إلى المجلس الوطني لحقوق الإنسان.¹⁵

المطلب الثاني: المشاركة التمثيلية للمرأة على ضوء التشريعات الوطنية.

يعتبر قانون الأحزاب وقانون انتخاب أعضاء الجماعات الترابية من بين أهم انفتاح المجالس المنتخبة على مختلف القوانين المتعلقة بتدبير الشأن العام المحلي، ويعتبر التعديل الذي طال قانون الأحزاب طفرة نوعية في المجال الحزبي كما يعتبر تنظيم انتخاب أعضاء الجماعات الترابية ومن تم وجب الإلمام بها والإحاطة بها خصوصا على مستوى آفاق هذه المشاركة التمثيلية للمرأة داخل المجالس المنتخبة.¹⁶

الفقرة الأولى: على مستوى قانون الأحزاب.

يشكل قانون الأحزاب آفاق مهمة على مستوى المشاركة التمثيلية للمرأة وهذا ما سيتم إبرازه من خلال:

-ضمانات تواجد المرأة في القرار الحزبي.

ان الحديث عن مكانة المرأة في الأحزاب السياسية يقودنا الى رصد بعض الظواهر التي تحكم علاقة المرأة بالأحزاب المتمثلة أساسا في كون الأغلبية العظمى من النساء اللواتي يلتزمن مع الأحزاب السياسية لاسيما قبل انتقاها الى السلطة هن من الفتيات اللواتي نلن درجات لا بأس بها من التعليم وممن ساعدتهن الظروف الاجتماعية على ذلك لهذا فأغلب الحزبيات هن من الطالبات أو الأستاذات.¹⁷

ولا تستمر المرأة المتزوجة في الغالب داخل الحزب إلا إذا كانت الظروف المحيطة بها تشجعها على ذلك كاتتماء الزوج لنفس الحزب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان الالتزام الحزبي بالنسبة للمرأة هو في كثير من الأحيان حدث طارئ قد يزول مع أول تحول أسري أو شخصي في حياتها لذلك نجد الطالبات غالبا ما يتركن العمل الحزبي عند تخرجهن أو التحاقهن بالعمل أو عند مواجهة أي مسؤولية اجتماعية كالزواج فهذه الأعباء قد تحول بين المرأة وبين الممارسة السياسية الجد فعالة.

¹⁵ امين اركلمة: تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011 مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد عدد مزدوج 23-24 2013 ص 44-45.

¹⁶ رشيد أويجا: مقارنة النوع الاجتماعي في الخطاب والواقع التربويين بالمغرب، الحوار المتمدن، العدد 2678 بتاريخ 24 يونيو 2009، ص 1.

¹⁷ بشري التيجي: إدماج مقارنة النوع في الوظيفة العمومية، مرجع سابق ص 73-72.

وقد تفاوتت تمثيلية النساء داخل الأحزاب السياسية لكن على العموم يبقى تواجدها ضعيفا، ويكاد ينعدم في بعض المناصب كالأمن العام أو الكاتب العام أو في باقي الأجهزة التقريرية للأحزاب¹⁸.

فمن خلال قانون الأحزاب الجديد وضع عدة آفاق لذلك منها أنه أوجب على الحزب أن ينص في نظامه الأساسي على نسبة النساء والشباب الواجب إشراكهم في الأجهزة المسيرة.

وهو ما أكد عن تحول في طبيعة التعاطي مع المشاركة السياسية للمرأة والتي اعتبرت أحد الأسس الديمقراطية لتحسين وتحديث النظام السياسي الحديث، وفي هذا الإطار فقد تم ربط هذه المشاركة بالتنمية الديمقراطية، وأصبح من الصعب تصور أي تنمية ديمقراطية إذ لم يصاحبها توسيع حقيقي لفرص مساهمة كل الموارد البشرية في صناعة القرار وعلى رأسها النساء¹⁹، لكن على الرغم من هذا التحول الذي شهده المغرب بدءا من سنة 2006، والذي يمكن اعتباره إيجابيا فان بعض الفاعلين ونشطاء المجتمع المدني اعتبروا أن المادة التي تحدثت عن ضرورة مشاركة النساء جاءت فضفاضة ولم تحدد النسبة الضرورية التي ينبغي أن تخصص للمرأة داخل الهيئات المقررة ولكن هذا ما تم استدراكه من خلال القانون الجديد الذي حث أن يسعى كل حزب لبلوغ نسبة الثلث لفائدة النساء داخل هيكله.

قد عمل قانون الأحزاب السياسية 11-29 على تحديد مبادئ تنظيم الأحزاب السياسية وتسييرها مرتكزا على مبدأ تدعيم مشاركة المرأة في الحزبي والسياسي.

ان النسبة الطبيعية لعدد النساء التي يجب أن تتوفر في الهيئة الحزبية المنتخبة حسب قانون الأحزاب هي الثلث كحد أدنى في أفق التحقيق التدريجي لمبدأ المناصفة فأحكام المادة 26²⁰ من قانون 11-29 فتحت للمرأة بابا واسعا من أجل الانخراط في تسيير وتسيير مختلف أجهزة التسيير داخل الأحزاب السياسية بعدما كانت نسبة حضورها من قبل ضئيلة.

فمعظم الأحزاب المغربية عملت على تعديل أنظمتها الأساسية بشكل يتكيف مع مستجدات قانون الأحزاب 11-29 فعملت على إدخال تدابير التمييز الإيجابي داخل هياكل التسيير من أجل تحسين التمثيلية المرأة داخل أجهزة تسييرها، ومن خلال القراءة لمختلف القوانين الأساسية أغلب الأحزاب السياسية في المغرب يتضح أن هذه الأحزاب انتقلت إلى مرحلة أخرى. تعبر فيها عن نضجها في التعامل مع الجنس الأنثوي وذلك بالتعامل مع المرأة بنوع من التفضيل خلال عملية تحديد الأجهزة المقررة والمسيرة وذلك بشكل متفاوت، فالتمييز الإيجابي اختلفت نسبة تطبيقه من حزب لآخر:

* حزب العدالة والتنمية: تنص المادة 17 من قانونه الأساسي على أن يخصص للنساء نسبة لا تقل عن 25% من عدد أعضاء المنتخبين في الهيئات التقريرية والتنفيذية للحزب.

¹⁸ رشيد أفجي: "المغرب والالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان" مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط طبعة أولى 2005 ص 76.

¹⁹. ميلود بالقاضي مقارنة قانونية وسياسية لتعامل القوانين الانتخابية مع التمثيلية النسائية مقال منشور في جريدة-المغربية-ليوم 25/01/2007.

²⁰ الفصل 26 من قانون 11-29 المتعلقة بالأحزاب السياسية الجريدة الرسمية عدد 5989 24 أكتوبر 2011.

*حزب الحركة الشعبية: قد خصص نسبة 30% للنساء من عدد الأعضاء المنتخبين في الهياكل التقريرية والتنفيذية لحزبه، مع السعي لتجسيد مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء.²¹

من هنا أصبحنا نلمس التطور الذي لحق مكانة المرأة في أجهزة التسيير والتدبير الحزبي منذ حصول المغرب على الاستقلال إلى اليوم وذلك راجع إلى تطبيق آلية الكوتا هذه الآلية التي مكنت الدول بما فيها الديمقراطية العريقة من إدخال المرأة إلى الحياة السياسية بشكل رسمي وجعلها مؤثرة في صنع القرار وذلك من خلال نسبة الثلث، نسبة الثلث التي منحت للنساء من وضع تصوراتهن والعمل على تطبيقها.

❖ -التأطير الحزبي للقطاع النسوي:

عرفت فترة الاستقلال اهتماما كبيرا للأحزاب السياسية اتجاه القطاع النسوي حيث اعتبرت قضية المرأة قضية مجتمعية ترتب عنها خصوصياتها بقيمة وتطور المجتمع حيث كانت استراتيجية الأحزاب موجهة أساسا للنهوض بالمجتمع ككل وتوظيف القضية لهذا الغرض.²² ونظرا أن المجتمع المغربي عرف الفعل الجمعي متأخرا فان مختلف التيارات الحزبية ز ذلك هدفا في التحكم في مقاليد التطور السياسي ومسار الفعل النضالي.

فهناك ثمانية أحزاب سياسية تتوفر على شعب نسائية والحال أنه بالنظر إلى المساعي السياسية والأيدلوجية لهذه الأحزاب فان الأهداف والنشاطات الخاصة بشعبها تأخذ توجهات مختلفة.

الفقرة الثانية: على مستوى المجتمع المدني.

ان المجتمع المدني يثير بصورة شاسعة إلى الوجود الغير السياسية للنظام الاجتماعي المعاصر بحيث يمكن مثلا مناقشة ما إذا كان هناك اتفاق بين المجتمع المدني والدولة.

والمجتمع في الواقع يكتسي خصوصية ملحوظة في أوربا الغربية لكونه يحيل إلى مفهوم حكومة محدودة المجال والصلاحيات في أفق أزمة الدولة الكثرية، ويحيل غياب التنظيم والضبط والتناسق والانسجام ويؤكد فكرة التفكيك والتشتت ومن هنا فكرة ضرورية عرقية جديدة Neo copropativisme وهي مقولة تضر بوجود تبني نظرية من نوع جديد مرتكزة جديدة على مؤسسات عرقية نقابية تخول سلطات اقتصادية واجتماعية وسياسية.²³

❖ استثمار المجتمع المدني من طرف المرأة.

عملت النساء المغربيات خلال سنوات الثمانينات على البحث عن انفتاح أكثر على العالم وعن اهتمام أوسع داخل المجتمع فكانت إرادتهن في خلاق فضاءات خاصة بهن وأن يصرن مستقلات في اختياراتهن وقراراتهن.

²¹ -معلومات مستخرجة من المواقع الالكترونية لحزب العدالة والتنمية والحركة الشعبية.

²²ELMOSSADEQ RKIA : LES FORCES POLITIQUES MAROCAINES FACE AU PROBLEME DE LA DEMOCRATISATION DU Régime THEZD'Etat paris 2.1981 p 83

²³ مغيزول لور: حقوق المرأة الإنسان في لبنان، "اللجنة الوطنية لشؤون المرأة، مؤسسة جنيف مغيزول، بيروت لبنان، بدون تاريخ، ص 116.

وهذا ما قاد إلى ترقى الخطاب النسائي حول المرأة إلى الالتزام بالمطالبة بحقوقهن وتحسين شروط حياتهن ويمكن تقسيم الحركة النسائية بالمغرب إلى أربعة مجموعات كبرى²⁴:

*الجمعيات النسائية المعترف بها رسميا، تدخل في مشاور مع مصالح الدولة من أجل القيام بأعمال مشتركة على المستوى الوطني أو المحلي.

*الشعب النسائية في الأحزاب السياسية وهي تطبق عموما سياسة أحزابها باحثة عن اهتمام سياسي لدى النساء.

*جمعيات حماية الأسرة التي تولي أهمية خاصة للنساء خصوصا القرويات والمنتميات للفئات المحرومة.

*مجموعة البحوث والدراسات النسائية التي تسعى إلى معرفة أفضل بوضعية المرأة حسب مقاربات متنوعة تندمج فيها مختلف العلوم.

❖ -حدود عمل الحركة الجمعوية النسائية المغربية.

إذا كانت الإحصائيات تشير إلى تصاعد في الحركة الجمعوية النسائية بمعناها الواسع وإذا كانت الكتابات تؤكد تنمية مجتمع مدني قادر على المساهمة في تحسين الشروط الاقتصادية والثقافية للنساء فإننا نسجل حدودا في عمل هذه الحركة ومن بينها²⁵:

*حدود مرتبطة بالتنظيم الداخلي للجمعيات والجماعات النسائية: حيث لا تضم الا نسبة من الأعضاء النشيطين، كما أن عدد المنخرطين يبقا مهما إلا نادرا ما يتم تقديم أرقام حقيقية. كما أن الحركة النسائية ذات طابع حضري بشكل كبير.

بالإضافة إلى أن بنية الجمعيات النسائية مماثلة الأحزاب السياسية فهي بنية ثقيلة ومتصلبة لا تسمح بدخول جمهور واسع من النساء كما أنها لا تساعد على إقامة تسيير جماعي وديمقراطي داخل هذه الجمعيات.

*حدود مترابطة باندراج الجماعة النسائية في السياق الاجتماعي: حيث تسعى هيمنة الايدولوجيا على موضوع الحركة النسائية تحت وصاية الدولة أو حزب سياسي و بالتالي فان تمثيلا لنساء باعتبارهن قاصرات فاعلات تحت السلطة الفعلية أي الرمزية للأب أو الزواج.....يعرقل انبثاق وتنمية ايدلوجية نسائية داخل هذه الجمعيات.

²⁴لبنى الشافعي: الحركات النسائية والمجتمع المدني، ملاحظات أولية، مجلة آفاق، العدد الأول، 1993، ص101.

²⁵Philippe richarde « droit De l'homme un concept universel, formule de différentes matières », actes des travaux de l'université d'Etat sur « droit de l'homme : Normes et mécanismes de protection » organisé par l'association marocaine des droit humains, publication solidarité, 1997 P7.

كما أن الحركة الجمعوية غير مفهومة من قبل النساء، فهي غالباً متشبثة بالعمل الاجتماعي، أما السياسة فهي عند العديد من النساء شيء غريب عن حيلتهن اليومية، ومصالهن المباشرة فهي حقل ذكوري.

+ حدود مرتبطة بالإحاطة على الوصاية السياسية: إن الوصاية السياسية الظاهرة أو الخفية على بعض الجمعيات تخلق مبادراتها وتؤخر برامجها وتعرقل التنسيق بين مختلف الجمعيات، فالعمل لدى النساء يندرج عند البعض منهن في الفترات الإنتاجية أو إبان المؤتمرات، من أجل تعبي أكبر عدد من النساء نحو أحزابهن²⁶.

ورغم كل القيود والموانع فإن الحركة الجمعوية النسائية تأخذ مكانتها شيئاً فشيئاً في المشهد المحلي.

خاتمة

لعل أبرز مجال تبدو فيه العلاقة بين الجنسين متفاوتة وواضحة هو المجال السياسي وذلك راجع إلى التقسيم التقليدي للأدوار المنوطة بكل من الجنسين واعتبار المجال السياسي والنقابي خاص بالرجل وتناسوا أن الجوهر في الديمقراطية هو ضرورة حضور المرأة في المشهد السياسي بحيث أنها عنصر أساسي في المجتمع على اعتبار أن المجتمعات المتقدمة السبب في نموها هو إشراك المرأة في الحقل السياسي وفي مشاريع التنمية.

أما على المستوى الحزبي فالملاحظ هو أن طبيعة مشاركتها في هياكلها تبقى لتأثير المشهد داخل الأحزاب دون أن يكون لها سلطة في اتخاذ القرار، وهو الشيء الذي يمنعها من أن تكون حاضرة بقوة من خلال اللوائح الانتخابية وهو ما تم التوصل إليه من خلال دراسة تجربة المرأة المغربية من داخل الأحزاب.

اذن فإن جل ما وصلت إليه المرأة المغربية سواء على الصعيد الوطني أو العربي والعالمي من نجاح وكفاءة وتمكين، إلا أن هناك العديد من النساء لا زلن يعانين من التهميش والاقصاء والتمييز في مختلف وشتى المجالات، وذلك ما يوجب على الدول أن تقوم بالمزيد من الجهود من أجل ضمان مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، حيث يجب تضمين مبدأ عدم التمييز في كافة التشريعات الوطنية، وتمكينها الفعلي في اتخاذ القرارات وتعزيز مشاركة النساء في العمل السياسي، باعتماد مقاربة حقوقية عمادها البعد الكوني والعالمي.

وفي الأخير يمكن القول على أن بالرغم من مواكبة التشريعات الوطنية الهادفة إلى مشاركة المرأة السياسية إلا أنها تبقى غير كافية نظراً لاحتوائها على مجموعة من النقائص سواء على مستوى صياغتها الفضفاضة أو على مستوى أجزئتها على أرض الواقع لعدم احترام بعض المضامين للخصوصية الوطنية وكذا عدم دراسة الأبعاد الاجتماعية لهاته الترسنة القانونية وهو الشيء الذي يجب على صناع القرار وكافة الفاعلين والمتدخلين معالجته سواء على المستوى الحزبي أو على مستوى المجتمع المدني.

²⁶ محمد سلام شكري: "الأخلاق والمجتمع المدني"، منشورات اتحاد كتاب المغرب، الطبعة الأولى، الرباط، 2013، ص: 65.

لائحة المصادر والمراجع.

المراجع باللغة العربية:

1. مغيّزول لور: حقوق المرأة الإنسان في لبنان، "اللجنة الوطنية لشؤون المرأة، مؤسسة جنيف مغيّزول، بيروت لبنان، بدون تاريخ.
2. -رشيد أقي: "المغرب والالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان" مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط طبعة أولى 2005.
3. ظهير شريف رقم 1-11-91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور.
4. ميلود بالقاضي مقارنة قانونية وسياسية لتعامل القوانين الانتخابية مع التمثيلية النسائية مقال منشور في جريدة-المغربية- ليوم 2007/01/25.
5. -فاطمة الزهراء بابا احمد مبدأ المناصفة: التأسيس الدستوري ورهانات التنزيل مجلة مسالك عدد مزدوج 23-24.
6. امينار كلمة: تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011 مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد عدد مزدوج 23-24 2013.
7. امينار كلمة: المرأة في الدستور المغربي الجديد جريدة المنعطف العدد 70.40 30 يونيو 2011.
8. عبد الرحيم خالص، عزيزة الخراجي، سعيد بوطيب: "المرأة الحركية" بحث في الشروط الذاتية والموضوعية لانبثاق حركة نسوية في المجتمعات المغربية، مجلة العلوم القانونية، العدد السابع، مطبعة الأمنية الرباط.
9. محمد معروف الدقالي: أخوات الصفا تنظيم نسائي رائد في تاريخ الحركة الوطنية، مجلة الأمل، عدد 1431، السنة الخامسة 1998.
10. رشيد أويجا: مقارنة النوع الاجتماعي في الخطاب والواقع التربويين بالمغرب، الحوار المتمدن، العدد 2678 بتاريخ 24 يونيو 2009.
11. -لبنى الشافعي: الحركات النسائية والمجتمع المدني، ملاحظات أولية، مجلة آفاق، العدد الأول، 1993.
12. محمد سلام شكري: "الأخلاق والمجتمع المدني"، منشورات اتحاد كتاب المغرب، الطبعة الأولى، الرباط، 2013.
13. ادريس الكريبي: "التمكين السياسي للمرأة المغربية في ضوء الحراك: دراسة حالات تونس والمغرب وليبيا"، يناير 2016، برنامج دعم البحث العربي.

المراجع باللغة الفرنسية

1. Philippe richarde « droit De l'homme un concept universel, formule de différentes matières », actes des travaux de l'université d'Etat sur « droit de l'homme : Normes et mécanismes de protection » organisé par l'association marocaine des droit humains, publication solidarité, 1997.
2. ELMOSSADEQ RKIA : LES FORCES POLITIQUES MAROCAINES FACE AU PROBLEME DE LA DEMOCRATISATION DU Régime THEZD'Etat paris 2.1981

الحكامة المالية في ضوء القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 بالمغرب .

" الأسس التشريعية والأعطاب التديرية "

Financial governance in light of The organizational law of the regions No. 111.14 in Morocco.

" Legislative foundations and administrative defects. "

ب- سيدي إبراهيم فعرس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الحسن الأول - سطات - المغرب

الملخص :

الملخص :

لا شك ، أن المشرع المغربي قد منح نظريا للجهات مجموعة من الضمانات التشريعية المتعلقة بحكامة التدير المالي الجهوي الجديد من خلال مضامين الوثيقة الدستورية لعام 2011 ، و التي تجسدها المادة 141 التي تمنح بموجبها للجهات ، موارد مالية ذاتية، و موارد مالية مرصودة من قبل الدولة.

فهذا التكريس الدستوري للموارد المالية المرصودة للجهات ، يمكن القول بأن هذه الأخيرة قد أصبحت تتوفر على أسس دستورية تمكنها من الاستفادة من مواردها الخاصة ، وبالتالي فهي ملزمة باعتماد مبادئ الحكامة الجيدة لتدير مواردها المالية تجاوزا لكل الاختلالات والانحرافات الممكنة . و هو ما كرسه المشرع المغربي من خلال القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 ، و بعض المراسيم التطبيقية . فهل هذه الأسس القانونية التي سنّها المشرع كفيلة لتجاوز كل أعطاب التدير المالي الجهوي ؟

ستركز هذه الورقة -إذن - على إبراز أهم الضمانات التشريعية الجديدة المتعلقة بحكامة التدير المالي الجهوي، وكذا أهم الاختلالات و سبل التجاوز .

الكلمات المفتاحية : الجهة ، الحكامة المالية ، المجلس الأعلى للحسابات ، الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة...

Abstract :

There is no doubt that the Moroccan legislator has theoretically granted the authorities a set of legislative guarantees related to the governance of the new regional financial measure through the content of the 2011 constitutional act, which is enshrined in article 141 according to which the authorities are granted self-financing resources and financial resources allocated by the State.

With this constitutional consecration of the financial resources allocated to the authorities, we can say that these have become available for constitutional reasons which allow it to benefit from its own resources, and that it is therefore obliged to adopt the principles of good governance. to manage its financial resources, bypassing all possible imbalances and deviations. And this is what the Moroccan legislator has inscribed through the organic law on organs n ° 111.14, and some implementing decrees. are these legal foundations enacted by the legislator sufficient to overcome all the shortcomings of regional financial management ?

This document will focus - then - on highlighting the most important new legislative guarantees related to the governance of regional financial measure, as well as the most important imbalances and the means to overcome.

Keywords: The Region , Financial Governance , The Supreme Board of Accounts , Central Authority for the Prevention of Corruption ...

المقدمة :

شكل الارتقاء الدستوري الذي شهدته الجهة في ظل دستور 2011 قفزة نوعية ، حيث جعل هذا الأخير من الجهوية أساسا للحكامة الترابية . و اكبته مجموعة من الإجراءات المتعلقة بالحكامة المالية الجهوية ، والتي تعد من أبرز مستجدات القانون التنظيمي المتعلق بالجهة رقم 111.14، التي جاء بها المشرع المغربي تجسيدا لمقتضيات الوثيقة الدستورية لعام 2011 . فقد جاء القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 ، كامتداد طبيعي للإصلاحات السياسية الكبرى التي عرفها المغرب ، خصوصا تلك الإصلاحات التي جاء بها الدستور الجديد لعام 2011 ، والتي غايتها هي النهوض بالجهات ، وجعلها شريكا رئيسيا في التنمية . وهي الفكرة العامة التي أعلن عنها رئيس الدولة محمد السادس يوم الجمعة 14 أكتوبر 2011 ، في خطابه الموجه إلى أعضاء البرلمان بمجلسيه في افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الخامسة من الولاية التشريعية الثامنة في الصيغة التالية : "و في هذا الصدد ، يعد إرساء الجهوية المتقدمة من الأوراش الاستراتيجية لمغرب الحاضر والمستقبل ، ليس لارتباطها بإقامة مجلس المستشارين ، ولكن بالأساس لما تتيحه مع اللاتمركز الإداري ، من حكمة ترابية جيدة وقرب من المواطن و من إمكانات و آفاق واعدة ، لتحقيق تنمية بشرية و اقتصادية و اجتماعية متوازنة و متضامنة و مستدامة" .¹ على اعتبار أن خيار الجهوية الجديد جاء للحد من كل الاختلالات التي أفرزتها التجارب التاريخية التي مر منها التنظيم الترابي ، و الانطلاقة الفعلية لتنظيم ترابي جديد أساسه الحكامة .

لقد عرف النظام الجهوي بالمغرب مسارا متطورا انطلاقا من فترة ما قبل الحماية الفرنسية و أثناء فترة الحماية ، ثم مرحلة ما بعد الإستقلال . فخلال مرحلة ما قبل الحماية « كانت الجهوية غير مقننة على أسس تشريعية بقدر ما كانت هناك نزعات جهوية تستمد أصولها و تنظيمها من الخصوصيات الجغرافية و القبلية »² . و في فترة الحماية الفرنسية بدءا من عام 1912 ، كانت مبررات اعتماد النظام الجهوي ترجع ل « الاعتبارات العسكرية المتمثلة في ضرورة إخضاع كل مناطق و جهات البلاد إلى سلطة الحماية »³ . و مع حصول المغرب على الاستقلال لجأت الدولة إلى بسط نفوذها على كافة المجال الترابي ، و هو ما ترجمه مضمون الظهير الشريف المتعلق بشأن التقسيم الإداري للمملكة لعام 1959⁴ ، و الذي جاء لتقليص الفوارق بين الجهات و التخفيف من مركزية القرار الاقتصادي و الاجتماعي باعتبار الجهة مدخلا اقتصاديا للجهات و ازدهارها . ليتم بعد ذلك « التبنى الدستوري للجهة ،

¹ - الخطاب الملكي : بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الخامسة من الولاية التشريعية الثامنة ، بتاريخ 14 أكتوبر - سنة 2011.

² - المهدي بن مير : "التنظيم الجهوي بالمغرب : دراسة تحليلية للقانون 47.96 المتعلق بتنظيم الجهات" ، سلسلة اللامركزية و الجماعات المحلية ، العدد 6 ، سنة 1998 ، ص 7 .

³ - حميد أبولاس ، "التجربة الجهوية بالمغرب و إمكانية الإصلاح على ضوء مشروع الحكم الذاتي ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد مزدوج 87-88 يوليو - أكتوبر ، سنة 2009 ، ص 71 .

⁴ - الظهير الشريف رقم 1.71.77 بتاريخ 22 ربيع الثاني 1391 (16 يونيو 1971) المتعلق بإحداث المناطق ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3060 ، بتاريخ 9 ربيع الثاني 1391 (23 يونيو 1971) ، ص 1352 .

حيث جاء الدستور المراجع لسنة 1992 بمستوى ثالث من الجماعات المحلية بالمملكة¹، والمتمثل في الجهة التي سترتقي مكانتها بعد ذلك بموجب دستور 1996 « الذي عمل على إدماج الجهة في المجال السياسي بواسطة نظام التمثيلية في إطار مجلس المستشارين كمؤسسة دستورية تمارس السيادة بصفة غير مباشرة وفقا للفصل الثاني من الدستور² »، و الذي واكبته عدة إصلاحات قانونية أخرى أبرزها تلك التي جاء بها القانون رقم 47.96 المتعلق بالجهات ، و المرسوم المتعلق بالتقسيم الجهوي رقم 2.97.246 لعام 1997 .

و مع انطلاق شرارة الربيع العربي وتطور أزمة قضية الصحراء ، كان لابد من إحداث جيل جديد من الجهوية تجسد في مجموعة من الإصلاحات كان أبرزها المكانة الدستورية الجديدة التي حظيت بها الجهة في دستور 2011 ، و صدور القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 ، و القانون المتعلق باللامركزية الإدارية رقم 2.17.618 ، إضافة إلى مجموعة من المراسيم المتعلقة بتدبير مختلف مسارات الشأن الجهوي بشقيه المالي والإداري . و هي الإصلاحات التي عبر عنها بشكل صريح رئيس الدولة في خطبه الملكية باعتباره أعلى قمة هرم المؤسسات السياسية بالدولة .

يقتضي موضوع الحكامة المالية الجهوية منا البحث أولا في التحديد المفاهيمي لمصطلحات البحث . فمفهوم الجهة من الناحية اللغوية يمكن تعريفه « بالموضوع الذي نتوجه إليه و نقصده ، و تختلف الجهة عن المنطقة التي هي رقعة ترابية معينة مشخصة ثقافيا أو سياسيا أو عسكريا أو غيره ، و عن الناحية التي تطلق على اتجاه قطبي جغرافي غير محدد ترابيا³ » . أما من الناحية القانونية فيقتضي الأمر منا التمييز بين ثلاث نماذج من الجهوية كالتالي :

الجهوية الوظيفية : تعتبر الجهوية حسب هذا النموذج « فضاء ترابيا لتسيير مهمة محددة من مهام الدولة دون أن يقتضي الأمر تمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلالية الذاتية⁴ » .

- الجهوية الإدارية : يسعى هذا النموذج الجهوي إلى « خلق إطار من التكامل والانسجام والتوازن ، من خلال ما يفرضه المنطق المؤسسي الذي يهدف تحقيق الوحدة ، و في نفس الوقت تحقيق التنمية على المستوى المحلي⁵ » .

- الجهوية السياسية : يحيل هذا النمط إلى « أقصى درجة اللامركزية في إطار الدولة الموحدة دون الوصول إلى مستوى الدولة الفيدرالية ، حيث تتوفر فيها الجهة على سيادتها ، و بالتالي فهي وسيلة لتحديث الدولة دون تجزئة سيادة الدولة ، فالجهوية على هذا الشكل تسعى إلى هدفين رئيسيين :

أولهما : تعميق التعددية السياسية و الثقافية .

ثانيهما : الحرص على الاندماج الاجتماعي و التضامن المجتمعي¹ .

¹ محمد الأعرج : "القانون الإداري المغربي" - الجزء الأول ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مواضيع الساعة ، العدد 61 ، سنة 2009 ، ص 143 .

² - خالد الشراوي : "البعد السياسي للجهة" ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مواضيع الساعة ، العدد 16 ، سنة 1998 ، ص 12 .

³ - عبد الله المتوكل : "موقع الجهة في النسق اللامركزي المغربي" ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، الرباط - المغرب ، العدد 45 ، سنة 2001 ، ص 45 .

⁴ - حميد أبولاس : "التجربة الجهوية بالمغرب و إمكانية الإصلاح على ضوء مشروع الحكم الذاتي" ، مرجع سابق ، ص 86 .

⁵ - حسن صحيب : "المجلة الدولية" ، "الجهة بين اللامركزية الإدارية و اللامركزية السياسية" ، العدد الثاني ، سنة 2006 ، ص 30 .

أما مصطلح الحكامة ، فيمكن تعريفه على أنه بمثابة « مقارنة عصرية في صنع القرار والتدبير الجيد للشأن العام ، تعتمد بالمفاهيم التقليدية المستعملة في مجال التدبير ، وهي تعبر عن ممارسة السلطة السياسية وإدارتها لشؤون المجتمع بمستوياته الترابية ، الوطنية والعالمية ، والموارد المختلفة عن طريق منهجية للعمل المتعدد الأطراف (سلطات عمومية ، قطاع خاص و مجتمع مدني) ، و عن طريق آليات للفعل تعتمد معايير حكماتية من قبيل و المسؤولية ، و ذلك لهدف عام هو تحقيق شرط التنمية بأبعادها السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ، و البيئية ، و هي بذلك عبارة عن آلية ، تتطلب تعدد الأطراف المتدخلة ، و التنوع في الأسس و المرجعيات المعتمدة التي تقوم من جانب على وضع مبادئ للحكامة الجيدة² .

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في اعتبار الحكامة المالية الجهوية رهانا أساسيا لتعزيز تدبير مالي جهوي سليم ، و ضمانا للتسيير الأمثل لمساراته . فإذا كان التدبير المالي للجهات يتطلب توفر موارد مالية و استقلال القرار الإداري و المالي ، فهو كذلك يقتضي تنزيل مجموعة من المرتكزات التشريعية لحكامة هذا التدبير و الحد من هفواته . من هذا المنطلق ، تبرز أهمية الموضوع من خلال الدور الرئيسي الذي تلعبه الحكامة المالية ، باعتبارها صمام أمان لتحقيق مبتغى التنمية الجهوية المنشودة .

إشكالية البحث :

تأسيسا على ما سبق ، وقع اختيارنا على إشكالية محورية متمثلة في ثلاث مفارقات أساسية على الشكل الآتي :

➤ إلى أي حد أسس القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 لقواعد حكمة التدبير المالي الجهوي ؟ و ماهي الاختلالات التي يشهدها هذا التدبير ؟ و ماهي سبل تجاوزها ؟
الأسئلة الفرعية :

لمعالجة الإشكالية الرئيسية سنعتمد الإجابة على بعض التساؤلات الفرعية و التي تأتي ملخصة كما يلي :
- ماهي أهم قواعد حكمة التدبير المالي الجهوي التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 ؟

- أين تتجلى أهم عوائق حكمة التدبير المالي الجهوي ؟

الفرضيات :

لتحقيق الأهداف العلمية و العملية للبحث اقترحنا طرح الفرضيات التالية :

¹ - عبد الحق المرحاني : "الجهوية في بعض الدول المتقدمة و واقعها و آفاقها بالمغرب " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، الرباط - المغرب ، عدد مزدوج 7-8 - أبريل ، سنة 1994 ، ص 85.

² - المهدي بنمير : "الحكامة المحلية بالمغرب و سؤال التنمية البشرية" ، مطبعة ويلي - مراكش ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 ، ص 13 .

- تظل قواعد حكمة التدبير المالي الجهوي التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 ، ذات أثر إيجابي نسبي في ظل غياب تطبيق مبدأ سيادة القانون .
- توجد عدة أعطاب تديرية تحول دون تكريس مطلب الحكامة المالية للجهات .

منهج البحث :

لتحقيق أهداف البحث ، اعتمدنا المنهج القانوني ، وذلك بهدف تحديد أهم المرتكزات التشريعية لحكمة التدبير المالي الجهوي التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 ، و من تم تحليلها ، معتمدين في ذلك مقاربة تحليلية ، بغرض كشف اللثام عن أهم أعطاب حكمة التدبير المالي الجهوي ، وإيجاد سبل التجاوز الممكنة .

المحور الأول : الأسس التشريعية للحكمة المالية في ضوء القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14.

- يقتضي الوقوف على اختلالات حكمة التدبير المالي الجهوي و تعثراتها استحضار أهم المرتكزات والضمانات التشريعية التي سنها المشرع كقواعد قانونية ملزمة تجاوزا لكل الانحرافات والهفوات التديرية .
- فقد أسس المشرع المغربي نظريا من خلال مضامين القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات لعدة إجراءات جديدة هدفها اعتماد وتنزيل مبادئ حكمة التدبير ، تجاوزا لكل الانحرافات والهفوات ، و المتمثلة في ما يلي:
- « رئيس مجلس الجهة هو الأمر بالصرف لميزانية الجهة ، و يمكنه كذلك أن يفوض للمدير العام الأمر بقبض مداخيل الجهة و صرف نفقاتها ؛
- يتم تنفيذ الميزانية من طرف الأمر بالصرف و الخازن لدى الجهة ؛
- يثبت في بيان تنفيذ الميزانية المبلغ النهائي للمداخيل المقبوضة و النفقات المأمور بصرفها و المتعلقة بنفس السنة و تحصر في النتيجة العامة للميزانية ؛

- تتوفر الجهة على موارد ذاتية و موارد مالية محولة إليها من طرف الدولة ؛
- يكون نقل الاختصاص من الدولة إلى الجهة مقترنا بتحويل الموارد المطابقة لهذا النقل ؛
- اعتماد الجهة حسابا للإيداع بالخبزينة العامة للملكة تودع فيه عائدات الجهة ؛
- إخضاع العمليات المالية و المحاسبية للجهة لتدقيق سنوي تنجزه بشكل مشترك المفتشية العامة للمالية، و المفتشة العامة للإدارة الترابية مع إمكانية إحداث مجلس الجهة لجنة للتقصي حول كل مسألة تهم تدبير شؤون الجهة؛
- إرساء هيكلة جديدة لميزانية الجهة تقوم على تبويب يعتمد على البرامج و المشاريع في إطار التدبير المرتكز على النتائج ؛

- في حالة امتناع رئيس المجلس عن صرف نفقة و جب تسديدها يقوم الوالي باستفساره ثم إعدراه ، و في حالة عدم التنفيذ يتم اللجوء إلى القضاء لطلب التصريح بجواز حلول الوالي محل الرئيس في صرف النفقة¹.

¹ - مجلس النواب : فريق العدالة و التنمية ، " القوانين التنظيمية الخاصة بالجماعات الترابية و رهان تنزيل الجهوية المتقدمة "، حصيد مناقشة فرق الأغلبية بمجلس النواب لمشروع القوانين المتعلقة بالجماعة الترابية على ضوء مقتضيات دستور 2011 ، سنة 2015 ، ص 36-37.

و ضمنا لتفعيل هذه الإجراءات نص القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 في القسم الثامن منه على قواعد الحكامة المتعلقة بحسن تطبيق مبدأ التدبير الحر . و التي يراد بها حسب مقتضيات القانون التنظيمي رقم 111.14 ، « العمل على احترام مجموعة من المبادئ و المتمثلة في المساواة بين المواطنين في ولوج المرافق العمومية التابعة للجهة، و الاستمرارية في أداء الخدمات من قبل الجهة و ضمان جودتها، و تكريس قيم الديمقراطية و الشفافية و المحاسبة و المسؤولية، و ترسيخ سيادة القانون، و التشارك و الفعالية و النزاهة¹»، و ذلك تكريسا لمبتغى الجيل الجديد للجهوية الذي يسعى إلى جعل الجهوية أداة لحل كل المعادلات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية الصعبة التي تعيشها البلاد .

فعلى مستوى احترام القانون و التحلي بالنزاهة و تكريس الشفافية و ربط المسؤولية بالمحاسبة، تلزم مقتضيات القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 كل من مجلس الجهة و رئيسه و الهيئات التابعة للجهات و مجموعاتها « باتخاذ مجموعة من الإجراءات من أجل ضمان احترام مقتضيات النظام الداخلي للمجلس الجهوي ، و التداول خلال جلساته بكيفية ديمقراطية ، و كذا الانتظام على مستوى حضور و مشاركة أعضاء المجلس الجهوي في مداولاته ، و الشفافية فيما مع اعتماد آليات الديمقراطية التشاركية و احترام مقتضيات المتعلقة بوضع و التصويت و تنفيذ الميزانية ، و كذا المقتضيات المنظمة للصفقات و الشروط المتعلقة بولج وظائف إدارة الجهة و هيئاتها و مجموعاتها ، مع إعمال قواعد ربط المسؤولية بالمحاسبة و الحد من استغلال التسريبات المخلة بالمنافسة النزيهة ، و كذا الالتزام بالتصريح بالممتلكات و تجاوز آفتي عدم تنازع المصالح و استغلال مواقع النفوذ²» ، تجاوزا للواقع التاريخي السلبي للتنظيم الترابي و مكامن الخلل و مواطن العلل في الجسد الجهوي الجديد .

من زاوية فعالية التدبير الجهوي ، نفس القانون التنظيمي السالف الذكر يؤكد على ضرورة « اعتماد رئيس مجلس الجهة للإجراءات و الأساليب اللازمة و الفعالة لتدبير الجهة ، و ذلك من خلال تحديد المهام و وضع دلائل للمساطر المتعلقة بالأنشطة و المهام المنوطة بإدارة الجهة و بأجهزتها التنفيذية و التدبيرية، و تبني نظام التدبير حسب الأهداف ، و وضع منظومة لتتبع المشاريع و البرامج مع تحديد الأهداف و مؤشرات الفعالية³»، و ذلك بهدف التحول من نظام جهوي يشكل عبئا على الدولة إلى نظام جهوي جديد يخدم تطور الدولة وازدهارها .

و في سياق اعتماد تقييم الأداء و المراقبة الداخلية و الافتتاح ، تؤكد مضامين القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 على ضرورة « اعتماد الجهة تحت إشراف رئيس المجلس الجهوي لآليات التقييم و المراقبة و الافتتاح، عن طريق برمجة دراسات تقارير في هذا الشأن ، و تقديم حصيلتها في جدول أعمال المجلس ، و وضع هذه التقارير رهن إشارة العموم . مع إمكانية إخضاع تدبير الجهة و الهيئات التابعة لها أو التي تساهم فيها حسب مقتضيات المادة 248 من نفس القانون لعمليات التدقيق من قبل الهيئات المؤهلة قانونا لذلك ، و ذلك بطلب المجلس أو رئيسه

¹ - المادة رقم 243 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

² - المادة رقم 244 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

³ - المادة رقم 245 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

بعد إخبار والي الجهة أو بمبادرة من هذا الأخير¹ ، بدافع تقييم التدبير الجهوي على مستوى الأداء والإنجاز ومعالجة الإكراهات وتجاوز السلبات التديرية الناتجة عن مؤسسة الجهة وأشخاصها .

أما على مستوى الحصول على المعلومة ، فتؤكد مقتضيات القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 على ضرورة « إعداد القوائم المحاسبية والمالية المتعلقة بتسيير الجهة ووضعيتها المالية وإطلاع العموم عليها، وذلك من قبل رئيس المجلس الجهوي، وكذا الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام أو الخاص والتي تقوم بتسيير مرفق عمومي تابع للجهة . مع إمكانية النشر بالطريقة الإلكترونية . في حين تحدد بمرسوم يتخذ باقتراح من السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية صلاحية اختيار المعلومات والمعطيات وكذا كفاءات إعداد هذه القوائم ونشرها² ، حيث يؤكد هذا المرسوم من خلال مادته الثالثة على ضرورة « نشر القوائم المحاسبية والمالية المشار إليها في المادة أعلاه على الأقل بالمقر الإداري الرئيسي للإدارة المعنية وبالبوابة الإلكترونية للمديرية العامة للجماعات المحلية³ » ، كآلية أساسية تسمح للمواطنين والمجتمع المدني بمراقبة التدبير المالي الجهوي ، و المساهمة بأرائهم في صنع القرار المالي الجهوي و بالتالي كسب المصادقية الديمقراطية ، باعتبار أن فعالية و مردودية الجهات و استقلاليتها لا يمكن أن تتحقق دون إرادة المواطنين .

من زاوية أخرى ، فالمشرع المغربي لم يغفل عن وضع مرتكزات تشريعية تمنع أعضاء المجلس الجهوي ورئيسه من تضارب المصالح و التسريبات المخلة بالمنافسة النزيهة ، حيث « أعطى الحق لممثل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية و والي الجهة حق الاستفسار حول الأفعال المنسوبة وفق مدة محددة ، وكذا رفع طلب عزل المعني من أعضاء المجلس أو الرئيس من طرف المحاكم الإدارية حسب مدلول الفقرة الأولى و الثانية و الثالثة من المادة 67 من القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 ، مع إعطاء صلاحية توقيف المعني بالأمر إلى حين البت في طلب العزل للمحاكم الإدارية حسب مدلول الفقرة السادسة ، مع إمكانية المتابعات القضائية عند الاقتضاء حسب منطوق الفقرة السابعة من نفس المادة 67 السالفة الذكر . فقد بات الأمر يقتضي إعادة النظر في سبل استخدام الأموال العمومية وعقلنتها بأساليب تسمح للإدارة اللامركزية (مؤسسة الوالي) بتحقيق جودة و فعالية الأداء في تدبير مسارات الشأن الجهوي ، و ذلك عبر التوجيه و المراقبة و الجزاء إن اقتضى الحال . و هو ما جعل المشرع المغربي يشدد على « منع أعضاء المجالس الجهوية من ربط مصالح خاصة ، أو إبرام أعمال أو عقود أو اقتناء أو تبادل أو أعمال ترتبط بأموال الجهة أو صفقاتها ، أو عقود الامتياز أو الوكالة ، أو أي عقد مرتبط بتدبير المرافق العمومية الجهوية مع الجهات أو مجموعات أو مع الجماعات الترابية التي تكون هاته الجهات عضوا فيها، أو حتى الهيئات أو المؤسسات العمومية أو شركات التنمية التابعة

¹ - المادتين رقم 248-246 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

² - المادة رقم 249 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

³ - المرسوم رقم 2.17.288 صادر في 14 من رمضان 1438 (9 يونيو 2017)، بتحديد طبيعة و كفاءات إعداد و نشر المعلومات و المعطيات المضمنة في القوائم المحاسبية و المالية المنصوص عليها في المادة 249 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

لها . بل أكثر من ذلك يمنع أعضاء المجالس الجهوية من ممارسة أي نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح ، مع تطبيق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويل مشاريع الجمعيات التي هم أعضاء فيها. مع تطبيق مقتضيات المادة 67 أعلاه على كل عضو ثبتت مسؤوليته في استغلال التسييريات المخلة بالمنافسة النزيهة ، أو استغلال مواقع النفوذ والامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح الجهة¹.

و هو نفس الأمر الذي جعل المشرع يلزم الجهات و هيئاتها بضرورة « ضمان حسن تدبير المال العام الجهوي ، خاصة الأنظمة المتعلقة بمراقبة نفقات الجهة و هيئاتها و بالمحاسبة العمومية المطبقة عليها²»، و هو ما تطرق إليه بالتفصيل في المرسوم رقم 2.17.449 ، حيث تم الحسم في تحديد « القواعد المطبقة على تنفيذ عمليات المداويل و النفقات الجهوية وكذا عمليات الخزينة ، و القواعد المتعلقة بتصفية الميزانية و تقديم الحسابات و المراقبة إضافة إلى عدة قواعد أخرى جاء بها هذا المرسوم في أبواب أخرى³»، كما جعل المادة 227 امتدادا للمادة 246 السالفة الذكر، حيث يؤكد نص المادة 227 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات على إلزامية خضوع العمليات المالية و المحاسبية للجهات لتدقيق سنوي ينجز بهذه الجهات بشكل مشترك بين المفتشية العامة للمالية ، و المفتشية العامة للإدارة الترابية بناء على الوثائق المالية و المحاسبية . و بذلك يكون المشرع أسس لهندسة تشريعية تحدد سبل صرف المال العام الجهوي و حمايته من كل أشكال الانحراف و الفساد الإداري و المالي .

فمقابل الموارد و الاختصاصات و المسؤوليات التي خص بها المشرع المغربي مجالس الجهات ، فالدولة المركزية لم تتخلى على عن مواكبة و مساندة هذه الجهات لبلوغها حكمة جيدة في ممارسة اختصاصاتها ، حيث حدد المشرع الآليات و الأدوات اللازمة التي تقوم بها الدولة في هذا الشأن من خلال المادة 250 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات . و قام بتفصيلها من خلال المرسوم رقم 2.17.304 ، الذي حدد هذه الآليات و الأدوات في ما يلي :

- « دلائل حول اختصاصات الجهة و صلاحيات المجلس و الرئيس ، و لاسيما تلك المتعلقة بالنظام المالي و إعداد التصميم الجهوي لإعداد التراب و برنامج التنمية الجهوية و التصميم المدير الجهوي للتكوين المستمر و تدبير الموارد البشرية ؛

- مونوغرافية الجهة ؛

- منظومة لتقديم الاستشارة لرئيس مجلس الجهة في مجال صلاحياته ، على مستوى مصالح السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية⁴.

¹ - المادة رقم 68 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

² - المادة رقم 72 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

³ - المادتين رقم 213-215 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات .

⁴ - المرسوم رقم 2.17.304 صادر في 38 شوال 1438، (يوليو 2017)، بتحديد الآليات و الأدوات اللازمة لمواكبة الجهة لبلوغ حكمة جيدة في تدبير شؤونها و ممارسة

الاختصاصات الموكولة إليها..

انطلاقاً مما سبق ، يكون المشرع المغربي بمقتضى هذه النصوص التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 قد كرس و لو نظرياً مبادئ الحكمة المالية على المستوى الجهوي ، وقام بتأسيس ثقافة شفافية التدبير و تعزيز مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة و المسائلة في بعدها الجهوي . لكن السؤال الذي يطرح نفسه ، هل تبقى هذه الأسس و المقتضيات التشريعية كافية بالنظر لتعدد الأعطاب التدييرية على مستوى واقع الحكمة المالية للجهات ؟ لذلك لا بد من اتخاذ إجراءات مواكبة من خلال تحديد المسببات و تجاوز الانعكاسات .

المحور الثاني : أعطاب حكمة التدبير المالي الجهوي و سبل التجاوز .

لاشك أن المقتضيات القانونية التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 تجسد رغبة المشرع المغربي في تجاوز كل اختلالات و هفوات التدبير المالي الجهوي ، إلا أنها رغم ذلك تبقى غير كافية . فحكمة التدبير المالي الجهوي ليست مسألة نصوص و مساطر و هياكل بقدر ما هي ثقافة أخلاقية تحتكم على الثقة التي يولمها المواطنون في المؤسسات الجهوية المنتخبة و أفرادها و باقي الفاعلين في تدبير الشأن الجهوي ، و التي تتطلب ربط "المسؤولية بالمحاسبة" و "احترام القانون" ، كمبادئ مقدسة للتدبير و منهجيات و مقاربات مفاهيمية تخلق قطيعة فعلية مع كل أشكال الانحراف و الفساد المالي ، على اعتبار أن هناك علاقة جدلية بين إكراهات حكمة التدبير المالي التراي ، و أزمة سيادة القانون .

إن المستجدات المتعلقة بحكمة التدبير المالي الجهوي التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجهات رقم 111.14 ، و التي هي بمثابة هندسة تشريعية نظرية من شأنها أن تعمل على تحسين الجودة و الأداء ، لم تكن كافية للحد من اختلالات و هفوات التدبير الجهوي و التراي بشقيه الإداري و المالي . فقد أبانت الممارسة الجهوية الجديدة العديد من المشاكل و العوائق حالت دون تطور العمل الجهوي و مسيرته للواقع الذي تفرضه متطلبات الجيل الجديد للجهوية ، و هو ما يجعلنا أمام إشكالية التناقض بين الخطاب و الممارسة . و لعل برنامج التنمية المجالية لإقليم الحسيمة منارة المتوسط و الأحداث التي نتجت عنه ، و التي على إثرها أعفى رئيس الدولة محمد السادس مجموعة من الوزراء و المسؤولين و المنتخبين بناء على بلاغ للديوان الملكي بتاريخ 24 أكتوبر 2017 ، خير دليل على وجود مكان للخلل على مستوى حكمة التدبير المالي الجهوي .

فرغم حجم الإمكانيات المالية التي خصصتها الاتفاقية الإطار ، و التي بلغت « مبلغ 1,2 مليار درهم كمساهمة من وزارة الداخلية لفائدة المجلس الإقليمي للحسيمة و مبلغ 600 مليون درهم من وزارة المالية لفائدة مجلس الجهة ، تبين أنه تم تحويل هذه الأموال دون تحديد المشاريع المزمع تمويلها بواسطة هذه المساهمات ، كما تبين أن وزارتي الداخلية و المالية لم تقوما بإعداد برامج لاستعمال هذه المساهمات بالتشاور مع المجلسين الإقليمي و الجهوي ، إضافة إلى أن جهة تطوان الحسيمة توصلت بمبلغ 250 مليون درهم من وزارة المالية ، ظل مجمدا لمدة سنة كاملة في غياب برنامج للاستعمال ، ليتقرر بعد ذلك تحويله إلى وكالة تنمية الشمال من أجل تمويل برنامج طريقي إضافي لوزارة التجهيز .

و من جانب حكمة البرنامج ، تبين للمجلس الأعلى للحسابات أن الاتفاقية-الإطار نصت على إحداث لجنة محلية للتتبع ، و التنسيق يترأسها عامل إقليم الحسيمة و لجنة مركزية للتتبع دون تحديد رئيسها ، كما أشار تقرير المجلس الأعلى للحسابات أن اللجنة المحلية للتتبع و التنسيق لم تتمكن من تعبئة جميع المتدخلين للمساهمة الفعلية اللازمة لانطلاق البرنامج على أسس متينة ، في حين أن اللجنة المركزية لم تتطرق إلى الجدول الزمني لإنجاز المشاريع المبرمجة أو الميزانيات المتعلقة بها ، إلا خلال اجتماعها الأول المنعقد في فبراير 2017 ، أي بعد 16 شهرا من توقيع الاتفاقية- الإطار .

أما بخصوص إنجاز البرنامج ، أشار تقرير المجلس الأعلى للحسابات أنه منذ التوقيع على الاتفاقية الإطار في أكتوبر 2015 ، و إلى غاية شهر فبراير 2017 ، لم تظهر أية مبادرة فعلية للشروع في إنجاز المشاريع من قبل أغلبية المتدخلين على المستويين المركزي و المحلي ، إذ أنه من بين 644 مشروعا مبرمجا لم تسجل حصيلة سنة 2016 سوى إنجاز 5 مشاريع بقيمة 146,8 مليون درهم و البدء في إنجاز 45 مشروعا آخر بقيمة 565 مليون درهم¹.

إن معطيات التقرير تحيلنا على حقيقة واحدة ، ألا و هي أنه رغم الأسس القانونية التي سنّها المشرع لحكمة التدبير المالي الجهوي إلا أنها تبقى غير كافية مقابل مظاهر ضعف حكمة هذا التدبير ، و التي تتحمل فيها الإدارة المركزية المسؤولية إلى جانب الإدارة اللامركزية ، و الدليل على ذلك أنه رغم أن حيثيات التقرير المذكورة أعلاه مصدرها المجلس الأعلى للحسابات بحكم اختصاصه الجهوي و الترابي في مجال التقييم و المراقبة و الافتتاح ، إلا أن هذا الأخير لا يزال غير قادر على بلورة أدواره الأساسية إلى واقع ملموس في مجال جودة أداء تدبير ميزانيات الجماعات الترابية و سبل صرفها و في مقدمتها الجهات ، حيث لا يمكن للمجلس الأعلى للحسابات و مجالسه الجهوية أن يحركوا ساكنا إلا بقرارات صادرة عن سلطات الوصاية في الملفات التي تقرر إحالتها عليه ، كما أن العمل بتوصيات هذه المجالس يبقى رهينا بيدها . و هو ما يؤكد الظرف الزمني للتقرير المتعلق ببرنامج التنمية الجهوية الحسيمة منارة المتوسط و اعتباراته السياسية ، حيث أن هذا التقرير صدر بتاريخ 25 أكتوبر 2017 ، في حين أن الاتفاقية الإطار تم توقيعها أمام رئيس الدولة بتاريخ 17 أكتوبر 2015 ، بالإضافة إلى أن قرار العزل الذي شمل مجموعة من الوزراء و المسؤولين و المنتخبين لم يواكبه أي نوع من المحاسبة الجنائية في إطار ربط المسؤولية بالمحاسبة التي تجد سندها في صلب الوثيقة الدستورية ، ما يجعلنا نتساءل عن مدى جودة أداء القضاء المالي ؟ و مدى استقلاليته عن باقي مؤسسات القرار السياسي الرسمي ؟ على ضوء ما سبق ، يمكننا القول أن مسؤولية الآفات التي تعرفها حكمة التدبير المالي الجهوي هي مسؤولية تضامنية لكل من السلطة التنفيذية (مسؤولية الوزراء) و الأحزاب السياسية (مسؤولية المنتخبين) . ما يجعلنا مجبرين على الإحاطة بالأسباب و الانعكاسات الحقيقية لهذه الاختلالات تم البحث عن بعض السبل لتجاوزها .

¹ - المجلس الأعلى للحسابات ، "مذكرة مرفوعة إلى الملك محمد السادس بخصوص التقرير المتعلق ببرنامج التنمية الجهوية الحسيمة منارة المتوسط" ، أكتوبر - سنة 2017 ، ص2 و3

- للقوقوف على الأسباب الموضوعية لهذه الاختلالات يمكن أن نستخلصها من خلال المظاهر التالية :
- عدم الالتزام بتطبيق مبدأ سيادة القانون و التساهل في المتابعات القضائية في إطار ربط المسؤولية بالمحاسبة ؛
 - « تدني مستوى التأهيل القانوني للمنتخبين ؛
 - الرغبة الملحة للاغتناء و تحقيق المصالح الشخصية أو لفائدة المقربين ؛
 - اتساع دائرة الشطط في استعمال السلطة ؛
 - التساهل و عدم الحكم باسترجاع المبالغ المطابقة للخسائر المترتبة عن المخالفات المرتكبة ؛
 - هزالة المتابعات الجنائية ضد مرتكبي المخالفات ؛
 - تدني وازع المواطن و تراجع آثار القيم الأخلاقية على الممارسات و المعاملات المجتمعية¹.
 - قصور الأدوار التنفيذية للهيئات الرقابية .
- على ضوء هذه الأسباب ، ليس من الغريب أن تترجم أعطاب حكمة التدبير المالي التراخي على المستوى الجهوي إلى بروز عدة ممارسات غير مشروعة ، من قبيل تضارب المصالح و الإثراء الغير المشروع و تبديد و اختلاس الأموال العمومية و استغلال السلطة و النفوذ ، وهو ما يؤكد قرار العزل الأخير لـ « 26 منتخبا و منتخبة بالمجالس الجماعية و مجالس المقاطعات و المجالس الجهوية و الغرف المهنية بسبب عدم التصريح بالملكات²»، خلافا لما ينص عليه البند السادس من المادة 1 من القانون رقم 54.06 المتعلق بإحداث التصريح الإلزامي لبعض منتخبي المجالس المحلية و الغرف المهنية و بعض فئات الموظفين أو الأعوان العموميين بممتلكاتهم .
- ففي ظل ضبابية تطبيق مبدأ سيادة القانون و غياب برامج و تصورات واضحة لمكافحة الفساد على المستوى التراخي ، من الطبيعي أن تنعكس كل الأسباب السالفة الذكر بشكل سلبي على مسارات التدبير المالي الجهوي إن لم يتم تدارك الأمر بشيء من الصرامة و الحزم ، من خلال بلورة سبل للإصلاح و بدائل لتجاوز الاختلالات .
- يقتضي - إذن - كسب رهان الجهوية من صناع القرار السياسي بالمغرب فتح عدة أورش للإصلاح من خلال الآتي :

شفافية و تخليق الحياة السياسية :

- عن طريق « مراجعة المقتضيات الرادعة للفساد المتضمنة بالمنظومة الحزبية و الانتخابية من خلال تبني ميثاق وطني للأخلاقيات من طرف الأحزاب السياسية و العمل على نشر مضامينه ؛

¹ - الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، "نحو بناء منظومة للحكمة الجيدة"، دراسة بطلب من مجلس المستشارين، ماي - سنة 2015 ، ص 28- 29 .

² - ابتداء من مرسوم رقم 282.19.2 صادر في 3 شوال 1441 (26 ماي 2020) ، وصولا إلى مرسوم رقم 313.19.2 صادر في 3 شوال 1441 (26 ماي 2020)
الجريدة الرسمية : عدد رقم 6892 ، الصادرة بتاريخ 26 شوال 1441 الموافق 18 يونيو 2020 .

- تعزيز شفافية الإدارة الترابية من خلال نهج سياسة إعلامية لإخبار المواطنين بالأنشطة و البرامج مع ضمان احترام حق المواطنين في الولوج إلى المعلومات ؛
- توضيح إجراءات اعتماد الميزانية ، و اعتماد آليات الميزانية المفتوحة مع الالتزام بوضع إجراءات لمنع أي تحايل على مساطر تنفيذ الميزانية ؛
- توحيد المبادئ و القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية للدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات المحلية¹.

تجويد أنظمة المراقبة و المساءلة المالية :

عبر :

- « التخفيف من حدة الوصاية ، بتفعيل المراقبة البعدية بدل المراقبة القبلية، مع الاحتفاظ بالمراقبة الشرعية و تدعيم فعاليتها ، مع ضمان تفعيل مقتضيات القانون المتعلق بالتصريح بالممتلكات رقم 54.06 من طرف المسؤولين عن تدبير الشأن المحلي²».

الحد من ظاهرة الفساد الإداري و المالي : عبر :

- « إدماج مفاهيم النزاهة و القيم المهنية في مخططات التربية و التكوين على مختلف المستويات ؛
- ضمان ربط علاقات منتظمة بين المحاكم الإدارية و المالية لتبادل الآراء و المقترحات و الأحكام الصادرة ؛
- استصدار قانون لحماية الشهود و الضحايا و المبلغين و مراجعة الفصل 18 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية لتيسير انخراط الموظفين المحليين في التحالف الموضوعي لمكافحة الفساد ؛
- تشجيع المشاركة النشطة للمجتمع المدني في محاربة الفساد³.
- اعتماد سياسة جنائية جديدة لمكافحة الفساد المالي :
- من خلال :
- الاستقلال الوظيفي للقضاء المالي ؛
- تحصين الجهاز القضائي ككل من الفساد ؛
- تبني قضاء متخصص في مجال مكافحة الفساد .

خاتمة :

انطلاقا مما سبق ، يتبين لنا أن حكمة التدبير المالي الجهوي ، توجي إلى قلق شديد حول مصير الجهوية . فبقدر ما تمثله المقتضيات التشريعية التي جاء بها الدستور و القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 من أساس قانوني

¹ - الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة ، "الجهوية الموسعة و مستلزمات الحكامة الجيدة والوقاية من الرشوة" ، المغرب ، مارس - سنة 2010 ، ص 21 .

² - نفس المرجع السابق ، ص 22 .

³ - نفس المرجع ، ص 23.

لحكمة التدبير المالي الجهوي ، إلا أن أجراً هذه المرتكزات على مستوى الممارسة تواجه عدة نقائص ، مادام هناك قصور في تطبيق مبدأ سيادة القانون ، و هو ما يجعل باقي المقتضيات القانونية المرتبطة بحكمة التدبير المالي الجهوي معطلة النفاذ و عديمة الجدوى .

فتجاوز كل اختلالات و نواقص حكمة التدبير المالي الجهوي ، يتطلب قبل كل شيء سيادة القانون و إعادة النظر في أهمية دور النخب السياسية الجهوية . فمهما كانت القوانين متقدمة فإن إرساء مؤسسات جهوية منتخبة قوية قادرة على التدبير الجيد للموارد المالية و تحقيق أهداف التنمية الجهوية ، يبقى رهينا بنوعية هذه النخب ، و هي مسؤولية ملقاة على عاتق الأحزاب السياسية و السلطات المعنية بتأهيل و تكوين و مراقبة و مواكبة هذه النخب ، كما أن الأمر يتطلب إعادة النظر في مسطرة تعيين الأشخاص القائمين بالمراقبة الإدارية (الولاة) ، و منح سلطة القضاء مكانته الحقيقية بجعله صاحب الاختصاص الوحيد في فض كل المنازعات المرتبطة بمسارات التدبير المالي الجهوي ، و ذلك بناء على "قاعدة فصل السلط" . فبقدر ما يركز التدبير المالي الجهوي على توفر الموارد المالية اللازمة و قدر معقول من الاستقلالية ، إلا أن التدبير السليم لهذه الموارد يبقى رهينا بالقائمين على تدبيرها .

قائمة المراجع :

الكتب :

- المهدي بنمير : الحكامة المحلية بالمغرب و سؤال التنمية البشرية ، الطبعة الأولى ، مطبعة ويلي - مراكش ، سنة 2010 .
- محمد الأعرج : القانون الإداري المغربي - الجزء الأول ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مواضيع الساعة ، العدد 61 ، سنة 2009 .
- المجلات العلمية :
- حميد أبولاس : التجربة الجهوية بالمغرب و إمكانية الإصلاح على ضوء مشروع الحكم الذاتي ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، عدد مزدوج ، 87-88 ، يوليو - أكتوبر ، سنة 2009 .
- صحيح حسن : "الجهة بين اللامركزية الإدارية و اللامركزية السياسية" ، المجلة الدولية ، العدد الثاني ، سنة 2006 .
- عبد الله المتوكل ، موقع الجهة في النسق اللامركزي المغربي ، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية ، العدد 45 ، سنة 2001 .
- المهدي بن مير : التنظيم الجهوي بالمغرب : دراسة تحليلية للقانون 47.96 المتعلق بتنظيم الجهات ، سلسلة اللامركزية والجماعات المحلية ، العدد 6 ، سنة 1998 .
- خالد الشرقاوي : البعد السياسي للجهة ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مواضيع الساعة ، العدد 16 ، سنة 1998 .

- المرجاني عبد الحق : " الجهوية في بعض الدول المتقدمة وواقعها وآفاقها بالمغرب " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، عدد مزدوج 7-8 - أبريل ، سنة 1994 .

القوانين :

- الظهير الشريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

- الظهير الشريف رقم 1.71.77 بتاريخ 22 ربيع الثاني 1391 (16 يونيو 1971) المتعلق بإحداث المناطق ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3060 ، بتاريخ 9 ربيع الثاني 1391 (23 يونيو 1971) ، ص 1352 .

- ابتداء من مرسوم رقم 282.19.2 صادر في 3 شوال 1441 (26 ماي 2020) ، وصولا إلى مرسوم رقم 313.19.2 صادر في 3 شوال 1441 (26 ماي 2020) الجريدة الرسمية : عدد رقم 6892 ، الصادرة بتاريخ 26 شوال 1441 الموافق 18 يونيو 2020 .

- المرسوم رقم 2.17.449 الصادر في 4 ربيع الأول ، (23 نوفمبر 2017)، بسن نظام المحاسبة العمومية للجهات ومجموعاتها.

- المرسوم رقم 2.17.304 صادر في 38 شوال 1438 ، (يوليو 2017)، بتحديد الآليات والأدوات اللازمة لمواكبة الجهة لبلوغ حكمة جيدة في تدبير شؤونها وممارسة الاختصاصات الموكولة إليها.

- المرسوم رقم 2.17.288 صادر في 14 من رمضان 1438 (9 يونيو 2017)، بتحديد طبيعة و كميات إعداد و نشر المعلومات والمعطيات المضمنة في القوائم المحاسبية والمالية المنصوص عليها في المادة 249 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

الخطب الملكية :

- الخطاب الملكي ، بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الخامسة من الولاية التشريعية الثامنة ، بتاريخ 14 أكتوبر - سنة 2011.

التقارير والوثائق الرسمية :

- المجلس الأعلى للحسابات ، "مذكرة مرفوعة إلى الملك محمد السادس بخصوص التقرير المتعلق ببرنامج التنمية المجالية لإقليم الحسيمة منارة المتوسط"، أكتوبر - سنة 2017 .

- مجلس النواب : فريق العدالة والتنمية، " القوانين التنظيمية الخاصة بالجماعات الترابية و رهان تنزيل الجهوية المتقدمة"، حصة مناقشة فرق الأغلبية بمجلس النواب لمشاريع القوانين المتعلقة بالجماعة الترابية على ضوء مقتضيات دستور 2011، سنة 2015 .

- الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة ، "نحو بناء منظومة للحكمة الجيدة"، دراسة بطلب من مجلس المستشارين ، ماي - سنة 2015 .

- الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، " الجهوية الموسعة و مستلزمات الحكمة الجيدة و الوقاية من الرشوة " ، مارس - سنة 2010 .

جريمة استغلال النفوذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن

The crime of influence peddling in Algerian and comparative legislation

د. شاوش رفيق - قسم القانون - كلية القانون - جامعة محمد خيضر - بسكرة - الجزائر -

الملخص :

تعتبر جريمة استغلال النفوذ من أخطر صور الفساد الإداري المجرمة لكونه يقوم على المتاجرة بالنفوذ وما يترتب عليها من آثار سلبية تعود على الإدارة العامة بصفة خاصة، حيث تخلق عدم ثقة المواطن في المؤسسات العمومية لانعدام التساوي أمام المرافق العامة واقتصارها على أشخاص معينين، وعلى هيبة الدولة واحترامها في نظر الأفراد بصفة عامة.

ونظرا لخصوصية هذه الجريمة فقد خصها المشرع الجزائري والمشرعين (الفرنسي والمصري) بمجموعة من الإجراءات خروجها عن القاعدة العامة، وذلك من أجل حماية الوظيفة الإدارية من السلوكات المنافية لها وإلزام بأعمال الوظيفة ومنع استغلال الوظيفة. ويركز هذا البحث على إيضاح مفهوم جريمة استغلال النفوذ وأركانها والعقوبات المقررة لها في كل من القانون الجزائري على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06، والقانونين (الفرنسي والمصري).

الكلمات المفتاحية: استغلال النفوذ - مزية غير مستحقة - الاتجار بالسلطة - النفوذ المزعوم -

ABSTRACT:

the crime of influence peddling is one of the most dangerous forms of administrative corruption criminalized because it is based on trading in influence and its negative effects on public administration in particular, as it creates the citizens' mistrust of public institutions because of the inequality before the public utilities and be limited to certain persons, and the reputation of the state and it respect in the eyes of individuals in general.

Given the specificity of this crime, the Algerian legislator and the legislators (French and Egyptian) singled them out for a set of measures deviating from the general rules, in order to protect the civil service from behaviors that are incompatible with it, trafficking in functions and preventing the abuse of the function.

this research focus on clarifying the concept of the crime of influence peddling, its elements and the penalties prescribed for it in both the Algerian law in accordance with the law of preventing and combating corruption N°: 06/01 and the two laws (French and Egyptian).

Key words:

influence peddling - undue advantage - trafficking in authorities - alleged corruption.

مقدمة:

لقد انتشرت في الوقت الحاضر وسائل المحسوبية والوساطة واستغلال النفوذ في داخل الدولة بشكل ملحوظ في شتى مجالات الحياة، وأصبحت من بين مشكلات الفساد الإداري ذات الخطورة على وجه الخصوص في مجال تولي الوظائف العامة، حيث أصبح الأمر وكأنه واقع لا بد أن يعترف به الجميع، وسيف سلب على رقاب البسطاء من الناس، فلا نستطيع أن نتحدث عن الوظيفة العامة دون أن يتبادر إلى الذهن سؤال ساذج، وهو، هل لدى المتقدم للتعين أو الترقية أو لتقلد المناصب القيادية أو حتى الساعي في الجهة الإدارية واسطة أم أن أمره لله أن شاء جعله يتقدم في السعي للتعين دون أن يناله، وإن شاء جعله لا يفكر في ذلك كلية، وفي كلتا الحالتين فطريقه في سلوك طريق الوظيفة العامة شبه مغلق، اللهم إلا إذا كانت هناك معجزة.¹

وإذا تفحصنا هذه الظاهرة بشيء من التأمل وجدناها تكثر في المجتمعات العربية بصفة خاصة وكافة الدول النامية بصفة عامة، والتي تتجسد في كل من الاختلاسات المالية والاستيلاء على الأموال العامة وتفشي مرض الرشوة والاستغلال الوظيفي والترشح من الوظائف العامة.²

وعلى هذا الأساس تطرح إشكالية البحث كمايلي:

كيف عالج المشرع الجزائري والمشرعين المصري والفرنسي جريمة استغلال النفوذ؟ وما هي الجزاءات المقررة من أجل ردعها.

وللإجابة على هذه الإشكالية نطرح التساؤلات الآتية:

- 1- ما مفهوم جريمة استغلال النفوذ؟.
- 2- ماهي أركان جريمة استغلال النفوذ؟.
- 3- ماهي الجزاءات المقررة من أجل مكافحتها؟.

¹ - بكري يوسف بكري يوسف، قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، دار الوفاء القانونية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، القاهرة 2014، ص 10 وما بعدها.

² - بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 2009، ص 216.

المبحث الأول: الأحكام الموضوعية لجريمة استغلال النفوذ في كل من القانون الجزائري والقانونين (الفرنسي والمصري).

لقد أصبحت جريمة استغلال النفوذ ذات خطورة كبيرة سواء على المستوى الدولي أو الوطني مما ألزم الدول التكتل لمعالجتها وردعها، لما لها من تأثير سلبي ونتائج هدامة ، على الإدارة العامة ومؤسسات الدولة.

ذلك أن الوظيفة العامة ما هي إلا تكليف للموظف العام وليست تشريفا أو امتيازاً يحق أن يتصرف بها كيفما شاء، بحيث يقدم مصلحته الخاصة على المصلحة العامة، واستغلال النفوذ هو أحد مظاهر الفساد الإداري المجرمة، فكثير من أصحاب السلطات والنفوذ كونوا ثروة طائلة نتيجة ممارستهم للفساد الإداري.

ونظرا لخطورة هذه الجريمة، ارتأى كل من المشرع الجزائري والمشرعين المصري والفرنسي وذلك بعد مصادقتهم على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى تقنين قانونيهما الداخلي، وذلك من أجل مواكبة التطورات الحاصلة على المستوى الدولي.

المطلب الأول: تعريف جريمة استغلال النفوذ.

تقتضي دراسة جريمة استغلال النفوذ البحث أولا في تعريفها اللغوي والاصطلاحي، ثم بيان مجال التفرقة بينها وبين الجرائم المشابهة لها.

الفرع الأول: تعريف استغلال النفوذ لغة

إن من الضروري التعرف على المراد باستغلال النفوذ في اللغة لمعرفة المقصود منه اصطلاحا.

إن جريمة استغلال النفوذ المزمع دراستها تتركب من كلمتين هما استغلال - نفوذ

استغلال لغة: وهو ما يمكن أن يذره النفوذ لصاحبه من فائدة، وهو أخذ غلة الشيء أو الفائدة والغلة واحدة

الغلات¹

النفوذ لغة : والمقصود به في اللغة- نفذ-أي اخترق وتخلل، والمقصود به الأمر النافذ، أو المطاع².

الفرع الثاني: تعريف جريمة استغلال النفوذ اصطلاحا:

ويقصد باستغلال النفوذ اصطلاحا: درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه والعاملين معه، والقوة

والقدرة على اتخاذ الإجراءات بطرق غير قانونية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني³

¹ -محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الأبحاث للترجمة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2011، ص 79.

-ابوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، فصل العين المعجمة، حرف اللام، الجزء الخامس، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر، ص 3268.

²

³ - حاحة عبدالعالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، جامعة بسكرة، 2012/2013، الجزائر، ص 189

وبأنه المتاجرة بالنفوذ للحصول أو محاولة الحصول لصالح المصلحة على مزية من السلطة العامة مفروض بداية أنه لا شأن لها بأي عمل أو امتناع داخل في حدود وظيفته¹.

كما يعرف بأنه نوع من الإمكانية والتقدير، كل منهما جزء من الكل الذي يحويه النفوذ لدى البعض من رجال السلطة العامة الذي بيدهم قضاء مصالح ذوي الشأن، فالنفوذ بالإضافة إلى كونه إمكانية وتقدير فهو أيضا سلطة وتأثير وقوة ووجاهة².

الفرع الثالث: تعريف جريمة استغلال النفوذ في الفقه الجنائي:

تعتبر جريمة استغلال النفوذ من الجرائم المعاقب عليها من مختلف التشريعات الجنائية، وهي من صور الفساد المستحدثة والمستقلة عن جريمة الرشوة.

فقد تعرض فقهاء القانون لهذه الجريمة، فقد عرفها الدكتور عبد الوهاب صلاح الدين³، على أنها: "اتجار في سلطة حقيقية أو موهومة للجاني على المختص بالعمل الوظيفي".

كما عرفها الدكتور محمد إبراهيم الدسوقي علي⁴، على أنها: "السعي لدى السلطات العامة أو الجهات الخاضعة لإشرافها لتحقيق غايات أو الوصول إلى منافع تخرج عن دائرة وظيفة الساعي".

ونحن نرى إن الغاية من تجريم إساءة استخدام النفوذ هي الحيلولة دون وقوع الأضرار المترتبة حتما أو المتوقعة من مباشرته واللجوء إليه لتحقيق منافع ومزايا غير مشروعة.

والمصلحة المراد حمايتها بالنصوص القانونية التي تجرم إساءة استعمال النفوذ تتمثل في المحافظة على نزاهة العمل، والنشاط الذي تباشره الإدارة، ومنع استغلال نفوذ الوظيفة العامة إذا كان الجاني موظفا عاما، وصيانة الثقة العامة في الجهاز الإداري إن كان النفوذ الحقيقي أو المزعوم من غير الموظفين العموميين.

الفرع الرابع : الفرق بين جريمة استغلال النفوذ وما يشابهها من الجرائم.

يقصد بالجرائم المشابهة لاستغلال النفوذ كل ما يدخل في حكم استغلال النفوذ من اتجار بالوظيفة والإخلال بواجب النزاهة الذي كان على الموظف التحلي بها، إذ يمكن الخلط بين هذا المصطلح وما يشابهه من مصطلحات تعود عليها كل من الأفراد ودارسي القانون، وعلى هذا كان لزاما تمييز جريمة استغلال الوظيفة عن جريمة الرشوة تم تمييزها عن جريمة إساءة استغلال الوظيفة.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 378.

² - ميسون خلف حمد، جرائم استغلال النفوذ، مجلة جامعة النهرين، المجلد 16، العدد 4، العراق، آذار 2014.

³ - عبد الوهاب صلاح الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 240.

⁴ - محمد إبراهيم الدسوقي علي، الفساد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 338.

أولاً: تمييز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة الرشوة.

تتميز جريمة الرشوة عن جريمة استغلال النفوذ، بأن الرشوة عبارة عن اتجار الموظف العام بأعمال وظيفته عن طريق ما يتلقاه الموظف أو ما يلقي وعدا به أو فائدة أو عطية نظير أداء أو امتناع عن أداء عمل يدخل في نطاق وظيفته¹، في حين أن استغلال النفوذ يقوم على استغلال نفوذ حقيقي أو مزعوم محمله الموظف العام على القيام بعمل معين².

ومثلها مثل أي جريمة يجب أن يتوافر فيها الأركان الثلاثة وهي: الركن المفترض - الركن المادي - الركن المعنوي. فالركن المفترض في جريمة الرشوة فيجب أن تتوافر في مرتكبها صفة الموظف العام ومن في حكمه، فشأنها شأن جريمة استغلال النفوذ، وينبغي أن يكون هذا الموظف مختص بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به.

حيث نجد أن المشرع الجزائري قد حصر جريمة الرشوة في نص واحد، وذلك في الفقرة (02) من المادة (25)³، من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، حيث اشترط بالإضافة أن يتوافر في مرتكب الرشوة السلبية صفة الموظف العمومي، ينبغي أن يكون هذا الموظف مختص بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به، ذلك أن اختصاص الموظف بأداء عمل أو الامتناع عنه بمقابل هو شرط لقيام جريمة الرشوة السلبية، ذلك لأن فكرة الاتجار بالوظيفة كأساس التجريم تنتفي إذا كان الموظف غير مختص بالعمل المطلوب منه، وبالتالي لا تقوم الجريمة⁴.

كذلك نص عليها قانون العقوبات المصري عليها في المواد من (103 إلى 111)⁵، والمشرع الفرنسي في المادة (432-11) من قانون العقوبات الجديد، حيث جمع في هذه المادة نصوص المواد من (177 حتى 182) من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

وفي الركن المادي يقوم الموظف بأخذ أو قبول أو طلب فائدة مادية، أو قيامه بعمل معين أو امتناعه عن القيام بعمل من أعمال وظيفته، وسنوضح في النقاط التالية الصور المختلفة لنشاط المرتشي.

طلب الفائدة: الطلب هو إبداء الرغبة من أحد المخاطبين بنصوص جريمة الرشوة لشخص معين يتضمن مبادلة الفائدة بشكل صريح أو مستتج كأن يعمل أو يؤخر أو أن يمتنع عن أداء عمله لحمل الغير على عرض أو تقديم الهدية أو المنفعة أو الوعد بأحدهما¹.

¹ - عبد الرحمن محمد العيسوي، تحليل ظاهرة الفقر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 245.

² - محمد إبراهيم الدسوقي علي، مرجع سابق، ص 340.

³ - الفقرة الثانية من المادة (25) من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1428 هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14، الصادر في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05/10، المؤرخ في 20 أوت 2010 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010، المعدل بموجب القانون رقم 05/11، المؤرخ في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 44 المؤرخ في 10 أوت 2011.

⁴ - حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 144.

⁵ - رشا فاروق أيوب، جريمة رشوة الموظف العام، المركز المصري للبحوث والمراجع، القاهرة، 2011، ص 03.

وفي حال لم يجد الموظف أذانا صاغية لدى الطرف الآخر فإنه بالتأكيد سيجد صدى لطلبه لدى القانون الذي عاقب على الطلب دون استجابة من الطرف الآخر بوصفه جرما احتياطيا².

ويشترط في مضمون الطلب أن يكون معينا من حيث العمل الوظيفي وافتقاده للتحديد، كأن يطلب الموظف رشوة لمساعدة الراشي في كل ما يتصل بشؤون عمله، فلا تقوم الجريمة لانتفاء النشاط الإجرامي، كما أن الفائدة بحسب الأصل تبقى أن تكون معرفة في الطلب لكن تبقى قابليتها للتحديد وإن كان المتلقي للفائدة شخصا آخر غير المرتشي يفترض هنا تحقق مصلحة ما للمرتشي من تلقي هذا الأخير للفائدة إلى جانب ذلك لا يؤثر طلب الموظف للفائدة لغيره على دوره كفاعل للجريمة³.

أخذ الفائدة وقبول الوعد بها:

الأخذ هو دخول الفائدة المعروضة أو المطلوبة في حيازة المرتشي إذا كانت ذات طبيعة مادية (أو يباشر المرتشي عليها سلطتها إذا كانت ذات طابع معنوي) مع إدارة التصرف فيها.

أما القبول فيتحقق بموافقة المرتشي على عرض ملائم مقدم من الراشي بفائدة لاحقة، سواء كانت هذه الموافقة صريحة القول أو الكتابة أو الإشارة أو موافقة ضمنية يجسدها سلوك الموظف كما لو يشرع الموظف بالقيام بمقابل الفائدة⁴.

والمهم في هاتين الصورتين من صور النشاط الإجرامي أن الراشي هو من يأخذ زمام المبادرة وتكتمل الجريمة بالتوافق، وبصرف النظر عن تنفيذ كل من الراشي والمرتشي لما توافقا عليه، بمعنى أن إحجام الراشي عن تقديم العطية أو تنكب المرتشي عن تنفيذ مقابل الفائدة يقع خارج إطار ماديات الجريمة.

وتختلف جريمة استغلال النفوذ عن الرشوة في أن مقابل الفائدة في استغلال النفوذ هو استغلال النفوذ حقيقي أو مزعوم للحصول أو محاولة الحصول على ميزة ما، أما مقابل الفائدة في الرشوة قيام بعمل من أعمال الوظيفة.

وبذلك تتشابه جريمة استغلال الوظيفة مع جريمة الرشوة في أنها تقع على الإدارة العامة، فهي من الجرائم التي تخل بالمصالح العامة فكلاهما تمس بمصلحة المجتمع والدولة، وهما من الجرائم المخلة بالواجبات الوظيفية من أمانة وانحراف عما يعهد به القانون إلى الموظف من سلطة تقديرية في ممارسة الوظيفة إضافة إلى صفة الجاني وهو الموظف العام.

¹ - رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام، المركز المصري للبحوث والمراجع القاهرة، 2011، ص 239.

² - رفيق محمد سلام، مرجع سابق، ص 240.

³ - محمد أحمد السيد الجوزوري، جريمة التزج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 192.

⁴ - رأفت جوهري رمضان، المسؤولية الجنائية عن أعمال وسائل الإعلام، دار النهضة العربية القاهرة، 2011، ص 36.

ثانيا: تمييز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة استغلال الوظيفة :

تعرف جريمة استغلال الوظيفة على أنها انحراف وإساءة استعمال الموظف لصلاحيات وسلطات وظيفته أو منصبه على نحو يخرق القوانين والتنظيمات بغرض تحقيق مزية غير مستحقة لنفسه أو لغيره، وجريمة استغلال النفوذ وجريمة إساءة استغلال الوظيفة هما جريمتان تمسان بكل من الثقة ونزاهة السلطة العامة والتي يفترض فيها أن تتصرف وفقا لنصوص القانون.

وسنحاول التطرق إلى التمييز بين الجريمتين التي يصعب الفصل بينهما، إذ هناك من ربط جريمة استغلال النفوذ بجريمة استغلال الوظيفة وربطها بها، وهناك بعض التشريعات التي تناولت جريمة استغلال النفوذ واستغلال الوظيفة وجريمة الرشوة في فصل واحد.

1- أوجه التشابه بين جريمة استغلال النفوذ وجريمة استغلال الوظيفة:

تعتبر العلة من تجريم كل من جريمة استغلال النفوذ واستغلال الوظيفة أن كليهما تهبط بكرامة الموظف والوظيفة العامة، وتجعله في منزلة من يتقاضى من الناس إكراميات نظير مجهوده الذي استفادوا منه ويجعله يتجه فيما بعد إلى الرشوة حينما يتبين له أن العمل الوظيفي يمكن أن يكون سبيلا إلى الإثراء غير المشروع، أي أنهما يخلان بالثقة العامة، ونزاهة السلطة التي يفترض فيها أنها تتصرف وفق القانون.

2- أوجه الاختلاف بين جريمة استغلال النفوذ وجريمة استغلال الوظيفة:

تقتضي الجريمة أن يكون الغرض من السلوك المادي للموظف هو الحصول على منافع غير المستحقة، والذي يصعب إثباته في غياب كل من الطلب والقبول، وهو ما يميز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة استغلال الوظيفة، إذ لا يشترط في الجريمة الأخيرة أن يطلب الجاني أو يقبل مزية، بل تقوم عند القيام بعمل أو الامتناع عن أداءه بغرض الحصول من المستفيد من سلوكه على مزية غير مستحقة.

لا تقع جريمة استغلال الوظيفة إلا من الموظف العام الذي تجاوز حدود سلطته الذي حددها له القانون، أما جريمة استغلال النفوذ لا يهم فيها صفة الشخص كان موظفا عاما أولا، ويكون هذا الشخص يتمتع بنفوذ حقيقي أو مزعوم ، ويستعمل هذا النفوذ لجلب أو من أجل تحقيق مزية غير مستحقة.

المطلب الثاني: أركان جريمة استغلال النفوذ

تتكون أي جريمة من ركن مادي ومعنوي، وفي بعض الحالات يشترط المشرع توافر صفة محددة أو واقعة محددة قبل وقوع ركنها المادي.

وهذا يطبق على جريمة استغلال النفوذ، وكافة جرائم المال العام، ولذلك في النقاط التالية سنحاول توضيح أركان هذه الجريمة.

الفرع الأول: الشرط المفترض لجريمة استغلال النفوذ

نلاحظ أن المشرع الجزائري والمشرعين (المصري أو الفرنسي)، في كافة جرائم الاعتداء على المال العام سواء استغلال النفوذ، وجرائم الاختلاس والاستيلاء والتهريب والغدر وغير ذلك من مختلف الجرائم، يشترط توافر شرط مفترض قبل وقوع أركان هذه الجريمة سواء المادي أو المعنوي، ولذلك سنتطرق إلى تعريف الشرط المفترض.

ومن بين التعريفات يعرف الدكتور رأفت جوهرى الشرط المفترض على أنه: "عمل قانوني أو واقعة قانونية أو صفة قانونية لا تقوم الجريمة بدونها، حيث يتحمل الجاني المسؤولية الجنائية الناجمة عن وقوع الجريمة بمجرد اكتمال ركنها المادي والمعنوي، ولكن في بعض الحالات المشرع أوجب توافر عناصر أخرى خارج نطاق الجريمة¹.

وقد تكون إرادية أو صفة في الجاني أو واقعة سابقة على وقوع الجريمة وقد تكون ثانوية ومعاصرة للجريمة وهذه العناصر تسمى بالأركان المفترضة، أي الأركان التي يفترض توافرها وقت مباشرة الفاعل لنشاطه حتى يوصف نشاطه بعدم المشروعية وتقوم به الجريمة².

واشترط المشرع في جريمة استغلال النفوذ، والجرائم الأخرى المرتبطة بالمال العام شرط مفترض يلزم توافره قبل وقوع الجريمة.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 2 فقرة/ ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، على المقصود بالموظف العمومي، وذلك ضمن القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، وذلك على النحو الآتي³:

أ- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا، أو عضو في أحد المجالس الشعبية المنتخبة، سواء كان معينا أو منتخبا دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

ب- كل شخص آخر يتولى -ولو مؤقتا- وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، وأية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

ج - كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

أما المشرع الجنائي الفرنسي لم يضع تعريفا محددا للموظف العام في خصوص جرائم الاعتداء على الأموال العامة، مكتفيا ببيان المقصود بالموظف العام بصدد كل جريمة على حدا، هذا بخلاف الفقه والقضاء اللذين اتجها نحو تحديد صفة الموظف العام في هذه الجرائم حيث أعطيا له مدلولاً واسعاً.

¹ - رأفت جوهرى رمضان، مرجع سابق، ص 121.

² - سيد عتيق، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 203.

³ - المادة 02 الفقرة/ ب من قانون الفساد ومكافحته الجزائري، السالف الذكر.

فيعتبر موظفا عاما كل من أسند إليه عملا له صفة العمومية، ويستوي أن يكون هذا العمل المسند إليه بموجب القوانين أو اللوائح أو القرارات الإدارية، فيعتبر من الموظفين العموميين حكام الأقاليم والعمد والمشايخ ورجال البوليس والعاملين بمجال التمريض، ومأموري الجمارك والعاملين بأمن السجون والمكلفين بحراسة الأموال العامة ومفتشي الصحة والقضاة والقادة العسكريين¹.

وباستقراء النصوص القانونية في قانون العقوبات الفرنسي، والتي تناولت مصطلح الموظف العام ومن في حكمه نستطيع أن نبين أن المشرع الجنائي الفرنسي لم يعتنق مفهوما واحدا للموظف العام وإنما اختلف الأمر من نص جنائي إلى آخر، ويجب لكي يتم تطبيق هذا النص الوقوف بدءا على المقصود بالموظف العام في كل حالة أو في كل نص من تلك النصوص.

وبالرجوع إلى مفهوم الموظف العام في الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة العامة، وبالتحديد في الجريمة محل دراستنا في قانون العقوبات الفرنسي، نجد أن المشرع الجنائي الفرنسي قد توسع في الأشخاص الذين يعدون موظفون عموميون في نطاق جريمة الرشوة واستغلال النفوذ على النحو الوارد بنص المادة (11/432)² من قانون العقوبات الجديد (وهو النص الذي يقابل نصوص المواد من 177 إلى 182 من قانون العقوبات القديم)، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: " يعاقب بالحبس مدة عشرة أعوام والغرامة 1000000 يورو كل شخص من موظفي السلطة العامة، أو مكلف بمهام مرفق عام، أو صاحب تمثيل نيابي عام، طلب، أو قبل بدون وجه حق، وسواء بطريق مباشر أم غير مباشر، عروضا، أو وعودا أو منحا، أو مميزات من أي نوع: سواء لانجاز أو للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته، أو مهمته، لو نيابته، أو تسهيله بطريق وظيفته، أو مهمته...."

ونص المشرع المصري في قانون العقوبات على مفهوم الموظف العام في المادة (111-119) مكرر منه حيث تناول الأشخاص المخاطبون بجريمة استغلال النفوذ بإيجاز كالآتي:

¹ - محمد سامي العواني، الأحكام العامة لجرائم العدوان على المال العام، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص 219 وما بعدها.

² - Article 432/11 modifié par Loi N° 2011- 1117 du 6 décembre 2011 Art 6 "Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 EURO dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :
1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa Fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;
2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable".

1- أشخاص تتوافر صفة الموظف العام بحسب الأصل:

وهم القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الدولة ووحدات الإدارة المحلية ومنصوص عليهم في الفقرة الأولى من المادة (119 مكرر) من قانون العقوبات.¹

والملاحظ مما ورد النص عليهم في هذه الفقرة يعدون موظفين عموميين في التعريف الإداري للموظف العام، ومن ثم لم تجئ هذه الفقرة بمفهوم جديد أو مضاف إلى تعريف الموظف العام.

2- أشخاص تتوفر فيهم صفة الموظف العام حكما:

وهؤلاء لا يعتبرون موظفين عموميين بحسب الأصل العام، ولكن اعتبرهم المشرع الجنائي كذلك في خصوص جرائم المال العام في قانون العقوبات وتشمل هذه الطائفة كافة الأشخاص الواردة ببقية فقرات المادة (119 مكرر) من قانون العقوبات.²

وخلاصة لما سبق يمكننا تعريف الموظف العام بأنه: "كل من يؤدي خدمة عامة ليدير مرفقا عاما ويعمل في جهة اعتبر المشرع مالها يعد مالا عاما".

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ:

تتكون أي جريمة من ركن مادي ومعنوي، أما عن ركنها المادي فهو الكيان المحسوس في الجريمة، والتي يجعل لها كيان محسوس في المجتمع.³

وبالرجوع إلى كل من القانون الجزائري والقانونين المصري والفرنسي، نجد أنهما أوجبا من أجل تحقق الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ، أن يطلب الجاني أو يقبل أي مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر لكي يستغل ذلك الموظف العام نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو أي سلطة عامة على منافع غير مستحقة. وبهذا فإن الركن المادي في هذه الجريمة يأخذ عدة صور نتولى تفصيلها في العناصر التالية:

- أولا: طلب الفائدة:

فالطلب هو إبداء الرغبة من أحد المخاطبين بنصوص جريمة استغلال النفوذ لشخص معين يتضمن مبادلة الفائدة بشكل صريح أو مستتج كأن يعمل أو يؤخر أو أن يمتنع عن أداء عمله لحمل الغير على عرض أو تقديم الهدية أو المنفعة أو الوعد بأحدهما.¹

¹ - رفيق محمد سلام، مرجع سابق، ص 235.

² - حيث تشمل كل من:

أ- رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرها ممن لهم صفة نيابية سواء كانوا معينين أو منتخبين.

ب- أفراد القوات المسلحة.

ج- كل من فوضته إحدى السلطات العامة في القيام بعمل معين في حدود العمل المفوض فيه، المادة (119) مكرر، من قانون العقوبات المصري.

³ - رشا فاروق أيوب، مرجع سابق، ص 06.

وفي حال لم يجد الموظف أذانا صاغية لدى الطرف الآخر فإنه بالتأكيد سيجد صدى لطلبه لدى القانون الذي عاقب على الطلب دون استجابة من الطرف الآخر بوصفه جرما احتياطيا².

ويشترط في مضمون الطلب أن يكون معينا من حيث العمل الوظيفي وافتقاده للتحديد، كأن يطلب الموظف رشوة لمساعدة الراشي في كل ما يتصل بشؤون عمله، فلا تقوم الجريمة لانتهاء النشاط الإجرامي، كما أن الفائدة بحسب الأصل تبقى أن تكون معرفة في الطلب لكن تبقى قابليتها للتحديد وإن كان المتلقي للفائدة شخصا آخر غير المرتشي يفترض هنا تحقق مصلحة ما للمرتشي من تلقي هذا الأخير للفائدة إلى جانب ذلك لا يؤثر طلب الموظف للفائدة لغيره على دوره كفاعل للجريمة³.

-ثانيا: التعسف في استعمال النفوذ:

أن يتذرع الجاني في الطلب أو القبول أو الأخذ العطية الغير مستحقة بنفوذه الحقيقي أو المزعوم، فإذا كان النفوذ حقيقيا فإن الجاني يسيء استعمال النفوذ الذي تكسبه وظيفته أو صفته، وإذا كان النفوذ مزعوما فإن الجاني يجمع بين الغش الذي لا يشترط أن يرقى إلى الطرق الاحتيالية لجريمة النصب للإضرار بالثقة الواجبة في المصالح الحكومية باستعمال النفوذ المزعوم.

ثالثا: الغرض من استعمال النفوذ

إن الغرض من استعمال النفوذ سواء كان حقيقيا أو مزعوما هو الحصول أو محاولة الحصول على مزية غير مستحقة من سلطة عامة، ومحاولة إيهام المجني عليه بأنه سيحقق له هذه المزية⁴.

ويشترط لقيام جريمة استغلال النفوذ، أن يمارس الجاني نفوذه من أجل الحصول على منفعة لغيره وليس من أجل نفسه، وهذا ما يميز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة الرشوة السلبية، وهكذا قضى في فرنسا إن جريمة استغلال النفوذ هي جريمة الوسيط intermediaries.

وهذا ما يستشف من نص المادة 2/32 من قانون الفساد الجزائري التي تشترط أن يقوم الجاني بسلوكه من الحصول من إدارة أو سلطة عامة على منافع غير مستحقة⁵.

فما المقصود بالمنافع؟ وما هي شروطها.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري في قانون الفساد ومكافحته في نص المادة 32 /الفقرة الأولى والثانية منها، لجأ إلى إدراج مصطلحات ذات مدلول واسع فاستعمل " المنافع غير المستحقة" و " المزية غير المستحقة"¹.

¹ - رفيق محمد سلام، مرجع سابق، ص 239.

² - رفيق محمد سلام، المرجع نفسه، ص 240.

³ - محمد أحمد السيد الجوزوري، مرجع سابق، 2001، ص 192.

⁴ - أنور العمروسي، جرائم الأموال العامة والرشوة - الاختلاس - الاستيلاء التربح - الغدر -، دار العدالة، القاهرة، دون سنة نشر، ص 256.

⁵ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 100.

فمعى المنافع التي يحصل عليها من إدارة أو سلطة عامة ، كل ما يصدر عن الإدارات والسلطات العمومية من أوامر وقرارات وأحكام في مصلحة صاحب الحاجة.

وبهذا فان المادة 2/32 من قانون مكافحة الفساد الجزائري تشترط ضرورة توافر شرطين من اجل قيام الجريمة وهما:

1- أن يتم الحصول على المنافع من إدارة أو سلطة عامة.

2- أن تكون المنافع غير مستحقة.

3- الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة استغلال النفوذ

انتهى عصر المسؤولية الجنائية القائمة على السلوك المادي البحث، حيث يلزم لقيام مسؤولية الجاني توافر سلوك إجرامي، بالإضافة إلى توافر حالة من حالات معينة تكون فيها الإرادة متجهة نحو السلوك وهذا هو الركن المعنوي.

فالركن المعنوي هو الحالة النفسية التي تكون فيها الإرادة عند اتجاهها نحو السلوك الإجرامي، وبالتالي فإذا اتجهت الإرادة المعتد بها نحو السلوك والنتيجة فتكون الجريمة عمدية، أما إذا اتجهت الإرادة نحو السلوك الإجرامي دون النتيجة فتكون الجريمة غير عمدية، أما إذا اتجهت دون إرادة معبرة قانونا فلا تتوافر المسؤولية على الإطلاق، بالإضافة إلى أن الخطأ غير العمدى له صوره وعناصره التي يلزم توافره لكي يكون بصدد جريمة غير عمدية.

ويعد القصد الجنائي أي التعمد هو المقابل للخطأ غير العمدى، ويلزم لتوافره توافر معه العلم بعناصر الجريمة.

هذا إلى جانب أن القصد العام والمباشر، ولكن قد يشترط المشرع توافر عناصر أخرى إلى جانب العناصر الأساسية في القصد العام، وهذا ما يسمى بالقصد الخاص.

وهذه القواعد العامة تطبق على كافة جرائم الموظف العام، وهذا ما سنوضحه في النقاط التالية:

اولا: التعمد في جرائم الموظف العام

ثانيا: الإرادة في جرائم الموظف العام.

اولا: التعمد في جرائم الموظف العام

تعرضنا فيما مضى لعناصر الركن المادي، ولكن تحقق تلك المقومات لا يكفي في ذاته للقول بقيام الجريمة، إذ ينبغي أن تتعاصر مع هذه العناصر إرادة إجرامية استطاعت أن تبعث هذه العناصر إلى الوجود، ذلك لأنه إذا كان من الضروري أن تكون واقعة إجرامية لها ماديته، فإن السلوك الإنساني الذي سببها يجب أن يكون آثما أو يتوافر في حقه على الأقل الخطأ غير العمدى، حتى يكون هناك وجه للمساءلة الجنائية.²

¹ - وبالرجوع إلى المادة 128 من قانون العقوبات الملغاة نجد أن المشرع الجزائري أورد مصطلحات عديدة لإبراز الغرض من استغلال النفوذ نذكر منها: الحصول على

أنواط، أو أوسمة أو ميزات ومكافآت أو وظائف وخدمات.... الخ .

² - رأفت جوهري رمضان، المرجع نفسه، ص 100.

وسبق أن أوضحنا أن لتوافر العمد لابد معه توافر العلم والإرادة لدى الجاني، ولذلك سنتطرق إلى عناصر القصد الجنائي في جرائم الموظف العام وهو العلم والإرادة وذلك على النحو التالي:

1: عناصر العلم بعناصر الجريمة المرتكبة من الموظف العام.

2: العلم بعناصر الاعتداء.

1: عناصر العلم بعناصر الجريمة المرتكبة من الموظف العام.

العلم هو أحد العنصرين اللذين يتوافر لهما القصد الجنائي لدى الجاني، ويجب أن يشتمل علمه على الوقائع التي تتكون منها الجريمة¹.

وبعبارة أخرى يتحقق القصد الجنائي إذا تحقق علم الجاني بالفعل والنتيجة مع إرادة الفعل وتوقع النتيجة².

فدراسة العلم هي تحديد للوقائع والأمور التي يتعين أن يحيط بها الجاني، حتى يعد القصد الجنائي متوافرا، ولم يتضمن القانون نصوصا تحسم ذلك ومن ثم لم يكن مفر من الاحتكام إلى القواعد العامة، وتقضي هذه القواعد بوجوب إحاطة العلم بكل واقعة أو تكييف ذي أهمية في بيان الجريمة، ولكن هذا الأصل ليس مطلقا، فثمة ما يخرج من عناصر الجريمة عن نطاق العلم، وهذا الخروج هو على سبيل الاستثناء وتبرره اعتبارات خاصة بهذه العناصر³.

أما جرائم الموظف العام فهي يلزم فيها قيام تعمد العلم بعناصر الجريمة، العلم بصفة الموظف العام والمال العام، وكذلك العلم بالاختصاص، والعلم بالاعتداء على المال العام، ولكن هناك من العناصر التي لا يلزم توافر العلم بها لوقوع الجريمة⁴، وهذا ما سنوضحه في الآتي:

1- العلم بالصفة العمومية والاختصاص

2- العلم بالاعتداء

1 - العلم بالصفة العمومية والاختصاص:

ينصرف عنصر العلم إلى العناصر المكونة للواقعة، فلا بد من علم الجاني بصفة المال وكونه مالا عاما مملوكا للدولة، وكذلك بوجوب علمه بصفته كموظف عام، وكذلك يجب أن يثبت بهذه الصفة ووجود الرابطة الوظيفية بينه وبين العمل⁵.

¹ - أيمن محمد أبو علم، جريمة التزجج في التشريع المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 236.

² - رفيق محمد سلام، مرجع سابق، ص 331.

³ - محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 280.

⁴ - حسنين إبراهيم عبيد، القصد الجنائي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، بحث منشور في مجلة القضاة الفصلية، العدد الثاني، السنة العشرون (يوليو-ديسمبر 1987).

⁵ - محمد أحمد السيد الجنزوري، مرجع سابق، ص 208.

فإذا انتفى العلم لدى الجاني بهذه الصفة وقت ارتكاب السلوك الإجرامي انتفى القصد لديه، ومثل ذلك الموظف الذي أحيل للمعاش وانقطعت صلته بالوظيفة ثم صدر قرار بتعيينه بعقد مؤقت لمدة محددة وارتكب هذا الفعل المؤثم دون أن يدري بصدور قرار التعيين.

ويجب أن يتوافر لدى الجاني- فضلا عن علمه بصفته الوظيفية- العلم باختصاصه الوظيفي سواء تجدد هذا الاختصاص بموجب قانون أو لائحة أو قرار إداري أو تكليف شفوي أو كتابي، ويتعين أن يتوافر هذا العلم وقت ارتكاب السلوك الإجرامي، فإذا انتفى علم الجاني بأنه مختص بالعمل أو بجزء منه وقت ارتكابه النشاط المادي للجريمة فلا تتحقق مسؤوليته عن فعله لانتفاء القصد الجنائي لديه، ويطبق هذا على جريمة الرشوة بحيث يلزم لتوافر ارتكابها توافر عنصر العلم بالصفة الوظيفية، أن يكون الموظف عالما بأنه موظف عام، وأنه مختص أو على الأقل له صلة بالعمل أو الامتناع الذي وعد بأدائه مقابل المنفعة¹.

أما إذا توافر لدى الجاني الجهل بالصفة الوظيفية، وكان هذا الجهل راجعا للوقائع أو الظروف المادية التي أحاطت بالوظيفة، فلا تتوافر أركان جريمة الرشوة.

وتتشابه جريمة استغلال النفوذ مع جرائم الاعتداء على المال العام (الاختلاس، التزج، الغدر، أخذ فوائد بصفة غير قانونية) بوجود توافر العلم بالصفة العمومية، ولكن من المتفق عليه أن هناك قرينة تقبل إثبات العكس وأن الجاني يعلم بهذه الصفة وعلى من يدعي عكس ذلك عليه الإثبات.

2 - العلم بعناصر الاعتداء:

إن دراسة العلم هو تحديد الوقائع والأمر التي يتعين أن يحيط بها حتى يعد القصد الجنائي متوافرا، وتمييزها عما يستوي في نظر القانون العلم والجهل به، ولم يتضمن القانون نصوصا لحسم ذلك، ولذلك يلزم الرجوع إلى القواعد العامة، وقد يكون العلم واقع وذات كيان مادي، وقد يكون محله مجرد تكييف.

وكذلك في جرائم الموظف العام- جريمة استغلال النفوذ- هنالك من الوقائع التي يلزم توافر العلم بها ووقائع يستوي علم الجاني بها، أو جهله بمقوماتها لثبوت توافر القصد الجنائي.

وتعد العناصر التي يلزم توافر العلم بها هي العناصر الأساسية التي تعبر على إصرار الإدارة على الإجرام رغم توافر هذه العناصر، وتؤكد على أن الجاني على دراية كافية بأن هذا يعد اعتداء على الحق الذي يحميه.

أما عنصر الإرادة في الجريمة فينبغي أن تتجه إرادة صاحب النفوذ إلى طلب أو قبول العطية أو الوعد بها، وليس من الضروري أن تتجه نية الفاعل إلى استعمال النفوذ للحصول أو لمحاولة الحصول على المزية المطلوبة فلا يؤثر في قيام حركة الجريمة إن يكون الفاعل قاصدا منذ البداية عدم استعمال نفوذه لدى السلطة العامة.

¹ - رأفت جوهري رمضان، مرجع سابق، ص 76.

المبحث الثاني: العقوبات المقررة لجريمة استغلال النفوذ في كل من القانون الجزائري والقانونين (الفرنسي والمصري).

من المتعارف عليه أنه لا توجد جريمة بدون عقاب، ولا يوجد عقاب إلا بناء على نص في القانون، والعقوبة هي الجزاء، أو الإيلاء الذي ينص عليه القانون ويوقعه القاضي باسم المجتمع وذلك على من ثبت نسبة الجريمة إليه ومسؤوليته عنها¹.

المطلب الأول: العقوبات الأصلية المقررة لجريمة استغلال النفوذ في القانون لجزائري والقانونين (المصري والفرنسي).

تقسم العقوبات إلى أقسام متعددة حسب الأساس الذي يتخذ كمييار للتقسيم، ومن ضمن هذه التقسيمات تقسيمها من حيث أصلتها وتبعيتها إلى عقوبات أصلية وتكميلية وتبعية. لقد تعددت التعاريف التي تناولت تعريف العقوبة الأصلية، حيث عرفها البعض على "أنها الجزاء الأساسي المقرر للجريمة، ويجب على المحكمة النطق به"². والبعض الآخر عرفها على أنها، "ما جعله القانون جزاء للجريمة ونص عليه في قانون العقوبات أو القوانين المكملة، بحيث يجوز الاكتفاء به دون حاجة إلى تدعيمه بجزاء آخر"³. وعليه فقد نص كل من المشرع الجزائري، والمشرعين (المصري والفرنسي) على مجموعة من العقوبات الأصلية لتكون جزاء رادع لكل موظف عام أو من في حكمه، تسول له نفسه الاعتداء على المال العام بصفة خاصة والمصلحة العامة عموماً.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية في التشريع الجزائري.

سنتطرق أولاً إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، ثم نتناول العقوبات المقررة للشخص المعنوي في حالة ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

أولاً: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

إن أهم ما يميز قانون مكافحة الفساد الجزائري هو تخليه عن العقوبات الجنائية، واستبدالها بعقوبات جنحية، وتنطبق هذه القاعدة على كافة صور جرائم الفساد. ولقد حدد المشرع الجزائري عقوبة أصلية لأغلب صور الفساد الإداري، وبالرجوع إلى الجريمة محل الدراسة، نجد أن المشرع قد وحد العقوبات المقررة لهذه الجرائم.

¹ - محمد سامي العواني، مرجع سابق، ص 233.

² - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1991، ص 619.

³ - محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 712.

حيث تطرق المشرع إلى هذه الجريمة ضمن قانون رقم 01/06، حيث عاقب عليها بموجب المادة (32)، منه وهي نفس العقوبة المقررة لسائر جرائم الفساد، وهي: من سنتين إلى 10 سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج. إن المشرع الجزائري، مقارنة مع المادة (128)¹، من قانون العقوبات الجزائري الملغى قد قام بتشديد العقاب سواء بالنسبة للحبس أو الغرامة.

ثانياً: العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

لقد نصت المادة (53) من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، على أن الشخص الاعتباري يكون مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، بما فيها الجرائم محل الدراسة، وذلك وفق القواعد المقررة في قانون العقوبات.

ويسأل جزائياً طبقاً لنص المادة (51) مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، كل الأشخاص المعنوية باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، ويكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك، ولقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.²

وكذلك فإن متابعة الشخص الطبيعي ليست شرطاً ضرورياً لمساءلة الشخص المعنوي، وهكذا فإن وفاة الشخص الطبيعي على سبيل المثال لا يحول دون متابعة الشخص عن الجريمة التي ارتكبها الأول لحساب الثاني.³

ولقد افرد المشرع الجزائري للشخص المعنوي المدان في إحدى جرائم الفساد الإداري عقوبة أصلية وحيدة تتمثل في الغرامة، حيث تناول المشرع هذه العقوبات في المادة (18) مكرر من قانون العقوبات.

وباعتبار أن الجريمة محل دراستنا هي جنحة ومن ثم فإن المادة (18) مكرر الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على أنه: "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح هي:

الغرامة التي تساوي من (01) إلى (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب الجريمة".⁴

تتمثل عقوبة استغلال النفوذ في الغرامة المالية من 500.000 دج إلى 1000.000 دج، ومن الأسباب التي جعلت المشرع الجزائري يقتصر على العقوبة المالية دون العقوبة السالبة للحرية، وهو نتيجة الطبيعة الخاصة

¹ - حيث نصت المادة (128) من الأمر 156/66، متضمن قانون العقوبات، سالف الذكر، على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة مالية من 500 دج إلى 5000 دج.

² - المادة (51) مكرر من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

³ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 213.

⁴ - المادة (18) مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

للشخص المعنوي والتي تفرض عدم صلاحياته لهذه العقوبة، وكذلك نجد أن المشرع الجزائري قد شدد في العقوبة المالية في جرائم الفساد وذلك من أجل الموازنة بين عقوبة الشخص الطبيعي المدان في جرائم الفساد الإداري، والتي تتمثل في عقوبتين تتمثل في كل من العقوبة السالبة للحرية والثانية في الغرامة المالية، وباعتبار أن العقوبة السالبة للحرية لا يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي فقد رأى أن مقتضيات المحافظة على المصلحة العامة والاستقرار، كل هذا يتطلب مضاعفة مبالغ الغرامة المحكوم بها على الشخص المعنوي.

الفرع الثاني: العقوبات الأصلية في التشريع المصري.

حدد المشرع المصري عقوبة أصلية لكل الجرائم التي تقع على كل من جريمة الرشوة، وجرائم الأموال العامة:

لقد ميز المشرع المصري فيما يخص بتحديد عقوبة جريمة استغلال النفوذ بين فرضين :

الأول: أن يكون مستغل النفوذ موظفا عاما، وفي هذه الحالة تطبق عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 104 من قانون العقوبات، وهي السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به، فضلا عن المصادرة والعقوبات التبعية المنصوص عليها في المادة 25 من قانون العقوبات.¹

الثاني: أن يكون مستغل النفوذ ليس موظفا عاما، وفي هذه الحالة تعتبر جريمته جنحة يعاقب عليها بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه، أو بإحدى العقوبتين فقط فضلا عن المصادرة والعقوبات التبعية المنصوص عليها في المادة 25 من قانون العقوبات، وعلة التخفيف هنا لأن غير الموظف لا يحمل أمانة وظيفية عامة ولا يلزم به الموظف العام من واجبات، ومن ثم كان جرمه أخف وأقل في خطورته على المجتمع.

الفرع الثالث: العقوبات الأصلية في التشريع الفرنسي.

لقد خصص المشرع الفرنسي مجموعة من العقوبات الأصلية على كل من جريمة استغلال النفوذ، و الجرائم التي تقع على الأموال العامة.

بالنسبة لجريمة استغلال النفوذ، والمنصوص عليهما في المادة 432-11 من قانون العقوبات الجديد، نجد أن المشرع الفرنسي قد خصص لهذه الجريمة عقوبة تتراوح مدتها عشرة أعوام وبغرامة تقدر 1.000.000 يورو.²

والملاحظ أن المشرع الفرنسي قام برفع مبلغ الغرامة المخصص لهذه الجريمة، مقارنة بالقانون السابق، وذلك بسبب خطورة هذه الجريمة، وانتشارها بشكل كبير، وما تخلفه من نتائج سلبية على الاقتصاد من ناحية وعلى المصلحة العامة من ناحية أخرى.

وكذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد جمع نصوص كل من جريمة الرشوة واستغلال النفوذ في قانون العقوبات الجديد في نص واحد، مقارنة بالقانون القديم حيث كانت موزعة بين المواد 177-182 من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

¹ - المادة (104) من قانون العقوبات المصري.

² - انظر المادة 432/ 11 من القانون الفرنسي، السالف الذكر.

المطلب الثاني: العقوبات التكميلية المقررة لجريمة استغلال النفوذ.

العقوبات التكميلية، هي عقوبات مكملة للعقوبات الأصلية، لا يمكن النطق بها وحدها إلا إذا كانت المحكمة قد نطقت بعقوبة أصلية، وإذا ما أرادت المحكمة توقيعهما على المدان يجب أن تنطق بهما في الحكم.

الفرع الأول: العقوبات التكميلية في التشريع الجزائري.

لقد نصت المادة (50) من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته على أنه: يجوز الحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.

أولاً: العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

يجوز لهيئة المحكمة توقيع العقوبات التكميلية على الجاني المرتكب لجريمة استغلال النفوذ، ومختلف جرائم الفساد الإداري المنصوص عليها في المادة (9) من قانون العقوبات، وهذا ما نصت عليه المادة (50) صراحة من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وتتمثل العقوبات التكميلية في:

- 1- تحديد الإقامة.
- 2- المنع من الإقامة.
- 3- الحرمان من مباشرة بعض الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.
- 4- المصادرة الجزائية للأموال.
- 5- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.
- 6- إغلاق المؤسسة.
- 7- الإقصاء من الصفقات العمومية.
- 8- الحظر من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع.
- 9- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها من المنع من استصدار رخصة جديدة.
- 10- سحب جواز السفر.
- 11- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.¹

¹ - المادة (50) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري.

ثانيا: العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

لقد نص عليها البند الثاني من المادة (18) مكرر بقولها: "تطبق على الشخص المعنوي واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- مصادرة الشيء الذي يستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية في التشريع المصري.

لقد اقر القانون المصري، بالإضافة إلى العقوبات الأصلية عقوبتان تكميليتان هما الغرامة النسبية والمصادرة وهذا بالنسبة لجريمة الرشوة، إضافة إلى عقوبة العزل بالنسبة لجريمة استغلال النفوذ وباقي جرائم الاعتداء على الأموال العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 118 من قانون العقوبات المصري.

وبالرجوع إلى نص المادة (118) من قانون العقوبات المصري والتي نصت: "فضلا عن العقوبات المقررة للجرائم المذكور في المادة (113/112) فقرة أولى وثانية ورابعة 113 مكرر فقرة أولى مواد (115/114)، يعزل الجاني من وظيفته أو تزول صفته كما يحكم عليه في الجرائم سابقة الذكر بالرد وبغرامة مساوية لقيمة ما اختلسه أو استولى عليه أو حصله أو طلبه من مال أو منفعة على أن لا تقل عن خمسمائة جنيه".¹

وبذلك تكون تلك المادة قد نصت على ثلاثة من العقوبات التكميلية وهي:

العزل والغرامة النسبية والرد.

الفرع الثالث : العقوبات التكميلية لجرائم العدوان على المال العام في التشريع الفرنسي:

نص المشرع الفرنسي، في قانون العقوبات الجديد في المادة (17/432) على العقوبات التكميلية لجرائم الاعتداء على الأموال العامة، وهي نفسها المقررة في القانون القديم، والتي يجب على القاضي أن ينطق بها في حالة

¹ - المادة 118 من قانون العقوبات المصري ، السالف الذكر

حكمه بالإدانة، وهذه العقوبات منها ما يتسم بالوجوب ومنها ما هو له صفة الجواز، والتي نظمتهما كل من المواد (21/131) والمادة (26/131) والمادة (27/131) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.¹

أما العقوبات التكميلية الوجوبية، فنجد أن المشرع قد نص على عقوبتين تتمثل في كل من: المصادرة والرد.²

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة لجريمة استغلال النفوذ في القانون الجزائري والقانونين (المصري والفرنسي) نخلص إلى نتائج وتوصيات نوجزها فيما يلي:

أولا - النتائج:

- لقد أصبحت ظاهرة استغلال النفوذ في العصر الحديث من أخطر صور الفساد الإداري التي تعاني منها اغلب الدول ، لما تخلفه من أثار جسيمة على حسن أداء الإدارة، والعبث بالوظيفة العامة والإخلال بالثقة ، والإضرار بمصالح الدولة.
- اتفاق التشريعات محل الدراسة في أن المصلحة المراد حمايتها في هذه الجريمة هي الحفاظ على نزاهة الوظيفة العامة.
- اتفاق التشريعات محل الدراسة على اشتراط اختصاص الموظف بالعمل الوظيفي لتحميله المسؤولية الجزائية عن جريمة استغلال النفوذ.
- اتفاق التشريعين المصري والفرنسي في تقرير عقوبة أصلية لكل جريمة من الجرائم محل الدراسة على حدة إلا أنهما يختلفان مع التشريع الجزائري في ذلك، ذلك لكون المشرع الجزائري نص على عقوبة أصلية واحدة لأغلب جرائم الاعتداء على المال العام.
- اختلاف التشريع الجزائري، عن كل من (التشريعين المصري والفرنسي)، حيث نجده قد افرد نصا خاصا لهذه الجريمة، وهذا مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي نص عليها إلى جانب جريمة الرشوة، وكذلك التشريع المصري الذي اعتبرها صورة من صور الرشوة.

¹ - محمد أحمد السيد الجنزوري، مرجع سابق، ص 765.

² - أيمن محمد أبو علم، مرجع سابق، ص 296.

- بالنسبة للعقوبات التكميلية: نلاحظ اختلاف في العقوبات المقررة بالنسبة للتشريعات محل المقارنة، فالمشرع الجزائري استحدث عقوبات تكميلية جديدة، بموجب قانون الفساد وهذا بالإضافة إلى المنصوص عليها في قانون العقوبات، حيث نص على عقوبات تكميلية تسري على جميع جريمة استغلال النفوذ ، على خلاف التشريع المصري والفرنسي اللذان حدد لجريمة الرشوة وملحقاتها عقوبات تكميلية، وجرائم الاعتداء على الأموال العامة عقوبات تكميلية أخرى.

ثانيا- التوصيات:

- من الضروري أن تتوخى القوانين محل الدراسة الدقة والوضوح في تحديد مفهوم استغلال النفوذ الذي يخضع للتجريم والعقاب.
- على المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الفساد ، مراجعة العقوبة بين صاحب النفوذ وصاحب الحاجة لأنها فيها نوع من اللامساواة ، لأن صاحب النفوذ يعتبر طرف قوي مقارنة بصاحب الحاجة الذي يهدف الى الحصول على المزية المستحقة قانونا من السلطات العامة.
- تعزيز آليات مكافحة الفساد ومنها جريمة استغلال النفوذ والإخلال بواجبات الوظيفة العامة.
- ضرورة التأكيد على أهمية التطبيق الفعلي لنصوص الخاصة بالاقرار الخاصة بالممتلكات والذمم المالية لمقلدي الوظائف العليا والمناصب السياسية
- نشر ثقافة الإخلاص وعدم التعدي على نزاهة الوظيفة العامة بين افراد المجتمع، ولأنها شيء مقدس لاستمرار المجتمع ونشر العدل والمساواة .

قائمة المراجع والمصادر:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- القرآن الكريم

2 - معاجم اللغة والقواميس:

أ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار المعارف القاهرة، دون سنة نشر.

3- النصوص القانونية والتنظيمية:

أ- القانون رقم: 01/06 المؤرخ في: 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 05/10 المؤرخ في 26/08/2010، الجريدة الرسمية، العدد 50 لسنة 2010، والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 15/11، المؤرخ في، 02/08/2011، الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2011.

4- الكتب

- 1- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 2- أيمن محمد أبو علم، جريمة الترشح في التشريع المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، دار هومة الجزائر، 2007.
- 4- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، دار هومة الجزائر، 2007.
- 5- أنور العمروسي، جرائم الأموال العامة والرشوة - الاختلاس - الاستيلاء الترشح - الغدر -، دار العدالة ، القاهرة، دون سنة نشر،
- 6- بكري يوسف بكري يوسف، قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، دار الوفاء القانونية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، القاهرة 2014.
- 7- بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- 8- رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام، المركز المصري للبحوث والمراجع القاهرة، 2011.
- 9- رأفت جوهري رمضان، المسؤولية الجنائية عن أعمال وسائل الإعلام، دار النهضة العربية القاهرة، 2011.
- 10- رشا فاروق أيوب، جريمة رشوة الموظف العام، المركز المصري للبحوث والمراجع، القاهرة، 2011.
- 11- سيد عتيق، شرح قانون العقوبات ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 12- عبد الرحمان محمد العيسوي، تحليل ظاهرة الفقر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009.
- 13- محمد أحمد السيد الجزوري، جريمة الترشح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 14- محمد إبراهيم الدسوقي علي، الفساد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- 15- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، 2005.

3- الرسائل العلمية:

- 1- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012/2013.
- 2- محمد سامي العواني، الأحكام العامة لجرائم العدوان على المال العام، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.

6-المقالات العلمية والدوريات:

- 1 - حسنين إبراهيم، القصد الجنائي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، مجلة القضاة الفصلية، العدد الثاني، السنة العشرون (يوليو-ديسمبر 1987).
- 2- ميسون خلف حمد، جرائم استغلال النفوذ، مجلة جامعة النهريين، المجلد 16، العدد 4، العراق، آذار 2014.

حكم تصرف الواهب مريض الموت وإمكانية تطبيقه على الواهب المصاب بكوفيد 19

Provision of Donator Last Ill behavior and the ability of its Implementation on the donator Infected with COVID-19

ب-عائشة حنانة- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي جامعة محمد الخامس المغرب

الملخص :

لا شك أن الواهب هو الخاسر والمتضرر الحقيقي من عقد الهبة لأنها تفقير لذمته ولا ينال فيها العوض، الشيء الذي جعل كل من الفقه والقانون يتشددان في أهلية الواهب بوضع مجموعة من الشروط والقيود التي تحد من حريته المطلقة في القيام بأعمال وتصرفات تبرعية في بعض الحالات الاستثنائية التي بسببها يمنع الشخص من التصرف في ملكه. لعل من أهم هذه الحالات حالة مرض الموت، وتعد هذه الأخيرة بمثابة مرتبط الفرس في هذا المقال، حيث تقيد تصرفات الواهب مريض الموت وتطبق عليه أحكام الوصية حتى لا يعثب بحقوق الورثة والدائنين. كما حاولنا في هذا المقال معالجة إشكالية مدى إمكانية تطبيق حكم الواهب مريض الموت على الواهب المريض بفيروس كوفيد 19 كمرض مستجد خلف أزمة صحية في العالم بأسره، فالشخص المصاب بالفيروس قد يقوم بأعمال وتصرفات قانونية عوضية كانت أو غير عوضية، بيد أن التصرفات العوضية يجريها دون اعتراض من أحد شرط ألا تكون فيها محاباة، في حين تخضع التصرفات الغير عوضية المتعلقة بالهبة لأحكام الوصية كما هو الحال لدى مريض الموت.

الكلمات المفتاحية: حكم -الواهب-مرض الموت- كوفيد 19.

Abstract:

Undoubtedly, the donator is the loser and the real aggrieved of the engagement of donation; since it is impoverishment for his protection, and he get no compensation of it, what makes both jurisprudence and law intensify in the donator's capacity making a set of conditions and restrictions limits his absolute freedom for prosecuting donative actions and behaviors in some extraordinary cases which is because of it person is prohibited from acting in his property. Perhaps, the most important case of those is extremis, this latter is considered as the point of this essay, since the donator's acts restrict the bedfast and implement the provision of will on him in order not to mess the rights of heirs and creditors. In this essay, we have also tried to problematize the extent of possibility to sentence the bedfast donator's provision to the Covid_19 diseased donator as an emerging disease left behind a hygienic deadlock in entirely world, a person infected with the virus may engage in both compensational and non-compensational legal behaviors, still he carries the compensational behaviors out with no objection provided that there is no discrimination in it, when the non-compensational behaviors concerning the donation submit to the provision of will as in the case of a last illness.

Key words: Provision -donator – last illness - Covid 19.

مقدمة:

تعتبر الهبة من عقود التبرع والتمليك حال الحياة بما يملكه الواهب من حقوق عينية أو عقارات بغير عوض، حيث تعد (الهبة) سبب من أسباب كسب الملكية؛ التي ينتج عنها الانتقال التام للملكية دون نيل مقابل عليها، وهي كالصدقة في ذلك غير أنها تختلف عنها في اعتبار هذه الأخيرة تمليك المنفعة من أجل التقرب إلى الله ونيل الأجر والثواب على صدقته، في حين أن المراد من الهبة التقرب من الموهوب له ونيل مرضاته فقط دون أخذ عوض على الهبة حتى لا تخرج هذه الأخيرة عن معناها الأصلي التبرعي.

ويقصد بالهبة طبقا للمادة [894] من القانون المدني الفرنسي "بأنها تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها"¹. أما المشرع المغربي فقد عرف الهبة في المادة [273] من مدونة الحقوق العينية بأن: "الهبة تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".

وبالتالي فالمالك الشرعي لأشياءه وأمواله بقدر ما له من حق في التصرف فيها واستغلالها واستعمالها أو عكس ذلك له أيضا حق التبرع بها وهبتها، فله أن يهب ما يشاء ولمن يشاء دون دخل أيا كان أو حتى اعتراضه مادام المالك تصرف في ملكه قيد حياته وكان سليما² - باعتبار الهبة من عقود التبرع التي تكون بين الأحياء - فتصرفاته تكون صحيحة ونافذة في حق الورثة وليس لهم حق الاعتراض أثناء أو بعد نقل الملكية إلى الموهوب له.

غير أنه توجد استثناءات يمنع فيها الشخص من التصرف في ملكه حيث قيد الفقه وكذا القانون من حرية الواهب في بعض الحالات الاستثنائية من التصرف في ملكه، وذلك حرصا على حقوق الورثة والدائنين من العبث بها، ومن أهم هذه الحالات مرض الموت، حيث أن الشخص مريض الموت قد يقدم على التصرف في أمواله وممتلكاته ثم يهب بعضها أو كلها، غير أنه في حالته هذه لا يضر بنفسه لأنه قد يموت ولن يحتاج أمواله سواء وهبها كلها أو بعضها، بل المتضرر الحقيقي من تصرفه هم ذوي الحقوق من ورثة ودائنين.

ومن هذا المنطلق فإن إحساس المريض بدنو أجله ربما يجعله قد يفكر بشكل تسلطي بحيث يقول مادام سيموت وأمواله وكل ما يملك ستنتقل إلى ورثته أو الأعيان فإن هذا الأمر غير مستحب لديه وبالتالي يقدم على التبرع ثم يهب أملاكه كلها أو بعضها حتى يحرمهم من حقهم الشرعي في الإرث، لهذا تم معاقبته بنقيض قصده عن طريق تقييد تصرفاته في مرض الموت، على اعتبار أن مرض الموت تسري عليه أحكاما مختلفة عن تلك التي تسري على المرض العادي.

¹ - Art 894 «la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qu'il accepte ».

² - سليما تعني معافي صحته سليمة ليس به مانع من سفه أو عته، أو جنون، كامل الأهلية راشد ليس في حالة إفلاس أو مستغرق بدين أو مريض مرض الموت [انظر المواد 275 و 276 و 278 و 280 من مدونة الحقوق العينية].

إضافة لذلك توجد أمراض تعتبر من الأمراض المميتة خاصة تلك التي لم يوجد لها علاج لحد الساعة كما هو الحال بالنسبة لمرض كوفيد 19 حيث يعتبر من فصيلة الفيروسات القاتلة، هذا الفيروس الدخيل على البشرية فقد انتشر بشكل كبير مسببا الهلع والخوف لدى كل الدول، خاصة وأن العلم لم يتوصل حتى الآن إلى علاج فعال له فالمصاب به غالبا ما يموت، وبالتالي فهذا الأخير قد يقدم على القيام بأعمال وتصرفات قانونية ومنها التصرفات التبرعية، إذ هذه الأخيرة تجعله يتخلى عن ملكه مجانا أي بغير عوض الشيء الذي قد يلحق الضرر بالورثة والدائنين.

وعليه فإن الإشكال المثار لدينا هو هل يأخذ تصرف المصاب بفيروس كورونا كوفيد 19 حكم تصرف المريض مرض الموت؟ بمعنى آخر ونحن هنا ندرس تصرف الهبة إلى أي حد يمكن تطبيق حكم هبة مريض الموت على هبة المصاب بفيروس كورونا كوفيد 19؟

هذه الإشكالية تتفرع عنها أسئلة فرعية وهي على الشكل التالي:

-ما هو مفهوم مرض الموت؟ وما حكم تصرف الواهب مريض الموت؟

-ما المقصود بفيروس كورونا كوفيد 19 المستجد؟

-هل يعد فيروس كوفيد 19 مرض مخوف يصنف ضمن مرض الموت؟

-هل يطبق على الواهب المصاب بكوفيد 19 نفس حكم تصرف الواهب مريض الموت؟

تهدف دراسة الموضوع إلى استنباط واستخلاص الأحكام المتعلقة بتصرفات مريض الموت، سواء تلك الموجودة في الفقه الإسلامي أو في القانون، وذلك من أجل الاستعانة بها للوصول إلى معرفة القواعد الخاصة بالموضوعة للمتصرف مريض الموت حتى يتمكن من توظيفها على المتصرف المصاب بفيروس كوفيد 19.

تنطلق الدراسة من الفرضية التالية مرض الموت هو المرض الذي ينتهي بالموت وبالتالي فإن هبة المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية، كما أن المريض بفيروس كورونا كوفيد 19 يلحق قياسا بمريض الموت ويسري عليه نفس الحكم.

المطلب الأول : ماهية مرض الموت

يقتضي دراسة موضوع المقال الوقوف على ماهية مرض الموت من خلال تعريفه وتمييزه عن المرض العادي (أولا) ثم تحديد شروطه والوسائل التي يتم بها إثباته (ثانيا).

أولاً: تعريف مرض الموت وتمييزه عن المرض العادي

من البديهي في أي موضوع أن تنطلق دراسته بتحديد المفاهيم التي يدور الموضوع حولها وباعتبار مرض الموت هو مركز الدراسة فإنه يحتم علينا إعطاء تعريف له وأيضا تمييزه عن المرض العادي.

أ-تعريف مرض الموت

بالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية نرى أن المشرع المغربي لم يقم بتعريف مرض الموت وحسن فعل إذ ليس من مهامه إعطاء التعريفات وإنما يترك ذلك لأهل الاختصاص، حيث نجده في مدونة الحقوق العينية اكتفى فقط بتنظيم الأحكام التي تسري على الهبة في مرض الموت³ دون تعريفه.

بينما ذهب المالكية في تعريفهم لمرض الموت بالقول هو ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب⁴. فالأصل في اعتباره مرض موت وفقا للفقهاء المالكي أن يحكم أهل الاختصاص بذلك، فليس كل مرض هو مرض موت بل العبرة من ذلك أن يكثر الموت منه حتى يصير المريض به في حكم مريض الموت ثم ينتهي به الحال للموت.

فالمالكية في تعريفهم يقصدون المرض المخوف لأن المرض يعد مخوفا عندما يتصل بالموت؛ أي أن الموت متوقع منه ولا يتعجب من صدوره ولو لم يغلب الموت به. كما قال الشافعية أن المرض المخوف هو الذي يكون الأغلب منه الموت وصاحبه لا يصمد كثيرا على فراش الموت ثم يموت.

والمرض المخوف هو المتصل بالموت حسب الحنابلة وتعريفهم قريب إلى حد ما من تعريف المالكية باعتبار مرض الموت مرض مخوف يحصل منه الموت ويتصل به، حيث قال ابن تيمية: "ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت... وإنما الغرض أن يكون سببا صالحا للموت فيضاف إليه، ويجوز حدوثة عنده وأقرب ما يقال: ما يكثر حصول الموت منه، فلا عبرة بما ينذر وجرّد الموت منه" لا سيما أن المريض يكون عاجزا حد الهلاك غير قادر على رؤية مصالحة خارجا عن داره ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا، وهذا هو تعريف الحنفية للمرض المخوف لأن الحنفية عرفوا المريض وليس المرض.

³ - أنظر المادة 280 من مدونة الحقوق العينية.

⁴ - حمد بن أحمد بن جزى الكلي الغرناطي القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ص 384.

هذا ويلاحظ أن الفقهاء يجمعون على اعتبار مرض الموت هو المرض المتصل والمنتهي بالموت، وذلك هو المرض المخوف حيث لو لم يكن مخوفا لما سمي مرض الموت، كما أن أهم شرط لاعتبار المرض مرض موت هو أن يكون مخوفا لا يرجى منه شفاء، في حين أن المرض غير المخوف لا يصل لدرجة الموت بل بإمكان المريض متابعة أعماله ومصالحه أو حتى القيام بتصرفات الهبة دون أن يمنعه المرض من ذلك، قال التسولي في تعريفه للمرض غير المخوف "وأما غير المخوف كالأمراض المزمنة المتطاولة كالفالج وحى الربيع والجرب والسعال المزمن فحكمه في ذلك كله كالصحيح".⁵

لا شك أن مرض الموت يدخل المريض في دوامة تنبع منها رائحة الموت أي يكون شبه ميت، وبالتالي لا تكون تصرفاته التبرعية مقبولة لأن من شروط صحة الهبة ألا يكون الواهب في مرض موت نظراً لأنه يكون في حالة نفسية مضطربة بسبب خشيته من الهلاك والموت فتبرعه في مرضه غير جائز في حالته، إذ جاء في تحفة ابن عاصم:

صدقة تجوز إلا مع مرض موت وبالدين المحيط تعترض

وكما قلنا فالمشرع المغربي لم يعرف المقصود من مرض الموت ويكون بذلك قد ترك الأمر لاجتهاد القضاة حيث جاء في حكم صادر عن ابتدائية الخميسات في تعريف مرض الموت أنه: "هو ذلك المرض الذي يرجح معه هلاك صاحبه، ويوشك على التسليم بانقضاء أجله، ويجعله في وضع لا يقدر فيه مصالحه أما لو كان معافى ويختل بذلك التوازن الذي يقيمه الشخص العادي بين حاله من الصحة وأوضاعه من المال، وبالتالي فهو: المرض الذي يلزم فيه المريض الفراش، ولا يستطيع معه الدخول والخروج والقيام بالتصرفات العادية في شؤونه وأموره".⁶ وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) بخصوص مفهوم مرض الموت جاء فيه أنه هو⁷ "...المرض الذي قطع الأطباء بعدم رجاء البرء منه..". أيضاً عرفت استئنافية البيضاء في قرار صادر عنها في ملف مدني رقم 99/8238 بتاريخ

⁵-أنظر: عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون-دراسة للهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح

الجديدة، سنة 2015، ص 90.

6 -حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات في الملف العقاري عدد 1/08/833 بتاريخ 2010/03/25 (غير منشور). أورده: إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2019، ص 280.

⁷-قرار المجلس عدد 90/112 مؤرخ في 99/03/09 ملف شرعي عدد 96/550 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي دجنبر 2004، العدد

55، من ص 84 إلى 86.

2002/11/21، بأنه هو "المرض الذي يغلب فيه استمرار حالة المرض ويولد في نفس المريض رهبة وخوفاً ويؤدي حتماً إلى الموت"⁸.

وعليه فإن حتى وإن لم يعرف المشرع المغربي مرض الموت فالفقه والقضاء لم يخلوا على هذا المفهوم شيئاً من التعريف والتوضيح ولعل بعض ما تطرقنا له سابقاً خير دليل على ذلك، خاصة الفقه الإسلامي باعتباره المنبع والمرجع الأساس لعقود التبرع وأحكامها، والمشرع المغربي وباقي التشريعات اعتمدت على الفقه الإسلامي في القضايا المتعلقة بمرض الموت والأحكام التي تسري على المريض الواهب.

وعليه حتى وإن تعددت التعاريف فالمعنى واحد، ولا يسعنا القول إلا أن مرض الموت هو ذلك المرض الشديد المخوف الذي يغلب فيه الهلاك بحيث يشعر المريض بدنو أجله وبشهادة وتقرير أهل الاختصاص من الأطباء، فالمريض به يصبح عاجزاً عن رؤية مصالحه المعتادة خارج بيته، حيث يبقى على حاله مدة ليست بطويلة أي قبل مرور سنة ثم يموت. وهو ما كرسته المادة [1595] من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت على ما يلي: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله، ومات قبل مضي سنة يعد حاله-اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة-مرض الموت"،

ب-تمييز مرض الموت عن المرض العادي

بالرجوع إلى الفصل [54] من قانون الالتزامات والعقود نجد المشرع المغربي لم يبين المقصود بمرض الموت، أو حتى الحالات التي قد تأخذ حكمه، باعتبار التعاريف هي من اختصاص الفقه، فإذا رجعنا للفصل [54] نجده ينص فقط على أن: "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة"، وهذا لا يدخل في إطار مرض الموت لأن الشخص المتعاقد هو من يرفع دعوى إبطال العقد فهو لم يكن بكامل إرادته أثناء التعاقد وقد وقع في غبن استغلالي، وتحديد ذلك راجع للسلطة التقديرية للقضاء، في حين أن مرض الموت يختلف كلياً عن المرض المنصوص عليه في الفصل أعلاه فالفقه لا يصنف مرض الموت ضمن هذا الفصل، وقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً- محكمة النقض حالياً أن: "عقود التبرع تخضع لقواعد الفقه وليس لنصوص

⁸-أورده: محمد صبحي وادريس عادي، بحث نهاية التدريب لدى المعهد الوطني للدراسات القضائية حول موضوع: "مرض الموت وآثاره على الالتزام" فوج 31، فترة

قانون الالتزامات والعقود. دعوى الإبطال لسبب حالات المرض والحالات المشابهة طبقا للفصل 54 مستقلة عن الدعاوى المنصوص عليها في الفصل 311 من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بالإبطال بسبب عيوب الرضى".⁹

إضافة إلى ذلك فإننا وجدنا أن تصرفات مريض الموت تدخل ضمن منطوق الفصل [479] من ق ل ع والذي أحالنا على الفصلين [344] و[345] من نفس القانون، ويرجع سبب إخراج مرض الموت من منطوق الفصل [54] من ق ل ع إلى خصوصيته-مرض الموت- التي ينفرد بها والتي تجعل تحققه لا يتم إلا بشروط وبأدلة ووثائق يحكم فيها أهل الاختصاص من الأطباء وأن المريض فعلا هو في مرض الموت، لذلك فإن التصرفات التي يقوم بها تشكل ضررا على ذوي الحقوق وهم من لديهم الحق في رفع دعوى إبطال هذا التصرف لأن الأدلة والاثباتات المقدمة للقضاء تشير إلى أنه وقع في مرض الموت الذي تحققت شروطه وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في اقتناعه بوسائل الإثبات المعروضة أمامه.

ثانيا: شروط تحقق مرض الموت ووسائل إثباته

قبل الخوض في وسائل إثبات مرض الموت لا بد أولا من التطرق للشروط التي يتحقق بها:

أ-شروط تحقق مرض الموت

نص القانون المدني الأردني في المادة [543] ومشروع القانون المدني الموحد في المادة [509] على أن: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة كما يغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور السنة. فإن امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر، تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".

من خلال هذا التعريف نستشف أنه يشترط في مرض الموت الشروط التالية: يجب أن يقعد صاحبه عن متابعة مصالحه وأن يكون مرضا مخوفا ومتصلا بالموت ومنتهيا به ثم يشترط أن يموت المريض به قبل مرور السنة.

-الشرط الأول: أن يقعد صاحبه عن متابعة مصالحه

المقصود من هذا الشرط أن يصاب الشخص ذكرا كان أو أنثى بالعجز جراء مرض الموت ولا يعود قادرا على مواصلة ومتابعة أعماله الاعتيادية التي كان يقوم بها قيد الصحة، فمرض الموت يقعد الشخص ويعجزه عن القيام بأعماله وكذا التصرفات التبرعية. وليس كل من أقعده المرض يُعد مريض مرض الموت بل لابد من إثبات طبي يؤكد صحة هذا الأمر، إضافة لذلك لا يعتبر الأشخاص الهرمين الذين تقعدهم الشيخوخة عن رؤية مصالحهم مرضى وإنما هم في مقام الأصحاء وتصرفاتهم القانونية تكون صحيحة حتى يثبت انعقادها في حالة مرض الموت.

-الشرط الثاني: أن يكون المرض مخوفا

⁹ - قرار عدد: 558 الصادر بتاريخ: 2007/11/07 ملف عدد: 2006/1/2/653.

إن المرض المخوف هو الذي يكثر الموت به وحكم بذلك أهل الاختصاص من الأطباء، وسمي مرض الموت بالمرض المخوف لأنه يقود المريض للموت ولو لم يكن مخوفا لما أطلق عليه مرض الموت وأقعد صاحبه عن رؤية مصالحه ومُنِع كذلك من القيام بتصرفات تبرعية وخاصة تصرف الهبة، وفي ذلك قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بما يلي: "لكن حيث أنه من الثابت فقها وقضاء أن أهم شروط اعتبار المرض مرض موت هو أن يكون هذا المرض مخوفا أي أنه من الأمراض الخطيرة التي لا يرجى منها شفاء من الناحية الطبية وتؤدي بصاحبها غالبا إلى الوفاة"¹⁰، ومن الأمراض المخوفة التي صنفها الأطباء نذكر مرض السيدا ومرض السرطان المستحكم في جسم المريض ثم مرض السل وغيرها من الأمراض الخطيرة المنتهية بالموت. وتوجد إضافة إلى هذه أمراض أخرى وإن لم تكن أمراض لكنها تدخل ضمن نطاق مرض الموت لإحساس الشخص بقرب أجله كالمحكوم عليه بالإعدام أو المنتحر أو الأسير في الحرب فكلها حالات تطبق عليهم أحكام المريض مرض الموت.

-الشرط الثالث: أن يكون المرض متصلا بالموت ومنتهيا به

مفاد ذلك أن الشخص المريض مرض الموت يجب أن ينتهي به مرضه للموت حتى يعتبر في حكم مريض الموت، كما لا يكفي أن يكون المرض مخوفا بل يلزم أن يكون كذلك متصلا بالموت. وشرط الاتصال يعني أن يكون قريبا منه غير بعيد¹¹، حيث يشترط في الاتصال أن يكون في السنة التي مرض فيها مرضا مخوفا حد الموت، فلو أنه قام بتصرف الهبة وقت المرض وزاد هذا الأخير عن السنة لا يعود في حكم المرض المخوف وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة.

-الشرط الرابع : أن يموت المريض قبل مرور سنة على مرضه

أجمع الفقهاء على أن المريض لكي يعتبر في حكم مريض الموت وكما سبق الإشارة لذلك يجب أن يُعجزه المرض ويقعده عن متابعة أعماله ثم يكون مرضه مخوفا بحيث يبقى على حاله إلى أن ينتهي به للموت قبل مرور سنة¹²، والمريض الذي أُلِمَّ به مرض الموت بدميها يقال عنه أنه مرض مخوف لحكم أهل الطب بكثرة الموت به لهذا اشترط الفقه والقضاء ألا يكون المرض مطولا أي يموت به قبل مرور السنة، وهناك من حدده في أقل من ذلك حيث جاء في قرار تعقيب تونسي¹³ "أن مرض الموت هو المرض الذي لا يتعدى مدة ثلاثة أشهر" بينما ذهب آخرون إلى تحديد المدة في سنة واعتبروا أن التصرف الذي يجريه مريض الموت بعد مرور السنة على مرضه هو تصرف صحيح،

¹⁰- عبد الصمد عيو، محاضرات في مادة العقود المسماة، الكلية المتعددة التخصصات الرشيدية، ص 35.

¹¹- أورده : عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون/ دراسة للهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2015، ص 90.

¹² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية: الهبة، الشركة، القرض، الدخل الدائم، الصلح، الطبعة

الثالثة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2000، ص 323.

¹³-أورده: عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، الطبعة الثانية، ص 66.

لأن العبرة هي أن ينتهي المرض بالموت ويتصل به ويبقى على حاله إلى أن يموت قبل مضي السنة، بحيث يكون محققا لشروطه التي بتوفرها يبطل تصرف الهبة المعقود خلال المرض، ثم إن القول بخلاف ذلك لا يأخذ به القضاء لإبطال التصرف، الأمر الذي كرسه قضاء محكمة النقض في قراره تحت عدد 214 جاء فيه أن: "حكم المريض مرضا مزمنًا طويلا كالصحيح، ولما ثبت للمحكمة أن الهبة التي عقدها الهالك لوالديه كانت سنة 1997، ولم يتوف إلا في سنة 2003 وقد تم تسجيلها بالرسم العقاري في حياة الواهب، فإن الادعاء بوقوعها في مرض الموت لا أساس له¹⁴". وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة عدد 595 جاء فيه ما يلي: "لما كان بين تاريخ عقد الهبة وتاريخ الوفاة سنة وسبعة أشهر، ولما أفاد التقرير الطبي بأن سرطان الدم لا يعتبر مرض موت، وقد ثبت من التقرير المذكور بأن المرض بفقر الدم ليس هو سبب الوفاة، ولما اعتبرته المحكمة مرض موت فإنها أولت التقرير الطبي تأويلا خاطئا وبنت قضاءها على مجرد التخمين مما عرضه للنقض¹⁵".

تجدر الإشارة إلى أن مرض الموت يجب أن يكون مرضا محققا لشروطه، واعتبار المرض مرض موت يجب أن يتحقق فيه شرط الموت والهلاك قبل مرور السنة على مرضه، وأهل الاختصاص-الأطباء- هم من يحددوا مدى اعتباره مرضا مخوفا يكثر منه الموت ولا يطول الحال بالمريض أكثر من سنة، لهذا فإن محكمة الاستئناف الصادر عنها القرار المطعون في القرار المذكور أعلاه تكون قد خرقت شرطا مهما لتحقيق مرض الموت وهو شرط عدم مرور السنة، إضافة إلى أنها لم تولي أهمية للتقرير الطبي الذي يثبت أن سرطان الدم لا يعتبر مرض موت، وأيضا الخبرة أثبتت عدم وفاة المريض بذاك المرض، فالشهادة الطبية في حالات المرض المعروضة على القضاء يتم اللجوء فيها لأهل الاختصاص والمجال من الأطباء، الشيء الذي كان على المحكمة أن تأخذ به في بناء قضائها، لكنها لم تهتم بالتقرير الطبي وقررت اعتباره مرض موت وهو الأمر الذي عرض قرارها للنقض.

وجدير بالذكر أن هذه الشروط غير كافية بل لا بد من إثبات وقوع تصرف الهبة في مرض الموت بكل وسائل الإثبات.

ب-وسائل إثبات هبة مريض الموت

من البديهي أن نعرف أن إثبات مرض الموت يقع على أصحاب الحقوق الشرعية، فهم من يقوموا برفع دعوى إبطال تصرف الهبة نظرا لوقوعه في مرض الموت وهو واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الوسائل والحجج الممكنة، كالبيئة وشهادة الشهود وإقرار الخصم ثم القرائن والخبرة الطبية التي تؤكد مرض الموت والحالة التي كان عليها قبل مغادرته الحياة؛ إذ تلعب شهادة البيئة (اللفيف) دورا مهما في إثبات مرض الموت وذلك من خلال لجوء الورثة إلى شهادة الشهود أثناء طعنهم في تصرف الهبة الذي قام به مورثهم أثناء مرضه بمرض الموت، وفي ذلك ذهبت محكمة

¹⁴- قرار عدد 214، المؤرخ في: 2007/04/11، ملف شرعي عدد: 2006/1/2/570. أورده: إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون، الطبعة الثانية، الرباط، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2018، ص 241.

¹⁵ - قرار عدد: 595، الصادر بتاريخ: 2007/11/21، ملف شرعي عدد: 2007/1/2/55. أورده إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 279.

النقض السورية إلى ما يلي:¹⁶ "وحيث كان ظاهر شهادة الشهود الذي ركن الحكم إلى أقوالهم يفيد أن التصرف الذي صدر عن المورثة المصابة بمرض السرطان قد حصل قبل انقضاء سنة على اشتداده بصورة مستمرة إلى أن انتهى بالوفاة... وحيث أنه من المقرر أن من حق قاضي الموضوع أن يستخلص من أقوال الشهود وسائر العناصر المطروحة أمامه على بساط البحث الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليه اقتناعه، وأن يطرح ما يخالفه من صور أخرى ما دام استخلاصه سائغا ومستندا إلى أدلة مقبولة ولها أصلها في الدعوى".

إضافة إلى البيئة هنالك القرائن حيث يعتبر تحرير عقد الهبة في التاريخ الذي أعقبه وفاة المريض بفترة ليست بكثيرة قرينة كافية لإثبات ذلك. وأيضا وسيلة الإقرار حيث ذهبت محكمة النقض في قرارها ورد فيه أنه: "إذا ثبت سبب إقرار المريض في المرض المخوف فهو إقرار صحيح سواء كان المقر له وارثا أو ملاطفا أو غيرهما، وإذا لم يتبين سبب إقرار المريض في المرض المخوف فتطبق عليه القواعد العامة من حيث صدور الإقرار لأجنبي أو لوارث"¹⁷.

وتعتبر الخبرة من الإجراءات المعمول بها في قانون المسطرة المدنية حسب المواد من 59 إلى 66، ونحن أمام واقعة مادية تتعلق بمرض الموت فإن اللجوء إلى الخبرة الطبية من أجل إثباتها هو ما يجب الأخذ به لأنه لا يمكن التأكد من أن المرض هو فعلا مرض موت إلا بالخبرة الطبية على أساس أن من يحكم في تحديد الأمراض وتشخيص خطورته أهم أهل الاختصاص من الأطباء، وتبقى السلطة التقديرية للمحكمة ولاقتناع القاضي في الأخذ بشهادة اللبيب والقرائن المستخلصة من الظروف التي تم خلالها إبرام العقد ثم عن طريق الخبرة والشواهد الطبية وكل الوسائل الممكنة لإثبات وقوع تصرف الهبة خلال فترة مرض الموت، قال الفقيه عبد الرزاق السنهوري: "ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها البيئة والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه كذلك يثبت بشهادة الشهود".

كما أن المحكمة لا تعتد بالادعاءات التي تقول بوقوع تصرف الهبة في مرض الموت بل يلزم المدعي أن يثبت ذلك بكل وسائل الإثبات وأن إرادة المريض كانت معيبة وهو ما نلمسه في إحدى القرارات التي اشترطت إثبات أن الهبة وقعت تحت تأثير المرض حيث جاء فيه أن: "ادعاء الواهب صدور الهبة عنه لزوجته تحت تأثير مرض أصابه يقتضي إثبات فقدان إرادته أثناء عقد الهبة وإلا كان الادعاء مجردا"¹⁸. ونفس الشيء بالنسبة لمن وقع له تصرف الهبة والذي يدعي أن التصرف وقع قبل مرض الموت وأن الواهب كان بصحة جيدة، حيث يمكنه إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات الممكنة وتبقى السلطة التقديرية للمحكمة للترجيح بين وسائل الإثبات ومدى اقتناع القاضي بها.

الفقرة الثانية: حكم تصرف الواهب مريض الموت

¹⁶-محكمة النقض السورية قضية 1980/220، قرار عدد 85/212، بتاريخ 1985/03/23، منشور بمجلة المحاكم المغربية مايو/يونيو 1986، عدد 43، ص

179.

¹⁷ - قرار عدد: 55، الصادر بتاريخ: 2010/02/03، ملف شرعي عدد: 2008/1/2/379. أورده، إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 389.

¹⁸ - قرار عدد: 139، الصادر بتاريخ: 2010/03/16، ملف شرعي عدد: 2008/1/2/615. أورده، إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 409.

بعد تعرفنا على مرض الموت وشروط تحققه ثم الوسائل الإثباتية التي تفيد بوقوع تصرف الهبة في مرض الموت سنتطرق في هذه الفقرة لحكم هذا التصرف الذي يجريه مريض الموت، فلا شك أن المريض مرض الموت قد يكون في حالة لا يحسد عليها والمقربون منه يتحسرون عليه ويخشوا فقدانهم حيث يصبح عاجزا ليس كسابق عهده، مما قد يؤثر على نفسيته التي تضطرب بمجرد إحساسه بدنو أجله وموته عاجلا غير آجل، وقد يقدم في حالته هذه على تصرفات تبرعية، أو بالأحرى يعمد إلى هبة عقار أو حق عيني لشخص ما سواء كان وارثا أو غير وارث ثم تفضيله على غيره وهو أمر قد يكون سببا في خلق العداوة والبغضاء بين الورثة، وهذا أمر لا يحبه الفقه أو حتى القانون لأن المريض في وضعه المرضي لا يضر بنفسه وإنما يضر بغيره حيث يعيث بحقوق الورثة والدائنين، وتفاديا لذلك وجب الضرب على يده وتقييده في حالته هذه بالحجر عليه.

هذا ونجد أن الفقهاء المالكيين يجمعون على اعتبار مرض الموت مرض مخوف متصل بالموت لا يكون المريض به مهتما بأشياءه فإحساسه بقرب موته يجعله مقتنعا أنها لن تنفعه هو سواء وهبها كلها أو بعضها، أو ربما يقوم بذلك عمدا لحرمان الورثة من حقهم الشرعي، وحتى لا يحصل هذا الأمر تم منعه من ذلك حيث حدد له الفقه النصاب الذي يحق له التصرف فيه وهو الثلث مستدلين عليه بحديث ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم جاء فيه أنه: [روى عن عمر بن سعد عن أبيه رضي الله عنه قال: عاذني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله بلغني من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفا أتصدق بثلث مالي؟ قال: لا، قال قلت: أفا أتصدق بشرطه؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس].¹⁹

وحرري بالبيان أن المشرع المغربي قد سار على نهج الفقه المالكي في استخلاص أحكام الهبة في مرض الموت حتى بصدر مدونة الحقوق العينية، لاسيما أن المشرع قد اقتبس كل الأحكام والضوابط الشرعية والفقهية المنظمة للهبة وصيها في قالب الذي يؤطر الموضوع.

وبالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية نجدها في المادة 280 منها تنص على أنه:

"تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية.

إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله".

مفاد ذلك أن أحكام الوصية تطبق على الهبة في مرض الموت، فالمريض مرض الموت في التبرعات ليس له حق التصرف في أمواله دون عوض سوى في حدود الثلث، حيث إذا وهب في مرضه فإن هبته تتأرجح على حسب حاله بين الصحة والموت؛ فإن هو صح صحت هبته وإن مات خرجت هبته مخرج الوصية وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الأولى من المادة 280 المذكورة أعلاه.

¹⁹ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب حجة الوداع، (5/178)، رقم الحديث 4409.

حيث سار المشرع على نهج الفقه في كون هبة مريض الموت تخرج مخرج الوصية، ولكن يجب التفريق بين الهبة إذا كانت لغير وارث أو كانت لوارث أو كانت لمدين أو غير مدين.

أولاً: هبة المريض مرض الموت لغير الوارث وللوارث

أ- هبة المريض مرض الموت لغير الوارث

نص المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من المادة 280 من مدونة الحقوق العينية أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله. فالشخص غير الوارث يكون له الحق في الموهوب دون اعتراض أو منع من أحد لأن الواهب ليس له ورثة، هذا في حالة حاز الموهوب قبل حصول المانع المتمثل في موت الواهب، حيث أن هبة المريض وصدفته لا تجوز إلا مقبوضة فإذا قبضت جاز²⁰، وإلى جانب الحوز الفعلي للموهوب المتطلب فقها يشترط المشرع أن يتم الحوز القانوني حتى يتمكن الموهوب له من حيازة الموهوب بشكل قانوني وذلك بتسجيله في الرسم العقاري، ويجد هذا الأمر سنده في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية حيث يتم تقييد الملك الموهوب في الرسم العقاري فيغني بذلك الحوز القانوني عن الحوز الفعلي، وهو أمر طبيعي حيث بمجرد تسجيل العقار الموهوب في الرسم العقاري فإنه يخرج من ذمة وملكية الواهب الذي مباشرة بعد تقييده وإشهاره لا يعود حائزاً له ويصبح الموهوب له مالكا له، لأن عملية التحفيظ هي سند قانوني كافي بحد ذاته لاعتبار الشخص المعني بها مالكا بصرف النظر عما إذا كان أو لم يكن مالكا أو صاحب حق في الماضي²¹، فحسب المادة 274 السالف ذكرها إذا كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ فإن التقييد بالسجلات العقارية يغني عن حيازته وحتى تقديم مطلب التحفيظ يغني عن حيازته.

هذا في حالة كان الواهب حياً أما لو مات قبل تسليم الهبة فإنها تبطل حيث لا يعتد بها سوى مقبوضة، فمن شروط الهبة أن تتم بالحوز الفعلي قبل حصول المانع الذي هو مرض الموت. حيث جاء في الفقه الشافعي: "فأما إذا وهب لأجنبي في مرضه الذي مات فيه هبة فإن لم يقبضه حتى مات فالهبة باطلة، لأنها لا تتم إلا بالقبض، وإن أقبضه قبل موته صحت الهبة، وكانت من الثلث تمضي إن احتملها الثلث ويرد منها ما غير الثلث، وهكذا لو وهب في صحته وأقبض في مرضه كانت في ثلثه لأنه في القبض بالمرض تمت فصارت هبة في المرض"²².

²⁰ - السرخسي، المبسوط، الجزء 12، ص 102.

²¹ - عفيف شمس الدين، "القوة الثبوتية لقيود السجل العقاري"، مطبعة نمم، بيروت، سنة 1980، ص 133.

²² - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، المضاربة، الطبعة الأولى، مصر، دار الوفاء المنصورة، 133/10.

وفي حالة توفي الموهوب له قبل أن يقبل الهبة بطلت كذلك، وهذا ما تبناه المشرع المغربي في المادة [279]²³ لأن الهبة عقد لا ينعقد ولا يصح إلا بتطابق الإيجاب والقبول ثم حيازة الموهوب حيازة قانونية (المادة 274 من م ح ع). إضافة لذلك فإنه ليس لغير الوارث الحق في الطعن في الهبة بسبب عدم الحوز وهو ما ورد في القرار عدد 72 الصادر عن محكمة النقض التي جاء فيها: "من ليس بوارث ولا دائن لا مصلحة له في الطعن في الهبة بسبب عدم الحوز، والمحكمة لما قضت بخلاف ذلك فقد عرضت قرارها للنقض".²⁴

ب-إذا كان للواهب ورثة

إذا كان للواهب ورثة فإن كان الموهوب أقل من الثلث، أو الثلث نفذ ولو لم يجز الورثة²⁵، أما إن زاد عن الثلث فمن حق الورثة الاعتراض على تلك الهبة، ولهم كذلك منع الهبة للوارث التي تمت في مرض الموت باعتبارها هي كل ما يملك الواهب فهو حق لهم جميعا وللموهوب له الحق في الثلث ورد الثلثين للورثة وهو ما ورد عن الفقه إذ جاء أنه: "إذا كانت الهبة دارا فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جاءت الهبة في ثلثها ورد الثلثين إلى الورثة"²⁶. فالفقهاء يعتبرون أنه عندما يقوم مريض الموت بإعطاء هبة لوارث فإن هبته تنزل منزل الوصية وكذلك تأخذ حكمها، فلا تصح مهما قلت أو كثرت إلا في حالة إجازتها من الورثة.

الفرق بين الهبة لوارث والهبة لغير وارث هو أن هذه الأخيرة تكون موقوفة على شرط عدم تجاوزها الثلث بينما الهبة لوارث موقوفة على إجازة الورثة سواء تجاوزت الثلث أو لم تتجاوزها.

ثالثا: هبة المريض المدين وغير المدين

-هبة المريض المدين:

إذا كان الواهب مريضا مرض الموت وكان الدين محيطا بماله فإن هبته غير صحيحة [المادة 278 م ح ع]، حيث لا تنفذ هبته إذا كان مستغرقا لكل تركته سواء أكان الموهوب له أجنبيا أم وارثا إلا إذا أجازها الدائنون²⁷. فالأحق بالإرث قبل الورثة هم الدائنون إلا إذا أجازوا للورثة تنفيذ الهبة.

²³-تنص المادة 279 من م ح ع أنه: "إذا توفي الواهب قبل أن يقبل الموهوب له الملك الموهوب بطلت الهبة.

لا يعتد إلا بتاريخ تقييد إرثه الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

إذا توفي الموهوب له قبل أن يقبل الملك الموهوب بطلت الهبة كذلك، ولا حق لورثة الموهوب له في المطالبة به".

²⁴- قرار عدد: 72، المؤرخ في: 2014/02/04، ملف شرعي عدد: 2012/1/2/556. أورده: إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، الطبعة الثانية، الرباط، مكتبة دار السلام، سنة 2018، ص 515.

²⁵ - الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج 3، ص 412 - ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 426 وما بعدها، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، ج 4، ص

427.

²⁶ -الفتاوى الهندية، ج 4، ص 400.

²⁷ - جاء في المادة 880 من مجلة الأحكام العدلية أنه: "إذا وهب من استغرقت تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره وسلمها ثم توفي فلأصحاب الديون إبطال الهبة وإدخال أمواله في قسمة الغرماء".

كما يحق للدائن أن يرفع دعوى إبطال هبة المدين في حالة ثبت وجود الدين قبل الهبة، حيث جاء في قرار عدد 160 الصادر عن محكمة النقض والصادر بتاريخ: 2010/03/30 ملف شرعي عدد: 2008/1/2/522 أنه: "يجوز للدائن طلب إبطال تصرف مدينه إذا كان دينه موجودا وثابتا قبل وقوع التصرف وذلك طبقا للفصل 1241 من ق ل ع وللغة المطبق على النازلة".

وتجدر الإشارة أن السبب وراء عدم جواز هبة المريض المدين هو التصدي لمحاولته حرمان الدائن من حقه ربما عن سوء نية يقوم بتصرف الهبة لهذا وجب معاقبته بنقيض قصده.

-هبة المريض غير المدين:

ورد في بدائع الصنائع: وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس أنه لا يجوز وإن أذن له بالقبض وجه القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض...وجه الاستحسان أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض".²⁸

إن المريض مرض الموت غير المدين أو دينه غير مستغرق لتركته يكون حكم الهبة الصادرة عنه كحكم هبة الباقي عن الدين وبالتالي تدخل في حكم التركة الخالية من الدين.²⁹ كما لا يعتد بالهبة إلا إذا كانت محررة بشكل رسمي وفقا لما جاءت به مدونة الحقوق العينية لأن من شروط الهبة أن تبرم في محرر رسمي.

فالهبة التي يصدرها المريض مرض الموت تعتبر جائزة إذا كان غير مدين أو كان الدين لا يستغرق التركة، لأنه إذا كان كذلك لا تكون هبته صحيحة، وبالتالي تعد الهبة في مرض الموت وصية وتنفذ لغير الوارث في الثلث إذا كانت تامة بكل الشروط المتعلقة بالهبة قيد حياة الواهب، وإن كانت مستغرقة للثلث توقفت على إجازة الورثة.

وفي الحالة التي يهب فيها المريض للورثة ويموت بمرضه تعتبر هبته باطلة إلى أن يشهد الأطباء والمختصون بالأمراض بأن مرضه حين وهب ليس بمرض مخوف.³⁰

وعليه نستشف أن المشرع المغربي حذا حذو الفقه في تقييد تصرفات مريض الموت خاصة تلك المتعلقة بالهبة موضوع الدراسة، ولعل السبب وراء هذا التقييد ومنع المريض من التصرف في أملاكه وأشياءه هو الصيغة التبرعية لعقد الهبة ونشؤها بغير عوض، ولكون تصرفه قد يضر بالورثة والدائنين مما يترتب عليه حرمانهم من حقوقهم الشرعية سواء أكان ذو نية حسنة أو سيئة. لهذا فالهبة التي يعقدها مريض الموت تتأرجح بين أمرين إن هو

الموقع الإلكتروني: <https://maqam.najah.edu/legislation/158/> اطلع عليه يوم الاثنين 17 غشت 2020 على الساعة الثالثة مساء.

²⁸ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جزء 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1986م، ص 119.

²⁹ -أورده: عبد السلام فيغو، مرجع سابق، ص 237.

³⁰ -نوازل وأجوبة لابن لب لأبي الفضل ابن طراكات، ص 55، مخطوط بالمكتبة العامة والمحفوظات بتطوان تحت رقم 555، أورده: عبد السلام أحمد فيغو، مرجع سابق، ص 238.

صح صحت وإن مات جرت مجرى الوصية وأخذت حكمها. وهذا يجعلنا نطرح إشكالا يتعلق بإمكانية سريان هذا الحكم على المصاب بفيروس كورونا كوفيد 19؟

المطلب الثاني: حكم تصرف الواهب المصاب بفيروس كورونا كوفيد 19

إذا كان الفقه والقانون قد نظما وقيدا تصرفات المريض مرض الموت، فإنهم لم ينظموا مرض كوفيد 19، ويرجع السبب إلى جدة هذا المرض الذي انتشر مؤخرا في العالم بأسره وأودى بحياة الكثير من الناس، والشخص المصاب بمرض كوفيد 19 مثل المريض مريض الموت قد يقوم بتصرفات قانونية عوضية كانت أو غير عوضية، فأي قانون ينظم هذه التصرفات التي تصدر عن المريض بهذا المرض (كوفيد 19) خاصة تصرفات الهبة محط الدراسة. هل يسري عليه نفس حكم هبة مريض الموت؟

قبل التطرق لحكم هبة المصاب بفيروس كوفيد 19 يجب أولا أن نتعرف على هذا الفيروس حتى نتتمكن من تكييف الموضوع أساس الدراسة.

الفقرة الأولى: تعريف فيروس كورونا كوفيد 19

إن كوفيد 19 هو مرض تسبب به سلالة جديدة من الفيروسات التاجية [كورونا] الاسم الإنجليزي للمرض مشتق كالتالي: «Co» هما أول حرفين من كلمة كورونا (corona)، و «vi» هما أول حرفين من كلمة فيروس (virus) و «D» هو أول حرف من كلمة مرض «disease». وأطلق على هذا المرض سابقا اسم «novel 2019 coronavirus» أو 2019-nCoV³¹.

وفيروس كورونا كوفيد 19 ظهر أول مرة بمدينة ووهان الصينية في ديسمبر 2019، وهو فيروس انتقل عن طريق الخفافيش للإنسان وهذا الأخير كأول مصاب هو من نشر العدوى في الوسط الموجود فيه ربما عن طريق الأنف أو الفم أو العينين، حيث تم تحديد العوارض الأولية لكوفيد 19 والتي تصيب الأشخاص بالحمى والسعال وصعوبة التنفس وألم العضلات والإرهاق، لتتطور الحالات الأكثر خطورة إلى الالتهاب الرئوي الحاد ومتلازمة الضائقة التنفسية الحادة. لذلك فإن خبراء الصحة منذ ظهور هذا الفيروس نهوا الدول بالتعجيل إلى اتخاذ التدابير الوقائية للحد من انتشاره، وكذا التحذير من الاختلاط بالمصابين وعدم الاستهانة بهذا الفيروس خاصة وأنه قد قتل الآلاف من الأشخاص عبر العالم.

³¹ - ليسا بيندير، رسائل وأنشطة رئيسية للوقاية من مرض كوفيد-19 والسيطرة عليه في المدارس، في مارس 2020.

الموقع الإلكتروني:

<https://www.unicef.org/media/65871/file>

وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية (WHO) في مارس 2020 أنها صنفت كوفيد 19 كجائحة. وتقوم المجموعات المختصة بالصحة العامة مثل: مراكز مكافحة الأمراض والوقاية منها في الولايات المتحدة (CDC) ومنظمة الصحة العالمية (WHO) بمراقبة الجائحة ونشر التحديثات على مواقعها على الأنترنت، كما أصدرت هذه المجموعات توصيات حول منع انتشار الفيروس.³²

وهكذا فإن وباء كورونا منذ أن ظهر واشتهر أثار القلق لدى دول العالم نظرا لخطورته وسهولة انتشاره، الشيء الذي اضطرها-الدول- لاتخاذ تدابير وقائية للتصدي لهذا الفيروس الفتاك. ومن هذه الدول المملكة المغربية التي منذ ظهور أولى الحالات اهتزت لحماية ثروتها البشرية وإنقاذها من هذا العدو. فقد اعتمدت الدولة مجموعة من الإجراءات الاحترازية لوقف انتشاره، وذلك عن طريق الحد والتقييد من حرية التنقل في الأماكن العامة بإقرار حالة الطوارئ الصحية، الرامية إلى الحيلولة دون ظهور بؤر للفيروس ناتجة عن التنقل والتجمع البشريين.³³ وبالطبع هي حلول ناجعة لكنها خلفت أثرا كبيرا على المجتمع والاقتصاد ككل.

الفقرة الثانية: حكم تصرف الواهب المصاب بفيروس كورونا كوفيد19

إن فيروس كورونا كوفيد 19 مرض لم يسبق للقوانين أن تناولت طبيعته أو حتى تقم بإعطائه التكيف القانوني الذي يناسبه، لأنه مرض مستجد تسلط على البشرية في لحظة تاركا الحكومات تتخبط في إيجاد سبل للتصدي له وإنقاذ الناس من لعنته، فالوضع بات أكثر خطورة من ذي قبل، حيث ارتفع عدد الأشخاص المصابين بالفيروس وهناك من لا يطول به الحال ويتغلب عليه الوباء ثم ينتهي به للموت، حيث أثبت الخبراء أنه فيروس غالبا يؤدي للموت، إضافة لذلك فإن التقارير الطبية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية قد أكدت صحة ذلك. لهذا فإن الشخص المصاب بفيروس كورونا قد يقوم بتصرفات قانونية في حالته المرضية هذه، وعلاقة بموضوع المقال أساس الدراسة سنحاول ربط مرض كورونا باعتباره مرض مخوف بمرض الموت من أجل معالجة حكم تصرف المصاب بفيروس كورونا خاصة تصرف الهبة.

أولاً: فيروس كورونا مرض مخوف

قلنا سابقا أن المرض المخوف هو المرض المميت الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به، ويكون متصل اتصالا قريبا بالموت، والمرض المخوف شرط من شروط تحقق موت الموت. لكن هل يعتبر فيروس كورونا مرضا مخوفا؟

³²-الدكتور برتش كيه توش، ما هو كوفيد 19 وكيف يمكنني حماية نفسي منه؟

<https://www.mayoclinic.org/ar/diseases-conditions/coronavirus/expert-answers/novel-coronavirus/faq-20478727>

اطلع عليه يوم: 2020/08/23 على الساعة: 46h21 مساء.

³³ - المرسوم الملكي رقم 554-65 بتاريخ 17 ربيع الأول 1387 (26 يونيو 1967) بمثابة قانون يتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض

واتخاذ تدابير وقائية للقضاء على هذه الأمراض. الجريدة الرسمية عدد 2853 بتاريخ 5 يوليو 1967.

في بداية ظهور فيروس كورونا كوفيد 19 قيل إنه مرض مخوف لحد لا شفاء منه ويقتل المصابين به، لكن بارتفاع نسب التعافي من الفيروس التي تصل إلى 80 في المائة هي من أثبتت عكس ذلك، فليس كل المصابين بكوفيد 19 قد ماتوا حيث أن نسبة التعافي كانت مرتفعة، وهذا لا يعني أنه ليس مرضا خطيرا ومخوفا، فانتقال العدوى وانتشار الفيروس يجعله مخوفا، إضافة إلى أن الخبراء وذوو الاختصاص قد أكدوا أن أكثر من يموت بهذا المرض كان يعاني من قبل من مرض مزمن وهذا الأخير يندرج في إطار المرض غير المخوف الذي قيل أن المريض به ليس في حكم مريض الموت، لهذا فالشخص الذي يعاني من أحد الأمراض المزمنة ويصاب بفيروس كورونا يصير في حكم المرض المخوف حيث غالبا قد ينتهي به الحال للموت، مفاد ذلك أن المرض غير المخوف قد يصير مخوفا، قال ابن عرفة: "وغير المخوف إذا أعقبه موت صار مخوفا".³⁴

وفي الأخير لا بد من الإشارة أن تحديد ما إذا كان فيروس كورونا كوفيد 19 مرضا مخوفا أم غير مخوفا أمر راجع إلى أهل الاختصاص من الأطباء وللسلطة التقديرية للقضاة من أجل الحكم في القضايا الموكول إليهم النظر فيها، ولا يمكن الجزم حاليا بأمور هي مازالت وليدة الساعة والعالم بأسره مرعوب من ظهور هذا الفيروس الجديد الذي سرعان ما تحول إلى جائحة.

ثانيا: حكم تصرف الواهب المصاب بفيروس كورونا كوفيد 19

إن المريض بفيروس كوفيد 19 لا يكون في حالة نفسية جيدة، فهو بمجرد علمه بإيجابية التحاليل المؤكدة لإصابته بالفيروس يصاب بنوبة هلع وخوف من القادم هل فعلا سيشفى من المرض أم أنه سيموت؟ هذه فرضيات يطرحها المريض لأنه مضطرب النفسية، لكن التقارير والكشوفات الطبية هي من تثبت مدى خطورة المرض، خاصة وأن خبراء الصحة العالمية أكدوا في تقاريرهم أن أغلب من يموت بفيروس كوفيد 19 كان مريضا بإحدى الأمراض المزمنة فقد يكون مصابا بسرطان أو ضغط الدم أو مرض السكري أو أمراض تنفسية مزمنة...أو غيرها من الأمراض المزمنة، إضافة إلى ذلك فقد أكدت منظمة الصحة العالمية أن الأشخاص المسنين يكونون أكثر عرضة للإصابة بالفيروس نظرا لضعف مناعتهم وقلة تحمل أجسامهم لمثل هذه الفيروسات الخطيرة، كما توجد حالات وفيات لأشخاص لم يكونوا يعانون من أي مرض وأصيبوا بالفيروس ثم ماتوا أي قتلهم الفيروس.

كما أن المريض بفيروس كوفيد 19 قد يقوم بعدة تصرفات قانونية عوضية أو غير عوضية، لهذا وعلاقة بالعنوان فإننا نتساءل عن حكم تصرفات الواهب المريض بكوفيد 19؟

في هذه الحالة نقول إن هبة المصاب بكوفيد 19 قد تأخذ حكم هبة مريض الموت عندما تتحقق كافة شروط مرض الموت؛ أي يجب أن يقعه المرض عن متابعة أعماله وأن يكون مخوفا ومتصلا بالمرض اتصالا قريبا منه

³⁴- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، بهامشه شرح أبي عبد الله التاودي، الطبعة الثالثة، بيروت-لبنان، دار

ثم يموت قبل مرور السنة، وهذه الشروط تتوفر في المريض بكوفيد 19 خاصة الذي يعاني من مرض مزمن ونقصان في المناعة، فهو يعد في حكم المرض المخوف وقد لا يطول به الزمن وينتهي به للهلاك والموت، وعندما يقوم بتصرف الهبة في هذه الحالة فإنه ينطبق عليه حكم الوصية، حيث أن هبة المصاب تلحق قياسا بالوصية، إذ نصت المادة 206 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية أنها: "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية"³⁵. معنى ذلك أن المريض بفيروس كورونا في الحالة التي يكون فيها مرضه مخوفاً يسمح له بهبة الشيء الموهوب لغير الوارث فقط في حدود الثلث ويحجر عليه فيما زاد على ذلك إلا إذا أجازها الورثة بعد موت مورثهم (الواهب) أو الدائنين إذا كان مديناً، ولعل السبيل من هذا الحجر على المريض المتصل بالموت هو الخوف من المساس بحقوق الورثة والدائنين، أما لو شفي من هذا المرض (كوفيد 19) فإن هبته تقع صحيحة، وفي حالة قام الواهب بهبة عقار يملكه وقبل الاضهاد أصيب الواهب بفيروس كوفيد 19 ثم تدهورت حالته وبعد مدة قصيرة توفي فإن الهبة تعتبر باطلة.

وبخصوص وسائل الإثبات التي يمكن اعتمادها فإن فيروس كوفيد 19 واقعة مادية يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات، وأقوى وسيلة إثباتية يمكن اللجوء إليها هي الشواهد الطبية لأن الأطباء هم أشرفوا على حالة المصاب بالفيروس وأكدوا في تقاريرهم أن سبب الوفاة راجع للإصابة بفيروس كوفيد 19.

خاتمة:

ختاماً نستنتج مما سبق أن الواهب المريض بكوفيد 19 يسري عليه ما يسري على الواهب المريض مرض الموت، ومن هنا نخرج بأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

- التبرعات بوجه عام والهبة بوجه خاص من تنظيم الفقه الإسلامي وهو المرجع الأساس في كل القضايا المتعلقة بالهبة خاصة قضايا هبة مريض الموت، وباعتبار الفقه المالكي هو المرجع الأساس للمشروع المغربي فقد كان ولازال يستقي أحكام الهبة منه حتى بعد إصدار مدونة الحقوق العينية.
- المشروع المغربي من خلال إصداره لمدونة الحقوق العينية وتنظيمه لعقد الهبة وأحكامها لم يتطرق لتعريف مرض الموت واكتفى فقط بالنص على الحكم الذي يسري على هبة مريض الموت.
- مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت ويتصل به اتصالاً قريباً ثم يموت المريض قبل مرور السنة.
- المريض بمجرد إحساسه بدنو أجله وأنه بعد موته ستنتقل كل أملاكه لورثته، يقوم عمداً إلى هبة أملاكه كلها أو بعضها سواء لأحد ورثته أو لأجنبي قاصداً حرمان الورثة من الإرث، وهو أمر يوجب معاقبة المريض بنقيض قصده وتقييد حقه في التصرف في ملكه حفاظاً على حقوق الورثة والدائنين من العبث.

³⁵ - خليفة الخروبي، العقود المسماة: الوكالة-البيع و المعاوضة- الكراء-الهبة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية، تونس، سنة 2013، ص338.

- الهبة في مرض الموت تخرج مخرج الوصية، ويراعى فيها إذا تمت لوارث أو لغير وارث، إذ تتوقف في الأولى على إجازة الورثة بينما في الثانية يشترط ألا تتجاوز الثلث.
- حقوق الدائنين تقدم على حقوق الورثة لهذا لا تنفذ الهبة إذا كان مريض الموت مدينا أو مستغرقا لدمته المالية.
- المشرع المغربي فعل حسنا لما اشترط الرسمية في إبرام الهبة لأنها عقد كباقي العقود وكل الأحكام المتعلقة بها يجب أن تحرر بشكل رسمي.
- مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات المعمول بها قانونا.
- فيروس كورونا كوفيد 19 مرض مستجد ومخوف لسرعة انتشاره ثم صعوبته على أصحاب الأمراض المزمنة حيث في هذه الحالة حسب أهل الاختصاص يلحق بمرض الموت لأن حالة المريض تكون غير مستقرة ولا يعرف هل سيشفى أم سيموت، وبالتالي فإن تصرفاته غير العوضية خاصة تلك المنطوية على تصرف الهبة تسري عليها نفس أحكام مريض الموت وتخرج مخرج الوصية.
- نفس شروط تحقق مرض الموت والوسائل الإثباتية التي يثبت بها قيام تصرف الهبة في تاريخ المرض الذي أعقبه الموت هي أيضا تتحقق في المريض بفيروس كورونا كوفيد 19.

توصيات:

- ✓ على المشرع المغربي أن يعيد النظر في المادة المخصصة لحكم الهبة في مرض الموت، ويضع له تعريفا واضحا وذلك بتجاوز الأمر الذي يقول أن التعاريف ليست من اختصاص المشرع وإنما من مهام الفقه والقضاء.
- ✓ يجب على القضاء أن يرجح الشهادة الطبية على شهادة العدول عند إثبات مرض الموت، باعتبار اكتشاف الأمراض هو من اختصاص الأطباء وليس العدول أو الموثقين.
- ✓ نأمل أن يتناول الفقهاء موضوع هبة المريض بفيروس كوفيد 19 ويوضحوا اللبس الذي يسود هذا الموضوع لأن أحكام التبرعات ككل من وحي الفقه.

قائمة المراجع:

1-القوانين والمراسيم:

-قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

-القانون المدني الفرنسي.

-المرسوم الملكي رقم 554-65 بتاريخ 17 ربيع الأول 1387 (26 يونيو 1967) بمثابة قانون يتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض واتخاذ تدابير وقائية للقضاء على هذه الأمراض. الجريدة الرسمية عدد 2853 بتاريخ 5 يوليو 1967.

2-الكتب:

-إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون، الطبعة الثانية، الرباط، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2018.

- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، بهامشه شرح أبي عبد الله التاودي، الطبعة الثالثة، بيروت-لبنان، دار المعرفة، سنة 1977.

- ادريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2019.

- البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب حجة الوداع، (5/178)، رقم الحديث 4409.

-الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 4، دار الفكر، طبعة 1991.

- القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي، الدار العربية للكتاب.

-العلامة الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي مع الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، ج 4، طبعة أولى، دار الفكر، سنة 1998.

- خليفة الخروبي، العقود المسماة: الوكالة-البيع والمعاوضة-الكراء-الهبة، الطبعة الثانية، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، سنة 2013.

- شمس الدين أبو بكر بن محمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، الجزء 12، دار الكتب العلمية.

-عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون-دراسة للهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2015.

-عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، الطبعة الثانية.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية : الهبة، الشركة، القرض، الدخل الدائم، الصلح، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2000.

-عفيف شمس الدين، "القوة الثبوتية لقيود السجل العقاري"، بيروت، مطبعة نمم، سنة 1980.

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جزء 6، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، سنة 1986.

- محمد بن عبد الواحد السيواسي الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، دار الفكر، بيروت.

-محمد صبيح وادريس عادلي، بحث نهاية التدريب لدى المعهد الوطني للدراسات القضائية حول موضوع "مرض الموت وأثاره على الالتزام" فوج 31، فترة التكوين 2001-2003.

- موفق الدين أبي محمد أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، المغني بشرح الخرق، ج 6، القاهرة، دار الحديث، سنة 2004.

3- المواقع الالكترونية:

-الدكتور برتشكيه توش، فيروس كورونا: ما هو وكيف يمكنني وقاية نفسي منه؟،

<https://www.mayoclinic.org/ar/diseases-conditions/coronavirus/expert-answers/novel-coronavirus/faq-20478727>

اطلع عليه يوم: 2020/08/23 على الساعة: 46h21 مساء.

-مجلة الأحكام العدلية : <https://maqam.najah.edu/legislation/158/>

-ليسبا بيندير، رسائل وأنشطة رئيسية للوقاية من مرض كوفيد-19 والسيطرة عليه في المدارس، في مارس 2020.

<https://www.unicef.org/media/65871/file>

جريمة إصدار شيك بدون رصيد في التشريع الفلسطيني -دراسة تحليلية-

The Crime of Issuing a Cheque Without Balance in the Palestinian Legislation *An analytical study*

أ-محمد سامي عبدالله الشياح منتسب إلى نقابة المحامين الفلسطينيين، فلسطين

الملخص :

يعتبر الشيك من الركائز الأساسية في المعاملات التجارية، حيث يعمل على تسهيل عمليات البيع والشراء، كما يعد أداة وفاء لأنه يقوم مقام النقد، ويعمل على توفير الوقت والجهد والتكلفة، وقد أضفى القانون الفلسطيني حماية وضمانه للشيك.

كما أفرد القانون حماية جزائية للشيك وذلك من خلال وضع جزاء لإعطاء شيك بدون رصيد، وذلك لضمان عدم الخروج عن الإطار القانوني حيث وضعت مجموعة من الجزاءات على من يخالف أو يسيء استعماله. وعليه قسم الباحث الدراسة إلى ثلاثة مباحث: تحدث في المبحث التمهيدي عن أحكام الشيك من حيث تعريفه وخصائصه وشروطه وأنواعه، وفي المبحث الأول تحدث عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد مبيناً تعريف الجريمة وأركانها، ومن ثم انتقلنا إلى المبحث الثاني للحديث عن صور جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وأخيراً تحدثنا في المبحث الثالث عن العقوبات المقررة قانوناً لجريمة إصدار شيك بدون رصيد، وفي نهاية البحث توصل الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات.

كلمات مفتاحية: شيك، جريمة، الساحب، المسحوب عليه، البنك، عقوبة.

Abstract

The cheque is a key pillar in business transactions, it facilitates sales and purchases, it is also a loyalty tool because it serves as the denominator, Saves time, effort and cost, Palestinian law has provided protection and guarantee to the cheque.

The law also provided criminal protection to the cheque through a situation A penalty for a cheque without credit, this is to ensure that no derogation from the legal framework in which a group has been established Sanctions against those who violate or abuse. The researcher then divided the study into three mabahith: In the preliminary search, talk about the tightness of the cheque in terms of definition Its characteristics, conditions and types, In the first, he spoke of the crime of issuing a cheque without a balance We have outlined the definition and elements of the crime, We then moved to the second research to talk about crime images Issue a cheque without credit. Finally, in the third research, we talked about the legally established penalties for the crime of issuing a cheque without credit. At the end of the research, the researcher reached several conclusions and recommendations.

Key words: Cheque, Crime, Drawer, Drawee, Bank, Punishment.

المقدمة:

يحتل الشيك أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية لكل مجتمع، حيث يُعد من الركائز الأساسية في المعاملات التجارية كونه أداة وفاء تقوم مقام النقد في كثير من المعاملات، حيث أفرد له المشرع حماية قانونية تضمن استقرار العمل بها في جميع مجالات الحياة لاسيما في مجال الأعمال التجارية.

فمن الملاحظ أن الحالة الفلسطينية الراهنة تعاني من ارتفاع عدد الشيكات التي يتم اجاعها من قبل البنك لعدم وجود رصيد كافٍ لها خاصة في المحافظات الجنوبية نتيجة الحصار المفروض من قبل الاحتلال الإسرائيلي الغاشم، مما أدى إلى إصدار التجار لشيكات بدون رصيد، والذي بدوره أثر سلباً على عجلة الاقتصاد الفلسطيني، الأمر الذي يندرج بمسألة خطيرة قد تمتد لتهديد الأمن القومي.

والجدير بالذكر أن مثل تلك الحالات دفعت بعض الأفراد إلى إساءة استعمال الشيكات بغية التوصل عن طريقها إلى الاستيلاء على أموال الغير، وذلك بتحرير شيكات ليس لها مقابل للوفاء لدى المسحوب عليه، ولا شك أن إساءة استعمال الشيك على هذا النحو يؤدي إلى فقدان الأفراد للثقة فيه كأداة وفاء وتجعله غير قادر على أداء وظائفه الاقتصادية والتي وجد من أجلها.

لذا عالج التشريع الفلسطيني- كغيره من التشريعات- هذا الفعل واتجه إلى تجريم فعل إصدار شيك بدون رصيد، ودُعم هذا التشريع بالجزاء الجنائي، وبهذا جعل هذا الفعل جريمة قائمة بذاتها لها أركانها الخاصة بها، وهذا ما سنعالجه في هذه الدراسة بالتطرق لجريمة إصدار شيك دون رصيد من حيث بيان ماهيته هذه الجريمة وأركانها وعقوبتها.

حيث سيتناول الباحث في المبحث التمهيدي ماهية الشيك، وفي المبحث الأول سنحدث عن ماهية جريمة إصدار شيك بدون رصيد وأركانها، وفي المبحث الثاني سنبين صور جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وأخيراً سنتناول في المبحث الثالث الجزاء الجنائي المترتب على جريمة إصدار شيك بدون رصيد والإعفاء من العقوبة.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة فيما هو تال:

1. إن مثل هذه الدراسات تحظى باهتمام واسع من قبل الباحثين القانونيين لما تحتله من أهمية على المستوى الاقتصادي.
2. إثراء المكتبة العربية وكذلك المهتمين بمثل هذه الدراسات ذات البعد القانوني، وشحن رصيد الباحثين بهذه المعلومات الحديثة.

3. تزويد المكتبة الفلسطينية بمثل هذه الدراسات.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان التنظيم القانوني لجريمة إصدار شيك بدون رصيد من خلال تسليط الضوء على مفهوم جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وبيان أركانها، وصورها، والعقوبات المقررة لمقتري تلك الجرائم، وكذلك تسليط الضوء على الإشكاليات الموجودة في النصوص التشريعية بهذا الخصوص.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في ارتفاع معدل ارتكاب جريمة إصدار شيك بدون رصيد رغم حداثة التشريع الذي ينظم الحماية الجزائية للشيكات، الأمر الذي يدفعنا للبحث في أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد، ومدى فعالية التشريع الجديد في علاجه لهذه الجريمة وتحقيق مبدأ الردع، لذا جاءت هذه الدراسة لتجيب على التساؤل الرئيس التالي:

إلى أي مدى وفق المشرع الفلسطيني في بيان أحكام جريمة إصدار شيك بدون رصيد؟ وهل وفق الفقه القانوني في بيان أركان هذه الجريمة؟

ويندرج تحت هذا السؤال عدة أسئلة الفرعية من خلالها سنصل إلى إجابة عن السؤال الرئيسي:

1. ما مفهوم الشيك وما هي شروط تحريره؟
2. ما أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد؟
3. ما هي العقوبات المفروضة على ارتكاب جريمة إصدار شيك بدون رصيد؟

منهجية الدراسة:

اتباع الباحث هذا الدراسة المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية، وبالأخص نصوص قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م باعتباره القانون المطبق في المحافظات الجنوبية على هذه الجريمة، وكذلك قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لعام 1936م "المطبق في المحافظات الجنوبية"، وصولاً إلى تحليل نصوص قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لعام 1960م "المطبق في المحافظات الشمالية"، وذلك لأجل استخلاص الأحكام والمبادئ للوصول للمقصود بجريمة إصدار شيك بدون رصيد والتعرف على أركانها وصورها وصولاً إلى بيان العقوبات المترتبة عليها وأسباب انقضاؤها، حيث أن هذا المنهج يقوم بدرجة أساسية على تحليل دقيق للنصوص القانونية التي تعالج هذه الجريمة.

المبحث التمهيدي: ماهية الشيك

سنتحدث في هذا المبحث عن مفهوم الشيك، ومن ثم سنبين شروطه، وصولاً إلى بيان أنواعه، وسنقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الشيك (تعريف الشيك وخصائصه)

الفرع الأول تعريف الشيك

أولاً: تعريف الشيك لغةً:

مصطلح الشيك مأخوذ من اللغة العربية فهو الأقرب لغويا ومنطقيا من المصطلح العربي (الصك) مما يؤكد أن العرب أول من استعمل الصكوك⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الشيك اصطلاحاً:

لم تعرف التشريعات الفلسطينية الشيك الأمر الذي دفع الفقه والقضاء للاجتهاد في وضع تعريف محدد له وهذا الأمر لا يعد نقصاً في التشريعات خاصة وأن وضع التعريفات من اختصاص الفقه القانوني⁽²⁾، كما ونلاحظ أن قانون التجارة الفلسطيني المطبق في المحافظات الجنوبية رقم (2) لسنة 2014 جاء خالياً من تعريف الشيك وهذا لا يعني إهدار القيمة القانونية للشيك.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه: "ورقة تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه مصرفاً أو صيرفياً بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليها مبلغ معين من النقود لشخص هو المستفيد أو لأمر أو للحامل"⁽³⁾.

وذهب جانب آخر من الفقه العربي بأنه: "صك يأمر بموجبه محرره الساحب شخص آخر المسحوب عليه يكون غالباً مصرف أن يدفع مبلغاً من المال لأمره أو لأمر شخص آخر يعينه بمجرد الاطلاع"⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، ص 456.

(2) ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات، ص 86، الأشرم، تسيب الأحكام الجزائية في التشريع الفلسطيني، غزة، مركز الدراسات العربية، 2015، ص 7.

(3) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، ص 247.

(4) جاك الحكيم، الحقوق التجارية، الجزء الثاني، دمشق، 1979، ص 499.

أما المشرع المصري فإنه لم يعرف الشيك سواء في القانون التجاري أو في قانون العقوبات الذي نص على جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وهذا بدوره أوجب على الفقه القانوني المصري سد هذه الفجوة باجتهاداته في وضع تعريف له يتفق مع ما استقر عليه العرف في أحكام الشيك⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع الأردني نص على تعريف الشيك بأنه: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن امراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون صيرفاً هو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك وهو المستفيد مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك"⁽²⁾.

وعليه يتبين من التعاريف السابقة أن الشيك يختلف في شكله عن الكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية، وذلك أنه لا يتضمن معياراً للاستحقاق لكونه أداة وفاء فقط، فهو يستحق الدفع بمجرد سحبه بخلاف الأوراق التجارية التي تقوم بجانب كونها أداة وفاء أداة ائتمان في آن واحد.

ويمكن للباحث تعريف الشيك بأنه:

هو ورقة تجارية تقوم مقام النقد، تتضمن شكلاً معيناً يأمر من خلاله الساحب بأن يقوم البنك بدفع مبلغ نقدي للمستفيد أو لأمره أو لحامل الشيك، بمجرد الاطلاع عليه.

الفرع الثاني: خصائص الشيك

يتمتع الشيك بعدد من الخصائص وهي التي بدورها تميزه عن غيرها من الأوراق التجارية، وهذه الخصائص هي التي أعطت الشيك هذه المكانة بين جميع الأوراق التجارية، وخلال هذا الفرع سنتحدث عن الخصائص التي ينفرد بها الشيك (خاصة بالشيك فقط)، وخصائص أخرى عامة تتميز بها الأوراق التجارية بشكل عام بما فيها الشيك، وهي كالتالي:

أولاً: خصائص مستقل بها الشيك:

(1) حسام عوض، المسؤولية القانونية المترتبة على اصدار شيك بدون رصيد، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2005، ص10.

(2) راجع المادة (123/أ) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966م.

1. أداة وفاء:

إن الشيك كورقة تجارية يقوم مقام النقد ويستخدم بدرجة أساسية كورقة للوفاء، والذي بدوره عمل المشرع على حمايته لما تقدمه من خدمة تقوم مقام النقد في سداد الديون وخصوصاً في المعاملات التجارية، وكون الشيك أداة وفاء فإن ذلك يعني إمكانية الحصول على قيمته بسهولة ويسر عند تقديمه للمسحوب عليه (البنك)⁽¹⁾.

2. مستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليه:

يكون الشيك مستحق الوفاء فور الاطلاع عليه، ولا يجوز تعليقه على شرط وإلا كان الشرط غير معتبر⁽²⁾، كما لا يجوز للمسحوب عليه رفض دفع قيمة الشيك للمستفيد أو حامل الشيك فهو واجب الدفع بمجرد الاطلاع⁽³⁾. وإن ما يتم تداوله اليوم بين التجار والأشخاص العاديين من تحرير شيك تحت مسمى (شيك الضمان) وتعليقه على شرط كاستلام البضاعة وغيرها من الشروط المعلقة يتنافى مع حقيقة هذا الشرط ويمسي باطلاً.

ثانياً: خصائص تتمتع بها جميع الأوراق التجارية بما فيها الشيك:

إمكانية التداول بالطرق التجارية:

وهي الخاصية الأولى وبوجودها تتحقق الصفة التجارية للشيك، فالتداول يعني تنقله من يد إلى يد أخرى، دون أي زيادة أو نقص، ودون أن يتأثر بصفته ورقة تجارية العصرية ويدخل الشيك التداول بتمام عملية الإصدار⁽⁴⁾.

ولا يقتصر وظيفة الشيك كأداة لتسوية الديون في العلاقة بين الساحب ودائنة، بل أصبح بمقدور المستفيد استخدام الشيك من خلال نقل حقه الثابت في الشيك إلى دائنة، وكذلك للدائن إعادة استخدامه لتسوية ديونه أو مقدمة للبنك بصفته حامل للشيك للمطالبة بالوفاء بالمبلغ⁽⁵⁾.

غير مسبب:

(1) طه سعد، مرجع سابق، ص 22.

(2) أنظر الطعن رقم (2003/384)، مرجع سابق.

(3) راجع المادة (535) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 سنة 2014م.

(4) طه سعد، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، 2017، ص 21.

(5) سامي طه جزمه، المعارضة في وفاء الشيك، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2016، ص 16.

لا يتطلب إصدار شيك ذكر سبب فيه ذلك كون الشيك أداة وفاء تقوم مقام النقد ولم يتشترط قانون التجارة المطبق في المحافظات الجنوبية ذكر السبب⁽¹⁾.

الجدير بالذكر أن القضاء رتب البطلان في حال تسيب الشيك أو تعليقه على أي شرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً⁽²⁾.

الشيك يقوم مقام النقد:

الشيك يقوم مقام النقد، بالتالي لابد أن يكون الأمر الصادر من الساحب للمسحوب عليه هو أداء مبلغ من النقود وإلا اعتبر الشيك باطلاً، وقد أكد على ذلك قانون التجارة المطبق في المحافظات الجنوبية بالنص على أنه إذا اختلف مبلغ الشيك المكتوب في الحروف والأرقام فإن العبرة تكون عند الاختلاف بالمبلغ المكتوب بالحروف⁽³⁾.

المطلب الثاني: شروط الشيك

في هذا المطلب سنتحدث عن الشروط الموضوعية والشكلية الواجب توافرها في الورقة التجارية (الشيك):

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

لا بد أن تتوافر شروط موضوعية تتوقف عليها صحة الالتزامات الناشئة عن الشيك، كالتزام الساحب والمظهرين والعلاقة بين المظهرين والساحب، أو بين المظهرين بعضهم ببعض، وهذه العلاقات تحكمها شروط موضوعية تتعلق بالرضا والأهلية والمحله والسبب وانتفاء هذه الشروط أو بعضها قد يترتب عليه بطلان الالتزام الناشئ عنها⁽⁴⁾، وسنتعرض لها كالتالي:

أولاً: الأهلية:

إن الأشخاص نوعان؛ أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتباريون، ولكل منهما أهلية خاصة به، ولذا وجب علينا أن نتحدث عن تعريف الأهلية، ومن ثم نتعرف على أهلية الشخص الطبيعي.

(1) راجع المادة (506) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 سنة 2014م.

(2) أنظر الطعن رقم (2003/384) بجلسة 2004/2/17م، نقض غرة، منشور على موقع مقام.

(3) راجع المادة (509) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 سنة 2014م.

(4) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص4. طه سعد، مرجع سابق، ص33.

وعليه يمكن تعريف الأهلية بأنها: صفه يحددها الشارع في الشخص تجعل منه صالحاً لأن تثبت له الحقوق أو تثبت عليه الالتزامات، وتصح منه التصرفات، تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، أما الأولى فتثبت للإنسان منذ ولادته حياً إلى حين موته، والثانية فهي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية المكتسبة للحق أو المحملة له بالالتزام⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م، لم يتشترط شروط خاصة بالنسبة لأهلية التعامل في الأوراق التجارية، فقط تطلب أهلية تجارية عامة، وهذا ما أكد عليه قانون جنيف الموحد للشيك⁽²⁾.

وقد حدد القانون الفلسطيني السن للأهلية التجارية العامة في ثمانية عشر سنة ميلادية، مع ذلك يبقى التصرف الذي يصدر عن ناقصي الأهلية ممن ليسوا بتجار في المسائل المتعلقة بالشيك صحيحاً تجاه الغير رغم بطلانه بالنسبة إليهم⁽³⁾.

وبطلان الالتزام من الناحية المدنية لا يؤثر على المسؤولية الجزائية ولا يؤثر على صحة الشيك كونه يتضمن الدفع بمجرد الاطلاع ما يجعله تقوم مقام النقود⁽⁴⁾.

ثانياً: الرضا:

الالتزام بالشيك هو عمل قانوني قوامه الإرادة، والإرادة قد تكون معدومة أي غير موجودة وفي هذه الحالة يعتبر الالتزام باطلاً أي غير موجود، وقد تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من العيوب، وتكون الإرادة معيبة إذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه عيب من عيوب الرضا.

ومفهوم الرضا هو قبول الإرادة بالالتزام، أي أن الرضا هي الإرادة الحرة والخالية من أي عيب من عيوب الإرادة وهي الإكراه والتغيب والغبن والغلط⁽⁵⁾.

وعليه يجب أن يكون التزام صاحب الشيك صادراً عن إرادة صحيحة حرة خالية من أي عيب من عيوب الرضا، فإذا حرر الساحب الشيك بناءً على عيب من هذه العيوب كان التزامه باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الساحب،

(1) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 19.

(2) سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص 8.

(3) راجع المواد (512) (11) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م، والمواد (53) (55) من القانون المدني.

(4) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 9.

(5) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان، 1987، ص 70.

ويجوز له التمسك بهذا البطان في مواجهة المستفيد الأول، أو أي حامل سيء النية، على أن البطان يقتصر على التزام الساحب وحده دون التزام سائر الموقعين على الشيك، وذلك عملاً بمبدأ استقلال التوقيع⁽¹⁾.

والمقرر بأنه متى لحقت إرادة الساحب عيب يشوب الإرادة فإن الشيك يكون قابلاً للأبطال وفق القواعد العامة للبطان⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن اعتراض الرضا بأحد عيوب الإرادة لا يمنع قيام المسؤولية الجنائية متى كان إصدار الشيك صحيحاً وتوافر القصد العام لقيام الشيك، وهو العلم بوجود مقابل (الرصيد الكافي القابل للسحب) أما عيب الإكراه إن وجد تنتفي المسؤولية الجزائية، في حين لو كان الإكراه لا يؤثر على إرادة الساحب لا تنتفي المسؤولية الجزائية وكذلك الغلط المادي في تحرير مبلغ الشيك أو في معلومات تخص رصيد الساحب في البنك لا يترتب المسؤولية الجزائية لأن جريمة الشيك جريمة عمديه ينبغي أن يتوفر فيها القصد الجنائي⁽³⁾.

ثالثاً: المحل:

محل الالتزام هو ما يتعهد المدين القيام به، فيكون إما إعطاء شيء كنقل الملكية، أو ترتيب حق عيني على شيء، وإما القيام بعمل كالتزام مقابل ببناء شقة، وإما الامتناع عن عمل كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاوله التجارة نفسها في الجهة الكائن فيها المتجر⁽⁴⁾، هذا مفهوم المحل بشكل عام.

أما محل الالتزام بالشيك فهو دائماً مبلغ من النقود، ويجب أن يكون هذا المبلغ محدداً، أما إن كان محل الالتزام في الشيك من غير النقود ففي هذه الحالة يفقد صفته كشيك، كأن يكون المحل بضاعة مثلاً.

ولابد أن يتضمن الشيك أمراً بدفع مبلغ من النقود من الساحب إلى البنك لصالح المستفيد، فمحل الشيك هو مبلغ نقدي لا يجوز أن يكون شيء غير النقود، وكل تصرف خلاف ذلك يقع باطلاً من الناحية المدنية والجزائية⁽⁵⁾.

(1) أدورد عيد، الشيك، بيروت، 1967، ص 85.

(2) طه سعد، مرجع سابق، ص 35.

(3) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 10، ص 9.

(4) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 93.

(5) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 300، البلعاوي، أركان جرائم الشيك، ص 10، انظر المادة (506) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

رابعاً: السبب:

لا بد أن يكون لأي التزام سبب قائم، ويجب أن يكون هذا السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، والسبب في الشيك كأن يذكر مثلاً: أَدَفَعُوا بموجب هذا الشيك لأمر فلان مبلغ من النقود لقاء ثمن بضاعة أو لقاء قرض عليّ، ففي هذه الحالة يعتبر سبب الالتزام مشروعاً، أما إن كان سبب الالتزام غير مشروع كأن يقال "لقاء دين قمار" ففي هذه الحالة يعتبر السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، ويعتبر الشيك باطلاً من الناحية المدنية⁽¹⁾، وسبب التزام في الشيك يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات.

الفرع الثاني الشروط الشكلية

هي مجموعة البيانات التي ينبغي توافرها في الصك حتى يتحقق له تلك الصفة، كونه أداة وفاء تقوم مقام النقد⁽²⁾. وقد نص قانون التجارة الفلسطيني المطبق في المحافظات الجنوبية على وجوب توافر بيانات في الشيك لكي تصبح الورقة شيكا صحيحاً وأيضاً نص القانون المطبق في المحافظات الشمالية على ذلك.

وبمراجعة هذين القانونين يتبين لنا أن الشيك يجب أن يتوافره مجموعة من الشروط الشكلية، سنتحدث عنهم بشكل موجز:

أولاً: أن يكون الصك مكتوباً ومتضمن لكلمة شيك بنفس لغته:

لقد أكد القانون على هذه الشروط كونه محرراً مكتوباً، ولم يشترط القانون أن يقوم الساحب بكتابة الشيك بنفسه، بل يمكن أن يقوم بتحريره شخص آخر غير الساحب، أو بواسطة الحاسوب ومن ثم يقوم الساحب بإمهار توقيعه عليه، والجدير بالذكر أن العرف جرى أن تقوم البنوك بإعطاء العملاء دفاتر شيكات مطبوعة وتحتوي على أرقام متسلسلة، وتكون منقوصة من بعض البيانات يتولى الساحب تعبئتها، وهذه البيانات هي (اسم المستفيد- تاريخ السحب- المبلغ- توقيع الساحب)، فضلاً عن أن هناك بعض القوانين ألزمت البنوك كتابة اسم الشخص الذي تسلم دفتر الشيكات⁽³⁾.

(1) راجع نص المادة (165) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

(2) سيف الدين البلعاوي، أركان جرائم الشيك، دراسة في القانون الفلسطيني مع المقارنة، مجلة جامعة الأقصى، ص 113.

(3) فوزي محمد سامي، الأوراق التجارية، المجلد الثاني، عمان، دار الثقافة والنشر، 1999 ص 297.

فالقانون لا يعرف شيكا شفوياً فإذا لم يحرر كتابياً فهو في مهب الرياح، ويمسي سراً في الصحراء، واشترط لزوم الكتابة لتدوين جميع البيانات الإلزامية التي يطلبها القانون في الشيك⁽¹⁾.

وقانون التجارة الفلسطيني أوجب كتابة كلمة شيك في متن الورقة التجارية وأن تكون بنفس اللغة التي كتبت فيها الشيك وذلك لتمييزها عن الأوراق التجارية الأخرى، كما أوجب القانون أن يكون الشيك المحرر على نموذج المصرف المسحوب عليه وإلا لا يعتبر شيكاً⁽²⁾، ويمكن أن يطلق عليها اسم أي ورقة تجارية أخرى دون الشيك.

ثانياً: أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين من النقود:

يجب أن لا يكون الشيك معلق على شرط، لأن هذا يخالف مبدأ السرعة في الأوراق التجارية ويعرقل تداول الشيك⁽³⁾. ولا بد أن يتضمن الشيك أمراً بدفع قيمه من النقود فلا يمكن أن يكون بضاعة، وتكون هذه القيمة موضحة بالحروف والأرقام وعند اختلافهم يؤخذ بما هو مدون بالحروف⁽⁴⁾.

وإن توقيع الساحب على بياض دون إدراج قيمه الشيك التي يحق للمستفيد أن يستلمها من البنك لا يؤثر على صحة الشيك وهذا يفيد تنازل الساحب للمستفيد في تدوين قيمته⁽⁵⁾.

ثالثاً: كتابة اسم البنك المسحوب عليه:

اشتراط القانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م، المطبق في المحافظات الجنوبية على أن الشيك المسحوب لا بد أن يكون مسحوب على بنك، ولا بد أن يكون على النموذج الخاص بنفس المصرف وإلا يعتبر الشيك باطلاً⁽⁶⁾.

وقد أوجب أن يكون اسم البنك واضح لكي يتمكن المستفيد من معرفته بسهولة، وهنا لا محل لقبول البنك ويتربط على ذلك عدم مطالبته قضائياً إلا في حالات معينة حددها القانون، وللمستفيد الرجوع على الساحب أو المظهرين وكفلائهم إن وجدوا⁽⁷⁾.

(1) طه سعد، مرجع سابق، ص 29. وكذلك أنظر الطعن رقم (2003/384) بجلسة 2004/2/17م، نقض غزة، منشور على موقع مقام.

(2) راجع المواد (506) (508) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م

(3) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 300.

(4) راجع المادة (506) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

(5) عبد القادر جرادة، جرائم الشيك في التشريع الفلسطيني، غزة، مطبعة آفاق، 2012، ص 14.

(6) راجع المادة (508) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م، فوزي محمد سامي، الأوراق التجارية، المجلد الثاني، ص 302.

(7) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 302.

رابعاً: مكان الوفاء:

يجب أن يتضمن الشيك مكان الوفاء وقد نص القانون الفلسطيني المطبق في المحافظات الجنوبية على أنه إذا خلا الشيك من مكان الوفاء اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يوجد به المركز الرئيسي للمصرف المسحوب عليه⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن القانون حدد أن الشيك المسحوب في فلسطين والمستحق الوفاء يجب تقديمه للوفاء خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاء، أما الشيك المسحوب في أي بلد آخر خارج فلسطين ومستحق الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء خلال أربعة أشهر من تاريخ الوفاء⁽²⁾.

خامساً: تاريخ ومكان إنشاء الشيك:

يجب أن يدون في الشيك تاريخ تحرير هو إنشاؤه حيث يترتب على ذكره معرفة أهلية الساحب وقت إصدار الشيك⁽³⁾. ونجد أن المشرع الفلسطيني فرق بين تاريخ الإنشاء وتاريخ الوفاء، وأجاز أن يتم الوفاء بالشيك في حال تقديمه قبل موعد إنشاءه⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر بأن ذكر مكان إنشاء الشيك له أهمية بالغة تكمن في حال تنازع القوانين لمعرفة القوانين الواجب التطبيق، لاسيما وأن عدم ذكر مكان إنشاء الشيك لا يؤثر على صحة الشيك، ويكون مكان الإنشاء هو موطن الساحب⁽⁵⁾.

سادساً: اسم وتوقيع الساحب:

أكد القانون على وجوب أن يتضمن الشيك اسم الساحب وتوقيعه، وذلك لتسهيل الوصول إلى الساحب، وهذا يحدث تلقائياً حيث يقوم البنك بطباعة اسم الساحب وعنوانه على دفتر الشيكات تلقائياً، والتوقيع يعتبر من إرادة الساحب بالالتزام بما جاء في الشيك، ولا يقوم البنك بالوفاء بقيمة الشيك إلا بعد مطابقة التوقيع، وقد يكون التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة، وعند عدم مطابقة التوقيع لا يقوم البنك بدفع قيمة الشيك⁽⁶⁾.

(1) راجع المادة (507) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م، سامي، الأوراق التجارية، المجلد الثاني، ص304.

(2) راجع المادة (536) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

(3) طه سعد، مرجع سابق، ص31.

(4) راجع المادة (535) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

(5) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص307، ص308.

(6) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص307، ص308.

المبحث الأول: ماهية جريمة إصدار شيك بدون رصيد وأركانها

يعتبر الشيك بمثابة ورقة تجارية لها قيمة مالية ولذلك كان حرياً بالمشرع الفلسطيني أن يضع النصوص القانونية التي تجرم كل فعل أو ترك، حيث أكد ذلك في قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م عندما ذكر عدة أفعال من شأنها أن تعتبر جريمة من جرائم الشيك وتؤثر سلباً على الورقة التجارية التي تعتبر بمثابة أداة وفاء تحل محل النقد.

المطلب الأول: مفهوم جريمة إصدار شيك بدون رصيد

سيقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول للحديث عن تعريف الجريمة، ومن ثم سنتحدث في الفرع الثاني عن تعريف جريمة إصدار شيك بدون رصيد.

الفرع الأول: تعريف الجريمة

أولاً: الجريمة لغة: تأتي من اللفظ جُرم، بمعنى التعدي⁽¹⁾.

ثانياً: الجريمة اصطلاحاً:

بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م، المطبق في المحافظات الجنوبية نجده أنه تعرض لتعريف لفظ (جرم) حيث عرفه: بالفعل أو المحاولة أو الترك الذي يستوجب العقاب بحكم القانون⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف جريمة إصدار شيك بدون رصيد

وجب علينا التفرقة بين إصدار الشيك وإنشاؤه، حيث يعتبر إنشاء الشيك بمثابة ملئ البيانات اللازمة في الشيك حتى تتوافر فيه صفة الشيك، حيث تعد مرحلة الإنشاء من المراحل التي تسبق عملية الإصدار، بخلاف الإصدار الذي يتحقق بتداول الشيك بدءاً من خروجه من حيازة الساحب (محرر الشيك) والذي لا يستطيع إلغاءه أو إتلافه، وذلك كما بينا سابقاً بأنه أداة وفاء، حيث أنه تنتقل ملكية مقابل الوفاء إلى حامل الشيك بمجرد الإصدار⁽³⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، م/91/2.

(2) انظر المادة (5) من قانون العقوبات 74 لعام 1936م "المطبق في المحافظات الجنوبية".

(3) عبد لقادر جرادة، مرجع سابق، ص43.

أما الشيك فقد عرفناه سابقاً، وبخصوص لفظ بدون رصيد فيمكن استخلاصه من قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م، وذلك من خلال تحليل الحالات التي يعتبر الشيك فيها بدون رصيد⁽¹⁾، علاوة على ذلك فإننا سنذكر بعض اجتهادات الفقه التي تحدثت حول هذا المفهوم، وسنرجي الحديث عن ذلك عند حديثنا عن الركن المادي في جريمة إصدار شيك بدون رصيد.

المطلب الثاني: أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد

لكل جريمة أركان، ويتوافرها تقوم الجريمة، ويكون هناك سبب من أسباب العقاب سواء بالتشديد أو التخفيف، وعليه فإن جريمة إصدار شيك بدون رصيد تقوم على ثلاثة أركان وهم: الركن الشرعي، وهو وجود نص يجرم هذا الفعل، والركن المادي ويتمثل في وقوع الفعل على صورة من الصور المنصوص عليها، والركن المعنوي أي القصد الجنائي.

الفرع الأول: الركن الشرعي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد

يتمثل الركن الشرعي في المبدأ القانوني القائل "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، بمعنى أن المشرع رتب على وجود النص التجريبي قيام العقاب، وإلا كان هناك سبباً من أسباب الإباحة.

ويرى جانب من الفقه العربي بضرورة وجود الركن الشرعي، ولكن بمسمى الصفة غير المشروعة المتمثلة في التكييف القانوني للفعل في ضوء قانون العقوبات⁽²⁾، ويرد عليه جانب آخر من الفقه العربي بأن الصفة غير المشروعة تتحدد في ضوء نموذج الجريمة الوارد في قانون العقوبات وبالتالي فهي علاقة بين الفعل والوصف القانوني لذلك، فهي تكشف عن الجريمة ولا تعتبر جزءاً فيها⁽³⁾.

ونتفق مع رأي الباحث⁽⁴⁾: أن ما ذهب إليه الدكتور أحمد سرور في عدم كون الركن الشرعي جزءاً من الفعل المجرم، واقتضاه على أنه علاقة بين الفعل والوصف المحدد، وعلة ذلك أن الجريمة تتكون من أجزاء غير مشروعة ويمثل هذا الركن الجانب القانوني للفعل المجرم، والذي يتمحور في قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، والتي تعرف بمبدأ الشرعية الجنائية.

(1) راجع نص المادة 506 من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لعام 2014م.

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص 63، مشار إليه في رسالة ماجستير الباحث: طه سعد، مرجع سابق، ص 48.

(3) أحمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص 39-42، مشار إليه في رسالة ماجستير الباحث: طه سعد، مرجع سابق، ص 48.

(4) طه سعد، مرجع سابق، ص 48.

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد

أولاً: السلوك الإجرامي في جريمة إصدار شيك بدون رصيد:

السلوك الإجرامي أهم عناصر الركن المعنوي، لأنه يمثل القاسم المشترك بين جميع أنواع الجرائم فلا قيام للركن المادي للجريمة إذا تخلف السلوك⁽¹⁾، وهو التعبير الذي يترجم فيه الفرد نيته الآثمة في العالم الخارجي فيصد فعل وصف التجريم أو يقوم بالترك لفعل يلزمه قانوناً القيام به، والقاعدة العامة "لا جريمة بدون سلوك"⁽²⁾، السلوك ينقسم إلى قسمين، أحدهما إيجابي والآخر سلبي ويكون السلوك الإجرامي وفق ما يلي:

1. الفعل الإجرامي في جريمة إصدار شيك بدون رصيد: (السلوك الإيجابي)

يعرف بأنه: تعبير صادر عن إرادة الجاني في العالم الخارجي، بحركة عضوية منه، مخالفاً بذلك القانون الجزائي، سواء ترك آثار مادية أم لم يترك⁽³⁾.

والسلوك الإيجابي هو حركة عضوية إرادية تصدر من حركات الأعضاء في الجسم لأجل تحقيق آثار مادية معينة⁽⁴⁾ مخالفاً بذلك قاعدة جزائية، بالتالي يجب أن يتوفر في الفعل الإجرامي عنصران مهمان:

- أ. حركة عضوية صادرة عن جسم الإنسان تحدث أثر خارجي ملموس: ويتمثل في قيام الساحب بتسليم الشيك الذي لا يمكن صرفه للمستفيد أو وكيله.
- ب. الصفة الإرادية للحركة العضوية أي أن إرادة الجاني هي حركته⁽⁵⁾، ويتمثل ذلك أن إرادته هي التي دفعته للقيام بذلك الفعل.

والجدير ببيانه بأن جريمة إصدار شيك بدون رصيد يجب أن يتمثل السلوك الإجرامي الذي تتحقق به الجريمة يتمثل في سحب شيك لا يمكن للمستفيد أن يقوم بتحصيله لسبب يرجعه للساحب وسوء نيته⁽⁶⁾. وأن السلوك يتكون عندما يحرر الجاني الشيك ويتم تداوله والتوقيع عليه، ويتحقق السلوك بمجرد التوقيع على الشيك وتسليمه للمجني عليه أو تداوله في الأسواق دون أن يكون لديه رصيد بنكي.

(1) عبد القادر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، ص 139.

(2) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 40.

(3) عبد القادر جرادة، جرائم الشيك في التشريع الفلسطيني "مرجع سابق" ص 41.

(4) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "لقسم العام"، الطبعة السادسة، القاهرة، دار النهضة، 1989، ص 374.

(5) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 139.

(6) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 43، البلعاوي، مرجع سابق، ص 11.

2. الترتك الإجرامي في جريمة إصدار شيك بدون رصيد: (السلوك السلبي)

وهو أمر نادر الحدوث، إذ أن الأصل العام في القواعد الجزائية أنها تفرض التزاماً بترك القيام بعمل معين.

وذهب الفقه في تعريفه أنه: إحجام شخص من إتيان فعل إيجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط أن يوجد واجب قانوني يوجب بالفعل ويكون باستطاعة الممتنع القيام به⁽¹⁾.

والحقيقة أن صورة الترتك تتحقق من خلال امتناع الجاني عن وضع رصيد مالي في حسابه حتى يمكن المجني عليه من صرف الشيك، وإن إحجامه وامتناعه عن دفع المبلغ في حسابه البنكي قبل تاريخ استحقاق الشيك هي صورة من صور السلوك الإجرامي.

وفي جريمة إصدار شيك بدون رصيد فإن السلوك السلبي غير متصور، وذلك لأن هذه الجريمة تبدأ بمجرد إصدار شيك لا يكون له مقابل للوفاء، وحتى لو كان صادراً بتاريخ لاحق، إذ أن القانون أجاز صرف الشيك قبل التاريخ المبين فيه كتاريخ الإنشاء⁽²⁾، بالتالي فإن إصدار الشيك بتاريخ لاحق وعدم توفير مقابل الوفاء في حساب الساحب يوم استحقاق الشيك فإن ذلك لا يعد تركاً، إذ أن الجريمة تمت بمجرد اكتمال فعل الإصدار وعلم الساحب بعدم إمكانية صرف الشيك قبل التاريخ المبين فيه، ولا يعدو أن تكون مسالة عرض الشيك على المسحوب عليه إلا كاشفه للجريمة وليست جزءاً منها.

3. عناصر السلوك الإجرامي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد:

يتكون السلوك الإجرامي من عنصرين هما:

(أ) إصدار الشيك أي تخلي الساحب عنه بإرادته نهائياً ودخوله في حيازة المستفيد بما يفيد طرحه للتداول⁽³⁾.

(ب) استحالة استيفاء القيمة بسبب يرجع إلى الساحب وتعدد الصور التي يمكن أن يقوم بها الساحب في سبيل حرمان المستفيد من استيفاء قيمة الشيك⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، مرجع سابق، ص 276.

⁽²⁾ راجع نص المادة (535) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لسنة 2014م.

⁽³⁾ عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 43.

⁽⁴⁾ عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 43 - 46.

وقد نص القانون الفلسطيني المطبق في المحافظات الجنوبية على ذلك بقوله: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية⁽¹⁾:

- أ. إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.
- ب. استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.
- ت. إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً.
- ث. تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه.

وعليه سنقوم بشرح كل فعل من الأفعال على حدا: (صور السلوك)

الصورة الأولى: إعطاء شيك للمستفيد قابل للصرف وليس له مقابل:

خلى القانون الفلسطيني من مدة تقديم الشيك للمسحوب عليه (البنك)، بل يمكن تقديم الشيك في تاريخ لاحق لصدوره، وتقوم الجريمة طالما استوفى الشروط القانونية للشيك (الموضوعية والشكلية)⁽²⁾.

وعادة ما يقوم الساحب بتسليم الشيك للمستفيد، ويكون ذلك بخروج الشيك من حيازة الساحب وطرحه للتداول وينبغي أن يتم ذلك برضى الساحب حتى يتحقق الركن المادي وإلا يكون التسليم تم على سبيل الوديعة فلا بد للتسليم أن يكون نهائي لا رجعة فيه⁽³⁾.

أما إذا خرج الشيك من حيازة الساحب جبراً عنه أو نتيجة تصرف مشوب بالغش أو الإكراه، فإن الواجب هنا هو تطبيق القواعد العامة للمسؤولية الجزائية فإذا انعدمت الإرادة بنعدم الركن المادي وتنعدم بذلك المسؤولية الجزائية، فمن أنشأ شيك ثم سرق منه أو فقده دون إهمال أو عدم حيطة لا يسأل جنائياً إذا لم يكن لهذا الشيك رصيد مقابل، أما لو كان الفقد أو السرقة بإهمال من الساحب وعدم حيطة يقع الساحب تحت المسؤولية الجزائية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ راجع المادة (566) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

⁽²⁾ سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 13.

⁽³⁾ عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁴⁾ سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 14.

الصورة الثانية: استرداد مقابل الوفاء أو بعضه أو التصرف به بعد إصدار الشيك:

نص عليه المشرع الفلسطيني في قانون التجارة بقوله "استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك"⁽¹⁾. ويفترض هنا وجود رصيد أثناء إنشاء وإصدار الشيك لكن الساحب قام باسترداده أو جزء منه بحيث لا يتم صرف الشيك للمستفيد في الوقت المحدد، والجدير ذكره أن جرائم الشيكات من الجرائم الوقتية التي تقتضي أن يتحقق القصد الجنائي وقت وقوع الفعل المادي واسترداد الساحب مقابل الوفاء أو بعضه أمراً لاحقاً إذا جاءت هذه الصورة⁽²⁾.

فالساحب لا يلتزم فقط بأن يكون للشيك رصيد كافٍ قابل للسحب وإنما يلتزم باستمرار هذا الرصيد الكافي وتلك القابلية للسحب، وكذلك تتم الجريمة إذا لم يكن للساحب رصيد عند إصدار الشيك وكان المستفيد يعلم أن الساحب ليس لديه رصيد تكون المسؤولية الجزائية أيضاً قائمة⁽³⁾.

يثور هنا تساؤل هل تقع جريمة إصدار شيك بدون رصيد إذا وقع الساحب على بياض؟

لا يوجد في القانون الفلسطيني ما يلزم أن يكون بيانات الشيك محررة بخط الساحب، فقط يتعين أن يحمل الشيك توقيع الساحب وإلا يكون ورقة لا قيمة لها.

الصورة الثالثة: إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً:

وهذا يعني أن يصدر هذا الأمر قبل إصدار الشيك أو بعده، مما يترتب عليه عدم قدرة المستفيد على صرف قيمة الشيك، والأمر بعدم الدفع لا يصدر إلا من الساحب أو من وكيله، أما إذا صدر هذا الأمر من جهة أخرى لا علاقة للساحب بها كجهة إدارية دون علم من الساحب بذلك، فإن الساحب يعفى من المسؤولية الجزائية⁽⁴⁾. وقد يكون وقف الشيك بناءً على أمر الساحب في حال فقدان الشيك أو سرقته وذلك بإبلاغ البنك وكذلك النيابة العامة وكذلك المحكمة من خلال طلب يقدم لقاضي الأمور المستعجلة.

⁽¹⁾ راجع المادة (566) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

⁽²⁾ سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص14.

⁽³⁾ هداية بوعزة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد وفق القانون المقارن، 2014، ص8.

⁽⁴⁾ سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص15.

الصورة الرابعة: تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه:

يقوم ذلك عند قيام الساحب بالتوقيع على الشيك بغير التوقيع المعتمد لدى المصرف أو يحرر الشيك على ورق عادي مع علمه بأن تعليمات المصرف توجب بعدم الصرف إلا بالنسبة إلى الشيكات المحررة على ورق مطبوع من قبل المصرف، وثمة حالة أخرى تتمثل في سحب الساحب الشيك ثم مزقه بحيث أصبح تمزيقه دليلاً على انصراف إرادة الساحب إلى إلغاء الشيك، وبطبيعة الحال يتمتع البنك عن دفع مبلغ الشيك⁽¹⁾.

والحقيقة أن على المشرع الفلسطيني أضاف نوع خامس لجرائم الشيك ألا وهو إصدار شيك على سبيل الضمان، حيث أن إصدار الشيك على مثل هذه الصورة يعتبر جريمة إصدار شيك بدون رصيد كون الشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفلسطينية في العديد من أحكامها.

ثانياً: النتيجة الإجرامية:

تعرف النتيجة الإجرامية بالأثر المترتب على السلوك الإجرامي سواء أكان فعلاً أم تركاً، ولها مدلولان الأول هو مدلول مادي وهو السلوك الإجرامي، والثاني القانوني الذي ينال مصلحه أو حق كفله القانون بالحماية⁽²⁾، ويتحقق في هذه الجريمة عندما يمس الجاني المصلحة التي يحميها القانون وهي حق المجني عليه من استحقاق أمواله في التاريخ المحدد دون ضرر يلحق بالمجني عليه.

والنتيجة في جريمة إصدار الشك بدون رصيد هي عدم تمكين المستفيد من صرف الشيك، كما أن الوفاء قبل تاريخ الاستحقاق لا ينقص توافر أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد ما دام أن الساحب لم يسترده من المستفيد، وتعتبر جرائم الشيكات جرائم وقتية وكفي لقيامها أن يصدر الساحب الشيك بسوء نية وعلم بعدم وجود رصيد في حسابه⁽³⁾.

ثالثاً: العلاقة السببية:

وهو وجود ترابط قائم بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، بمعنى أن يكون السلوك الذي اقترفه هو الذي أدى إلى حصول النتيجة، أي أنه لولا السلوك لما حدثت النتيجة، وعلاقة السببية هي إحدى عناصر الركن

(1) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 16.

(2) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 280، ص 281.

(3) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 62.

المادي ولا تتوافر إلا في الجرائم المادية التي تتطلب حدوث نتيجة ذات أثر ملموس في العالم الخارجي، ناتجة عن السلوك الذي هو أيضاً أحج عناصر الركن المادي.

ويلزم لقيام الركن المادي أن تتوافر رابطة السببية بين السلوك الإجرامي من ناحية والنتيجة الإجرامية من ناحية أخرى وذلك بأن يثبت أن هذا السلوك هو سبب النتيجة⁽¹⁾.

وفي جريمة الشيك بدون رصيد تكون العلاقة عندما يؤدي سلوك الجاني سواء أكان فعلاً أو تركاً إلى حصول النتيجة الإجرامية ألا وهي عدم صرف قيمة الشيك وذلك أن السلوك أفضى إلى حصول هذه النتيجة فتحقق العلاقة السببية شرط لتحقيق المسؤولية الجنائية أما إذا انتفت علاقة السببية بين السلوك ونتيجة السلوك ونتيجة فلا تقوم المسؤولية عن الجريمة⁽²⁾.

رابعاً: المحاولة والاشتراك في جرائم الشيك:

لم ينص القانون الفلسطيني المطبق في المحافظات الجنوبية على محاولة في جرائم الشيك فالسلوك الجنائي وجريمة إصدار شيك بدون رصيد تتم بمجرد إعطاء الساحب الشيك للمستفيد مع كلمة عدم وجود رصيد ويطرحة للتداول على اعتباره أداة وفاء تقوم مقام النقد⁽³⁾.

لكنه نص صراحة على الاشتراك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد في قانون التجارة رقم (2) لسنة 2014م بقوله: "توقع الجزاءات المقررة للجرائم المنصوص عليها في المواد (565، 566، 567) من هذا القانون على كل من يرتكب خارج فلسطين فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة من هذه الجرائم تتعلق بشيك مسحوب على مصرف في فلسطين، ولو كان هذا الفعل غير معاقب عليه في الدولة التي وقع فيها"⁽⁴⁾.

وذهبت بعض الفقه إلى أن من يستلم شيك بدون رصيد مع علمه بذلك فهو متدخل يستحق العقاب كونه ساعد الساحب على الجريمة، إضافة إلى اعتبار الوكيل الذي أصدر الشيك عن موكله فاعلاً أصيلاً للجريمة كون لا وكالة في الجرائم⁽⁵⁾.

(1) محمد صبحي نجم، قانون العقوبات " القسم العام"، ص 213.

(2) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 63.

(3) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 16، جرادة، مرجع سابق، ص 69.

(4) راجع نص المادة (570) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م.

(5) طه سعد، مرجع سابق، ص 60.

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجرائم إصدار شيك بدون رصيد

يتضمن الركن المعنوي للعناصر النفسية للجاني فهو يمثل الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها إذا لا يسأل شخص عن جريمة إن لم يكن هناك علاقة بين ماديات الجريمة ونفسيته وذلك ضمان للعدالة وشرط لتحقيق العقوبة⁽¹⁾.

أولاً: القصد الإجرائي في جريمة إصدار شيك بدون رصيد:

يتخذ الركن المعنوي في الجرائم المقصودة في القانون الفلسطيني صورة القصد الإجرائي ويطلق عليه الفقه القانوني القصد الجنائي وهو أن يقوم المجرم بالفعل متعمداً وهو يعلم بأنه مجرم⁽²⁾، وقد استخدم الفقه الإسلامي مصطلح (قصد العصيان) أي عصيان أمر الشارع⁽³⁾.

والجدير بالذكر أن جرائم الشيك المذكورة في قانون التجارة هي جرائم عمديه التي يتطلب فيها توافر القصد الجنائي، والقصد الجنائي في الجرائم العمدية هو توجيه الفاعل لإرادته نحو الفعل المجرم بقصد تحقيق النتيجة⁽⁴⁾.

ويتكون القصد الجنائي من عنصرين هما (العلم والإرادة) النحو التالي:

1. العلم:

لتوافر العلم الذي يقوم به القصد الجنائي إلى جانب الإرادة لا بد أن يحيط الجاني علماً بجميع العناصر القانونية للجريمة وهي: (العلم بموضوع الحق المعتدي عليه، والعلم بصلاحيه السلوك لإحداث النتيجة الإجرامية)، فإذا اعتقد الجاني أن سلوكه لا يرد على محل مطلقاً أو لا يرد على ورقة تجارية فلا يتوفر القصد الجنائي في إصدار شيك بدون رصيد إلا إذا علم أن سلوكه ينص على شيك فمن وقع على ورقة معتقد أنها سند دين ثم تبين أنها شيك لا رصيد له فإن القصد يتخلف لديه لأنه لا يعلم بصفة الورقة التجارية وقت توقيعه عليها⁽⁵⁾.

فبمجرد علم الساحب بعدم توافر الرصيد القائم المعد للدفع يعد قرينه للدفع على سوء النية ويكفي ذلك لقيام القصد الجنائي العام، ولا عبرة بالأسباب التي دفعته إلى إصداره الشيك⁽⁶⁾.

(1) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 501.

(2) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 203.

(3) عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، المجلد الأول، بيروت دار الكتاب العربي، بدون سنة نشر، ص 409.

(4) راجع المادة (566) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

(5) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 73.

(6) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 326.

وذهب البعض إلى عدم الاكتفاء بمجرد العلم وضرورة انصراف إرادة الجاني إلى التدليس أي إلى عدم وجود رصيد قائم قابل للسحب وقت استحقاقه⁽¹⁾.

2. الإرادة:

تعتبر الإرادة العنصر الثاني للقصد الإجرامي فهي عبارة عن نشاط نفسي اتجه لتحقيق غرض غير مشروع عن طريق وسيلة وهي جسم الإنسان أو أعضائه، فهي قوة نفسية يستعين بها الإنسان للتأثير على ما يحيط به لإتباع حاجاته فهي تصدر عن وعي وإدراك، فإذا كان الغرض غير مشروع تكون أمام القصد الجنائي⁽²⁾.

فمتى كان الساحب يعلم أنه ليس له رصيد كافٍ ورغم ذلك أعطى شيكاً للمستفيد فإن يعتبر سيء النية أما لو كان الساحب يعتقد خطأ أن رصيده كافياً وقائم يكون حسن النية ولا تقوم المسؤولية الجنائية قبله ولو كان الخطأ نشأ عن إهمال، وسوء نية مفترض وعلى حسن النية إثبات ذلك أمام المحكمة⁽³⁾.

ثانياً: وقت توفر القصد الجنائي وإثباته:

ويعتبر وقت توفر القصد الجنائي المرتبط بالعلم، كما أشرنا سابقاً أن جرائم الشيك من الجرائم العمدية وهي من الجرائم الوقتية فالقصد الجنائي يوفر في جريمة إصدار شيك بدون رصيد بمجرد التوقيع على شيك مع العلم بعدم وجود رصيد⁽⁴⁾.

كما أن دفع قيمه الشيك بعد إصداره لا ينفي المسؤولية الجزائية ولا يدل على حسن النية، فسوء النية في جريمة إصدار شيك بدون رصيد يتوافر بمجرد علم الساحب وعدم وجود مقابل له في تاريخ إصداره وهو علم مفترض للساحب⁽⁵⁾.

فالأصل أن يتزامن القصد الإجرامي مع جميع عناصر الركن المعنوي ولكن ممكن أن يعاصر بعض هذه العناصر دون الأخرى، كأن يعاصر السلوك دون النتيجة كما لو أصدر شيك بدون رصيد ثم ندم بعد ذلك وذهب

(1) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 20.

(2) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 608.

(3) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 63.

(4) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 22، جرادة، مرجع سابق، ص 80.

(5) سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 23.

(6) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 81.

للبنك ليضع مقابله فتفاجئ أن المستفيد قدمه للمصرف وختم عليه بما يفيد عدم وجود رصيد، هنا تقوم المسؤولية الجنائية.⁽¹⁾

أما عن عبء إثبات وقوع الجريمة فهو يقع على عاتق النيابة العامة لأنها صاحبه الاختصاص الأصلي في الدعاوى العامة لذلك عليها إثبات توفر القصد الجنائي لدى الساحب وعدم وجود رصيد في المصرف يساعد النيابة العامة على التدليل على سوء النية⁽²⁾. واستخلاص القصد الجنائي في جرائم الشيك مسألة موضوعية بحته تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة حسب ما يقوم لديها من الدلائل⁽³⁾، ويستطيع الساحب تقديم الدليل على انتفاء القصد الجنائي بأن سوء النية في جرائم الشيك أمر مفترض يقبل إثبات العكس ويترتب على إثبات حسن نية الساحب انتفاء المسؤولية الجزائية⁽⁴⁾.

ولا ينفي القصد الجنائي علم المستفيد بعدم وجود رصيد في الشيك لدى البنك لأن الحكمة ليس هي حماية الأفراد إنما حماية الثقة في الشيكات⁽⁵⁾، وقد عاقب المشرع الفلسطيني المستفيد للذي يحصد على شيك ليس له رصيد بسوء نية⁽⁶⁾.

المبحث الثاني صور جريمة إصدار شيك بدون رصيد

تتعدد الصور والجريمة واحدة، وفي هذا المقام يمكن تقسيم الجرائم التي تقع على الشيك إلى قسمين هما:

جرائم تقع من:

1. الساحب أو المظهرين أو المستفيد أو المسحوب عليه.
2. تزوير التوقيع والأخطاء المادية في الشيكات.

⁽¹⁾ عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 86، ص 87.

⁽²⁾ سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 24.

⁽³⁾ عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 89.

⁽⁴⁾ سيف الدين البلعاوي، مرجع سابق، ص 25، جرادة، مرجع سابق، ص 88.

⁽⁵⁾ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 327.

⁽⁶⁾ انظر المادة (567) من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م.

المطلب الأول: جرائم تقع من الساحب أو المظهرين أو المستفيد أو المسحوب عليه

الفرع الأول: جرائم تقع من الساحب أو المظهرين

وتتمثل هذه الجرائم في الحالات التالية:

1. جريمة إصدار شيك بدون رصيد ولها عدة أوجه، وهي على النحو التالي⁽¹⁾:
 - أ. إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للتصرف.
 - ب. استرداد كل الرصيد أو بعضه، أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.
 - ت. إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً.
 - ث. تحرير الشيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه.
 - ج. تظهير الشيك بشكل ناقل للملكية أو تسليم شيك مستحق الدفع لحاملة مع العلم بعدم وجود رصيد كافي أو أنه غير قابل للصرف.
2. جريمة الادعاء بتزوير الشيك، وقد تقع هذه الجريمة من قبل آخرين⁽²⁾.

الفرع الثاني: جرائم تقع من المستفيد

وتتمثل هذه الجرائم في الحالة التي يقبل فيها المستفيد شيك مع علمه المسبق بعدم توافر مقابل لقيمة الشيك، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن الغرض الأساسي من التجريم غير متعلق بحماية المستفيد وإنما هو حماية الثقة في الشيكات حتى يسهل التعامل بها بين كل من الساحب والمسحوب عليه والمستفيد⁽³⁾.

الفرع الثالث: جرائم تقع من المسحوب عليه

وتتمثل هذه الجرائم في الحالات التالية⁽⁴⁾:

أ. الحالة التي يصرح فيها موظف البنك على خلاف الحقيقة بعدم وجود مقابل وفاء للشيك أو بوجود مقابل وفاء أقل من قيمته.

⁽¹⁾ أنظر المادة 566 من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لعام 2014م.

⁽²⁾ أنظر المادة 568 من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لعام 2014م.

⁽³⁾ أنظر المادة 567 من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لعام 2014م.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 565 من قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لعام 2014م.

- ب. الرفض بسوء نية الوفاء بشيك له مقابل وفاء كامل أو جزئي، ولم يقدم بشأنه اعتراض صريح.
- ت. تسليم أحد العملاء دفتر شيكات لا يشتمل على البيانات المنصوص عليها قانوناً.
- ث. الامتناع عن إثبات عدم الدفع على ورقة الشيك.

المطلب الثاني: تزوير التوقيع والأخطاء المادية في الشيكات

قد يوقف البنك صرف الشيك ليس لعدم وجود رصيد في الحساب، وإنما لوجود أخطاء مادية في توقيع الشيك أو لكشط أو غيرها ما يسبب تأخير صرف الشيك، بالإضافة إلى أنه قد يحدث تزوير للتوقيع في الشيكات وبسببها يتم وقف صرف الشيك سواء أكان من قبل البنك أو المحكمة، ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً.

الفرع الأول: الأخطاء المادية في الشيك

يحدث الخطأ في تحرير الشيك مما يسبب رجوع الشيك من قبل البنك وعدم صرفه، وهذه الأخطاء تحتاج تدخل مصدر الشيك لحل الخلاف، وفي حالة كانت هذه الأخطاء بسوء نية من قبل الساحب توجب عليه العقوبة كما تم شرحها سابقاً حسب قانون التجارة الفلسطيني، وهناك أسباب كثيرة وأخطاء تؤدي لعدم صرف الشيك وهي:

1. أسباب رفض صرف الشيك واسترجاعه من قبل البنك⁽¹⁾:
 - أ. عدم مطابقة التوقيع على الشيك للتوقيع المحفوظ في بيانات صاحب الحساب لدى البنك.
 - ب. تعرّض الشيك للتلف أو وجود شطب أو أخطاء في صياغة الشيك.
 - ت. عدم تطابق بيانات حامل الشيك مع بطاقة الهوية الخاصة به.
 - ث. إذا كان الشيك صادراً للمصرف من شخص حسابه البنكي مغلق.
 - ج. تغيير التاريخ المحدّد على الشيك سواءً بالنقص أو التقادم دون توقيع المصدر.
 - ح. وجود مشاكل أو عيوب في تظهير الشيك.
 - خ. وجود خطأ في كتابة المبلغ سواء بالأرقام أو بالحروف.
 - د. عدم وجود توقيع صاحب الحساب.

(1) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 103.

والجدير بالذكر إن عدم توافر الشروط الشكلية والموضوعية لصرف الشيك قد يكون سبباً رئيسياً لرفض صرف الشيك من قبل البنك، ولكن يمكن تجنب ذلك من خلال القيام بخطوات بسيطة كمراجعة بيانات الشيك والتأكد من وجود رصيد في حساب صاحب الشيك.

وقد يتم تصحيح الأخطاء السابقة من خلال محرر الشيك وذلك بتحرير شيك جديد وإتلاف الشيك القديم من قبل البنك، وذلك بطلب يقدم إلى البنك وفي حالة عدم تطابق التوقيع قد يطلب موظف البنك من الساحب أن يوقع مرة أخرى على الشيك ليتأكد من تطابق التوقيع، وفي حال ثبت للمحكمة أن الخطأ في بيانات الشيك أو التوقيع بسبب متعمد من الساحب فإنه يدخل في جريمة الشيك بدون رصيد كما تم ذكرها سابقاً⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تزوير التوقيع في الشيك

في حال تبين للبنك أن التوقيع غير مطابق وطعن الساحب بتزوير التوقيع فإن الشيك يتوقف ولا يتم صرفه في هذه الحالة نكون بصدد جريمتين الأولى: تزوير توقيع شيك وهنا يتم التحقق بالمضاهاة حول التوقيع، الثانية: جريمة إصدار شيك بدون رصيد توقف حتى يتم التحقق من مدى صحة الطعن بتزوير التوقيع وذلك من خلال دفع الجاني في جريمة الشيك بدون رصيد بأنه مزور وإذا ثبت للمحكمة تزوير التوقيع فإن ذلك مدعاة وسبب لبراءة المتهم من جريمة الشيك بدون رصيد لانتفاء الركن المادي المتمثل في إصدار الشيك والتوقيع عليه، لذا يجب على المحكمة قبل إصدار القرار في جريمة الشيك بدون رصيد الفصل في مسألة تزوير التوقيع⁽²⁾.

المبحث الثالث : الجزاء الجنائي المترتب على جريمة إصدار شيك بدون رصيد والإعفاء من العقوبة

المطلب الأول: العقوبات المقررة في القوانين المطبقة في المحافظات الجنوبية

نص قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م على العقوبات التي تخص جرائم الشيك كالتالي:

1. يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية⁽³⁾:

أ. إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.

(1) حسني الجندي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الأموال، بدون سنة نشر، ص 164.

(2) عبد القادر جرادة، مرجع سابق، ص 94.

(3) راجع المادة (566) من قانون التجارة رقم 2 لسنة 2014م.

ب. استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.

ت. إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً.

ث. تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه.

2. يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من ظهر لغيره شيكاً تظهيراً ناقلاً للملكية، أو سلمه شيكاً مستحقاً الدفع لحامله مع علمه بأنه ليس له مقابل يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف.

3. وإذا عاد الجاني إلى ارتكاب إحدى هذه الجرائم خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم عليه نهائياً في أي منها، تكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تجاوز عشرين ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

4. وللمجني عليه ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم. ويتربط على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صدور الحكم.

إضافة لذلك فقد نص المشرع على عقوبة تكميلية جوازيه وذلك كالتالي:

1. إذا قضت المحكمة بالإدانة في إحدى جرائم الشيك المنصوص عليها في المادة (596) من هذا القانون، جاز لها أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في صحيفة يومية ويجب أن يتضمن هذا النشرا اسم المحكوم عليه وموطنه ومهنته والعقوبة المحكوم عليه بها.

2. ويجوز للمحكمة في حالة العود أن تأمر بسحب دفتر الشيكات من المحكوم عليه ومنع إعطائه دفاتر شيكات جديدة لمدة تعيينها وتتولى النيابة العامة تبليغ هذا الأمر إلى جميع المصارف⁽¹⁾.

والجدير ببيانه أن الشريك يعاقب بذات العقوبات المقررة في المادة (270) من نفس القانون.

يؤخذ على المشرع الفلسطيني أنه لم يوضح هل جريمة إصدار شيك بدون رصيد جنحة أم جناية، وذلك كون المشرع الفلسطيني لم يفرق بين السجن المعاقب فيه على الجنايات والحبس المعاقب فيه على الجنح والمخالفات⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع المادة (569) من قانون التجارة رقم 2 لسنة 2014م.

⁽²⁾ طه سعد، مرجع سابق، ص 91.

وتبرز أهمية التفرقة عند تحديد مدة تقادم الدعوى الجزائية في جرائم الشيك هل عشر سنوات كالجنايات أم ثلاث سنوات كالجنح⁽¹⁾.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة في القوانين المطبقة في المحافظات الشمالية

فيما يتعلق بالجزاء الجنائي المقرر لجريمة إصدار شيك بدون رصيد فقد نصت المادة (421) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م- المعدلة بمقتضى المادة (17) من القانون رقم (9) لسنة 1988م- على أن:

1. يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنه ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة دينار، ولا تزيد على مائتي دينار كل من أقدم بسوء نية على ارتكاب أحد الأفعال الآتية:
 - أ. إذا أصدر شيكاً وليس له مقابل قائم للصرف.
 - ب. إذا أسترده بعد إصدار الشيك كل المقابل لوفائه أو بعضه بحيث لا يفي الباقي بقيمته.
 - ت. إذا أمر المسحوب عليه بعدم إصدار الشيك.
 - ث. إذا ظهر لغيره شيكاً أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله وهو يعلم أن ليس له مقابل يفي بكامل قيمته أو يعلم أنه غير قابل للصرف.
 - ج. إذا حرر شيكاً أو وقع عليه بصورة تمنع صرفه.

وقد تضمن مشروع قانون العقوبات الفلسطيني المقرب للقراءة الأولى بتاريخ 2003/04/14م، نصوباً تتعلق بجريمة إعطاء شيك بدون رصيد، حيث نصت المادة رقم (356) منه على أن:

1- يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أقدم بسوء نية على ارتكاب الأفعال الآتية:

- أ. أعطى شيكاً لا يقابله في التاريخ الوارد فيه رصيد قائم وقابل للسحب أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك.
- ب. سحب بعد إعطاء الشيك وقبل صرفه كل الرصيد أو بعضه بحيث أصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.
- ت. أمر المسحوب عليه الشيك بعدم الدفع.
- ث. وقع عليه على نحو يحول دون صرفه.

⁽¹⁾ راجع المادة (12) من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001م.

2- ويعاقب بذات العقوبة كل من ظهر لغيره شيكاً أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله وهو يعلم بعدم وجود مقابل يفي لكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف.

المطلب الثالث: حالات انقضاء جريمة إصدار شيك بدون رصيد والإعفاء من العقوبة

هناك حالات لانقضاء جريمة الشيك بدون رصيد وكذلك الإعفاء من العقوبة وهي:

الفرع الأول: حالات الانقضاء المقررة قانوناً في المحافظات الجنوبية

نص قانون التجارة الفلسطيني على حالات انقضاء جريمة الشيك بدون رصيد وهي:

1. تقادم دعوى الشيك بدون رصيد: نص القانون على أن دعوى الشيك بدون رصيد تتقادم بمضي مدة ستة أشهر "تتقادم دعاوى رجوع حامل الشيك على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمة الشيك بمضي ستة أشهر من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه"⁽¹⁾.
2. وقوع الصلح: نص القانون على أنه تنقضي الدعوى في جريمة الشيك لوقوع الصلح "وللمجني عليه ولوكيله في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم. يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صدور الحكم"⁽²⁾.

الفرع الثاني: حالات الانقضاء المقررة قانوناً في المحافظات الشمالية

نص قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م، المعدلة بمقتضى المادة (17) من القانون رقم (9) لسنة 1988م على أن⁽³⁾:

- 1-يجوز للمحكمة إعفاء الجاني من العقوبة إذا ثبت أنه أوفى بقيمة الشيك قبل صدور الحكم النهائي.
- 2 - وإذا ثبت قيام الجاني بالوفاء بقيمة الشيك بعد صدور الحكم النهائي، جاز للمحكمة بناء على طلب المحكوم عليه أو وكيله أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة المقضي بها، ويعرض الطلب على المشار إليه على المحكمة التي أصدرت الحكم ويتم الفصل فيه خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه.

⁽¹⁾ راجع نص المادة (563) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م.

⁽²⁾ راجع نص المادة (566) الفقرة (4) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لعام 2014م.

⁽³⁾ المادة (357) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م.

الخاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة، نجد أن المشرع الفلسطيني لم يكتنزأي جهد في توفير الحماية الجزائية للشيك، وذلك في سبيل استمرار العمل به وزيادة ثقة العاملين به وتحقيق الردع العام.

ورغم الحماية الجزائية فإن الجرائم تزداد وتتطور مع مرور الزمن، وبلغت ذروتها في الوقت الراهن وخاصة في المحافظات الجنوبية (قطاع غزة)، نتيجة الحصار المفروض من قبل الاحتلال الإسرائيلي الغاشم، الأمر الذي يفرض على المشرع أن يطور نصوصه التشريعية بما يكفل عدم التعرض لمحل الحماية ويحقق غاياته المتمثلة بالردع العام.

ومن خلال هذه الدراسة توصل الباحث إلى مجموعه من النتائج والتوصيات من شأنها تحقيق غاية المشرع في الردع العام وزيادة ثقة المتعاملين بالشيك وهذا على النحو التالي:

النتائج:

1. اختلاف القوانين التي تحكم ذات المسألة في المحافظات الجنوبية والمحافظات الشمالية.
2. وضع المشرع في المحافظات الجنوبية حماية أشد من الحماية التي كانت مقررّة سابقاً بموجب قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م.
3. لم ينص المشرع الفلسطيني صراحة على القصد الخاص في جريمة إصدار شيك بدون رصيد إنما اكتفى بذكر سوء النية.
4. وفاء الساحب بقيمة الشيك بعد إصداره لا ينفي المسؤولية الجزائية.
5. إمكانية وقوع جريمة إصدار شيك بدون رصيد بالترك الإجرامي.

التوصيات:

1. ضرورة العمل على توحيد القوانين الفلسطينية بين شقي الوطن.
2. نوصي المشرع بالتحويل عن تشديد العقوبة إلى البدائل المدنية (التعويض).
3. نوصي سلطة النقد بتعديل شروط الحصول على دفتر شيكات بحيث تأخذ ضمانات جديدة تكفل عدم إساءة استخدامه.
4. على المشرع الفلسطيني إضافة نوع خامس لجرائم الشيك ألا وهو إصدار شيك على سبيل الضمان، حيث أنه إصدار الشيك على مثل هذه الصورة يعتبر جريمة إصدار شيك بدون رصيد كون الشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب العربية:

ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، بيروت: دار صادر.

ثالثاً: الكتب القانونية:

1. أدورد عيد، الشيك، بيروت، 1967.
2. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان 1987.
3. جاك الحكيم، الحقوق التجارية، الجزء الثاني، دمشق 1979.
4. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الأموال، بدون سنة نشر.
5. سامي نعيم الأشرم، تسبيب الأحكام الجزائية في التشريع الفلسطيني، غزة، 2015.
6. ساهر إبراهيم الوليد، شرح قانون الإجراءات الفلسطينية، غزة: مركز الدراسات العربية، 2015.
7. عبد القادر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطينية، المجلد الأول، غزة: مطبعة آفاق، 2010.
8. عبد القادر جرادة، جرائم الشيك في التشريع الفلسطيني، غزة: مطبعة آفاق، 2012.
9. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، المجلد الأول، بيروت: دار الكتاب العربي.
10. فوزي محمد سامي، الأوراق التجارية، المجلد الثاني، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
11. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات " القسم العام"، عمان: دار الثقافة، 2005.
12. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، الطبعة السادسة، القاهرة: دار النهضة، 1989.
13. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980.
14. هداية بوعزة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد وفق القانون المقارن، 2014، "بحث متاح بشكل جزئي من خلال موقع المنهل.

ثالثاً: الأبحاث:

1. سامي طه جزمه، المعارضة في وفاء الشيك، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2016.
2. طه خضر سعد، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، 2017.
3. حسام عوض، المسؤولية القانونية المترتبة على إصدار شيك بدون رصيد، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2005.

رابعاً: المجلات العلمية:

1. سيف الدين البلعاوي، أركان جرائم الشيك، دراسة في القانون الفلسطيني مع المقارنة، مجلة جامعة الأقصى، 2003، ص113.
2. غسان فاروق غندور، طرائق السداد الالكترونية، مجلة جامعة دمشق، المجلد28، العدد الأول، 2012.

خامساً: القوانين:

1. القوانين الفلسطينية:

- أ. قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م.
- ب. قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م.
- ت. قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م.
- ث. القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.
- ج. قانون التجارة الفلسطيني رقم (2) لسنة 2014م.

2. القوانين العربية:

- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966م.

الشباب الأردني ودوره في عملية التنمية السياسية: دراسة استطلاعية

Jordanian Youth and its Role in The Political Development

Process: A Survey Study

أ.عبد الله حمدان عبيد الله الزغيلات موظف في قطاع التنمية / الصندوق الأردني الهاشمي للتنمية- الاردن

الملخص :

هدفت الدراسة إلى التعرف على دور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية، وتوضيح أثر المشاركة السياسية لدى الشباب على عملية التنمية السياسية، وسعت الدراسة للكشف عن مدى إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية. وعالجت الدراسة فرضية مفادها "أنَّ هناك علاقة ارتباطيه سلبية بين عزوف الشباب عن المشاركة السياسية، وتحقيق عملية التنمية السياسية في ظل الظروف الراهنة"، وكلما زادت نسبة المشاركة السياسية الفاعلة للشباب زادت فرص تحقيق أهداف عملية التنمية السياسية، وعليه اختيرت صحة الفرضية باستخدام المنهج الوصفي التحليلي في إطار تحقيق أهداف الدراسة. كما اعتمد الباحث على أداة الاستبانة، ووُزعت على عينة عشوائية على مستوى المملكة، بواقع (500) طالب، ثم قام الباحث بجمع المعلومات وتحليلها بواسطة برنامج (SPSS) ومن ثم عرضت ونوقشت. وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات أهمها: أن موقع الشباب الأردني كان حاضرا ضمن خطط عمل المعنيين؛ على الرغم من عزوف الشباب لمزاولة النشاط السياسي. وأوصت الدراسة إلى ضرورة الاهتمام بالشباب ضمن سياسة وطنية واضحة لإدماجهم في عملية التنمية السياسية.

الكلمات المفتاحية: الشباب، دور، التنمية السياسية، المشاركة السياسية، الأردن.

ABSTRACT

This study aimed at recognizing the Jordanian youth role in the political development process, clarifying the impact of youth political participation on the political development process, it sought to reveal the youth integration extant in the political development process. This study hypothesis stated that "There is a negative correlation between youth political participation reluctance and achieving the political development process during current circumstances, the more youth actively and politically participate, the more chances of achieving the political development process goals. Adopting the descriptive analytical method and the questioner to test the hypothesis. The questioner was distributed to a 500 students random sample across the kingdom, then was collected and analyzed using SPSS, then presented and discussed. This study revealed a number of results, mentioning the most prominent of them: that youth political participation is present in decision makers plans. This study recommended the importance of emphasizing youth role in a clear national policy of youth integration in the political development process.

Keywords: Youth, Role, political development, political participation Jordan.

المقدمة

إن الشباب في المجتمع الأردني كغيره من المجتمعات يتعرض لتحديات كبيرة اقتصادية واجتماعية وسياسية وغيرها، وتظهر هنا قضية هامة بتمحور في "دور الشباب في عملية التنمية السياسية"، وحقه في المشاركة في صياغة أولوياته وفق منهجية وطنية وعلمية قائمة على فهم وتحليل الواقع؛ بأسلوب أكثر قدرة على محاكاة الواقع القائم أساساً على معرفة الشباب بالوضعية المكانية الديموغرافية التي يتوزع فيها، والتي أدت إلى تباين أوضاعهم الاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

وتحتم التركيبة الديموغرافية للمجتمع الأردني والتي يمثل فيها الشباب الجزء الأكبر ضرورة إشراك الشباب في عملية التنمية السياسية، ويجب التعامل مع هذا التوجه بشكل فعلي وجاد؛ بحيث يركز على ضرورة إحداث تغيير في المفاهيم والأفكار والأحداث في عقول الشباب، واتباع منهجية التفكير الذي يبدأ بالتعامل مع الشباب كقضية وطنية هامة، وتحدياً يجب التعامل معه بروح العصر والعلم، ومشروعاً وطنياً استثمارياً يتوقف مستقبل الدولة على مدى القدرة على الاستثمار الحقيقي به.

وإذا كانت عملية التنمية السياسية جزء لا يتجزأ من التنمية الشاملة المتكاملة والتي تهدف إلى تغيير القيم، والاتجاهات السياسية، وتعزيز الدور والمشاركة السياسية، وتطوير النظام السياسي، فلا بد من أن يكون دور الشباب حاضراً؛ ابتداءً من الانتساب للأحزاب السياسية والمجالس الطلابية والنقابات المهنية إلى الترشح للمناصب العامة، والمشاركة في الانتخابات، والحملات، والمؤتمرات، والمناظرات والفعاليات السياسية، وذلك من أجل تحقيق الديمقراطية ونجاح عملية التنمية السياسية.

مشكلة الدراسة:

تتمحور مشكلة الدراسة حول توصيف وتحليل دور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية، وإشكالية بنية التنمية السياسية في الأردن من خلال تحليل العوامل التي فرضتها الأوضاع السياسية الراهنة، والتحديات الداخلية والخارجية، إذ دائماً ما ارتبط ذلك بضعف الإمكانيات الاقتصادية، وغياب التنشئة السياسية التي تسهم بشكل أساسي في إبراز دور الشباب الحقيقي والفاعل.

إن الشباب في الأردن يواجهون تحديات ومشاكل متراكمة؛ نتيجة عدة عوامل داخلية وخارجية سياسية واقتصادية واجتماعية وغيرها منذ عقود، وتدني فرص العمل، وقلة توافر الاحتياجات والمتطلبات في ظل ارتفاع نسب الفقر والبطالة، وهذا ما زاد من معاناة الكثير من الشباب وأدى الى عزوفه عن ممارسة النشاط السياسي، مما اضطر إلى التفكير دائماً في الاغتراب والهجرة من البلاد.

أهمية الدراسة:

- الناحية العلمية: تكمن أهمية الدراسة من الناحية العلمية في الكشف عن موقع الشباب في عملية التنمية السياسية، وتوفير معلومات علمية ذات علاقة في الشباب، ومدى إدماجهم في عملية التنمية السياسية في الأردن.

- الناحية الموضوعية: تبرز أهمية الدراسة الموضوعية من خلال التعرف على دور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية، كون الشباب يشكل قوة فاعلة في المجتمع الأردني غير مستثمرة بشكل جيد، وهذا ما ستوضحه هذه الدراسة.

- الناحية العملية: أما على صعيد الأهمية العملية، فإن ما سيقدم من توصيات في هذه الدراسة لتعزيز دور الشباب في عملية التنمية السياسية قد يستفاد منه من قبل المعنيين وصناع القرار والقائمين على قطاع الشباب في الأردن.

أهداف الدراسة: يتمثل الهدف الرئيس للدراسة في التعرف على موقع الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية وتوضيح أثر المشاركة السياسية لدى الشباب على عملية التنمية السياسية، وتسعى الدراسة لتحقيق أهداف فرعية وهي:

- الكشف عن مدى إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية.
- الكشف عن أهم العوامل التي تؤثر في عملية إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية.
- فرضية الدراسة: تنطلق الدراسة من فرضية رئيسة مفادها:
 - وجود علاقة ارتباطية سلبية بين عزوف الشباب عن المشاركة السياسية وتحقيق عملية التنمية السياسية في ظل الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وكلما زادت نسبة المشاركة السياسية الفاعلة للشباب زادت فرص تحقيق عملية التنمية السياسية، وتحقيق أهدافها في الأردن.
- أسئلة الدراسة: السؤال الرئيس الذي يقدم تفسيراً لمشكلة الدراسة:
 - أ- ما دور الشباب في عملية التنمية السياسية، وينبثق عن هذا السؤال عدد من الأسئلة الفرعية وأهمها:

- 1- ما مدى إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية.
- 2- هل هناك عزوف للشباب عن المشاركة السياسية.
- 3- ما هي المعوقات التي تواجه الشباب في لعب دور فاعل في عملية التنمية السياسية.

الدراسات السابقة:

1- الدراسات باللغة العربية:

-دراسة ساريوشومر (2018)⁽¹⁾ بعنوان: الشباب الأردني والتنمية السياسية: دراسة مسحية للتحويلات، الاتجاهات والممارسات. سعت هذه الدراسة إلى الكشف عن مدى الوعي للشباب الأردني بالتحويلات والمتغيرات، وتقييم المواقف والاتجاهات، والتعرف على الأفعال والممارسات الشبابية، من حيث اتصالاتهم بالسياسة والتنمية، والعلاقة والتداخل بين علم الاجتماع والثقافة، واعتمدت الدراسة نموذج العينة العشوائية البسيطة على (1004) شاباً من المجتمع الأردني ومن كلا الجنسين وضمن الفئة العمرية 18-34 عاماً. واعتمدت هذه الدراسة الاستكشافية المنهج المسحي، من خلال المسح بواسطة العينة، وتم جمع البيانات باستخدام أداة الاستبيان، وتم الحصول على النتائج بالارقام بواسطة الإحصاء الوصفي باتباع نظام (SPSS).

- دراسة سليمان ومحمود (2016)⁽²⁾ بعنوان: أهمية المشاركة السياسية للشباب. هدفت الدراسة إلى التعرف على أهمية المشاركة السياسية للشباب كمقوم رئيسي داعم للمواطنة والديمقراطية في المجتمعات الحديثة، إذ تعد مدخل رئيسي لتعبئة وتعزيز طاقات الشباب، وتطوير النظام الاجتماعي والسياسي، والمساهمة في عملية التنمية وبناء الديمقراطية، والتعرف على المشاركة السياسية في شكلها البسيط، وإسهام الفرد في ممارسة الحقوق المدنية والسياسية؛ ابتداءً من الانتساب للأحزاب السياسية، والاتحادات الطلابية، والنقابات المهنية، إلى الترشح للمناصب العامة، والمشاركة في الانتخابات والحملات والمؤتمرات. واستعرضت الدراسة مفهوم المشاركة السياسية، وأشكال المشاركة السياسية، والمفاهيم المتعلقة فيها، وخلصت بتوصيات تتيح للشباب فرص الانطلاق، واستثمار الطاقات، والمهارات الشبابية في هذا المجال، وذلك من خلال آليات تنفيذ محددة.

- دراسة البصراي (2016)⁽³⁾ بعنوان: دور التمكين السياسي للشباب في فاعلية التنمية السياسية في مصر. سعت الدراسة لبيان أثر تطبيق تمكين الشباب على الشباب والدولة باعتبارهما أساس التنمية السياسية، وكذلك كمدخل لتحديد العلاقة بين مفهوم التنمية من جانب والتمكين من جانب آخر. إضافة لوجود تحديات تحاول الدراسة تسليط الضوء عليها وتحليلها؛ من خلال دراسة عوامل التأثير في التمكين السياسي للشباب كمدخل للتنمية السياسية، وقد استعرض الباحث بعض المحاور من خلالها الوقوف على مدى سعي الدولة لدعم التمكين السياسي للشباب، وآليات الوصول إلى علاقة شراكة بين الدولة والشباب تسهم في عملية التنمية السياسية.

⁽¹⁾ ساري، سالم، وتوفيق شومر، الشباب الأردني والتنمية السياسية: دراسة مسحية للتحويلات: الاتجاهات والممارسات، مجلة شؤون اجتماعية، الإمارات-الشارقة، العدد 137، 2018.

⁽²⁾ سليمان، سمير ومحمود، "أهمية المشاركة السياسية للشباب"، مجلة التنمية الإدارية، العدد (150)، 2016.

⁽³⁾ البصراي، محمد نور، دور التمكين السياسي للشباب في فاعلية التنمية السياسية في مصر، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، العدد (5)، 2016.

2- الدراسات باللغة الأجنبية:

- دراسة (Amoush, 2016)⁽¹⁾ بعنوان:

Political participation of Jordanian youth (2008-2015): a case study of a political participation program.

المشاركة السياسية للشباب الأردني 2008-2015 دراسة حالة لبرنامج المشاركة السياسية. هدفت هذه الدراسة إلى تحليل المشاركة السياسية للشباب الأردني بين الفترة (2008-2015)، من خلال معالجة بعض القضايا المطروحة في الدراسات المتعلقة بالشباب، لاسيما حول كيفية إشراك الشباب ببرامج المشاركة السياسية، ولتحقيق هدف الدراسة تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من أجل جمع وتحليل البيانات واختبار الفرضيات، وكانت الفئة المستهدفة للدراسة الشباب الأردني من الجنسين والذين تتراوح أعمارهم بين 16-33 من جميع محافظات الأردن، وتم اختيار عينة من (132) مستفيد من مراكز تنمية المجتمع التابعة للصندوق الأردني الهاشمي للتنمية البشرية المنتشرة في جميع محافظات المملكة. وأظهرت نتائج الدراسة عدم وجود تأثير كبير للشباب وأخذت الدراسة بتحليل عدة محاور منها: المهارات الشخصية، والمهارات الثقافية، والمهارات المعرفية، والمهارات النظرية، ونسبة المشاركين الشباب من البرامج السياسية في الأردن على مستوى 0.05 - $\alpha = 0.05$. وأوصت الدراسة بأهمية تطوير سياسات جديدة لزيادة المشاركة السياسية للشباب في الأردن.

- دراسة (Flanagan and Sherrod, 2010)⁽²⁾ بعنوان:

Youth Political Development

التنمية السياسية للشباب. بحثت هذه الدراسة في بعض المفاهيم و النظريات المتعلقة بالتنمية الاجتماعية والسياسية، والنظرية الناشئة على التمكين والأثر المتعلق بالتغيير الاجتماعي والنشاط في علم النفس المجتمعي، ومفاهيم أخرى مثل الوعي النقدي و القهر والتحرر و الثقافة فيما بينها، و العملية التي يكتسب الأفراد بها المعرفة والمهارات التحليلية، والعاطفية، والقدرة على العمل في المؤسسات السياسية والاجتماعية اللازمة ومقاومة الظلم، ورؤية التحرر، وبدائل لظروف القمع. فكل هذه المفاهيم لم يشدد عليها في دراسات التغيير الاجتماعي في علم نفس المجتمع الأمريكي، من وجهة نظر الباحث، وأن التنمية الاجتماعية والسياسية أمر حيوي للتنمية البشرية لخلق مجتمع عادل.

⁽¹⁾Amoush, Mohammad, Political participation of Jordanian youth (2008-2015): a case study of a political participation program, Master thesis not published, University of Jordan, Amman, Jordan. 2016.

⁽²⁾ Flanagan, Sherrod, Youth Political Development, The Journal of Social Issue, Issue (3): 2010, 447-456.

- دراسة (Harvard University institute of politics, 2001)⁽³⁾ بعنوان:

Campus attitudes towards politics: a survey of a sample of university students

هدفت الدراسة إلى جمع بيانات حول مواقف الشباب وآرائهم من السياسة، إذ أجريت الدراسة على عينة مكونة من (1200) في الولايات المتحدة الأمريكية، ووضحت الدراسة أن مستويات المشاركة السياسية بين الطلبة هبطت إلى أدنى مستوى، ولذلك فقد أوصت الدراسة إلى ضرورة إيجاد برامج واستراتيجيات جديدة تكون أكثر فاعلية في تفعيل العمل السياسي بين الطلبة، مع إيجاد أجواء ملائمة تعزز تواصل الطلبة مع المؤسسات الأهلية والطلابية؛ للخوض في الحياة السياسية من خلال مؤسسات المعنية للتعامل مع القضايا السياسية بأسلوب تطبيقي. ما يميز هذه الدراسة:

تتغيا هذه الدراسة تناول بعض مظاهر النقص الواردة في الدراسات السابقة من خلال تغطية التحديات التي تواجه إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية في الأردن، خاصة، أنها تغطي فترة زمنية راهنة تمتد حتى عام (2019)، وتبحث في أهم قضية في المجتمع (فئة الشباب)، وهي قضية آنية وملحة يتفاعل معها المعنيون، وتمهد لمرحلة جديدة قادمة يتطلع إليها صانع القرار والمواطن على حد سواء.

منهجية الدراسة:

استخدام الباحث المنهج الوصفي التحليلي، إذ يتميز هذا المنهج بالواقعية في التعامل مع مشكلة البحث، نظراً لوجود الباحث في الميدان، ولأن المنهج الوصفي التحليلي يتضمن دراسة الحقائق الراهنة المتعلقة بطبيعة المشكلة، وذلك للكشف عن العوامل والمتغيرات التي تؤثر على دور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية. ومن ثم الحصول على الوصف الكيفي الذي يتمثل في السلوك الخارجي للمشكلة إلى الحصول على الوصف الكمي الذي يتمثل في الوصول إلى أرقام وبيانات تتعلق بالموضوع، أو أرقام لها دلالة في علاقة الموضوع بالظواهر السياسية والاجتماعية.

مجتمع الدراسة:

يشمل مجتمع الدراسة على طلبة الجامعات من خمس جامعات حكومية وخاصة موزعة على ثلاثة أقاليم: الوسط، والشمال، والجنوب، لمرحلي البكالوريوس والدراسات العليا، حيث بلغ عدد الطلبة الكلي في الجامعات على مقاعد الدراسة (319.135)⁽¹⁾ طالب وطالبة للفصل الأول لعام 2019\2020. وتم اختيار عينة عشوائية من الطلب وعددها (500) من الذكور والإناث موزعين حسب النسب على الجامعات، وكان نصيب الجامعة الأردنية (211) وجامعة اليرموك (162) وجامعة مؤتة (83) وجامعة العلوم التطبيقية الخاصة (26) وجامعة جرش الخاصة (18)، وتعذر اختيار جامعة خاصة لإقليم الجنوب؛ لعدم وجود جامعات خاصة في هذا الإقليم.

⁽³⁾ Harvard University, The campus attitudes toward politics and service (Capps) survey, An Annual Survey by and of College Students, United States of America. 2001.

⁽¹⁾ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، إحصائية أعداد طلبة الجامعات الحكومية والخاصة، عمان-الأردن. 2019.

أدوات جمع البيانات وتحليلها: تستخدم الدراسة كل ما توفر من طرق وأساليب للوصول إلى المعلومات والإلمام بها وذلك عن طريق استخدام كل الوسائل المتاحة لجمع البيانات وتحليلها، ومنها:

- الكتب والمراجع والرسائل والدوريات.

- الدراسات السابقة.

- المؤلفات والأبحاث المنشورة على مواقع الإنترنت.

أما الأداة الرئيسة لجمع البيانات كانت الاستبانة، حيث قام الباحث بتصميم استبانة مكونة جزئين: الجزء الأول ويتضمن البيانات الشخصية والديموغرافية، والجزء الثاني يتضمن أربعة محاور: مجموعة العناصر السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية. ومن ثم أجرى الباحث فحوصات الصدق والثبات للاستبانة وكانت على الشكل التالي:

صدق أداة الدراسة:

للتحقق من صدق أداة الدراسة تم استخدام طريقة صدق المحتوى، وذلك من خلال عرض أداة الدراسة بصورتها الأولية على عدد من المحكمين من المتخصصين والخبراء في المجال الأكاديمي والعمل الشبابي، الأساتذة في أقسام العلوم السياسية في الجامعات الأردنية والوزارات والمؤسسات الرسمية العاملة مع قطاع الشباب، بهدف إبداء آرائهم في درجة مطابقة محتوياتها وفقراتها للموضوع الذي سوف يقياس، بالإضافة لترتيبها، وعددها، وتمثيلها بدرجة جيدة لكافة الجوانب والأبعاد المراد دراستها وفقاً لدرجة الأهمية ومن ثم الأخذ بما يروونه مناسباً من توجيهات ومقترحات وتعديلات، وتم الأخذ بنسبة (80 %) من ملاحظات المحكمين بما يخدم ويحقق أهداف الدراسة.

ثبات أداة الدراسة:

تم التحقق من ثبات أداة الدراسة، بتطبيق الأداة على (50) فرد من مجتمع الدراسة على فترتين متباعدتين بأسبوعين، وتم حساب الاتساق الداخلي المتمثل باستخدام معادلة (كرون باخ ألفا) كما في الجدول التالي:

جدول رقم (1): معامل الثبات ألفا كرونباخ لمجالات الدراسة

الرقم	المجال	معامل الثبات ألفا كرونباخ
	العناصر السياسية	0.73
	العناصر الاقتصادية	0.82
	العناصر الاجتماعية	0.62
	العناصر الثقافية	0.69
	الاستبانة ككل	0.88

يلاحظ من الجدول السابق أن معامل الثبات للدراسة الاستطلاعية هو 0.88، كما وكانت معاملات الثبات لمجالات الدراسة تتراوح بين 0.62 - 0.82، وجميعها مناسبة لإجراء الدراسة.

المعالجات الإحصائية:

تم تحليل البيانات باستخدام الإحصاء الوصفي والتحليلي؛ باستخدام الرزمة الإحصائية للعلوم الاجتماعية (SPSS) في معالجة البيانات إحصائياً، فلإجابة السؤال الأول تم حساب التكرارات والنسب المئوية، وللإجابة عن السؤال الثاني تم حساب المتوسطات الحسابية، والانحرافات المعيارية.

حدود الدراسة:

الحدود المكانية: المملكة الأردنية الهاشمية.

الحدود الزمنية: تتناول هذه الدراسة الفترة الزمنية ما بين عامي 2011-2019، وذلك للتحويلات الجذرية التي طرأت على بعض الدول العربية، ويأتي في مقدمتها ظاهرة الربيع العربي التي اندلعت بداية عام 2011، حيث تعرض الأردن وغيره من الدول في المنطقة العربية لمتغيرات داخلية جعلته يواجه حالة من عدم الاستقرار السياسي والأمني في الإقليم، والتي بدورها مهدت لتنامي تهديدات وتحديات عديدة، بالتزامن مع المطالب الشعبية بالإصلاحات السياسية، وتعزيز برامج التنمية، ومعالجة موضوع البطالة التي بمعظمها لدى الشباب.

عرض وتحليل نتائج الدراسة

تضمن هذا الفصل عرض وتحليل لنتائج الدراسة التي هدفت إلى التعرف على الشباب الأردني وموقعه في عملية التنمية السياسية، والتي توصل إليها الباحث من خلال تحليل (500) استبانة وزعت على عينة الدراسة، عن طريق الاستطلاع لمجتمع الدراسة والمتمثلة بطلبة الجامعات الأردنية الحكومية والخاصة من كافة أقاليم المملكة الأردنية الهاشمية. في ضوء ربطها بالنظريات والدراسات السابقة، مع تحديد أبرز التوصيات التي خلصت إليها الدراسة، وذلك وفقاً للأهداف والتساؤلات التي انطلقت منها الدراسة وحسب تسلسلها، ولتبسيط عملية العرض والتحليل، رتب الباحث نتائجها في محورين على الشكل التالي:

السؤال الأول: الخصائص الديموغرافية والاجتماعية

تمت الإجابة عن هذا السؤال من خلال حساب التكرارات والنسب المئوية لكل متغير من متغيرات الدراسة.

جدول (2): التكرارات والنسب المئوية لمتغير الجنس

الرقم	الجنس	العدد	النسبة المئوية
	الذكور	156	31.2
	الإناث	344	68.8
	المجموع	500	100.0

من خلال استعراض الخصائص الديموغرافية والاجتماعية (البيانات الاساسية) لأفراد عينة الدراسة فقد تبين أن غالبية أفراد عينة الدراسة من الإناث هو (344) وبنسبة مئوية مقدارها (68.8%)، بينما كان عدد الذكور في الدراسة هو (156) وبنسبة مئوية مقدارها (31.2%)، وذلك لأن عدد الإناث يفوق عدد الذكور في الجامعات الأردنية إذ إن عدد الاناث الكلي (179.459) وعدد الذكور (139.676)، وبلغ عدد ذكور في الجامعة الأردنية (16.075) وعدد الإناث (32.293) والمجموع (48.368)، أما طلبة جامعة اليرموك بلغ عدد الذكور (13.502) وعدد الإناث (23.617) والمجموع (37.119)، بينما طلبة جامعة مؤتة بلغ عدد الذكور (8.534) وعدد الإناث (10.393) والمجموع (18.927)، وأما جامعة العلوم التطبيقية الخاصة بلغ عدد الذكور (3.156) والإناث (2.716) والمجموع (5.872)، بينما جامعة جرش الخاصة بلغ عدد الذكور (2.538) وعدد الإناث (1.439) والمجموع (3.977)، هذه بيانات الطلبة المسجلين للفصل الأول لعام (2019\2020)⁽¹⁾.

جدول (3): التكرارات والنسب المئوية لمتغير العمر

الرقم	العمر	العدد	النسبة المئوية
	22 - 18	451	90.2
	30 - 23	36	7.2
	31 فأكثر	13	2.6
	المجموع	500	100.0

اختيرت الأعمار من فئة (18-30) عام ويفسر ذلك بأن هذا العمر الذي يدخل فيه الطالب إلى الجامعة وكونه عينة الدراسة من طلبة الجامعات، وحددت الفئة العمرية للشباب في الأردن (12-30) عام⁽²⁾، موزعين على أربع فئات عمرية (18-22) عام، (23-30) عام، (31- عام فأكثر)، تبين أن العدد الأكثر في عينة الدراسة ممن أعمارهم من (18-22) سنة وبنسبة مئوية مقدارها (90.2%) بواقع (451) فرد، ويعود ذلك لأنه النسبة الأكبر كانت لطلبة مرحلة البكالوريوس وسيتم مناقشة ذلك في السؤال (1.4)، يليها من أعمارهم (23-30) سنة وبما نسبته (7.2%) بواقع 36 فرد، أما من أعمارهم (31 فأكثر) فقد كان عددهم (13) فرد وبنسبة مئوية مقدارها (2.6%).

⁽¹⁾ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، المرجع السابق.

⁽²⁾ وزارة الشباب الأردنية، الاستراتيجية الوطنية للشباب 2019-2025، عمان-الأردن، 2019، ص 15.

جدول (4): التكرارات والنسب المئوية لمتغير الجنسية

الرقم	الجنسية	العدد	النسبة المئوية
	أردني	496	99.2
	غير أردني	4	.80
	المجموع	500	100.0

عند توزيع الاستبانة تم إبلاغ الطلبة أنها موجهة للأردنيين بالرغم من التأكيد عليهم تبين من وجود عدد من الجنسيات الأخرى غير الأردنية (4) ونسبة مئوية مقدارها (0.8%)، وذلك لوجود سؤال خيار الجنسية في السؤال الرئيس الأول (البيانات الأساسية)، أما من يحملون الجنسية الأردنية الأعلى عددا بواقع (496) فرد ونسبة مئوية مقدارها (99.2%).

جدول (5): التكرارات والنسب المئوية لمتغير المستوى التعليمي

الرقم	المستوى التعليمي	العدد	النسبة المئوية
	بكالوريوس	453	90.6
	دراسات عليا	47	9.4
	المجموع	500	100.0

تبين أن عدد حملة البكالوريوس في الدراسة هو (453) طالب ونسبة مئوية مقدارها (90.6%)، بينما كان عدد حملة الدراسات العليا في الدراسة هو (47) طالب ونسبة مئوية مقدارها (9.4%).

جدول (6): التكرارات والنسب المئوية لمتغير الجامعة

الرقم	الجامعة	العدد	النسبة المئوية
	الأردنية	211	42.2
	اليرموك	162	32.4
	مؤتة	83	16.6
	العلوم التطبيقية الخاصة	26	5.2
	جرش الخاصة	18	3.6
	المجموع	500	100.0

وزعت النسب من عينة الدراسة على الجامعات بناءً على عدد الطلبة الكلي في كل جامعة، وأخذت الجامعة الأردنية النصيب الأكبر من عينة الدراسة (المستجيبين) بنسبة (42.2%) بواقع (211) طالب، تليها جامعة اليرموك بنسبة (32.4%) بواقع (162) طالب، تليها جامعة مؤتة بنسبة مئوية (16.6%) بواقع (83) طالب، أما على مستوى الجامعات الخاصة فكانت النسبة المئوية (8.8%) موزعة على جامعتين هما الجامعة العلوم التطبيقية بنسبة مئوية مقدارها (5.2%) بواقع (26) طالب، وجامعة جرش الخاصة بنسبة مئوية مقدارها (3.6%) بواقع (18) طالب، وكما أكد الباحث على أنه تعذر اختيار جامعة خاصة لإقليم الجنوب وذلك لعدم وجود جامعات أهلية في هذا الإقليم.

جدول (7): التكرارات والنسب المئوية لمتغير المنح الدراسية

الرقم	المنح الدراسية	العدد	النسبة المئوية
	نعم	214	42.8
	لا	286	57.2
	المجموع	500	100.0

تبين أن النسبة الأكبر للطلبة في الدراسة كانت لغير المستفيدين من المنح الدراسية بواقع (286) طالب ونسبة مئوية مقدارها (57.2%)، بينما كان عدد المستفيدين من المنح الدراسية (214) ونسبة مئوية مقدارها (42.8%)، موزعين على أكثر من جهة منها مكرمة الجيش والمعلمين وغير ذلك.

جدول (8): التكرارات والنسب المئوية لمتغير العمل

الرقم	هل تعمل	العدد	النسبة المئوية
	نعم	58	11.6
	لا	442	88.4
	المجموع	500	100.0

أظهرت الدراسة أن نسبة غير العاملين (88.4%) بواقع (442) طالب، بينما كانت نسبة العاملين (11.6%) بواقع (58) طالب، يبرر ذلك لوجود الطلبة على مقاعد الدراسة وانشغالهم فيما يتعلق بدوام الجامعة والعملية التعليمية، بالرغم من ارتفاع معدلات البطالة بين صفوف الشباب والتي سجلت (18.4%) في الربع الأخير لعام (2018)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ <http://www.dosweb.dos.gov.jo/ar>، 2018. دائرة الإحصاءات العامة، معدل البطالة في الأردن، موقع الدائرة الإلكتروني،

جدول (9): التكرارات والنسب المئوية لمتغير مكان الإقامة

الرقم	مكان الإقامة	العدد	النسبة المئوية
	مدينة	324	64.8
	قرية	164	32.8
	بادية	2	.40
	مخيم	10	2.0
	المجموع	500	100.0

تبين أن أكثر المستجيبين ممن يسكنون في المدن بواقع (324) طالب ونسبة (64.8%)، يليها من يسكنون القرية وعددهم (164) طالب بنسبة (32.8%)، ويلها من يسكنون في البادية وعددهم (2) طالب بنسبة (0.4%)، ويلها ومن يسكنون المخيم بنسبة مئوية (2.0%)، من خمس جامعات حكومية وخاصة.

جدول (10): التكرارات والنسب المئوية لمتغير الانتساب إلى منظمة مجتمع مدني

الرقم	الإجابة	العدد	النسبة المئوية
	نعم	45	9.0
	لا	455	91.0
	المجموع	500	100.0

بلغت النسبة الأكبر من عينة الدراسة لغير منتسبي منظمات المجتمع المدني ومقدارها (91%) بواقع (455) طالب، بينما كانت نسبة المنتسبين (9%) بواقع (45) طالبا، ذلك يدل على تدني ثقافة المشاركة المدنية من خلال الانتساب لمنظمات المجتمع المدني، بعض الشباب يشاركون في تنفيذ نشاطات وحملات ومبادرات دون الانتساب لعضوية الهيئة الإدارية أو العامة للمنظمة أو المؤسسة.

جدول (11): التكرارات والنسب المئوية لمتغير الانتساب إلى حزب سياسي

الرقم	الإجابة	العدد	النسبة المئوية
-1	نعم	6	1.2
-2	لا	494	98.8
	المجموع	500	100.0

تبين أن نسبة كبيرة من عينة الدراسة كانت غير منتسبة لأي حزب سياسي ومقدارها (98.8%) بواقع (494) طالب، بينما كانت نسبة المنتسبين إلى حزب سياسي (1.2%) بواقع (6) طلاب، يدل ذلك على عزوف الشباب عن الإنخراط بالأحزاب السياسية يعود لعدة عوامل أبرزها: عدم قناعة الشباب بالانتساب للأحزاب السياسية، والمخاوف المتعلقة بالشأن الأمني وخاصة في الحرم الجامعي كما يعتقدون.

السؤال الثاني: ما دور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية؟

عرض النتائج والتحليل من خلال المحاور الأربعة: محور العناصر السياسية ومحور العناصر

الاقتصادية ومحور العناصر الاجتماعية ومحور العناصر الثقافية:

خلصت الدراسة إلى أن أعلى المحاور كانت العناصر الاجتماعية، يليه محور العناصر الاقتصادية، يليه

محور العناصر الثقافية، يليه محور العناصر السياسية، وقد يعزى ذلك إلى أن الجزء الأكبر في إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية يعتمد على الحياة الاجتماعية، والتي تبدأ من الأسرة والعشيرة والعادات والتقاليد والأطر الاجتماعية، وأن هذه العوامل، والظروف تؤثر بشكل أساسي على دور الشباب في عملية التنمية السياسية، ومن ثم تحسين الظروف المعيشية وإيجاد وظيفة مناسبة للشباب من العوامل الاقتصادية التي لطالما يفكرون بها الشباب، يدل ذلك أيضا على ارتفاع معدلات الفقر والبطالة في المجتمع الأردني وخصوصا بين صفوف الشباب، أما العناصر الثقافية يعزى ذلك إلى قلة الوعي السياسي وبرامج التنشئة والتثقيف السياسية الموجهة للشباب، أما العناصر السياسية والتي احتلت المحور الرابع وذلك يبرر عزوف الشباب عن المشاركة السياسية والمعيقات التي تواجههم من لعب دور فاعل في الحياة السياسية.

جدول رقم (12): المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية والترتيب تنازليا والمستوى لمحور العناصر

السياسية

الرقم	محور العناصر السياسية	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	الترتيب	المستوى
1-	يلعب الشباب الأردني دورا فاعلا في الحياة السياسية.	3.47	1.13	3	متوسط
2-	تعتبر المشاركة السياسية مهمة لتحقيق عملية التنمية السياسية.	4.33	0.75	1	مرتفع
3-	تضع السياسات الحكومية الحالية الشباب في الأولوية لتمكينهم سياسيا.	3.14	1.13	5	متوسط
4-	تُعد مشاركة الشباب عامل مهم في تعزيز فاعلية الحياة السياسية.	4.33	0.81	2	مرتفع
5-	تمتلك الأحزاب السياسية برامج كفيفة باستقطاب الشباب إليها.	2.98	1.09	6	متوسط
6-	يمتلك الشباب الأردني الوعي الكافي لإدراك مصالحه الوطنية.	3.44	1.12	4	متوسط
	المجموع الكلي	3.62	.590		متوسط

(2-1) أظهرت نتائج الدراسة لمحور العناصر السياسية أن المتوسط العام (3.62) والانحراف المعياري (0.59) وبمستوى متوسط، كما تراوحت المتوسطات الحسابية للفقرات بين (2.98-4.33) والانحرافات المعيارية (0.75-1.13) وبمستوى متوسط ومرتفع، وأن أعلى الفقرات هي "تعتبر المشاركة السياسية مهمة لتحقيق عملية التنمية السياسية" بمتوسط حسابي (4.33) وانحراف معياري (0.75)، وذلك لقناعة المستجيبين أن المشاركة السياسية هي العامل المهم في تحقيق التنمية السياسية، ولا شك أن مقوم التنمية السياسية هي المشاركة السياسية الفاعلة ونخص بالذكر هنا الشباب من كونهم الفئة العمرية الأكبر في المجتمع الأردني، تلمها فقرة "تعد مشاركة الشباب عامل مهم في تعزيز فاعلية الحياة السياسية" بمتوسط حسابي (4.33) وانحراف معياري (0.81) وبمستوى عالي للفقرتين، يدل ذلك على أنه مؤشر لتعزيز الحياة السياسية، وأن غياب الشباب عن المشاركة قد يؤثر سلباً على الحياة السياسية بشكل عام، أما أقل الفقرات فقد كانت "تمتلك الأحزاب السياسية برامج كفيلة باستقطاب الشباب إليها" بمتوسط حسابي (2.98) وانحراف معياري (1.09)، وذلك بسبب القنوات الموجودة لدى الشباب والتي يقابلها ضعف البرامج لدى الأحزاب وغياب الشباب عن برامجها، تلمها فقرة "تضع السياسات الحكومية الحالية الشباب في الأولوية لتمكينهم سياسياً" بمتوسط حسابي (3.14) وانحراف معياري (1.13) وبمستوى متوسط للفقرتين، وذلك بالرغم من وجود سياسات وطنية تعنى بالشباب وتمكينهم سياسياً إلا أن أغلبيتها لم تترجم على أرض الواقع ولم يلمسها الشباب الأردني.

جدول رقم (13): المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية والترتيب تنازلياً والمستوى لمحور العناصر

الاقتصادية

الرقم	محور العناصر الاقتصادية	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	الترتيب	المستوى
7-	يؤثر الوضع الاقتصادي الراهن سلباً على مشاركتي في الحياة السياسية.	3.88	1.07	1	مرتفع
8-	الوضع المالي لأسرتي لا يمكنني من مزاوله النشاطات السياسية.	3.16	1.18	5	متوسط
9-	انشغالي بالأمور المعيشية يضعف مستوى مشاركتي السياسية.	3.62	1.12	4	متوسط
10-	تحيط البطالة العالية لدى فئة الشباب رغبتني بالمشاركة السياسية.	3.87	1.07	2	مرتفع
11-	فقد شعوري بالأمان الاقتصادي يعيق مشاركتي في العمل السياسي.	3.62	1.13	3	متوسط
	المجموع الكلي	3.63	.750		متوسط

أظهرت نتائج الدراسة لمحور العناصر الاقتصادية أن المتوسط العام (3.63) والانحراف المعياري (0.75) وبمستوى متوسط، كما وتراوحت المتوسطات الحسابية للفقرات بين (3.16-3.88) والانحرافات المعيارية (1.07-1.18) وبمستوى متوسط ومرتفع، وأن أعلى الفقرات هي "يؤثر الوضع الاقتصادي الراهن سلباً على مشاركتي في الحياة السياسية" بمتوسط حسابي (3.88) وانحراف معياري (1.07)، يدل ذلك على انشغال الشباب الأردني بالوضع

الاقتصادي وتحسينه، يعاني المجتمع الأردني من غلاء المعيشة وارتفاع معدلات الفقر، تؤثر وبشكل سلبي على مشاركته في الحياة السياسية، تليها فقرة "تحبط البطالة العالية لدى فئة الشباب رغبتهم بالمشاركة السياسية" بمتوسط حسابي (3.87) وانحراف معياري (1.07) وبمستوى عالي للفقرتين، معدلات البطالة بتزايد فقد أصدرت دائرة الإحصاءات العامة تقريرها الربعي حول معدل البطالة في الأردن للربع الثاني من عام (2019) حيث أشارت النتائج إلى أن معدل الزيادة عن العام الماضي (0.5%)⁽¹⁾، وأن الشريحة الأكبر التي تتأثر بارتفاع معدل البطالة هم الشباب لذلك يولي الشباب البحث عن وظيفة الاهتمام والأولوية، مما يسبب عزوف الشباب عن المشاركة السياسية، أما أقل الفقرات فقد كانت "الوضع المالي لأسرتي لا يمكنني من مزاولة النشاطات السياسية" بمتوسط حسابي (3.16)، وانحراف معياري (1.18)، فالبطالة والفقر وجهان لعملة واحدة ومخرجاتها واحدة فمن الصعب على الشباب مزاولة والاهتمام بالنشاطات السياسية بشق أشكالها، ومن كونه الأسرة اللبنة الأساسية للمجتمع وإذا كان الوضع المالي متدني من الضروري أن تصب الأولويات بعيدا عن النشاط السياسي، تليها فقرة "انشغالي بالأمور المعيشية يضعف مستوى مشاركتي السياسية" بمتوسط حسابي (3.62) وانحراف معياري (1.12) وبمستوى متوسط للفقرتين، يعزى ذلك طرح ماسلو بما يسمى هرم الحاجات، حيث رتب فيه الحاجات الأساسية للإنسان في قاعدة الهرم وذلك تبعاً لأولوياتهم، وتدرج حاجات الفرد حتى الوصول إلى التقدير على سبيل المثال، عدم توفر الأمور المعيشية أو كما سيمونها سبل العيش لمستوى معين، مما يقلل من انشغال بعض الشباب في هذه الأمور عوضاً عن المشاركة السياسية.

جدول رقم (14): المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية والترتيب تنازلياً والمستوى لمحور العناصر

الاجتماعية

محور العناصر الاجتماعية					
الترتيب	الانحراف المعياري	المتوسط الحسابي	المستوى		
12-	تشكل العادات والتقاليد إطاراً مرجعياً لا يمكن تجاوزه.	3.79	1.10	4	مرتفع
13-	تؤثر العشيرة على دور الشباب في التنمية السياسية.	3.92	1.03	2	مرتفع
14-	وسائل الاتصال الاجتماعي من أهم دعائم فاعلية المشاركة السياسية.	4.14	0.95	1	مرتفع
15-	أضطر لاختيار مرشح العشيرة في الانتخابات تحت الضغوط الاجتماعية.	2.89	1.38	5	متوسط
16-	يسهم دور الشباب في التنمية السياسية إلى ترسيخ مبدأ التعددية والوحدة الوطنية.	3.90	0.90	3	مرتفع
المجموع الكلي		3.73	0.60		مرتفع

(1) دائرة الإحصاءات العامة، معدل البطالة في الأردن، موقع الدائرة الإلكتروني، <http://www.dosweb.dos.gov.jo/ar>، 2019.

أظهرت نتائج الدراسة لمحور العناصر الاجتماعية أن المتوسط العام (3.73) والانحراف المعياري (0.60) وبمستوى مرتفع، كما وتراوحت المتوسطات الحسابية للفقرات بين (2.89-4.14) والانحرافات المعيارية (0.90 - 1.38) وبمستوى متوسط ومرتفع. كما ويلاحظ أن أعلى الفقرات "وسائل الاتصال الاجتماعي من أهم دعائم فاعلية المشاركة السياسية" بمتوسط حسابي (4.14) وانحراف معياري (0.95)، من هنا يمكن القول أن وسائل التواصل الاجتماعي تعتبر من أبرز التفاعلات الاجتماعية اتجاه السلطة السياسية والمعنيين وقد شكلت اهتمام وتأثير كبير لدى الشباب، وأضحت وسائل التواصل الاجتماعي من الدعائم الأساسية في تعزيز المشاركة السياسية الفاعلة لدى الشباب الأردني، يلهمها فقرة "تؤثر العشيرة على دور الشباب في التنمية السياسية" بمتوسط حسابي (3.92) وانحراف معياري (1.03) وبمستوى عالي للفقرتين، يمكننا القول هنا أن دور العشيرة ضرورة لا يمكن الاستغناء عنه، وأن العشيرة تؤثر على دور الشباب في التنمية السياسية لذلك تعتبر إحدى معوقات عملية التنمية السياسية⁽¹⁾، أما أقل الفقرات فقد كانت "أضطر لاختيار مرشح العشيرة في الانتخابات تحت الضغوط الاجتماعية" بمتوسط حسابي (2.89) وانحراف معياري (1.38)، يبرر ذلك وجود معوقات أمام الشباب للعب دور فاعل في الحياة السياسية ومنها أن العشيرة، حيث أخذت مكان التنظيمات السياسية ومنها الأحزاب وذلك لقدرتها على الحشد والتعبئة العامة وبشكل سلبي قد لا يخدم أهداف التنمية السياسية، وبدءاً من الأسرة فهناك ضغوطات تواجه الشباب من اختيار مرشح يمثلهم ويلبي طموحاتهم ولديه المعرفة باحتياجاتهم ومطالبهم، تلهمها فقرة "تشكل العادات والتقاليد إطاراً مرجعياً لا يمكن تجاوزه" بمتوسط حسابي (3.79) وانحراف معياري (1.10) وبمستوى متوسط وعالي للفقرتين على الترتيب، العادات والتقاليد السائدة تشكل إطاراً يصعب على الشباب تخطيه، ومن ناحية أخرى فوضى الأولويات وتحقيق طموحاته وغيرها من التحديات التي تعيق مشاركة الشباب الفاعلة في الحياة السياسية وتبني توجهاتهم السياسية دون ضغوط أو تأثيرات من الأهل والاقارب.

جدول رقم (15): المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية والترتيب تنازلياً والمستوى لمحور العناصر

الثقافية

المستوى	الترتيب	الانحراف المعياري	المتوسط الحسابي	محور العناصر الثقافية
مرتفع	5	1.08	3.73	17- التنشئة الأسرية تبني لدى الشباب الخوف من الانخراط في الحياة السياسية.
متوسط	7	1.13	2.87	18- يوجد من ينوب عن الشباب في الحياة السياسية.
مرتفع	3	0.99	3.81	19- خوف الشباب من الانخراط في الحياة السياسية يعيق إدماجهم في عملية التنمية السياسية.
متوسط	6	1.10	3.34	20- أجد صعوبة بفهم المفاهيم السياسية التي تعبر عن

(1) الصرايرة، علي، معوقات التنمية السياسية في الأردن: دراسة ميدانية في لواء المزار الجنوبي، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان-الأردن، 2007،

مصالح				
21-	ضعف مستوى الثقافة السياسية لدى الشباب يقصيه عن لعب دورا مهما في الحياة السياسية.	3.96	0.97	1 مرتفع
22-	برامج التثقيف السياسي لدى مؤسسات الدولة والأحزاب السياسية ضعيفة أو شبه معدومة.	3.88	0.92	2 مرتفع
23-	الثقافة السياسية في المجتمع الأردني تعزز عزوف الشباب عن المشاركة السياسية.	3.77	0.96	4 مرتفع
المجموع الكلي		3.62	0.54	متوسط

أظهرت نتائج الدراسة لمحور العناصر الثقافية نلاحظ أن المتوسط العام (3.62) والانحراف المعياري (0.54) وبمستوى متوسط، كما وتراوحت المتوسطات الحسابية للفقرات بين (2.87 - 3.96) والانحرافات المعيارية (0.92 - 1.13) وبمستوى متوسط ومرتفع، أن أعلى الفقرات "ضعف مستوى الثقافة السياسية لدى الشباب يقصيه عن لعب دورا مهما في الحياة السياسية" بمتوسط حسابي (3.96) وانحراف معياري (0.97)، أن المستوى المعرفي للشباب حول معرفتهم عن الأحزاب والمؤسسات والسياسيين، وكذلك الإدراك أي إدراك الشباب لنظامهم السياسي ومكوناته ومدخلاته ومخرجاته ووسائل الاتصال معه⁽¹⁾، وفي حالة تدني مستوى الثقافة السياسية لدى الشباب الأردني فذلك يؤثر على موقعه في عملية التنمية السياسية وإدماجهم فيها، تلهمها "برامج التثقيف السياسي لدى مؤسسات الدولة والأحزاب السياسية ضعيفة أو شبه معدومة" بمتوسط حسابي (3.88) وانحراف معياري (0.92) وبمستوى عالي للفقرتين، تعددت الجهات المعنية من مؤسسات رسمية وغير الرسمية والأحزاب السياسية بتنفيذ برامج ومشاريع تعزز مشاركة الشباب في الحياة السياسية، وكذلك الجهود الوطنية من إطلاق استراتيجيات وخطط لتمكين الشباب إلا أنها بالواقع غير ملموسة ولا تلي طموحات الشباب، ومن ناحية أخرى فشل الأحزاب السياسية بتوعية وتثقيف الشباب وإيجاد قنوات اتصال معهم، أما أقل الفقرات فقد كانت "يوجد من ينوب عن الشباب في الحياة السياسية" بمتوسط حسابي (2.87) وانحراف معياري (1.13)، غياب الشباب عن المشاركة السياسية الفاعلة وعدم قدرة الجهات المعنية من تعزيز دورهم في الحياة السياسية قد يبني تصور لديهم أن مشاركتهم غير ضرورية ويوجد من ينوب عنهم، تلهمها فقرة "أجد صعوبة بفهم المفاهيم السياسية التي تعبر عن مصالح" بمتوسط حسابي (3.34) وانحراف معياري (1.10) وبمستوى متوسط للفقرتين على الترتيب، بالرغم من أن هذه الفقرة أخذت أقل مستوى إلا أن جزء من الشباب يجد صعوبة بفهم المفاهيم السياسية ومعرفة حقوقه الدستورية وضرورة دوره ومسؤوليته الوطنية.

(1) مشاقبة، أمين، وشقير، دينا، نظريات التنشئة السياسية والثقافة السياسية، ط 1، القاهرة- مصر: عين للدراسات والبحوث الاجتماعية، 2017، ص 77.

ان الدور الاساسي والمحوري لفئة الشباب يكمن في الحياة الحزبية، فلا بد أن يكون أولوية في المرحلة القادمة، حيث تعددت اشكال المشاركة السياسية لدى الشباب في الأردن ومع ذلك ستبقى ضعيفة ومتذبذبة، سواءً مشاركتهم في المجالس الطلابية والنقابية وانخراطهم في الهيئات والجمعيات التي تعنى في تمكينهم سياسياً، التعبير عن آراهم وافكارهم ومواقفهم إزاء القضايا السياسية المحلية، في حين لم يتم تعديل قانون الانتخاب الأردني لعام 2016 والذي ينظم الانتخابات النيابية لمجلس النواب التاسع عشر 2020، حيث زادت حصة الشباب المشاركين في الانتخابات، كما تشير المادة (3) من القانون (يحق لكل أردني بلغ ثماني عشرة سنة شمسية من عمره قبل تسعين يوماً من التاريخ المحدد لإجراء الاقتراع انتخاب أعضاء مجلس النواب)⁽¹⁾، ويمنح هذا النص القانوني الحق في الانتخابات لكل من بلغ 18 سنة شمسية في اليوم الأول من الشهر الأول في سنة الانتخاب، قد تكون من مصلحة الحكومة لزيادة نسبة الاقتراع وهذا الأمر يجعل من الشباب ادوات لا شركاء. والواقع يقول أن ضعف المشاركة الحزبية لدى الشباب نتيجة لضعف الثقافة السياسية والمدنية، وغياب مفهوم المجتمع المدني لديهم، وبالإضافة إلى وجود مخاوف حول الانتساب للأحزاب وخصوصاً فئة الأكبر سنناً من الشباب ومنها الوالدين، كما أن الأحزاب غير قادرة على استقطاب الشباب، إذ تفتقر إلى برامج مقنعة لجذب الشباب إليها، وبشكل عام تفتقر أغلب الأحزاب إلى امتلاك برامج سياسية واقتصادية واجتماعية، وبعض الشباب يرون أن الأحزاب لا تعالج القضايا المتعلقة بالشباب، وأن الأحزاب السياسية مشخصة وليس جماعية، وأن الانتساب إلى الأحزاب قد تعرض مستقبلهم للخطر، بالرغم من بعض التشجيع والتطمين من صناع القرار، والمعنيين للشباب والممارسات الإيجابية على أرض الواقع⁽²⁾.

الخاتمة

تناولت الدراسة توصيفاً وتحليلاً لدور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية، وتم إجراء دراسة استطلاعية لعينة من طلبة الجامعات الأردنية؛ للتعرف على موقع الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية وتوضيح أثر المشاركة السياسية لدى الشباب على عملية التنمية السياسية، إذ تعد المشاركة السياسية للشباب أهم مقومات التنمية السياسية، ودعامة المواطنة، والديمقراطية للمجتمع والمدخل الحقيقي لتدعيم طاقات الشباب، وتجديد الدماء في النظام السياسي.

واعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي؛ لأن الدراسة تطبيقية، ولأن المنهج الوصفي التحليلي يتضمن دراسة الحقائق الراهنة المتعلقة بطبيعة المشكلة للكشف عن العوامل والمتغيرات التي تؤثر على دور الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية، وقد توصل الباحث إلى أرقام وبيانات تتعلق بدور الشباب في عملية التنمية السياسية، لجمع أكبر قدر من المعلومات فيما يخص موضوع الدراسة من خلال استجابة واسعة من قبل

⁽¹⁾ قانون الانتخاب الأردني رقم (6) نظام رقم (75) الدوائر الانتخابية، 2016.

⁽²⁾ عبيدات، محمد طالب، الشباب والأحزاب والمشاركة السياسية، صحيفة الدستور، الموقع الالكتروني، الشباب والأحزاب-المشاركة-

السياسية 45834، <https://www.addustour.com/articles/45834>، 2016.

الطلبة بهدف الوصول إلى تحليل المعوقات التي تواجه الشباب من لعب دور فاعل في الحياة السياسية، وتناولت الدراسة من حيث مفاهيمها وأبعادها وأشكالها، وخصائصها وميزاتها ومبرراتها. وتعرف الباحث على موقع الشباب الأردني في عملية التنمية السياسية، من خلال الكشف عن مدى إدماج وتعزيز دوره في الحياة السياسية؛ لأن الشباب هم الفئة الأكبر بين فئات المجتمع الأردني وذو قوة فاعلة غير مستثمرة بشكل جيد، وإيجاد تفسيرات للعوامل التي فرضتها الأوضاع السياسية والتحديات الراهنة، واستطاعت الدراسة من خلال الجانب العملي تقديم جملة من التوصيات لتعزيز دور الشباب في عملية التنمية السياسية، وقد يستفاد منها من قبل المعنيين، وصناع القرار، والقائمين على قطاع الشباب في الأردن. وأجابت الدراسة على التساؤلات الرئيسية والفرعية؛ إذ تمكنت الدراسة الاستطلاعية من الوصول إلى المجيبين من عينة الدراسة المتمثلة بطلبة الجامعات من المرحلي البكالوريوس والدراسات العليا، والوقوف على أسباب عزوف الشباب عن المشاركة السياسية، وأهم المعوقات التي تواجه الشباب من لعب دور فاعل في عملية التنمية السياسية. بما يتعلق بفرضية الدراسة فقد أثبتت الدراسة صحة الفرضية أن هناك علاقة ارتباطية سلبية بين عزوف الشباب عن المشاركة السياسية وتحقيق عملية التنمية السياسية في ظل الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكلما زادت نسبة المشاركة السياسية الفاعلة للشباب زادت فرص تحقيق عملية التنمية السياسية وتحقيق أهدافها في الأردن.

النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

- أظهرت نتائج الدراسة أن ثلث سكان الأردن من الفئة العمرية بين (15-34) سنة، إذ بلغ عددهم حوالي 3.74 مليون أي ثلث سكان الأردن ويشكلون ما نسبته (36.2%) من العدد الكلي وذلك وفقاً للتقديرات الإحصائية لنهاية عام 2018.
- بينت نتائج الدراسة أن أسباب عدم مشاركة الشباب في الحياة السياسية والتي تعود إلى بعض العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهي كالاتي: ضعف الوعي السياسي لدى الشباب، وسوء الوضع الاقتصادي، وكذلك الضغوطات الاجتماعية التي تواجه الشباب، وأما العامل الثقافي يعود إلى تدني مستويات الثقافة السياسية.
- أظهرت نتائج الدراسة أن المشاركة السياسية للشباب أهم مقومات التنمية السياسية في الأردن، ودعامة المواطنة والديمقراطية للمجتمع والمدخل الحقيقي لتدعيم طاقات الشباب وتجديد الدماء في النظام السياسي الأردني.

- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر السياسية التي حصلت على مستوى مرتفع هي:
- تعتبر المشاركة السياسية مهمة لتحقيق عملية التنمية السياسية.
- تُعد مشاركة الشباب عامل مهم في تعزيز فاعلية الحياة السياسية.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر السياسية التي حصلت على مستوى متوسط هي:
- يلعب الشباب الأردني دورا فاعلا في الحياة السياسية.
- يمتلك الشباب الأردني الوعي الكافي لإدراك مصالحه الوطنية.
- تضع السياسات الحكومية الحالية الشباب في الأولوية لتمكينهم سياسيا.
- تمتلك الأحزاب السياسية برامج كفيلة باستقطاب الشباب إليها.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر الاقتصادية التي حصلت على مستوى مرتفع هي:
- يؤثر الوضع الاقتصادي الراهن سلبا على مشاركتي في الحياة السياسية.
- تحبط البطالة العالية لدى فئة الشباب رغبتهم بالمشاركة السياسية.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر الاقتصادية التي حصلت على مستوى متوسط هي:
- فقد شعوري بالأمان الاقتصادي يعيق مشاركتي في العمل السياسي.
- انشغالي بالأمر المعيشية يضعف مستوى مشاركتي السياسية.
- الوضع المالي لأسرتي لا يمكنني من مواصلة النشاطات السياسية.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر الاجتماعية التي حصلت على مستوى مرتفع وهي:
- وسائل الاتصال الاجتماعي من أهم دعائم فاعلية المشاركة السياسية.
- تؤثر العشيرة على دور الشباب في التنمية السياسية.
- يسهم دور الشباب في التنمية السياسية إلى ترسيخ مبدأ التعددية والوحدة الوطنية.
- تشكل العادات والتقاليد إطارا مرجعيا لا يمكن تجاوزه.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر الاجتماعية التي حصلت على مستوى متوسط وهي:
- أضطر لاختيار مرشح العشيرة في الانتخابات تحت الضغوط الاجتماعية.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر الثقافية التي حصلت على مستوى مرتفع هي:
- ضعف مستوى الثقافة السياسية لدى الشباب يقصيه عن لعب دور مهم في الحياة السياسية.
- برامج التثقيف السياسي لدى مؤسسات الدولة والأحزاب السياسية ضعيفة أو شبه معدومة.
- خوف الشباب من الانخراط في الحياة السياسية يعيق إدماجهم في عملية التنمية السياسية.
- الثقافة السياسية في المجتمع الأردني تعزز عزوف الشباب عن المشاركة السياسية.
- التنشئة الأسرية تبني لدى الشباب الخوف من الانخراط في الحياة السياسية.
- أظهرت نتائج الدراسة أن فقرات محور العناصر الثقافية التي حصلت على مستوى متوسط هي:

- أجد صعوبة بفهم المفاهيم السياسية التي تعبر عن مصالح.

- يوجد من ينوب عن الشباب في الحياة السياسية.

التوصيات:

بناء على النتائج السابقة فإن الباحث يوصي عدة توصيات وهي:

- ضرورة الاهتمام بالشباب ضمن سياسة وطنية واضحة، فالدولة التي تجعل ضمن أولوياتها بناء وتطوير

الشباب لاشك انها تسير ضمن خطة منهجية شاملة متكاملة لرعاية الشباب وتنميتهم، ويعد ذلك بمثابة إعلان

والتزام واضح لتحديد الأهداف والمصالح الوطنية العليا.

- ضرورة العمل الجاد على تذليل المعوقات التي تواجه الشباب من لعب دور فاعل في عملية التنمية

السياسية.

- العمل على إدماج الشباب في عملية التنمية السياسية من خلال برامج ومشاريع حقيقية وملموسة تنفذها

مؤسسات الدولة الرسمية وبالتعاون المباشر مع مؤسسات المجتمع المدني.

- تضافر الجهود الوطنية؛ من أجل تنمية الحياة الحزبية حتى يتسنى للشباب الانخراط بالأحزاب السياسية،

وأهمها إزالة مظاهر الخوف عندهم عن العمل الحزبي.

- العمل على تحسين الأوضاع الاقتصادية للشباب؛ لأن زيادة مستوى المشاركة عند الشباب مرهون بمعالجة

الأوضاع الاقتصادية المحيطة بهذه الفئة.

المصادر والمراجع

مراجع باللغة العربية:

-الكتب

1-مشاقبة، أمين، وشقير، دينا، نظريات التنشئة السياسية والثقافة السياسية، ط1، القاهرة- مصر: عين للدراسات والبحوث الاجتماعية، 2017.

2- وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، احصائية اعداد طلبة الجامعات الحكومية والخاصة، عمان-الأردن، 2019.

3- وزارة الشباب الأردنية، الاستراتيجية الوطنية للشباب 2019-2025، عمان-الأردن، 2019.

- القوانين والمواثيق الدولية

- قانون الانتخاب الأردني رقم (6) نظام رقم (75) الدوائر الانتخابية، 2016.

- المقالات

1- البصراي، محمد نور، دور التمكين السياسي للشباب في فاعلية التنمية السياسية في مصر، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، العدد (5)، 2016.

2- الصرايرة، علي، معوقات التنمية السياسية في الأردن: دراسة ميدانية في لواء المزار الجنوبي، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان-الأردن، 2007.

3- ساري، سالم، وتوفيق شومر، الشباب الأردني والتنمية السياسية: دراسة مسحية للتحويلات: الاتجاهات والممارسات، مجلة شؤون اجتماعية، الإمارات-الشارقة، العدد 137، 2018.

4- سليمان، سمير ومحمود، "أهمية المشاركة السياسية للشباب"، مجلة التنمية الادارية، العدد (150)، 2016.

- المواقع الالكترونية:

1- دائرة الاحصاءات العامة، معدل البطالة في الأردن. موقع الدائرة الالكتروني، <http://www.dosweb.dos.gov.jo/ar>، 2018.

2- دائرة الاحصاءات العامة، معدل البطالة في الأردن، موقع الدائرة الالكتروني، <http://www.dosweb.dos.gov.jo/ar>، 2019.

3- عبيدات، محمد طالب، الشباب والأحزاب والمشاركة السياسية، صحيفة الدستور، الموقع الالكتروني، الشباب-الأحزاب- والمشاركة-السياسية <https://www.addustour.com/articles/45834>، 2016.

المراجع باللغة الأجنبية:

BOOKS

1- Harvard University, The campus attitudes toward politics and service (Capps) survey, An Annual Survey by and of College Students, United States of America. 2001.

2- Amoush, Mohammad, Political participation of Jordanian youth (2008-2015): a case study of a political participation program, Master thesis not published, University of Jordan, Amman, Jordan. 2016.

ARTICLES

1- Flanagan, Sherrod, Youth Political Development, The Journal of Social Issue, Issue (3): 2010, 447-456.

المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الإرث في القانون الأردني النافذ في فلسطين

Legislative interest in considering murder as an obstacle to inheritance in the Jordanian law in force in Palestine

د. سهيل الأحمد- عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

الملخص :

تناولت هذه الدراسة المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الإرث وفق قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ في فلسطين، هادفة إلى التعرف على طبيعة هذه المصلحة والمعيار المؤثر في اعتبارها من خلال تحديد ماهية موانع الميراث والقواعد الفقهية النازمة لذلك في المفهوم الشرعي، وبيان رأي الفقهاء في حكم ميراث القاتل ومن ثم الرأي الفقهي والقانوني في تحديد القتل المانع من الميراث، وتبين للباحث أن هناك عدة مظاهر تؤثر في تحقق المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في المفهوم الشرعي، تتمثل بتحقيق السلم الاجتماعي والمحافظة على حياة أفراد العائلة، ورعاية الكرامة الإنسانية وسموها في الحصول على المال من خلال الإرث وفق مظاهر وتفصيلات عالجتها هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: المصلحة التشريعية، الفروض، الإرث، الأحوال الشخصية، القانون الأردني.

ABSTRACT: This study deals with the legislative interest in considering murder as an impediment to inheritance according to the Jordanian Personal Status Law in force in Palestine, aiming to identify the nature of this interest and the criterion affecting its consideration by determining what the impediments to inheritance and the jurisprudential rules regulating this in the legal concept, and stating the opinion of the jurists in the ruling The inheritance of the murderer, and then the jurisprudential and legal opinion in determining the impediment of killing from inheritance, and the researcher found that there are several aspects that affect the achievement of the legislative interest in preventing the killer from inheriting in the legal concept, represented by achieving social peace and preserving the life of family members, and caring for human dignity and its name in obtaining On money through inheritance according to aspects and details dealt with in this study.

Key Words: Legislative interest, assumptions, inheritance, personal status, Jordanian law

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اقتدى بسنته بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد؛

فإن المقصود من التشريعات الإسلامية المتعلقة بتنظيم أحكام الميراث وعلاقات الناس المادية الخاصة كانت أم العامة لا بد وأن يكون لتحقيق المصالح الشرعية الضرورية منها أو من الحاجة أو التحسينية، فمن المقرر أنه حيث وجد تشريع فثم تحقق المصلحة في المفهوم الشرعي، وإن تشريع أحكام الميراث قد قصد منه رعاية حياة الناس والحفاظ على السلم الاجتماعي والإنساني، ووقوع الاعتداء على أرواح الناس و متعلقاتهم جعل التشريعات الإسلامية تقف عند ذلك فقررت منع من يقوم من الورثة بقتل مورثه من أن يأخذ شيئاً من الميراث، وبينت أن القتل وإزهاق الأرواح من موانع الإرث في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية رقم 76/61 النافذ في فلسطين، ومع اتصاف الأحكام الشرعية الخاصة بالميراث بالعدالة والموضوعية والواقعية ومن حيث تحديد هذه الأحكام من خلال النصوص الشرعية إلا أن اعتبار المصالح وأن المقصد العام من التشريع جاء لجلب المنافع ودرء المفاسد ومن ذلك تحقيق المصالح بمنع القاتل من الميراث، ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتناول هذا الموضوع تحت عنوان: " المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الإرث في القانون الأردني النافذ في فلسطين"

وذلك لبيان أن المقصود من شرع هذا الحكم المتعلق باعتبار القتل من موانع الإرث لا يخلو أن يكون من قبيل المقاصد الضرورية المتعلقة بالأصول وهي هنا حفظ النفس الذي لم يخلُ أي تشريع من التشريعات من حفظه والعمل على رعايته ومنه التشريع الفقهي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بمسائل الميراث من حيث تحديد المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الميراث وفق المنظور الشرعي والقانوني.
2. إظهار أهمية الوقوف على تحديد طبيعة هذه المصلحة والمعيار المؤثر في اعتبارها من خلال تحديد ماهية موانع الميراث في قانون الأحوال الشخصية الأردني
3. بيان القواعد الفقهية النازمة لطبيعة القتل المانع من الميراث في المفهوم الشرعي.
4. تحديد رأي الفقهاء في حكم ميراث القاتل ومن ثم الرأي الفقهي والقانوني في القتل المانع من الميراث.
5. الوقوف على المظاهر التي تؤثر في تحقق المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في المفهوم الشرعي.
6. بيان أن معرفة المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الإرث من المسائل المهمة للباحثين والمختصين من خلال ما تعالجه من قضايا في الواقع المعاش.

7. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من ارتباكات موضوعية توجب على الدراسات الشرعية والقانونية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
8. تناول جزئيات الفقه الإسلامي بطريقة مقارنة مع اختلافات القوانين والتشريعات.

أهداف البحث:

وهي متمثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في قانون الأحوال الشخصية الأردني.
 2. بيان القواعد النازمة في منع القاتل من الميراث في المفهوم الشرعي وقانون الأحوال الشخصية الأردني
 3. دراسة المظاهر التي تؤثر في تحقق المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في المفهوم الشرعي والقانوني.
 4. الوقوف على رأي الفقهاء والقانون الأردني في تحديد القتل المانع من الميراث بقصد التعرف على ذلك بدقة ووضوح.
- مشكلة/ أسئلة البحث: وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما حقيقة موانع الميراث في المفهوم الشرعي؟
2. هل يوجد أي قواعد نازمة للمنع من الميراث في المفهوم الشرعي والقانوني؟
3. كيف انقسمت الآراء الفقهية والقانونية في تحديد القتل المانع من الميراث؟
4. ما هي طبيعة مظاهر تحقق المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ في فلسطين؟

منهجية البحث:

ولقد كان منهج البحث كالآتي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية موانع الميراث والقواعد النازمة لذلك وكذلك طبيعة المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الميراث، ومن ثم تحليل هذه الطبيعة ومظاهرها بهدف الوقوف على متعلقات البحث بدقة ووضوح.
2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث.

المبحث الأول: ماهية موانع الميراث والقواعد الفقهية النازمة لذلك في المفهوم الشرعي

تدور ماهية موانع الميراث حول وجود وضع حد يفصل بين أمرين ويمنع انتقال المال من المورث إلى الوارث مع توفر أسبابه، والناظر في معنى المنع يجد أن ذلك يتمثل بمنع الوارث من الميراث كله بسبب وجود وصف يفوت أهلية الوارث بحيث يجعله غير مستحق للأرث، وحتى يتضح المقصود بذلك لا بد من الوقوف على تفصيلاته وبيان القواعد المنظمة له في المفهوم الشرعي وذلك فيما يأتي من مطالب:

المطلب الأول: حقيقة موانع الميراث في المفهوم الشرعي

الموانع في اللغة: جمع مانع، وهو الحاجز والحائل بين شيئين، وكل أمر يحول بين شيء وشيء آخر يُسمى مانعاً. وفي الاصطلاح: هو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته⁽¹⁾، والمانع: الأمر الذي يترتب على وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب، وهو أمر خارج عن الحكم، يستلزم وجوده عدم الحكم مع وجود سببه، وهو هنا يؤثر من جانب وجوده؛ فينعدم الحكم بوجود المانع، بخلاف الشرط؛ فإن تأثيره من جانب العدم.

والموانع في الميراث: وصف في الشخص تفوت به أهلية الميراث، مع قيام سببه وتوفر شروطه، عملاً بالمادة رقم (46) من مجلة الأحكام العدلية التي تقول: "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"، ويسمى الممنوع محروماً، والمنع حرماناً، والمانع من الميراث هو ما تفوت به أهلية الإرث ويمنع الوارث من اعتباره وارثاً من حيث الأصل، لا ما يفوت به الإرث فقط لأن هذا يقال له حاجب لا مانع، حيث إن الممنوع من الإرث لا يعتبر موجوداً من حيث الأصل، وهو لا يؤثر في ميراث غيره من الورثة، بخلاف المحجوب، ومثاله: أن من يقتل أباه عمداً يفقد الأهلية لأن يكون وارثاً من تركته وذلك لتحقيق المانع الذي انتفى بوجوده ما اقتضاه سبب الإرث (القربة) وأوجبه، وأما عدم اعتبار ابن الابن مستحقاً للإرث من جده حال حياة أبيه الذي يحجبه من الإرث ويتقدم عليه فيه، فهذا معنى الحجب لا المنع لبقاء أهليته للميراث مع أنه غير وارث من خلال الحجب، وبالتالي يظهر هذا كيفية التفريق بين الحجب والمنع من الميراث، ويظهر كذلك أن الممنوع من الميراث هو في حكم المعدوم، فلا يرث ولا يؤثر على نصيب غيره من الورثة بأي حال من الأحوال، بخلاف المحجوب من الميراث حيث لا يستحق شيئاً من الميراث لوجود الأولى منه من الورثة وهو قد يؤثر في نصيب الورثة الآخرين في بعض الحالات الإرثية.

¹ - داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009م، ص275، عباس فضل، وأبو البصل، عبد الناصر، فقه أحوال شخصية (2)، جامعة القدس المفتوحة، 2013م، ص80.

والحجب من الميراث: لغة: من حجب حجباً: أي منعه، وقيل: حجب فلاناً: منعه من الميراث، ومنه الحاحب أي حارس الباب؛ لأنه يمنع الدخول على الملك⁽¹⁾، وهو اصطلاحاً: المنع⁽²⁾، أي منع من قام به سبب الإرث من الميراث كله، أو من بعضه أي من أوفر حظيه⁽³⁾. وقيل: منع الشخص الذي قام به سبب الإرث وشروطه، وانتفت موانعه من الميراث كله أو بعضه بسبب وجود شخص آخر، كحجب الأخ من الميراث بالابن، والجد بالأب، وحجب الزوجة بالفرع من الربع إلى الثمن⁽⁴⁾.

وتكمن أهمية الحجب؛ في ألا يورث من لا إرث له ولا يحرم من له الحق في الإرث.

المطلب الثاني: القواعد النازمة للمنع من الميراث في المفهوم الشرعي

وأما والقواعد النازمة لموانع الميراث في المفهوم الشرعي فمنها ما يأتي:

أولاً: إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع، حيث إذا كان للشيء الواحد، أو العمل الواحد، محاذير تستلزم منعه، وكان له دواع تقتضي تسويغه، فقد تعارضاً، ويرجح منعه، لما فيه من درء المفسدة، ودراء المفسدة مقدم على جلب المنافع⁽⁵⁾، كالأوصاف التي تقتضي عدم الإرث مع قيام سببه.

ومثاله: القتل الذي يمنع ترتب الحكم المرتبط بالميراث مع تحقق سببه كالقربة مثلاً من غير معارض، حيث إنه إذا قام القتل بأن كان الوارث قاتلاً للمورث فإن ذلك يعد مانعاً من الميراث يمنع ظهور حكمه وتوريثه، وهذا لأن

1 - الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، الرياض، السعودية، 2004م، ص344، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ/2003م، ص76، إبراهيم، مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا، ط2، 1972، ص156.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، 1402هـ/1982م، 4/423. الحصني، أبو بكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 1423هـ/2002م، 2/376. الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، عيسى البابي الحلبي وشركاه، المكتبة العصرية، ط2، بيروت، 3/294.

3 - الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، دار الكتاب العربي، ط3، بيروت، 1417هـ/1996م، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ص111.

4 - داود، أحمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإصدار الثالث، ط1، 1428هـ/2007م، ص454.

5 - الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006م، 1/244.

اعتناء الشارع بالمهنيات أشد من اعتنائه بالمأمورات لحديث: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم"⁽¹⁾.

وينبغي أن يقيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضي بما إذا لم يرب المقتضي على المانع بأن تساويا كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره فإنه حينئذ يقدم المانع أما إذا ربا المقتضي على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضي بدليل ما ذكروا في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جبراً عليه ويضمنه له وتجوزهم التناول جبراً على المالك فيه ترجيح للمقتضي وهو إحياء المهجة على المانع وهو كون الطعام ملك الغير وما ذاك إلا لكون المقتضي رابياً على المانع فإن حرمة النفس أعظم من حرمة المال⁽²⁾

وكما لو أوصى لأجنبي ووارث أو لأجنبي وقاتل فللأجنبي نصفها وبطلت في حق الآخر أي على تقدير عدم الإجازة وقولهم في القاعدة المذكورة إذا تعارض يشير إلى هذا فإنه لا تعارض عند انفكاكهما إذ يمكن مراعاة المقتضي بدون أن يلزم المانع ولا يشكل فرع الوصية للأجنبي والوارث مع فرع الإقرار لهما السابق حيث صحت الوصية بالنسبة للأجنبي وبطل الإقرار بالنسبة إليه كما بطل في حق الوارث لأن الوصية تملك مبتدأ مضاف لما بعد الموت والشائع يقبله وبطلان التملك لأحدهما لا يستلزم بطلان التملك للآخر أما الإقرار فإنه إخبار يثبت به ما أخبر عنه طبق ما أخبر به مشتركاً على الشيوع فيثبت كذلك فيكون ما من جزء يأخذه الأجنبي إلا وللوارث حق المشاركة فيه فيصير كأنه إقرار للوارث فيبطل⁽³⁾

ثانياً: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه⁽⁴⁾، وقد وردت هذه القاعدة بألفاظ أخرى منها⁽⁵⁾:

- من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.

- من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه.

- من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

1 - البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ح رقم 6896، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، ط4، 2004.

2 - الزرقا، مصطفى، شرح القواعد الفقهية، 240/1.

3 - الزرقا، مصطفى، شرح القواعد الفقهية، 245/1.

4 - المادة (99) من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

5 - الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 414/1.

- المعاملة بنقيض المقصود الفاسد.

- من تعجل حقه، أو ما أبيح له، قبل وقته، على وجه محرم، عوقب بحرمانه.

- المعارضة بنقيض المقصود.

- من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده.

وهذه القاعدة تعني أن الذي يستعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه قبل أوانه، أي وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه، وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان، فإنه يعاقب بحرمانه، ويحرم من النفع الذي يأتي منه عقاباً له، لأنه افتات وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محذور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحذور، وكذلك من احتال على تحليل الحرام أو تحريم الحلال، فإنه يعامل بنقيض قصده عقوبة له. ويدخل فيها حرمان القاتل من الميراث، وهذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع وتحريم الحيل⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على هذه القاعدة: مَا لَوْ بَاشَرَ الْمُكَلَّفُ قَتْلَ مُوَرِّثِهِ أَوْ مِنْ أَوْصَى لَهُ سَوَاءَ كَانَ قَتْلُهُ لَهُ عَمْدًا، وَهُوَ أَنْ يَتَعَمَّدَ بِلَا حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلٍ ضَرْبَهُ بِأَلَةٍ مَفْرَقَةٍ لِلْأَجْزَاءِ، أَوْ شَبَهَ عَمْدًا، وَهُوَ: أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ كَذَلِكَ بِغَيْرِ أَلَةٍ مَفْرَقَةٍ لِلْأَجْزَاءِ وَلَكِنْ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَيَمُوتَ مِنْ ضَرْبِهِ. فَإِنْ كَلَا الْقَتْلَيْنِ يَمْنَعُ الْإِرْثُ وَيَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ. وَأَمَّا الْقَتْلُ خَطَأً، كَأَنْ يَزِمِي الْمُكَلَّفُ صَيْدًا مِثْلًا فَيُصِيبُ أَدَمِيًّا، أَوْ بِمَا جَرَى مَجْرَى الْخَطَأِ، كَمُكَلَّفٍ نَائِمٍ انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ، فَلَيْسَ مِنْ فُرُوعِ الْقَاعِدَةِ لِعَدَمِ ظُهُورِ الاسْتِعْجَالِ فِيهِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ إِرْثُ الْمُكَلَّفِ فِيهِ لَوْجُودِ الْمُبَاشَرَةِ مِنْهُ بِقَتْلِ مُوَرِّثِهِ مَعَهُ، وَلَا يَشْتَرِطُ فِي مُؤَاخَذَةِ الْمُبَاشَرِ أَنْ يَكُونَ مُتَعَمَّدًا⁽²⁾.

المبحث الثاني: رأي قانون الأحوال الشخصية الأردني في القتل المانع من الميراث

يتمثل الوقوف على رأي قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61 النافذ في فلسطين بحث حكم ميراث القاتل إذا قتل الوارث المورث، ومن ثم تحديد رأي العلماء في طبيعة القتل المانع من الميراث وبيان ذلك فيما يأتي:

المطلب الأول: حكم ميراث القاتل في المفهوم الشرعي

1 - انظر: الزرقاء، مصطفى، شرح القواعد الفقهية، 471/1، الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 415/1

2 - الزرقاء، مصطفى، شرح القواعد الفقهية، 472/1.

القتل: هو فعل ما يكون سبباً لإزهاق روح شخص عن طريق مباشر أو بالتسبب، والقتل إما أن يكون عمداً وغير عمد، وبناء على ما تم ذكره في المطلب السابق من تطبيقات القواعد النازمة لمنع القاتل من الميراث يظهر أنه إذا قتل الوارث مورثه فإنه يحرم من الميراث، على اعتبار أن القتل يمنع القاتل منه بخلاف المقتول فقد يرث من القاتل إذا مات قبله لأي سبب طالما لم يكن محجوباً بغيره من الورثة، ومن المعروف فقهاً حرمان القاتل من الميراث في الجملة إذا أقدم على قتل مورثه.

ومن الأدلة على ذلك ما يأتي:

1. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث القاتل شيئاً"⁽¹⁾.
2. قوله صلى الله عليه وسلم: "ليس لقاتل شيء"⁽²⁾.
3. انعقاد الإجماع على حرمان القاتل من الميراث في الجملة⁽³⁾.
4. أن المنطق العقلي والمصلحة الشرعية يقضيان حرمان القاتل من الميراث؛ لغرض قطع الطريق عليه خشية أن يستعجل الوارث على قتل مورثه رغبة في الحصول على الميراث، ولأن تورث القاتل يفضي إلى تكثير القتل وهو من الفساد المذموم والله سبحانه وتعالى لا يحب المفسدين حيث يستعجل الوارث الأمر فيقوم بقتل مورثه، والقاعدة تقول: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"⁽⁴⁾.
5. أن الميراث في الإسلام صلة وإحسان حيث قد بنى قواعده على الحب والعشرة والنصرة والولاية والعطف، تحقيقاً منه لقوة الروابط الاجتماعية، وتنمية العاطفة الطبيعية فيما بين الناس. وحصول القتل قطع لهذه الصلة، وقد قال الله تعالى: "وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً"⁽⁵⁾، وقوله سبحانه: "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"⁽⁶⁾، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة"⁽⁷⁾. ولا يعد من قبيل ذلك قتل الوارث المورث، وخاصة عندما نعلم أن نظام الميراث في التشريع الإسلامي قد وضع مسائل محددة تناولت الوارثين ونصيب كل واحد منهم حسماً لأسباب النزاع بين أقارب المورث، وتحقيقاً لنوازع الفطرة الإنسانية المتمثلة بحب التملك وسعي الإنسان إليها ورغبته في

¹ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الآيات، باب ديات الأعضاء، ح برقم 4564، بيت الأفكار الدولية، عمان، الرياض، د.ط، 2004.

² - الإمام مالك، الموطأ، برواية يحيى بن يحيى الليثي، ضبط وتوثيق وتخريج صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 1420هـ - 1999م، ص625، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994م، تحقيق محمد عبد القادر عطا، 219/6.

³ - ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ، 161/7.

⁴ - نصت عليها المادة (99) من مجلة الأحكام العدلية.

⁵ - سورة النساء: آية 93.

⁶ - سورة الإسراء: آية 33.

⁷ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: أن النفس بالنفس، ح6878، 327/3.

أن يخلفه في ماله أقرب الناس إليه، كل ذلك وفق أحكام الشرع وتحقيقاً لمقاصده بحفظ النفس واستقرار النظام الاجتماعي في المجتمع الإسلامي.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي والقانوني في تحديد القتل المانع من الميراث

ومع أن الفقهاء لم يختلفوا في أنّ القتل مانع من موانع الإرث، إلا أنهم اختلفوا في نوع القتل الذي يمنع منه على أقوال هي:

أولاً: مذهب الحنفية⁽¹⁾ فقد قسموا القتل من حيث منعه للميراث من عدمه إلى قسمين هما:

القسم الأول: القتل المانع من الميراث

هو عندهم القتل الموجب للقتل "القصاص" أو الكفارة، ويشمل هذا ما يأتي:

1. القتل العمد: وهو ما كان بألة قاتلة على سبيل القصد والتصميم، فهو يُوجب القصاص، والإثم، دون الكفارة. ولكونه فاحشة وجريمة آثمة، لم تُشرع فيه الكفارة التي فيها معنى العبادة. والألة القاتلة عند أبي حنيفة هي التي لها حدّ تُفَرِّق الأجزاء؛ كسلاح، أو ما يجري مجراه في تفريق الأجزاء؛ كالنار، والمحدّد من الخشب، أو الحجر، أو الزجاج. وهي على رأي صاحبيه ما يُقتل به غالباً؛ وهو ما لا تطيقه البنية؛ سواء أكان محدّداً كالسيف أو السكين، أم غير محدّد؛ كحجر عظيم، وخشب عظيم⁽²⁾.
2. القتل شبه العمد: وهو ما تعمد به الفاعل الضرب بما لا يقتل غالباً كالضرب بيده، أو سوطه، أو حجر صغير، أو عصا لينة، أو ما أشبهها، فيموت منه. فهذا القتل لم يجب فيه القصاص، ووجب فيه الكفارة، والدية المغلظة على العاقلة، مع الإثم. وسُيِّي هذا النوع "شبه عمد"؛ لأنّ فيه معنى العمدية، باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى الخطأ، باعتبار عدم قصده إلى القتل؛ لأنّ الألة التي استعملت فيه ليست آلة قتل، فكان خطأً يُشبه العمد، وفي هذا النوع يقع إثم الضرب؛ لوجود القصد إليه، وارتكاب ما هو محرّم شرعاً، لا إثم القتل؛ لأنّه لم يقصده، ولذا؛ فهو يُوجب الدية على العاقلة، والكفارة، مع الإثم⁽³⁾.

¹ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، 767/6.

² - انظر: السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية، 1971م، دط، 50-46/30، ابن عابدين، رد المحتار، 359-358/7.

³ - انظر: السرخسي، المبسوط، 50-46/30.

3. القتل الخطأ: وهو ما قصد فيه الفعل دون الشخص كمن رمى صيداً فأصاب إنساناً فيقتله، وهو إما أن يكون خطأ في القصد؛ كأن يرمي شبحاً يظنه حيواناً، فإذا هو إنسان. وإما أن يكون خطأ في الفعل؛ كأن يرمي طائراً فيُصيب إنساناً، وهذا القتل يُوجب الدية على العاقلة، والكفارة، ولا إثم عليه.
4. ما جرى مجرى الخطأ أو ملحق به أو شبه خطأ؛ كمن نام وانقلب عليه إنسان فقتله، وهذا القتل يُوجب الدية على العاقلة، والكفارة، وفيه إثم ترك التحرُّز والمبالغة في التنبُّت، وهو دون إثم قصد القتل.

القسم الثاني: القتل الذي لا يمنع من الميراث، وهذا على أنواع كما يأتي⁽¹⁾:

1. القتل بالتسبب: كمن حفر بئراً في طريق مورثه فوقع فيه فمات، أو حبسه في مكان فمات جوعاً، أو أن يضع السم في الطعام، أو يُشارك القاتل برأي، أو إعانة، أو تحريض، أو يشهد شهادة زور تؤدي إلى الحكم بالإعدام، أو يكون ريئة (وهو من يُراقب المكان أثناء مباشرة القتل). فهذا القتل يُوجب الدية على العاقلة، ولا كفارة، ولا قصاص فيه. لأن الحنفية يشترطون للمنع من الميراث أن يكون القتل بالمباشرة.
2. القتل قصاصاً، أو رجماً كالجلاد يُنقذ حكم الإعدام بالقاتل. أو دفاعاً عن النفس، أو إذا كان القاتل صبيّاً أو مجنوناً، القتل لأجل الزنا.

وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية حسب ما جاء في المادة (183) منه، حيث ينص على: "مالاً ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة". وبيان ذلك أن القتل الذي يتعلق به حكم القصاص أو الكفارة، وهو إما عمد وفيه الإثم والقصاص، أو شبه عمد وفيه الكفارة والإثم والدية المغلظة لا القود، أو خطأ مثل أنه رمى صيداً فأصاب إنساناً وفيه الكفارة والدية. ففي هذه الأحوال لا يرث القاتل المقتول إذا لم يكن القتل بحق. وأما إذا قتل مورثه قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن نفسه فلا حرمان من الإرث، وكذا لو كان القتل تسبباً بلا مباشرة، أو كان القاتل صبيّاً أو مجنوناً؛ لعدم تعلق حكم القصاص أو الكفارة بذلك⁽²⁾.

ثانياً: ويرى المالكية⁽³⁾ أن القتل الذي يمنع الميراث هو القتل العمد العدوان بغير حق، وبدون عذر سواء كان تسبباً أو مباشرة، وهذا عندهم لا يرث من مال مورثه ولا من ديتيه.

وأما إذا كان القتل من نوع القتل الخطأ أو الدفاع عن النفس أو القتل بعذر، أو الذي وقع من صبي أو مجنون، فإنه قتل عمد لكنه غير عدوان، ولا يمنع من إرث المال، وإنما يمنع من إرث الدية؛ لأن الدية واجبة عليه، فكيف يرث شيئاً قد وجب عليه. وبالتالي فهو لا يمنع الميراث.

¹ - انظر: ابن عابدين، رد المختار، 359-358/7، السرخسي، المبسوط، 50-46/30.

² - انظر: السرخسي، المبسوط، 50-46/30، ابن عابدين، رد المختار، 359-358/7.

³ - الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ط، د. ت، تحقيق محمد عليش، 486/4.

ثالثاً: وعند الشافعية⁽¹⁾ أن القتل بجميع أنواعه يمنع الميراث سواء أكان بحق (مثل قاض حكم على أبيه بالقتل، فلا يرث من باب سدّ الذرائع)، أو أنه بغير حقّ بالمباشرة، أو التسبّب، عمدًا أم خطأً موجبًا للقصاص أم لا، وسواء أكان القاتل مختارًا أم مكرهًا، بالغًا، أو صبيًا، عاقلًا، أو مجنونًا. فلا يرث، لُهمة الاستعجال بالإرث⁽²⁾.

رابعاً: ويقول الحنابلة⁽³⁾ أن القتل المانع للميراث هو القتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة أي ما أوجب عقوبة على القاتل؛ سواء أكانت عقوبة جسمية (كما في القتل العمد)، أو ماليّة (كما في القتل الخطأ)، والقتل بالتسبّب وشبه العمد، وما جرى مجرى الخطأ، والقتل الصادر من غير المكلف، وهذا تعميماً لسدّ الذريعة، ولئلا يدعي العامد أنه قَتَلَ خطأً .. وأما القتل غير مضمون بشيء من ذلك فهو لا يمنع من الميراث، مثل: القتل قصاصاً وحدًا، أو حال الدفاع عن النفس...

والناظر في أقوال الفقهاء في حكم القتل المانع من الميراث يجد أن في المذهب الشافعي احتياط كبير لصون الدماء، حيث جعل القتل مانعاً بجميع أنواعه، خلافاً للحنفية الذين تركوا ثغرة ينفذ من خلالها الوارث فيرث المقتول مع أنه أقدم على قتله بطريق غير مباشر وهو التسبب، ولقد جعل الحنابلة⁽⁴⁾ ضابطهم في ذلك الضمان فما كان مضموناً فيمنع الميراث وما لم يكن كذلك فلا يمنع الميراث، ومن هنا فإن مذهب المالكية⁽⁵⁾؛ هو أقرب المذاهب إلى الحق حيث قيد المنع بالقتل العمد العدوان. وهذا حق وبه أخذت بعض قوانين الدول العربية كالقوانين المصرية والسورية⁽⁶⁾.

المبحث الثالث: مظاهر تحقق المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ في فلسطين

إن المقصد العام من التشريع في المفهوم الشرعي سواء أكان ذلك في تشريع الأحكام بشكل عام أم بمنع من يقتل مورثه من الميراث هو من حيث الأصل مرتبط بجلب المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم.

¹ - الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، 25/3.

² - فالقاتل خطأ، والقاضي الذي حكم بالقتل، والجلاد الذي نفّذ القتل، والمدافع عن نفسه، والمنتقم لشرفه، والأب يضرب ولده للتأديب فيقتله؛ كل هؤلاء يُمنعون من الميراث عن الشافعية لقاعدة من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقب بحرمانه.

³ - ابن قدامة، المغني، 162/7، البهوتي، كشف القناع، 545/4.

⁴ - ابن قدامة، المغني، 162/7، البهوتي، كشف القناع، 545/4.

⁵ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 486/4.

⁶ - عباس، وأبو البصل، فقه الأحوال الشخصية، ص83.

جاء في كتاب الأحكام للآمدي: "علمنا من حال الشارع أنه لا يردُّ بالحكم خلياً عن الحكمة إذ الأحكام إنما شرعت لمصالح العبيد، وليس ذلك بطريق الوجوب، بل بالنظر إلى جري العادة المألوفة من شرع الأحكام"⁽¹⁾ حيث يكون ذلك من خلال استقراء الأحكام.

وذلك لأن "المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة أو دفع مضرة، أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد لتعالي الرب تعالى عن الضرر والانتفاع، وربما كان ذلك مقصوداً للعبد لأنه ملائم له وموافق لنفسه"⁽²⁾.

لأن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً⁽³⁾، وبذلك نعلم أن المصلحة ترتبط بكل حكم أنزله الله تعالى، وهذه مسألة يجدها كل بصيرة وذو عقل سليم، حيث إن خفيت عليه فإيمانه يقول له: أنه لا بد من ارتباط كل هذه التشريعات بالخيرية التي يقصدها الشرع الحكيم من ذلك، وإن الله تعالى لا يريد بذلك إلا اليسر، ولا يشرع له إلا الحق، وهذا ما يقرره العلم الشرعي بقوله: أن وراء كل حكم شرعي مصلحة، ومن ذلك المصلحة التشريعية المتعلقة بمنع الوارث من الميراث وفق قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (76/61) النافذ في فلسطين، حيث يأتي بيان هذه المظاهر فيما يأتي:

المطلب الأول: المصلحة التشريعية بتحقيق السلم الاجتماعي والمحافظة على حياة أفراد العائلة

فالقاعدة تقول: من استعجل الشيء قبل أوانه يعاقب بحرمانه⁽⁴⁾، وذلك بإعمال مبدأ صيانة حقوق الناس⁽⁵⁾، ومنع التعسف في استعمالها، وعليه كان وقوع الفعل الجرمي مع دوافع العدوان لحصوله من أسباب عدم انتظام العلاقات المالية والاجتماعية في الأسرة، لقوله الله تعالى: "ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق"⁽⁶⁾، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس للقاتل شيء"⁽⁷⁾، ولذلك فإن من يعمل على تحقيق السلم الأسري

¹ - الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط، د.ت، 260/3

² - الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 271/3

³ - الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، د.ط، تحقيق عبد الله دراز، 3/2.

⁴ - السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ، ص153، إشارة إلى القاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

⁵ - <http://www.alukah.net/sharia/0/90647/#ixzz6giqIsvYR>

⁶ - سورة النساء، آية 12.

⁷ - أبو داود، السنن، كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، حديث برقم 4564، ص499، حسنه الألباني.

بمحافظة على أفراد الأسرة ويمتنع عن العدوان عليهم وهو من الورثة المستحقين؛ فإنه يأخذ النصيب المشروع والمفروض له وفق نظم الميراث الشرعية، والعكس صحيح.

ومن المصالح التشريعية لمنع القاتل من ميراث مورثه تحقيق رعاية الصلة الاجتماعية بين أفراد الأسرة، فقد جعل النظام الإسلامي للولد الصغير نصيباً من ميراث أبيه يساوي نصيب أخيه الكبير؛ وهو لم يُفَرِّق بين الحمل في بطن أمه، وبين الولد الكبير في العائلة، كما أنه لا يُفَرِّق بين الولد البكر وغيره من الأولاد، ولبيان هذه المسألة يقول الله تبارك وتعالى: "لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً"⁽¹⁾.

وهذا يدل على أن التشريع الإسلامي يراعي في التوريث أصل تكوين الأسرة واعتبارها من نفس واحدة وأنه يجب بث روح صلة الرحم والارتباط المادي والمعنوي في علاقة أفرادها بعضهم مع بعض، وبالتالي فهو بذلك لا يحرم امرأة ولا صغيراً لمجرد الأنوثة أو الصغر حيث ألزم بالتوزيع المبني على التواصل مما قل من التركة أو كثر واعتبره مفروضاً لمن وجد من الرجال أو النساء، مراعاة منه مبدأ الوحدة في النفس الواحدة بلا تمييز لفرد على فرد إلا بقدر أعبائه في التكافل الأسري والاجتماعي وتحقيقاً للمصالح العملية المعتبرة في بناء الأسرة وطبيعة تكوينها، وبحصول الاعتداء على أفراد الأسرة من خلال القتل يفسد هذه الرعاية ويعمل على تقويض أواصر الصلة المطلوبة بين أفراد الأسرة الواحدة⁽²⁾.

المطلب الثاني: المصلحة التشريعية برعاية الكرامة الإنسانية وسموها في الحصول على المال من خلال الإرث

الكرامة الإنسانية وسموها من القواعد الأساس التي جاء التشريع الإسلامي برعايتها والعمل على بنائها في النظام المالي في المجتمعات الحضارية، حيث إذا لم يتوقف الشرع عند هذه المحاور وجعل أمر ذلك وفق رغبات هذه النفس الإنسانية؛ لأصبح كسب المال خاضعاً لهذه الرغبات وبالتالي كان مشجعاً لإعمال العنف والتقتيل بين أفراد المجتمعات وخاصة أفراد الأسرة الواحدة، ولذلك ولتحقيق هذه الرسالة في السمو وإعلاء قيمة الإنسان؛ نظم التشريع الإسلامي العلاقات المالية وفق نصوص واضحة وقواعد مؤكدة من خلال هذه النصوص، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: أن الله عز وجل قد جعل الإنسان خليفته في الأرض، ونظم له طرق التوصل إلى كسب المال والرزق، حيث جعلها عامة منظمة تلتزم بالنصوص والتشريعات التي أرادها الله تعالى، وذلك لاعتبار أن المال هو الضامن

1 - سورة النساء، آية 7.

2 - خليفة، محمد طه أبو العلا، أحكام الموارث، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 2004، القاهرة، ص18، داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009م، ص25.

المادي لبقاء الإنسان وتحقيق مهمة الاستخلاف في الأرض، حيث لا غنى له عن ذلك ما دام على قيد الحياة، فإذا مات انقطعت حاجته إليه، ولذلك كان من الضروري أن يخلفه في ماله مالكٌ جديدٌ، لم يجعل أول شخص يحوز المال ويستولي عليه، وذلك حتى لا يؤدي إلى التنازع والاختلاف بين الناس، وبالتالي تغدو الملكية حينها تابعة للقوة والبطش، بل جعلت الشريعة الإسلامية العلاقة مع المال لأقارب الميت، حتى يطمئن الناس على مصير أموالهم؛ إذ هم مجبولون على إيصال النفع لمن تربطهم بهم رابطة قوية من قرابة أو سبب، حيث يكون التواصل المالي بعد الوفاة من خلال الميراث⁽¹⁾.

ثانيًا: الميراث هو الذي يعمل على تفتيت الثروة المتجمعة ويعيد توزيعها من جديد، مما لا يدع مجالاً لتضخيم الثروة وتكدسها في أيدي طبقات قليلة، وهو بهذا أداة مؤثرة فعالة في إعادة التنظيم الاقتصادي في الأسرة، ورده إلى الاعتدال دون تدخل مباشر من الدولة، فمن كان من العائلة له حصة في الإرث، بما يضمن تفتت الثروة وانتشارها بين الأفراد⁽²⁾، وبالتالي لا يبقى المال دولةً بين الأغنياء، أو في دائرة العائلة الواحدة، وبالتالي لا تحرم الأنثى المتزوجة أو أولاد الأم من غير عائلة المتوفى لأجل هذا المقصد.

ثالثًا: أن النظام الإسلامي جعل الميراث في دائرة الأسرة لا يتعداها؛ ولا بُدَّ هنا من نسبٍ صحيحٍ، أو زوجية، وبذلك لا يرث ولد الزنى، ولا المولود من نكاح باطل أو فاسد، حيث يُفضّل الإسلام في دائرة الأسرة الأقرب فالأقرب إلى المتوفى ممن يُعتبر شخصه امتداداً في الوجود لشخص الميت؛ كالأولاد والأب ومن يليهما في درجة القرابة.

وتقديم الأبناء والآباء على الأزواج وكذلك تقديم الأم على الزوجة لحكمة عظيمة وهي أن صلة الآباء والأبناء والأمهات صلة مباشرة نسبية لأن الابن بعض الأب والأم، بخلاف الأزواج فصلتهما سببية، والمعروف أن الصلة النسبية أقوى من الصلة السببية⁽³⁾.

وأما توريث الأزواج من بعضهم فقد شرع لأن كلا منهما عون للآخر في تحمل متاعب الحياة، فقد لا يكون للزوجة ما يعولها غير تركة الزوج، وهي قد لا تصلح للزواج لكبر سن مثلاً أو لغير ذلك، ولهذا كان التوارث بينهما يحقق مبدأ العون على مصاعب الحياة.

وبناء على هذه القواعد المؤثرة في حفظ نظام الأسرة المالي؛ فإن حصول القتل بين أفراد الأسرة ومن تجمعهم علاقة النسب والمصاهرة يؤثر سلباً على استقرار الأسرة بشكل خاص والمجتمعات بشكل عام، ولذلك جاء التشريع

1 - العجوز، أحمد محيي الدين، الميراث العادل في الإسلام بين الموارث القديمة والحديثة ومقارنتها مع الشرائع الأخرى، ط1، 1406هـ، 1986، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ص22.

2 - الخطاب، كمال توفيق محمد، نظرات اقتصادية في حكمة توزيع الميراث في الإسلام، ص299.

3 - بدران أبو العينين، أحكام التركات والموارث، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 2003م، ص22.

الإسلامي بتدابير وقائية وأخرى تشريعية مؤهلة ومحددة المعالم فمنع من تسول له نفسه القضاء أو التأثير على هذه المرتكزات الاجتماعية حيث منعه من الحصول على المال من خلال الإرث وعاقبه بنقيض قصده، فقرر أن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة وهي هنا القتل، تعجلًا منه للحصول على مقصوده المستحق له وهو الميراث، أن يعامل ضد مقصوده، جزاءً فعله واستعجاله⁽¹⁾.

وبالتالي فلا يقبل ميراثه ولا يعترف بإنسانيته في تحصيل الحقوق المالية الإرثية وفق قواعد الشرع ونصوصه ومبادئه السامية، لاعتبار هذا التشريع من قبيل المصالح التي تدور في فلك مقاصد الشارع التي أخذت من أحكامه ومنها: مقاصد حفظ النفس والمال، والأخذ بهذه المصالح إعمالاً لمقاصد النصوص الشرعية ومعناها وهو المطلوب شرعاً⁽²⁾.

خاتمة:

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع "المصلحة التشريعية في اعتبار القتل من موانع الميراث في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61" فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- تدور ماهية موانع الميراث حول وجود وضع حد يفصل بين أمرين ويمنع انتقال المال من المورث إلى الوارث مع توفر أسبابه، والناظر في معنى المنع يجد أن ذلك يتمثل بمنع الوارث من الميراث كله بسبب وجود وصف يفوت أهلية الوارث بحيث يجعله غير مستحق للأثر.
- تكمن أهمية الحجب؛ في ألا يورث من لا إرث له ولا يحرم من له الحق في الإرث.
- من القواعد النازمة لموانع الميراث في المفهوم الشرعي والقانوني؛ إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- إذا قتل الوارث مورثه فإنه يحرم من الميراث، على اعتبار أن القتل يمنع القاتل منه بخلاف المقتول فقد يرث من القاتل إذا مات قبله لأي سبب طالما لم يكن محجوباً بغيره من الورثة، ومن المعروف فقهاً حرمان القاتل من الميراث في الجملة إذا أقدم على قتل مورثه.

1 - <http://www.alukah.net/sharia/0/90647/#ixzz6gjHT5Pz2>

2 - فالمصلحة من جنس المصالح التي أقرها الإسلام وهي رجوع إلى عموم المقاصد التي أخذت من النصوص، انظر: أبو زهرة، محمد، تاريخ المذاهب الفقهية، مؤسسة الرسالة، 400/2.

- أن المنطق العقلي والمصلحة الشرعية يقضيان حرمان القاتل من الميراث؛ لغرض قطع الطريق عليه خشية أن يستعجل الوارث على قتل مورثه رغبة في الحصول على الميراث، ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل وهو من الفساد المذموم والله سبحانه وتعالى لا يحب المفسدين.
- مع أن الفقهاء لم يختلفوا في أن القتل مانع من موانع الإرث، إلا أنهم اختلفوا في نوع القتل الذي يمنع منه على أقوال.
- أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب أبي حنيفة في أن القتل الذي يتعلق به حكم القصاص أو الكفارة، وهو إما عمد وفيه الإثم والقصاص، أو شبه عمد وفيه الكفارة والإثم والدية المغلظة لا القود، أو خطأ مثل أنه رمى صيداً فأصاب إنساناً وفيه الكفارة والدية، ففي هذه الأحوال لا يرث القاتل المقتول إذا لم يكن القتل بحق. وأما إذا قتل مورثه قصاصاً أو حدّاً أو دفاعاً عن نفسه فلا حرمان من الإرث، وكذا لو كان القتل تسبباً بلا مباشرة، أو كان القاتل صبياً أو مجنوناً؛ لعدم تعلق حكم القصاص أو الكفارة بذلك.
- إن المقصد العام من التشريع في المفهوم الشرعي سواء أكان ذلك في تشريع الأحكام بشكل عام أم بمنع من يقتل مورثه من الميراث هو من حيث الأصل مرتبط بجلب المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم.
- أن هناك عدة مظاهر تؤثر في تحقق المصلحة التشريعية في منع القاتل من الميراث في المفهوم الشرعي، تتمثل بتحقيق السلم الاجتماعي والمحافظة على حياة أفراد العائلة، ورعاية الكرامة الإنسانية وسموها في الحصول على المال من خلال الإرث.
- وأخيراً؛ فإنني أتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقي لتحصيل العلم، وأن يعلمني ما ينفعني، وأن ينفعني بما علمني، وأن يزدني علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976م.
- مجلة الأحكام العدلية العثمانية.
- إبراهيم، مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا، ط2، 1972.
- الأمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط، د.ت.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، ط4، 2004.
- بدران أبو العينين، أحكام التركات والموارث، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 2003م
- الهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، 1402هـ/1982م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994م، تحقيق محمد عبد القادر عطا.

- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، دار الكتاب العربي، ط3، بيروت، 1417هـ/1996م، تحقيق: إبراهيم الأبياري.
- الحصني، أبو بكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 1423هـ/2002م.
- الخطاب، كمال توفيق محمد، نظرات اقتصادية في حكمة توزيع الميراث في الإسلام. بحث منشور.
- الخطيب، محمد الشريبي، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
- خليفة، محمد طه أبو العلا، أحكام الموارث، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 2004، القاهرة.
- داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009م.
- أبو داود، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، عمان، الرياض، د.ط، 2004.
- الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، تحقيق محمد عlish.
- الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006م.
- أبو زهرة، محمد، تاريخ المذاهب الفقهية، مؤسسة الرسالة، د.ط.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية، 1971م، د.ط.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، د.ط، تحقيق عبد الله دراز.
- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض.
- عباس فضل، وأبو البصل، عبد الناصر، فقه أحوال شخصية (2)، جامعة القدس المفتوحة، 2013م.
- العجوز، أحمد محيي الدين، الميراث العادل في الإسلام بين الموارث القديمة والحديثة ومقارنتها مع الشرائع الأخرى، ط1، 1406هـ، 1986، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان.
- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، الرياض، السعودية، 2004م.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ/2003م.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
- الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، عيسى البابي الحلبي وشركاه، المكتبة العصرية، ط2، بيروت.
- مالك، الموطأ، برواية يحيى بن يحيى الليثي، ضبط وتوثيق وتخرج صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 1420هـ - 1999م.

النظام القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني

Regulations governing Digital Signature

Authentication Authorities

ب. مؤمن كاظم عبد الكريم فاخوري / جامعة الحسن الأول. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – سطات- المغرب

المخلص :

تسعى هذه الدراسة إلى التعرف على النظام القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال بيان مفهوم جهات التصديق الإلكتروني وآلية عملها والشهادات التي تصدرها، فجهات المصادقة الإلكترونية تقوم بالتأكد من هوية الأطراف المتعاقدة بطرق إلكترونية وتضمن سلامة المراسلات المتبادلة بينهم، وتوفير بيئة إلكترونية آمنة للمتعاملين في المعاملات الإلكترونية.

وأمام الدور الهام الذي تقوم به جهات التصديق الإلكتروني عمدت العديد من التشريعات الدولية والعربية إلى وضع التزامات يجب على مقدمي خدمات التصديق التقييد بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنهت بعض التشريعات إلى أهمية تنظيم مسؤولية هذه الجهات فأفردت لها نصوصا خاصة لعدم كفاية القواعد العامة بتنظيمها، لهذا كان لابد من أن نوضح في دراستنا هذه الالتزامات والمسؤوليات التي تقع على هذه الجهة بشكل مفصل.

الكلمات المفتاحية: جهات التصديق الإلكتروني، ، شهادات المصادقة الإلكترونية، شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، التزامات مقدمي خدمات التصديق، مسؤولية مقدمي خدمات التصديق.

Abstract:

This study aims to introduce the regulations governing digital signature authentication authorities, by explaining the concept of digital signature authentication authorities, their work mechanisms and the certificates they issue. Digital authentication authorities verify the identity of the contracting parties electronically, ensure safety of correspondence exchanged between them, and provide a safe electronic environment for parties to the digital transactions.

Due to the important mission assigned to digital signature authentication authorities, many international and Arab legislations have laid out responsibilities which the authentications service providers must adhere to on one hand, and on the other hand, some legislations have paid attention to the importance of regulating the responsibility of such entities and have issued special relevant laws considering that the general laws were not enough for regulating them. Therefore, it was necessary for us in this study to explain the commitments and responsibilities which should be assumed by such entities in details.

Key words: digital signature authentication authorities, digital signature authentication certificate, foreign digital signature authentication certificate, commitments of authentication service providers, responsibility of authentication service providers.

المقدمة:

يشهد العالم وبشكل كبير تطورا هائلا و متسارعا في تكنولوجيا عالم الاتصالات حتى أصبحت وسائل الاتصالات الحديثة وعلى رأسها الإنترنت وسائل لا يمكن الاستغناء عنها، فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على الهاتف ثم الفاكس والتلكس، ظهرت شبكة الإنترنت وأصبحت الوسيلة المثلى في الايصال ونقل المعلومات وتقديمها، ويرجع ذلك للتقدم العلمي الهائل في شبكات الاتصال الرقمية، حتى أصبح العالم مجرد قرية صغيرة يمكن لأي شخص أن يحاور ويبرم تصرفا مع آخر في أي مكان في العالم في لحظات من خلال الحاسب الآلي .

فتورة المعلومات والاتصالات عادت بفائدة كبيرة على العالم، ولتحقيق القدر الأكبر من الفائدة للبشرية، كان لابد من تنظيم التصرفات المبرمة بين الأفراد، وإيجاد قواعد قانونية مناسبة لها.

وفي ظل هذه التطورات الشديدة السرعة، كان من الطبيعي أن يصاحبها ظهور وسائل جديدة أو بدائل مبتكرة غير مادية تتناسب مع طبيعة المعاملات التي تجري عبر وسائط إلكترونية، فظهر التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع الكتابي التقليدي وانتشرت المحررات الإلكترونية كبديل للمحررات أو الأوراق التقليدية المادية وهي بحق وسائل وأدوات الحكومة الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية التي تدار بلا أوراق¹.

وبوجود أساليب متطورة لاختراق شبكة "الإنترنت"، كانت الحاجة ماسة إلى حماية هذه المعلومات والمحافظة على سريتها فكلما زادت المعاملات عبر الشبكة كان من الضروري والواجب حمايتها، وكذلك كان السعي وراء ابتكار طرق لحماية التوقيع الإلكتروني، لذا فقد ارتأت التشريعات الدولية والوطنية ضرورة إيجاد طرف ثالث محايد، وظيفته توثيق العلاقات التي تتم بين الأشخاص الذين يعتمدون على الوسائط الإلكترونية خاصة شبكة الأنترنت لإبرام عقودهم، وهذا الطرف هو جهة التصديق على التوقيع الإلكتروني، حيث تقوم هذه الجهة بتوثيق المعاملات الإلكترونية والبيانات المتبادلة بها، وبصفة خاصة تقوم بتوثيق التوقيع الإلكتروني لتشهد بصحة هذا التوقيع دون أن تكون لها مصلحة شخصية بذلك، إذ أن استخدام التوقيع الإلكتروني الآمن يتطلب طرقا ووسائل تؤمن تحقيقه للوظائف المطلوبة وتثبت مصداقيته، وكل ذلك تقوم به هذه الجهة².

¹ - نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني- تعريفه، مدى حجته في الإثبات-، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الامارات العربية المتحدة، 10-12-2003، المجلد الاول، ص: 429.

² - آلاء أحمد محمد حاج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني، رسالة قدمت لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2013، ص: 1.

إشكالية البحث:

يثير موضوع الدراسة إشكالا قانونيا يتمثل في، دور مؤسسة المصادقة الإلكترونية في حماية التوقيع الإلكتروني وتعزيز الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية في ظل الانتشار الكبير للتعامل عبر شبكة الإنترنت واستحداث اساليب متطورة لاختراقها؟ ويتفرع عنها عدة أسئلة:

- ماهي طبيعة عمل الجهات التي تقوم بالتصديق الإلكتروني؟
- ما هي الشهادات التي تصدرها، ومدى حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية في الإثبات؟
- ماهي الالتزامات التي تقع على عاتق جهات التصديق الإلكتروني، وما هو نطاق المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات؟

منهج البحث:

لرصد ومعالجة الإشكالية التي يثيرها الموضوع وللإجابة على التساؤلات الفرعية، سيتم إتباع المنهج التحليلي والمقارن، بحيث يتم جمع المعلومات النظرية، والنصوص القانونية المنظمة للموضوع وتحليلها، ومقارنتها بين العديد من التشريعات المختلفة كالتشريع الفلسطيني والمصري والمغربي والإماراتي وغيرهم وكذا بعض الاتفاقيات والقوانين الأجنبية كقانون الأونسفال وأحكام التوجيهات الأوروبية.

المبحث الأول: ماهية جهات التصديق الإلكتروني

للتحقق من صحة التوقيع فلا بد من وجود جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، ويتم ذلك باستخدام طرف ثالث محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التصديق أو جهة التوثيق¹، ويتجلى دور هذه الجهات في تحديد هوية المتعاملين في المعاملات الإلكترونية وكذلك التحقق من مضمون هذه المعاملات وسلامتها وجديتها²، لذا سنتناول هذا المبحث من خلال بيان مفهوم جهة التصديق على التوقيع الإلكتروني والشهادات التي تصدرها (المطلب الأول)، وكذلك الحديث عن شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية وحجيتها (المطلب الثاني).

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، 2011، ص: 250.

² - ملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع (قانون التعاون الدولي)، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2011، ص: 156.

المطلب الأول: مفهوم جهة التصديق الإلكتروني والشهادات الصادرة عنها

تعرف جهة التصديق الإلكتروني بأنها : جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة ومحايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين، لتوثيق معاملاتهم الإلكترونية، وذلك بإصدار شهادات التصديق اللازمة لهم، ويطلق على هذه الجهة مقدم خدمات التصديق¹.

فجهة التوثيق Certification-Authorit أو مقدم خدمة التصديق Certification service provider، هي هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالباً من ثلاث مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا "السلطة الرئيسة"، وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، تليها في المرتبة الثانية "سلطة التصديق" وهي جهة خاصة بعمليات التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، وفي مستوى أدنى تأتي "سلطة تسجيل محلية" ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير- العام والخاص- والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد توقيع العملاء².

وقد عرفت قواعد قانون الأونسسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مقدم خدمات التصديق بأنه: "شخص يصدر شهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"³.

أما التوجيه الأوروبي بشأن الإطار الأوروبي للتوقيع الإلكتروني فقد عرفه بأنه "كل شخص قانوني طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني"⁴.

في حين أن المشرع الفرنسي أطلق عليه أسم "المكلف بخدمة التوثيق الإلكتروني" وعرفها في المرسوم رقم (2001/272) الصادر في 30 مارس 2001 بأنها: "كل شخص يصدر شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتوقيع الإلكتروني"⁵.

أما بخصوص الدول العربية فقد اهتمت جل تشريعاتها التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية بمسألة تنظيم جهات التصديق الإلكتروني، وبالرجوع إلى القانون المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات، نجده خالياً من أي تعريف لجهة التصديق على التوقيع الإلكتروني إلا أن اللائحة التنفيذية⁶

¹ - آلاء أحمد محمد حاج علي، مرجع سابق، ص: 12.

² - خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص: 250.

³ - راجع المادة (2/هـ) المتعلق بالقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسسترال 2001).

⁴ - راجع المادة (11/2) من التوجيه الأوروبي رقم 93/99 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية الصادر في 1996/12/13.

⁵ - زيد حمزة مقدم، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني -دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 24، 2014، ص: 133.

⁶ - اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم (15) لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات، الصادرة بموجب القرار رقم (109) لسنة 2005، وقد نشرت هذه اللائحة في جريدة الوقائع المصرية، العدد (115) الصادر 2005/5/25.

لهذا القانون عرفت في المادة (6/1) جهات التصديق على التوقيع الإلكتروني بأنها: "الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني".

أما المشرع الفلسطيني، فقد عرف في المادة الأولى من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2004 مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري ينشئ ويستلم ويتصرف في شهادات المصادقة الإلكترونية ويقدم خدمات أخرى ذات علاقة بالتوقيع الإلكتروني"¹.

كما عمل المشرع التونسي على تنظيم عمل مزودي خدمات المصادقة بشكل مفصل في القانون 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، إذ أنشأت "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية" كجهة إشرافية ورقابية على عمل مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية، حيث عرفها الفصل الثاني من نفس القانون بأنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة الإلكترونية ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني"².

أما بالنسبة للمشرع المغربي لم يقدّم بتعريف مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية في القانون 53.05³، وأكتفى بتحديد الشروط الواجب توافرها في طالب الاعتماد لاكتساب هذه الصفة.

وقد أناط المشرع المغربي في القانون 53.05 هذه المهام بالوكالة الوطنية لتقنين المواصلات بعكس المشرع الفرنسي الذي عينها وسماها بلجنة الاعتماد الفرنسية للتصديق، حيث أن الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات تبقى مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي أحدثت لدى الوزير الأول بمقتضى القانون رقم 24.96، ومهمتها تتجلى في تدبير مجال الإنترنت وبالمصادقة الإلكترونية⁴، وبذلك فهي تعد بمثابة الجهاز الساهر على تنظيم هذه المهام من الناحية التنظيمية والإدارية⁵، وذلك بالإشراف على عملهم والتأكد من مدى التزامهم بقرار الترخيص والامتثال لبنوده.

إن الهدف الرئيسي من إنشاء جهات مختصة بإصدار شهادات تصديق إلكترونية هو تمكين المرسل إليه من التأكد من هوية المرسل وصلاحيته توقيعها، فمن أهم واجبات مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية هو إصدار شهادات المصادقة الإلكترونية.

فشهادة المصادقة الإلكترونية هي تلك الشهادات التي تصدر من جهة معتمدة ومرخصة من قبل الدولة لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة، وهذه الشهادات يقصد من الحصول

¹ - مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني، لسنة 2004.

² - طارق كميل، حجة شهادات المصادقة الإلكترونية الاحتمية، - دراسة مقارنة-، أعمال المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، 2009/5/20، جامعة الامارات العربية المتحدة، مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية - أبوظبي، ص: 581-582.

³ - قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي.

⁴ - إدريس النوازي، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي - دراسة مقارنة-، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، 2010، ص: 79-80.

⁵ - عبد القادر العرعاري، العقود الخاصة، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الرابعة، 2017، ص: 91.

عليها تأكيد نسبة رسالة البيانات أو العقد الإلكتروني إلى مصدره، وأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح وصادر ممن نسب إليه¹.

وقد عرفت المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية شهادة التصديق الإلكتروني بأنها: "رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع".

أما التوجيه الأوروبي فقد عرف في المادة الثالثة الشهادة الإلكترونية بأنها: تربط بين أداة التوقيع وبين شخص معين وتؤكد شخصية صاحب التوقيع من خلال استيفاء الشروط الواردة بالملحق رقم (1) وتقوم بمنح هذه الشهادة جهة مختصة بتقديم هذه الخدمات بعد استفاء الشروط المقدمة بالملحق رقم (2)².

أما القانون الفرنسي والذي أطلق عليها الشهادة الإلكترونية فعرفها بأنها: "وثيقة في شكل إلكتروني تؤكد الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع والموقع"³.

وقد عرفها قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة الأولى بأنها: "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع".

ايضا عرف المشرع الفلسطيني في المادة الأولى من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية شهادة المصادقة الإلكترونية بأنها: "رسالة بيانات أو أية وثيقة أخرى يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

ولم يعرف المشرع المغربي في قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية شهادة المصادقة الإلكترونية وإنما نص على وظيفتها في المادة العاشرة، بكونها الوسيلة التي تثبت العلاقة بين المعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع⁴، وأضاف المشرع بأن هذه الشهادة تعد على سند بشكل إلكتروني.

والمشرع المغربي يعرف نوعين من شهادات المصادقة الإلكترونية⁵:

- شهادة مؤمنة، يشترط فيها أن تسلم من مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية معتمدة من السلطة الحكومية المكلفة بالتكنولوجيات الحديثة وتتضمن مجموعة من المعطيات.

- شهادة بسيطة، وهي التي تصدر من جهة تصديق غير معتمدة، أو من جهة تصديق معتمدة ولا تتضمن كل أو بعض المعطيات التي نص عليها القانون.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص: 251.

² - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، والقانون 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص: 160.

³ - مرتضى عبد الله حوري، القواعد الخاصة بتوثيق التوقيع الإلكتروني، دراسة في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007 مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 2، جوان 2018، ص: 214.

⁴ - سليمان المقداد، حجية المخررات الإلكترونية في الإثبات-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 67.

⁵ - وجدي عويضات، حجية المخررات الإلكترونية في الإثبات-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2018-2019، ص: 47.

المطلب الثاني: شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية وحجيتها في الإثبات

تنشأ التصرفات الإلكترونية في وسط افتراضي لا يعترف بالحدود الجغرافية للدول، لذلك كان من الضروري الاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية وبشهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، لأنه دون ذلك سيضطر مزودو خدمات التصديق على الحصول على تراخيص من بلدان متعددة، وهو أمر يستحيل الالتزام به عملياً¹، ولأجل تفادي مثل هذه الإشكاليات فقد عملت مختلف التشريعات المقارنة على تنظيم مسألة الاعتراف بتلك التوقيعات والشهادات الصادرة بشأنها، وعملت على وضع شروط ومعايير للاعتراف بها.

فقد نظمت المادة 12 من قانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 هذه المسألة مؤكدة على الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 12 على أنه: "لدى تقرير ما إذا كانت الشهادات أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانونياً، أو مدى كونهما كذلك، لا يولى اعتبار لما يلي:

- الموقع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو ينشأ أو يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني.

- الموقع الجغرافي لمكان عمل المصدر أو الموقع."

يتضح من هذه الفقرة أن قانون الأونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، لم يعطي أي اعتبار لمكان وبلد صدور الشهادة والتوقيع أو مكان استعمالها، بل أعطى طابعاً دولياً لهذه الشهادة والتوقيع الإلكتروني كي تتلاءم مع طبيعة المعاملات المبرمة عبر شبكة الإنترنت الدولية، لكنه وضع بعض التحفظات التي تتيح للتشريعات مراجعة هذه الشهادات لمدى استيفائها لعناصر الثقة والأمان لقبولها، وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "يكون للشهادة التي تصدر خارج "الدولة المشتربة" المفعول القانوني نفسه في "الدولة المشتربة" الذي للشهادة التي تصدر في "الدولة المشتربة" إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل".

وقد تبنت معظم التشريعات هذه المسألة منها مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2004، حيث نصت المادة 84 من المشروع "تعتبر الشهادات الصادرة من المزود في أي بلد آخر كشهادات صادرة من المزود الموجود في فلسطين إذا تم الاعتراف بذلك في إطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الهيئة"²، في حين أن المشرع الفلسطيني قد أعترف بحجية الشهادات الأجنبية دون التوقيعات الإلكترونية الأجنبية وفقاً للمادة السابق ذكرها، إلا أنه مع صدور قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 في المواد (39-40-42) أعترف بحجية التوقيعات الإلكترونية الأجنبية، وهذه تعتبر خطوة جريئة من المشرع الفلسطيني نظراً لما لهذه المسألة من أهمية قصوى.

¹ - جميلة حميدة، الزهرة برة، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لتعزيز الثقة في المعاملات الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، أبريل 2019، ص: 901.

² - إياد عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2009، ص: 129.

أما المشرع المصري فقد أقر في اللائحة التنفيذية لسنة 2005 بشأن المعاملات الإلكترونية الاعتراف المشروط بشهادات التوثيق الأجنبية¹.

وقد اعتبر المشرع التونسي شهادات المصادقة الصادرة عن مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الموجودة بدولة أجنبية كالشهادات الصادرة عن مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الموجود بالجمهورية التونسية، وذلك متى تم تنظيم هذا الاعتراف ضمن اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية مع الدول الأخرى، وهذا ما نص عليه الفصل 23 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

و كذلك ساوى المشرع المغربي بين هذه الشهادات المسلمة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية الموجودين في الخارج وبين المسلمة من مزودين داخل المغرب وذلك في المادة 22 من قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية 53.05، ولكنه اشترط لقبولها ضرورة الاعتراف بالشهادة أو مقدم خدمة المصادقة في إطار اتفاق متعدد الأطراف يعتبر المغرب طرفاً فيه، أو اتفاق ثنائي بالاعتراف المتبادل بين المغرب وبلد إقامة مقدم الخدمات²، ونلاحظ أن كل من المشرع المغربي والتونسي والمصري لم يتطرقا لمسألة الاعتراف بالتوقيعات الأجنبية، وإن كان الاعتراف بالشهادة الأجنبية هو اعتراف بالتوقيع الإلكتروني الأجنبي، فهناك العديد من التشريعات الدولية التي أشارت الى ذلك بنصوص صريحة³.

المبحث الثاني: واجبات ومسؤوليات جهات التصديق الإلكتروني

عملت العديد من التشريعات على تنظيم عمل جهات التصديق الإلكتروني والشهادات التي تصدرها، وكذلك وضعت العديد من الالتزامات التي يجب على مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني التقيد بها، وقد تنهت بعض التشريعات إلى أهمية تنظيم مسؤولية هذه الجهات فوضعت لها نصوصاً خاصة وذلك لعدم كفاية القواعد العامة بتنظيمها، في حين أغفلت بعض التشريعات عن ذلك، لذا سنتناول هذا المبحث من خلال بيان التزامات مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني (المطلب الأول)، وكذلك الحديث عن المسؤولية المترتبة عليهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني

إن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يضمن توفير الأمان القانوني للمستخدمين وهو الأمر الذي من شأنه أن يضفي مزيداً من الثقة في المعاملات الإلكترونية، ويؤدي إلى ازدهار التجارة الإلكترونية.

من أهم الالتزامات الرئيسية التي تقع على عاتق هيئات التوثيق الإلكتروني، وهو الالتزام بالحفاظ على سرية البيانات الشخصية للموقع، وذلك نظراً لخصوصية هذه البيانات وارتباطها بالطابع الشخصي، فلا يجب نشرها إلا

¹ - راجع المادة (21) من قرار 109 لسنة 2005 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

² - سليمان المقداد، مرجع سابق، ص: 69-70.

³ - قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطينية، القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الامارات المتحدة.

وفقا لما يسمح به القانون، وهذا كله لدعم الثقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، خاصة وأن معظم المعاملات الإلكترونية تتم بين أشخاص لا يتعارفون فيما بينهم، فلولاً هذه الضمانات لما أقبل الأشخاص على إبرام العقود وتمام الصفقات وتسليم بياناتهم الشخصية للغير¹.

هذا ويلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني طبقاً للتوجيه الأوروبي 93/99 بشأن التوقيع الإلكتروني، وعملاً بنص المادة الثامنة منه بالحفاظ على سرية المعلومات الشخصية، كما يجب عليه أن يتلقى المعلومات ذات الطابع الشخصي بشكل مباشر من الشخص المعني نفسه، أو بناء على موافقه صريحه منه، بشرط أن تكون هذه المعلومات ضرورية لاستخراج شهادة التصديق الإلكترونية أو حفظها².

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يورد أي نص يتعلق بالتزامات مقدمي خدمة التصديق الإلكتروني ولم يحدد نطاق مسؤوليتهم، لكن هذا الأمر لا يخرج عن نطاق الأحكام الواردة في التوجيه الأوروبي المتعلقة بالمسؤولية، كون أحكام التوجيه تشمل دول الاتحاد الأوروبي ومنها فرنسا³.

وقد ألزم المشرع الفلسطيني جهة التوثيق على التوقيع الإلكتروني بالحفاظ على المعلومات التي تحصل عليها من المشتركين، حيث لا يجوز لها إفشاء ما فيها من أسرار، هذا ما أكدته المادة 36 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2004، حيث تنص على أنه: "يجب على المزود استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ الشهادات، واتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التزوير والتدليس وفقاً لكراس الشروط المنصوص عليه في المادة 34 من هذا القانون".

في حين لم يحدد المشروع، نوعية المعلومات التي لا يجوز إفشاؤها، ويرى أحد الباحثين⁴: أن المعلومات التي يحظر إفشاؤها هي المعلومات ذات الطابع الشخصي التي تحصل عليها هذه الجهة من المشتركين، والمعلومات ذات الطابع الشخصي يمكن تعريفها بأنها: "كل معلومة تسمح بالتعرف عليك أو على وضعيتك أو عاداتك أو تحركاتك، وهي معطيات من حقك الاحتفاظ بها لنفسك أو مدها لغيرك ولكنها تبقى ملكك وحدك فلا يسمح القانون بالتفويت فيها للغير"⁵.

كما يبين مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2004، أنه يجوز لجهة التصديق أن تنشر بعض المعلومات الشخصية التي حصلت عليها من المشتركين، بشرط الحصول على الموافقة الكتابية الورقية أو

¹ - بركان كرم، التوثيق الإلكتروني والمسؤولية المدنية لهيئات التوثيق، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، جامعة العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم لسياسية قسم القانون الخاص، الجزائر، السنة الجامعية 2015، ص: 101.

² - بلقنشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الإنترنت (البريد المرئي) -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران- السانية، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 145.

³ - ملوم كرم، مرجع سابق، ص: 166.

⁴ - آلاء أحمد محمد حاج علي، مرجع سابق، ص: 16.

⁵ - شوقي قداس، المعطيات الشخصية تستغل دون موافقة المواطنين ومنها ما يحول للخارج، منشور على الموقع:

www.babnet.net، تاريخ الاطلاع 2020/7/5.

الإلكترونية الواضحة المباشرة من المشترك، فلا يكفي لنشر تلك المعلومات مجرد الحصول على الموافقة الضمنية من المشترك¹.

أما المشرع المغربي، فقد أشرط في المادة 21 من قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رقم (53.05) بانه: "يشترط من أجل الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية أن يكون طالب الاعتماد مؤسساً في شكل شركة يوجد مقرها الاجتماعي بتراب المملكة وأن يكون متوفراً على شروط تقنية تضمن:

- أ- الوثوق بخدمات المصادقة الإلكترونية التي يقدمها، ولاسيما ما يتعلق بالسلامة التقنية و التشفيرية الخاصة بالوظائف التي تقوم بها نظم ووسائل التشفير المقترحة من لدنه.
- ب- سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع الإلكتروني التي يقدمها الموقع.

ولقد وضع المشرع المصري التزاما على عاتق جهة التصديق يتضمن وضع متطلبات فنية وتقنية مؤمنة تتفق مع حماية التوقيع الإلكتروني وقواعد البيانات، حيث نصت المادة 12 من اللائحة التنفيذية على نظم تأمين وحماية المعلومات الواجب توافرها لدى مزود خدمات التصديق، وبإستعراض النص يتبين ضرورة توافر التجهيزات المادية من الأجهزة و المتخصصين المتعاملين على تلك الأجهزة وفق منظومة متكاملة لعناصر التوقيع الإلكتروني، حيث نصت على أنه يجب أن تتوفر لدى طالب الحصول على ترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني أنظمة خاصة بتأمين المعلومات، وحماية البيانات، وتنظيم خاص بإصدار الشهادات وإدارة المفاتيح وفقا لمعايير فنية وتقنية².

هذا ما أكدت عليه المادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، بنصها على أن بيانات التوقيع الإلكتروني والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية ولا يجوز لمن قدمت إليه أو أتصل بها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله، وذلك تحت طائلة تسليط عقوبات جنائية.

وقد ألزم القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية، مزود خدمات المصادقة الإلكترونية استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وحفظ الشهادات واتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس، حيث نصت المادة 13 منه على أنه: "يتعين على مزود خدمات المصادقة الإلكترونية إصدار وتسليم وحفظ الشهادات واتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس وفقا لكراس الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون"³.

إلى جانب التزام مزود أو مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية بالحفاظ على السرية والمعلومات ذات الطابع الشخصي، توجد عدة التزامات تقع على عاتقه نذكر منها:

¹ - شادي عبد الفتاح، قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطينية، 29 نوفمبر، 2016، منشور على الموقع:

www.mohamah.com، تاريخ الاطلاع 2020/7/5.

² - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص: 154.

³ - قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المنشور في الرائد الرسمي (الجريدة الرسمية)، في 11 أوت 2000.

■ الالتزام بالتحقق من صحة البيانات المقدمة.

يلتزم مقدم خدمات التصديق الإلكتروني بالتحقق من صحة البيانات المقدمة من الأشخاص المصدر لهم شهادات التصديق وصفاتهم المميزة والتي تمت المصادقة عليها وتضمينها في الشهادة، ويعتبر هذا الالتزام أكثر الالتزامات دقة ووجوباً للتحقق منه بالنسبة لعمل مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وهو يحتاج إلى طاقم وظيفي وفي ملائم ومتخصص لذوي الخبرة للتحقق من البيانات المقدمة وأهلية الشخص الصادرة له الشهادة¹.

■ الالتزام بالإعلام والنصح.

إن التوقيع الإلكتروني والإجراءات التقنية المعدة لتطبيقه تعد إجراءات معقدة وغامضة، ومن أجل تعزيز ثقة المتعاملين بالتوقيع الإلكتروني، يقع على عاتق مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية الالتزام بإعلام المتعاملين معه بشكل واضح وجلي بطريقة استعمال خدماته وبكيفية إنشاء التوقيع وكيفية التحقق منه².

■ التزام جهات التصديق الإلكتروني بتعليق العمل بشهادة التصديق الإلكترونية أو إلغائها إذا ما توفر سبب يوجب ذلك.

من الالتزامات الرئيسية المشتركة بين معظم التشريعات المقارنة ذلك الالتزام المتعلق بتعليق العمل بالشهادة الإلكترونية أو إلغائها عند حدوث سبب يقيني يحتم ذلك، فقد يوجد حالات معينة يكون من الواجب فيها عدم التراخي في وقف العمل بالشهادة الإلكترونية لفترة مؤقتة أو إلغائها كاملاً.

ورغم أن الإخلال بهذا الالتزام قد يترتب عليه آثار خطيرة كعقد صفقات أو إجراء تحويلات نقدية أو سحب أموال أو إصدار أوامر شراء أو بيع بشهادات إلكترونية غير صحيحة أو مشكوك بها، فإن بعض التشريعات قد سكتت عن تنظيم أحكامه، في حين تناولته تشريعات أخرى بشكل صريح³.

في المقابل تقع أيضاً على طالب الشهادة الإلكترونية التزامات لتحقيق التوازن اتجاه مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية نلخصها فيما يلي:

- التزام صاحب الشهادة الإلكترونية بسرية البيانات والمعطيات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني واعتبار كل تصرف صادر عنه إلى أن يثبت عكسه.

- إبلاغ مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية عن أي تغيير للمعلومات التي تضمنتها الشهادة منعاً للأضرار بالغير الذي تعلق حقوقهم ومصالحهم بتلك الشهادة.

¹ - معيزي ندا، النظام القانوني للتصديق الإلكتروني، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 10.

² - عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة قدمت للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، السنة الجامعية 2009، ص: 80.

³ - زيد حمزة مقدم، مرجع سابق، ص: 141.

- كما يحق لطالب الشهادة إلغاء الشهادة الإلكترونية عندما يثار إشكال حول بقاء سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع كحالة أولى وفي حالة ثانية حين ينعدم فيها مطابقة المعلومات المضمنة في الشهادة، وفي غير هاتين الحالتين فإن كل طلب خارجها واعتراض الغير عليها، لابد من استصدار حكم قضائي بوقف الإلغاء طبقاً للقواعد العامة.

- عدم استعمال الشهادة الإلكترونية منتهية الصلاحية¹.

المطلب الثاني: مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني

القواعد العامة لم تنظم مسؤولية الجهات التي تصدر شهادات التصديق الإلكتروني سواء فيما يتعلق بشروط قيام المسؤولية أو الأضرار التي توجب التعويض أو مقدار التعويض لذلك تدخل المشرعون ووضعوا قواعد خاصة لتنظيم مسؤولية هذه الجهة عن الأضرار التي تلحق بالغير الذي اعتمد على شهادة التصديق الإلكترونية، حيث نظموا قواعد خاصة لقيام المسؤولية وطرق التخلص منها والأضرار التي يعرض عنها²، ولبيان تلك المسؤولية بشكل من التفصيل سنتطرق إلى التشريعات الدولية والعربية التي نظمتها.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم (1999/99) للتوقيعات الإلكترونية نجدها قد نظمت مسؤولية جهات التصديق في حالة عدم صحة البيانات التي تضمنتها شهادة المصادقة الإلكترونية الصادرة عنها، حيث يكون مؤدي خدمات التصديق مسؤولاً عن الضرر الذي يتعرض له الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي اعتمد على شهادة التصديق الإلكترونية فيما يتعلق في الحالات التالية:

- 1- ضمان صحة كافة البيانات المتضمنة في الشهادة الموصوفة من التاريخ الذي يتم إصدارها فيه، واشتمالها على كافة البيانات المقررة بخصوص شهادة معتمدة (موصوفة).
- 2- التحقق خلال لحظة إصدار الشهادة من أن صاحب التوقيع المحدد الهوية في الشهادة المعتمدة حاز على البيانات الخاصة بإنشاء التوقيع المطابق للبيانات الخاصة بفحص التوقيعات المقدمة أو المحددة في الشهادة.
- 3- التحقق من أن البيانات الخاصة بإنشاء التوقيع وبفحص التوقيع يمكن استخدامها بصورة تكميلية في حالة تسيير مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لنوعين من البيانات، إلا إذا برهن على أنه لم يرتكب أي خطأ.

وتتعد مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الذي يصدر الشهادة الإلكترونية لمجرد ثبوت مخالفة لأحد البنود³.

¹ - راجع المادة 27 من ق.ت.إ.م.ق رقم 53.05.

² - مرتضى عبد الله خيري، القواعد الخاصة بتوثيق التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 215.

³ - عليوشة سعيد، عيشة شطيطم، مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 87.

أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي فقد نظم الواجبات التي تترتب على مزودي خدمات التصديق وحدد مسؤوليتهم عند حدوث أية أضرار، حيث نص في المادة (4/24) على أنه " إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة لأي عيب فيها يكون مزود خدمات التصديق مسؤولاً عن الخسائر التي يتكبدها:

(أ) كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم الشهادة.

(ب) أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمات التصديق.

من خلال هذا النص يكون مزود خدمات التصديق مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالشخص الذي تعاقد معه لإصدار شهادة مصادقة أو أي شخص آخر اعتمد بصورة معقولة على هذه الشهادة في حالتين:

1-عدم صحة شهادة المصادقة.

2- وجود عيب بها.

مسؤولية خدمات التصديق تنعقد تجاه كل طرف تعاقد معه لإصدار شهادة المصادقة أو أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها، لذلك فإن هناك نوعان من المسؤولية التي تقام في وجه مزود خدمات التصديق الأولى: مسؤولية عقدية لوجود علاقة (عقد) مع الشخص الذي تقدم إليه بطلب لإصدار الشهادة، والثانية: مسؤولية تقصيرية لعدم وجود علاقة بين مزود خدمات التصديق والغير الذي اعتمد على شهادة المصادقة بصورة معقولة¹، وقد أحالت المادة (3/21) من القانون مسألة تحديد معقولة أو عدم معقولة الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة الإلكترونية إلى بعض الاعتبارات وهي تتمثل في الآتي:

1- طبيعة المعاملة المعنية والتي قصد تعزيزها بالتوقيع الإلكتروني.

2- قيمة أو أهمية المعاملة المعنية إذا كان ذلك معروفاً.

3- ما إذا كان الشخص الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة الإلكترونية قد اتخذ خطوات مناسبة ليقدر مدى إمكانية الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة الإلكترونية.

4- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة قد عرف أو كان عليه يعرف أن التوقيع الإلكتروني والشهادة قد تم الإخلال بها أو ألغيت.

5- إيه اتفاقية بين المنشئ والطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة أو أي عرف تجاري سائد.

-قيام مسؤولية مزود خدمات التصديق:

تنص المادة (1/24) على أن مزود خدمات التصديق:

(أ) يتصرف وفقاً للبيانات التي يقدمها بخصوص ممارسته.

¹ - مرتضى عبد الله خيرى، القواعد الخاصة بتوثيق التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 216-217.

(ب) يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادات أو مدرجة في طيلة سريانها.

- الإعفاء من المسؤولية:

تنص المادة (5/24) على أنه لا يكون مزود خدمات التصديق مسؤولاً عن أي ضرر:

- (أ) إذا أدرج في الشهادة بياناً يقيد نطاق ومدى مسؤوليته تجاه أي شخص ذي صلة.
(ب) إذا أثبت أنه لم يقترب أي خطأ أو إهمال، أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

ونفس الاتجاه تبناه المشرع التونسي فيما يخص مسؤولية جهات المصادقة حيث نص في المادة 22 من قانون المبادلات والتجارة التونسي على أنه يكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولاً عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها في المادة 18 من هذا القانون.

ومن هنا نستنتج أن المشرع التونسي حمل مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولية كل ضرر يحصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها بشهادة المصادقة، لكن يشترط في الشخص مدعي الضرر أن يكون على حسن النية وقت التعاقد ويبقى إثبات سوء النية محمولاً على مزود الخدمات.

وأساس تحمل مزود الخدمات مسؤولية الضرر الحاصل هو إخلاله بالالتزام المحمول عليه بمراقبة من سلمهم شهادات المصادقة طبقاً للفصول 19 و 20 من نفس القانون السالف الذكر¹.

أما المشرع المغربي فقد تعرض للمسؤولية العقدية لمقدم خدمات المصادقة الإلكترونية ومستخدميهم وكذلك المسؤولية التقصيرية.

يتضح من خلال مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون رقم 05-35 أن مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية ومستخدميهم قد تبنى على أساس المسؤولية العقدية، ومسؤولية مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية ومستخدميهم قد يكون أساسها الخطأ العقدي في مسؤوليتهم عن أعمالهم الشخصية، وإذا استخدم مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية الغير في تنفيذ التزاماتهم ولحق ضرر بالغير كانوا مسؤولين مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء المستخدمين والذي ترتب عنه ضراراً أصاب الدائن في الالتزام العقدي².

أما المسؤولية التقصيرية لمقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية ومستخدميهم تتضح حسب مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 24 من نفس القانون السالف الذكر إذ نصت على أنه "... يتحملون وفق القواعد العادية مسؤولية تهاونهم أو قلة كفاءتهم أو قصورهم المهني سواء تجاه المتعاقدين معهم أو تجاه الأغيار.

¹ - سعيد مخلص، الإثبات بالمحررات الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في قوانين التجارة والأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة - المغرب، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 67.

² - سعيد مخلص، الإثبات بالمحررات الإلكترونية، مرجع سابق، ص: 68.

الخاتمة:

بعد أن شارفنا على الانتهاء من إنجاز هذا البحث والذي خصصناه لموضوع النظام القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني، يتضح لنا بشكل جلي أن أغلب التشريعات والاتفاقيات المعاصرة أهتمت به، ويتجلى هذا الاهتمام بإعطائه قوانين خاصة به تنظمه وتعالج جميع الأحكام الخاصة به، نظرا لما له من أهمية في التصرفات القانونية، فاللجوء إلى وسيلة المصادقة الإلكترونية تعتبر من أهم الوسائل لمنح الثقة والأمان في نفوس المتعاملين بالمعاملات الإلكترونية، وذلك بإسناد هذه المهام إلى مؤسسة وسيطة ومرخص لها، من خلال المصادقة على التوقيع الإلكتروني للأشخاص لتحديد هوياتهم، وضمان سلامة المراسلات المتبادلة بين المتعاملين.

ولكن إذا كانت عملية المصادقة الإلكترونية تتيح فعالية عالية في تأمين المعاملات الإلكترونية فإنه يجب أخذ الحيطة والحذر فالتعامل بالطرق الإلكترونية يبقى محفوقا بالمخاطر، فكلما تطورت التقنيات المستخدمة في حماية المعلومات كلما تطورت معها تقنيات الاختراق و الاجرام المعلوماتي من طرف أعداء التكنولوجيا.

من هنا يمكن تقديم بعض التوصيات عليها تكون سبيلا إلى فتح المجال أمام القادم من الدارسين للموضوع ومنها:

- ضرورة تشديد العقوبات على الجرائم التي تمس نظم المعاملات التي تتم إلكترونيا مثل القرصنة والتزوير.
- ضرورة قيام كافة الجهات المعنية سواء محليا أو دوليا، بنشر الوعي والتثقيف بأهمية اللجوء إلى التعاملات الإلكترونية وإبرام الصفقات الإلكترونية، لما لها من مميزات كثيرة في وقتنا الحالي، وذلك لسهولة التعامل معها واختصارا للجهد والوقت.
- حث المشرع الفلسطيني على إسناد اختصاص إصدار شهادات المصادقة الإلكترونية إلى جهات حكومية، وذلك لزيادة الثقة في نفوس المتعاملين بالمعاملات الإلكترونية.
- دعوة الدول وخاصة العربية إلى عقد ندوات علمية تكنولوجية من أجل مواكبة التطورات السريعة سواء القانونية أو التقنية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وتبادل الخبرات في هذا المجال بين ذوي الاختصاص، والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تخص تطوير المعاملات والتوقيعات الإلكترونية.

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

- إدريس النوازي، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي- دراسة مقارنة-، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، 2010.
- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، والقانون 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، 2011.
- عبد القادر العرعاري، العقود الخاصة، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة الأمانة، الرباط، الطبعة الرابعة، 2017.

الرسائل والأطروحات:

- آلاء أحمد محمد حاج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني، رسالة قدمت لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة النجاح، نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، السنة الجامعية 2013.
- إياد عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2009.
- بركان كريم، التوثيق الإلكتروني والمسؤولية المدنية لهيئات التوثيق، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم لسياسية قسم القانون الخاص، البويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2015.
- سعيد مخلص، الإثبات بالمحررات الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في قوانين التجارة والأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة - المغرب، السنة الجامعية 2009-2010.
- سليمان المقداد، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009.
- عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة قدمت للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، السنة الجامعية 2009.
- عليوش تسعديت، عيطش طيطم، مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
- ملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع (قانون التعاون الدولي)، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2011.
- معيزي ندا، النظام القانوني للتصديق الإلكتروني، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.
- وجدي عويضات، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2018-2019.

- بلقنيثي حبيب، إثبات التعاقد عبر الإنترنت (البريد المرئي) -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق - السانية، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.

القوانين والمواثيق الدولية:

- التوجيه الأوروبي رقم 93/99 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية الصادر في 1996/12/13.
- القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الامارات المتحدة.
- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (2001).
- قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي.
- قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 اوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.
- قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطينية.
- اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم (15) لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبأنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات، الصادرة بموجب القرار رقم (109) لسنة 2005.
- مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطينية، لسنة 2004.

المقالات والمؤتمرات:

- جميلة حميدة، الزهرة بره، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لتعزيز الثقة في المعاملات الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، أفريل 2019.
- زيد حمزة مقدم، النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني-دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، العدد 24، 2014.
- مرتضى عبد الله خيرى، القواعد الخاصة بتوثيق التوقيع الإلكتروني، دراسة في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007 مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 2، جوان 2018.
- طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الاجنبية-، دراسة مقارنة-، اعمال المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، 2009/5/20، جامعة الامارات العربية المتحدة، مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية - أبوظبي.
- نجوى أبو هيبه، التوقيع الإلكتروني- تعريفه، مدى حجته في الإثبات-، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2003-12-10، المجلد الاول.

المواقع الإلكترونية:

- شادي عبد الفتاح، قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطينية، 29 نوفمبر، 2016، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: www.mohamah.com
- شوقي قداس، المعطيات الشخصية تستغل دون موافقة المواطنين ومنها ما يحول للخارج، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: www.babnet.net

فكرة النظام العام كآلية لاستبعاد تطبيق قانون الأسرة المغربي في الدول الأوروبية

Idea of public order As a mechanism to exclude the application of family law

د. أمال ناجي كلية المتعددة التخصصات الرشيدية - جامعة مولاي إسماعيل - المغرب.

الملخص :

لقد أدت الهجرة إلى تواجد عنصر أجنبي فوق تراب دولة أخرى، لها سيادتها وكيانها المستقل تؤطرها مبادئ وقيم حضارية ودينية تختلف فيها الدول فيما بينها اختلافا كبيرا، خاصة بين الدول الأوروبية والإسلامية، التي يوجد بينها شرح مرجعي. ومن هذا الاختلاف يبرز تنازع القوانين على اعتبار أن كل طرف يتمسك بمبادئه وقيمه، الأمر الذي أدى إلى ظهور فكرة النظام العام، كآلية لحماية هذه المبادئ. وتظهر فكرة النظام العام بجلاء في الروابط الأسرية نظرا لارتباطها الشديد بالحقل الديني والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالدول الإسلامية التي يعرف فيها النظام العام الاستقرار على مستوى مفهومه وأهدافه، وأخرى كالدول الأوروبية التي يعرف فيها هذا الأخير تطورا كبيرا وحركية دائمة، إذ يرتبط أساسا بالمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، كما أنه تأثر إلى حد كبير بمبادئ الحرية الفردية التي تجد أسسها في الأنظمة اللاتكنية.

ونتيجة لهذه المتغيرات، وهذا التطور السريع لفكرة النظام العام التي تشهدها الدول الأوروبية المستقبلية للجالية المغربية ظهرت حالات شاذة كان لها تأثير في العلاقات الأسرية للجالية المغربية المقيمة بأوروبا، والتي تدفع القاضي الأوروبي إلى عدم الاعتراف بالعديد من المؤسسات التي لها علاقة بالروابط الأسرية لأفراد الجالية الموسومة بالصبغة الدينية، أو تركز عدم المساواة بين الجنسين، استنادا إلى أنها تتعارض مع النظام العام ومستلزمات حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية: الهجرة- النظام العام- القانون الأسري- القانون الأوروبي-تنازع القوانين.

ABSTRACT

Immigration has led to the presence of a foreign element on the soil of another country, with its sovereignty and independent entity framed by principles and civilizational and religious values in which countries differ greatly among themselves, especially between European and Islamic countries, among which there is a reference cleavage. From this difference, conflict of laws emerges as each party adheres to its principles and values, which led to the emergence of the idea of public order, as a mechanism to protect these principles.

The idea of public order is evident in family ties due to its strong connection to the religious field and the principles upon which society is based, especially when it comes to Islamic countries in which public order is known to settle at the level of its concept and goals, and others such as European countries in which the latter is known for great development and permanent mobility, as It is mainly related to international human rights covenants, and has been largely influenced by the principles of individual freedom that find their foundations in the angelic systems.

As a result of these changes, and this rapid development of the idea of public order witnessed by European countries receiving the Moroccan community, there were anomalies that had an effect on the family relations of the Moroccan community residing in Europe, which pushes the European judge not to recognize many institutions related to the family ties of members of the community marked by the character Religious, or perpetuate gender inequality, based on their inconsistency with public order and human rights requirements. Thus, we wonder about the extent to which the Moroccan family law has the opportunity to apply before the European judge

Key Word: Immigration - Idea of public order- family law - European judge - conflict of laws

مقدمة

لقد أدت الهجرة إلى تواجد عنصر أجنبي فوق تراب دولة أخرى لها سيادتها وكيانها المستقل، توطرها مبادئ وقيم حضارية ودينية، تختلف فيها الدول فيما بينها اختلافا كبيرا خاصة بين الدول الأوروبية والإسلامية، التي يوجد بينها شرح مرجعي يجد أساسه في كون الأولى تشترك فيما بينها في الأسس الجوهرية للنظام القانوني الذي يجد مصدره التاريخي في القانون الروماني وتعاليم الديانة المسيحية، والثانية التي تعتمد في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية على المرجعية الإسلامية بالأساس.

ومن هذا الاختلاف من حيث الديانة، والأفكار المهيمنة وفلسفة الحياة والنظام الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي، ينبع تنازع القوانين على اعتبار أن كل طرف يتمسك بمبادئه وقيمه، الأمر الذي أدى إلى ظهور فكرة النظام العام¹ كآلية لحماية هذه المبادئ، علما أنه من المسلم به في مجال القانون الدولي الخاص، أن القاضي بمجرد ما تعرض عليه نازلة ذات عنصر أجنبي عليه أن يستحضر قاعدة الإسناد الوطنية.

وعليه قد يتوصل القاضي الوطني إلى أن قانونا أجنبيا هو المختص لحكم العلاقة القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي- أي العلاقة الدولية- وعلى الرغم من ذلك ينصرف عنه ويمتنع عن تطبيقه لكونه يتعارض والأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي أي مع النظام العام.

يعود الفضل في وضع البذرة الأولى لفكرة النظام العام للفقهاء الإيطالي بارتول، حيث ميز بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، قائلا بأن هذه الأخيرة لا يمكن أن تطبق خارج المدينة التي وضعت فيها، وأنه يجب أن تبقى حبيسة إقليمها، إلا أنها -فكرة النظام العام- قد ظلت على حالها غامضة طوال القرون التالية المدرسة الإيطالية إلى أن ردها الفقيه بوهيه خلال القرن 18 عندما قرر كقاعدة عامة امتداد القوانين الصارخة والغير عادلة، ويرجع الفضل في ظهور فكرة النظام العام بتوجيهها الحالي إلى الفقيه الألماني سافيني الذي نادى بفكرة الاشتراك القانون التي على أساسها يمكن للدول التي تشترك في المرجعية القانونية والدينية أن تطبق قوانين بعضها البعض فوق إقليم أي منها، بخلاف الدول التي يضمها هذا الاشتراك².

وتظهر فكرة النظام العام بجلاء في الروابط الأسرية، نظرا لارتباطها الشديد بالحقل الديني والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالدول الإسلامية التي يعرف فيها النظام العام نوعا من الاستقرار على مستوى مفهومه وأهدافه، وأخرى كالدول الأوروبية التي يعرف فيها هذا الأخير تطورا كبيرا وحركية دائمة، إذ يرتبط

¹ عز الدين عبد الله، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، 1979، مطبعة دار النهضة العربية مصر، ص: 530.

² كما أن القانون الوطني للشخص الواجب التطبيق قد يستبعد نتيجة لتحاييل أحد اطراف العلاقة القانونية على القانون. راجع أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي الطبعة الأولى 1993 مطبعة الأمنية الرباط، ص: 112.

أساسا بالمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وخاصة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950³.

كما أنه تأثر إلى حد كبير بمبادئ الحرية الفردية التي تجد أساسها في الأنظمة اللاتينية.

ونتيجة لهذه المتغيرات، وهذا التطور السريع لفكرة النظام العام التي تشهدها الدول الأوروبية المستقبلية للجالية المغربية ظهرت حالات شاذة كان لها تأثير كبير في العلاقات الأسرية للجالية المغربية المقيمة بأوروبا، التي تدفع القاضي الأوروبي إلى عدم الاعتراف بالعديد من المؤسسات التي لها علاقة بالروابط الأسرية لأفراد الجالية الموسومة بالصيغة الدينية، أو تركز عدم المساواة بين الجنسين استنادا إلى أنها تتعارض مع النظام العام ومستلزمات حقوق الإنسان..

وهكذا فإن التعارض بين النظام القانوني الأسري المغربي والنظام القانوني الأسري للدول الأوروبية يبقى قائما ما دام الأمر يربط ارتباطا شديدا بالمرجعية الإسلامية، والمرجعية العلمانية اللتان ينتج عنهما تنازع فكري وثقافي، أدى إلى ازدواجية المراكز القانونية للأفراد خاصة لأفراد الجالية المغربية الراضية للمبادئ العلمانية والراغبة في الاندماج وفق الخصوصية الوطنية، سيما أن المحاكم الأوروبية تنتصر لزعمتها الوطنية المتشعبة بالمبادئ الفردية والحرية المطلقة التي لها اتصال مباشر بالنظام العام الأوروبي، وتستخدمه كتنقية لاستبعاد القانون الأسري المغربي إما بصيغة مباشرة، وإما في ثوب ضوابط إسناد جديدة ابتكرتها لنفس الغرض.

وتجدر الإشارة إلى أننا لا نكون أمام هذا الخلاف إلا إذا كانت نتائج قواعد الإسناد في البلد المصدر للحكم مختلفة النتائج عن قواعد الإسناد للبلد الذي ينفذ على ترابه⁴.

كما أن القاعدة العامة المسلم بها في كل الأنظمة القانونية تقرر أن الأحكام القضائية تشكل التعبير الصريح والفصيح عن سيادة الدولة التي صدرت باسمها، ويترتب عن ذلك أن الأحكام القضائية ينحصر مفعولها وحجيتها بحدود الدولة التي صدرت فيها، دون أن يتعداها إلى تراب دولة أخرى⁵.

ولمقاربة الموضوع من بعض جوانبه، ونظرا لأن حقل النظام العام شاسع ويمتد على طول ما له علاقة بمؤسسة الأسرة، وبما أن القاضي المغربي لا يستبعد القانون الأجنبي لعدم إعماله لمبدأ المعاملة بالمثل، فإننا سنقتصر على دراسة بعض الجوانب التي يتدخل فيها النظام العام الأوروبي لاستبعاد القانون الأسري المغربي لما يطرحه من مشاكل وصعوبات تعترض أفراد الجالية.

³ - تم التوقيع على هذه الاتفاقية في روما في 1 نوفمبر 1950، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 3 شتبر 1953.

⁴ - عيلا بن أعرموا، دعوى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2010/2009 ص 74.

⁵ - نادية البوهالي، تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير، السنة الجامعية 2018/2017 ص 10.

أهمية الدراسة:

تكتسي هذه الدراسة أهمية خاصة لارتباطها بالهوية لأفراد الجالية المتواجدون فوق تراب دولة أجنبية علمانية، وبالتالي يظهر تنازع القوانين كلما كان الموضوع يتعلق بالمرجعية الإسلامية والمرجعية العلمانية، حيث يؤدي هذا إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام لرفض تطبيق القانون الاسري ذو المرجعية الإسلامية.

إشكالية الدراسة:

نتساءل عن مدى حدود القانون الأسري المغربي في التطبيق أمام القاضي الأوروبي؟ وينبثق عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما مدى تطبيق القانون الوطني عند إنشاء العلاقة الزوجية ؟
- إلى أي حد يثير موضوع التعدد تنازع القوانين ؟
- ماهي الضوابط القانونية المرتبطة بالنظام العام في ارتباط بمؤسسة الطلاق بالإضافة إلى ما له علاقة بالنسب والحضانة؟

فرضيات الدراسة:

إن هذه الدراسة وضعت فرضية مفادها القاضي الأوروبي يستبعد تطبيق القانون الاسري المغربي من خلال استناده إلى تعارض المقتضيات القانونية المغربية ذات المرجعية الإسلامية مع النظام العام الاوروبي.

المنهج المعتمد في الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي لتحليل فكرة النظام العام من جوانبه القانونية وذلك لقياس مدى فعالية هذه الفكرة في رفض تطبيق القانون الاسري المغربي، كما اعتمدت الدراسة المنهج النقدي والمقارن من خلال الوقوف على تنازع القوانين بمقارنة القانون الاسري الإسلامي والقانون الاجنبي.

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام على مستوى الحق في التعدد

يعد موضوع تعدد الزوجات من المواضيع التي يثار بشأنها الدفع بالنظام العام، على أساس أنه مخالف لمبدأ المساواة بين الجنسين ولا يتوافق وما جاءت به الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا المجال؛ لأنه يكرس امتياز لطرف على حساب الآخر، الأمر الذي أدى بالمشروع المغربي إلى إعادة النظر في المقتضيات المتعلقة بالتعدد قصد ضمان القوة التنافسية لمدونة الأسرة أمام القضاء الأوروبي وذلك بالاقتراب به إلى حد المنع، ولدراسة واقع التعدد سنقسم هذا المطلب إلى فترتين نتعرض في الأولى لموقف القضاء المغربي من التعدد وفي الثانية لموقف القضاء الأوروبي.

الفقرة الأولى: موقف القضاء المغربي من تعدد الزوجات

إن نظام تعدد الزوجات ليس مسألة جديدة جاءت بها الشريعة الإسلامية، إذ أن الإسلام لم ينشئ هذا النظام بل وجده في المجتمع الجاهلي فنظمه بضوابط محددة⁶، حيث سمح للرجل بأن يتزوج أكثر منة زوجة واحدة بشرط أن لا يزيد عن أربعة مع وجوب العدل بينهما في الحقوق مصداقا لقوله تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)⁷. ولقد نبه الله سبحانه وتعالى إلى صعوبة تحقيق العدل بين النساء وذلك بأداة نفي تكاد تفيد منع التعدد إذ قال عز وجل: (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ)⁸.

وباعتبار مدونة الأسرة ذات مرجعية إسلامية، فإنها حافظت على مبدأ التعدد إلا أنها ذهبت به إلى حد بعيد كادت أن تقترب به من المنع، وذلك بمقتضى شروط موضوعية وشكلية دقيقة تسهر المحكمة على مراقبة مدى توفرها في طالب التعدد⁹.

وعليه فقد اتسم التعامل القضائي مع المقتضيات المنظمة للتعدد بنوع من الموازنة بين الحق في التعدد وضرورة توفر الشروط الموضوعية في طالبا، وهكذا ذهبت بعض المحاكم إلى اعتبار المسكن من الواجبات الملقاة على عاتق الزوج يتعين توفيره للزوجة حتى يتسنى له الحصول على الحق في التعدد، حيث جاء في حكم من حيثياته ما يلي: "وحيث... إن المدعي لم يثبت توفره على سكنيين... يكون الطلب غير مستوف للشروط المبررة للتعدد، مما يستوجب على هذه المحكمة رفض هذا الطلب..."¹⁰.

⁶ - إدريس الفاخوري، أحكام في مدونة الأحوال الشخصية- دراسة مقارنة بين المغرب العربي، الطبعة الأولى 1993، مطبعة مركز الخدمات المتعددة، ص: 146.

⁷ - سورة النساء، الآية: 3.

⁸ - سورة النساء، الآية: 129.

⁹ - انظر المواد من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة.

¹⁰ - حكم المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور، رقم 1404، صادر بتاريخ 08 نونبر 2008 (غير منشور).

هكذا فتعدد الزوجات يخضع لتقدير القضاء بحيث إذا اقتنعت المحكمة بما أبداه الزوج من أسباب أذنت له بالتعدد وإذا لم تقتنع رفضت الإذن له، وهذا ما جاء في بعض الأحكام الصادرة عن ابتدائية وجدة، حيث جاء في حكم من حيثياته ما يلي: "حيث يهدف المدعي في دعواه الإذن له بالتعدد والتزوج بثانية... وحيث إن المحتج به من قبل الطالب لتبرير التعدد والمتمثل في إساءة الزوجة له وعدم قيامها بواجباتها تجاهه لم تعتبره المحكمة ما دام لم يقيم الدليل على ذلك..."¹¹.

هكذا فموقف القضاء المغربي من التعدد لا يعدو أن يكون تكريسا للاستثناء على أرض الواقع أي تميز بنوع من التشدد في حق مريد التعدد خاصة إذا لم يستكمل كل الشروط المطلوبة في المادة 41 من مدونة الأسرة، إلا أنه بالرغم من ضبط تحقق الشروط الظاهرة تبقى مجموعة من الأمور خارجة عن مراقبة القضاء؛ لأنها وجدانية عاطفية ونفسية، حيث تنتج عنها مشاكل اجتماعية عديدة نتيجة الغيرة بين الزوجات الأمر الذي يورث العداوة والبغضاء بين الضرائر¹².

الفقرة الثانية: موقف القضاء الأوروبي من تعدد الزوجات

لقد اتسم موقف القضاء الفرنسي بالعداء والتشدد تجاه مؤسسة التعدد؛ لأنها تتنافى مع مبدأ أحادية الزواج الذي يعد قاعدة تنسجم والمساواة بين الجنسين. وبالتالي يرى في القوانين التي تعترف بالتعدد بأنها مخالفة للنظام العام الفرنسي، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة أورليان إلى أنه: "اعتباراً لأن المساواة بين الرجل والمرأة من المبادئ الدستورية التي تشكل جزءاً من النظام العام الفرنسي، فإنه يتعين استبعاد القانون المغربي المختص بمقتضى الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة بتاريخ 10 غشت 1981 نظراً لأن القانون المذكور لا يعتبر الزواج الثاني والثالث الذي يعقده رجل مغربي مع مغربيات أخريات يشكل ضرراً ينطوي على خرق خطير للواجبات والالتزامات الناشئة عن زواجه مع امرأة مغربية... حيث يتعين التذكير، مع ذلك أن المادة الرابعة من الاتفاقية المشار إليها من قبل، تقضي بأن القانون المختص بموجب الاتفاقية المذكورة يتعين على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تستبعده إذا كان يتعارض بصورة جلية مع النظام العام... حيث إن الأخلاق والتصور الفرنسي للنظام العام الدولي تتعارض والحالة هذه مع الاعتراف بتعدد الزوجات"¹³.

¹¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة، عدد 4892-06 في ملف رقم 1511/06 بتاريخ 20-11-2006، (غير منشور).

- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة، عدد 3104 في ملف رقم 357/06 بتاريخ 06-07-17، (منشور).

¹² - إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقاً لآخر التعديلات، مطبعة الجسور، وجدة، طبعة 2002، صك 167.

¹³ - قرار محكمة الدرجة الكبرى لورليان بتاريخ 17 ماي 1984، أورده أحمد أزوكاغ، القضاء الفرنسي والجالية المغربية، مجلة الملحق القضائي، العدد 30 أكتوبر 1995، ص: 106.

غير أن هذا العداء لم يقتصر فقط على القضاء المدني، بل كان حاضراً أيضاً لدى القضاء الإداري الفرنسي، وفي هذا الاتجاه قرر المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له ذهب فيه إلى: "إن شروط حياة عائلية عادية هي التي تسري في فرنسا بلد الاستقبال، والتي تنبذ التعدد"¹⁴. كما ذهبت المحكمة الإدارية بنانت في حكم لها إلى: "أن الأجنبي المتعدد الزوجات يعتبر غير مندمج في المجتمع الفرنسي، وبالتالي لا يحق له الاستفادة من الجنسية الفرنسية"¹⁵.

والملاحظ من خلال هذه القرارات أن القضاء الفرنسي يرى في تعدد الزوجات تمييزاً في حق المرأة لا يستقيم والمساواة بين الرجل والمرأة المكرس دستورياً وكذا مع فلسفة الأوفاق الدولية الرامية إلى جعل مؤسسة الأسرة تحت رعاية الزوجين إنشاء وتنظيماً؛ لأنه يلحق أضراراً بالمرأة والمجتمع¹⁶.

غير أن هذا الاتجاه حتى وإن كان صائباً على المستوى النظري فإنه لا يتوافق والواقع العملي على اعتبار أن القوانين الأوروبية بالأساس، عندما جعلت من مبدأ أحادية الزواج قاعدة عامة ليس لها استثناء، وتم منح التعدد الشرعي فقط الذي يتم في إطار مؤسسة الزواج مقابل الاعتراف بالخليلة بمعنى أن التعدد ليس ممنوعاً بصفة نهائية، بل منع منه الشق الذي يتم في إطار شرعي منظم أما الغير الشرعي فهو جائز.

ولهذا فإن عدم الاعتراف بالتعدد تترتب عليه نتائج عديدة من بينها حرمان الزوجة الثانية من الحق في التجمع العائلي مما يجعلنا نتساءل عن إمكانية إنصاف هذه المرأة من قبل القضاء الفرنسي عن طريق الحكم لها بالنفقة والتعويض والاعتراف بالنسب لأبنائها خاصة لأنه قد كرم الخلية وصان لها حقوقها حتى في حالة وجود الزوجة، وهذا ما ذهبت في اتجاهه محكمة ريوم في حكم لها قضت بالتعويض للزوجة والخليلة مستندة في ذلك إلى: "أن الضرر المادي والمعنوي قد لحقهما معا لأن الضحية كان يقسم بينهما حياته وعطفه وكلاهما لا تجهل ذلك"¹⁷.

الأمر الذي دفع الفقيه جان ديبري إلى القول في صيغة من السخرية "إن مجتمعنا الذي يقوم على أحادية الزواج يرفض التعدد المقنن في مجتمعات أخرى، رغم أنه يعرف تماماً كيف يغمض عينيه عن تعدده هو"¹⁸.

والرأي فيما نعتقد أن القضاء الفرنسي يكن العداء لمؤسسة التعدد، لا لشيء إلا لأنها تتم من داخل مؤسسة أخلاقية وشرعية لأن الغلو في الحرية الفردية جرد مؤسسة الأسرة في الغرب من طابعها الأخلاقي مع انعكاس أيضاً

¹⁴ - قرار صادر بتاريخ 13 غشت 1993، أورده موحى أو لحسن ميموني، وضعية الاسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد مجلة الملف العدد 4 السنة 2004 ، ص: 123.

¹⁵ - قرار صادر بتاريخ 23 ماي 1990، أورده موحى أو لحسن ميموني، مرجع سابق، ص: 123.

¹⁶ - عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، مطبعة الطويريس، طنجة، الطبعة الأولى، 2001، ص: 324.

¹⁷ - حكم صادر بتاريخ 9 نونبر 1979، أورده محمد الشافعي، م. س، ص: 29 وما بعدها.

¹⁸ - Jean Deprez « Note cassation du 8 mars 1990 », Revue critique d droit international privé, N° 4, 1991, p : 703.

على طبيعة النظام العام القائم عندهم لأنه أصبح جد مطاط وبدون محددات: لأن الحرية الفردية لا حدود لها، لأن الإشكال لا يكمن في التعدد المقنن، بل في تعدد الخليلات والعنوسة والخيانة الزوجية¹⁹.

أما على مستوى التقنين المدني الإسباني فنجدته يسير في نفس منحنى القانون الفرنسي، إذ أنه اتخذ من الزواج الأحادي مبدأ وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 46 الأمر الذي أصبح معه التعدد مخالفا لمفهوم المساواة بين الجنسين وبالتالي يمس النظام العام الإسباني كما نادا بذلك الفقهاء الإسبانيان "فرنا نديرز روساس" و"سانشيز لورينز" طالبا الفقهاء بإعمال نظرية الدفع بالنظام العام المطلق والمخفف حسب المكان الذي يتم فيه التعدد، أي أنه إذا تم بإسبانيا تدخل النظام العام بصفة مطلقة. أما إذا تم بالخارج سيتدخل النظام العام بصفة مخففة، وهذا ما جاء في قرار بتاريخ 23 دجنبر 1981 ذهب إلى أنه: "لإبرام زواج في الشكل المدني، فإنه من الضروري تقديم وسيلة لإثبات انحلال الزواج السابق"²⁰.

وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء المغاربة بأن تعدد الزوجات يعد من المجالات التي تعكس عدم المساواة بين الرجل والمرأة وذلك إلى جانب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، على اعتبار أن هذه المؤسسة هي بمثابة نقطة الاصطدام الجوهرية بين الأنظمة اللائكية والدينية التي تعترف بالتعدد²¹.

وعليه فبالرغم من اقتراب مدونة الأسرة بالتعدد إلى حد المنع إلا أنها أبقت عليه كاستثناء، مما يعني أن إمكانية التعدد واردة في من تتوفر فيه الشروط المتطلبة قانونا، الأمر الذي سيحرم منه المغاربة المقيمين بالخارج، لأنه لا يمكن لهم إبرام زواج التعدد وفق مقتضيات المادة 14 من مدونة الأسرة على أساس أنه مخالف للقانون الوطني لضابط الحالة المدنية الأوربي هذا على مستوى الإنشاء، وحتى لو افترضنا أن الزوج المغربي يريد التعدد قد رجع إلى المغرب وحصل على هذه الرخصة فإن الإشكال يطرح على مستوى إمكانية الاعتراف بهذا الزواج من قبل القضاء الأوربي أم لا؟

بلا شك أن القضاء الأوربي إذا سار على النهج القديم أي كما كان في ظل مدونة الأحوال الشخصية سيستبعد مدونة الأسرة من التطبيق في هذا المجال؛ لأنها تخالف مبدأ أحادية الزواج وبالتالي مخالفة النظام العام؛ لأن القضاء الفرنسي بالأساس كان يدفع بالنظام العام كلما أراد تطبيق قانون الأحوال الشخصية المغربي الأمر الذي أدى بأحد الفقهاء إلى القول بأنه ما دام القضاء الفرنسي لا يحترم الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وفرنسا لـ 10 غشت 1981 فإنه يستحسن الإعلان بأن الاتفاقية نفسها عديمة الجدوى²².

¹⁹ - كنزة حرشي، حقوق المرأة بين الشريعة والقانون المغربيين أطروحة لنيل دكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، سايس، السنة الجامعية 2001/200، ص: 342.

²⁰ - أورده عبد المنعم الفلوس، مرجع سابق، ص: 117.

²¹ - Moulay Rachid (A) : « la femme la loi au Maroc éditions » le fenec, Casablanca 1991, p : 64.

²² - أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي والجالية المغربية، مرجع سابق، صك 110 وما بعدها.

المطلب الثاني: استبعاد القانون الشخصي في قضايا الحضانة والنسب والطلاق

لما كانت الروابط الأسرية في إطار القانون الدولي الخاص تطرح عدة مشاكل على مستوى القانون الواجب التطبيق في حالة وقوع نزاع بين طرفين مغربيين داخل دولة أجنبية أو بين طرف مغربي والآخر أجنبي داخل نفس الإقليم، تحرك فقه²³ القانون الدولي الخاص لإيجاد قاعدة قانونية من شأن تطبيقها حل تنازع القوانين وهي خضوع الشخص لقانونه الوطني.

ويظهر هذا التنازع بجلاء على مستوى القضايا المتعلقة بالمصلحة الفضلى للطفل والتي يمكن اختزالها في الحضانة والنسب باعتبارها من الحقوق الأساسية والجوهرية للطفل، مما يدفع بالمحاكم الأوروبية أساساً إلى الانتصار بقانونها الوطني حيث ترى فيه حلاً مباشراً لكل النزاعات التي يمكن أن تطرح في هذا الشأن، باعتباره يتوافق والمبادئ الأساسية لحقوق الإنسان التي تجد سندها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

كما أن قضايا الطلاق هي الأخرى تحظى بالاهتمام من قبل القضاء الأوروبي لما يترتب عنها من مشاكل خاصة عندما تتزاحم عدة قوانين لحكم العلاقة، وتجد في القانون الشخصي ما يتعارض مع النظام الأوروبي إذ لا تتوانى عن استبعاده في إطار مبدأ دولي يقضي بعدم تطبيق القانون الأجنبي عند تعارضه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي.

ولتبيان مدى إعمال آلية النظام العام في هذا الصدد ارتأينا معالجة الموضوع في مطلبين نخصص الأول للدفع بالنظام العام على مستوى الحضانة والنسب ونتطرق في الثاني لاستبعاد القانون الأجنبي في قضايا الطلاق.

الفقرة الأولى: استبعاد القانون الوطني في قضايا الحضانة والنسب

لقد استطاع القضاء الأوروبي أن يجعل من المصلحة الفضلى للطفل ضابطاً يقفز على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية²⁴ باعتبارها وجه خفي للنظام العام الذي هو آلية من آليات استبعاد القانون الوطني للشخص، المرشح وفقاً لقواعد الإسناد، ونظراً لكون الدولة الأوروبية متشعبة بمبادئ الحرية والمساواة في كل شيء، حتى بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي التي تحمي نسبه بقواعد قانونية ومبادئ حقوقية تعد من النظام العام وبالتالي فإن أي قانون يرد على ساحة القضاء الأوروبي يخالف هذه المبادئ لن يجد مكاناً للتطبيق ولمقاربة هذا الموضوع سنقسمه على الشكل التالي:

²³ - Niboyet, trait de droit international, privé, confit des lois s'autorité et de juridictions T. III librairie de recueil sirey 1944, p : 154.

- Henri Batiffol, Droit international privé Tome 2, 1976 librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, p : 300.

²⁴ - موحى أو لحسن ميموني، مرجع سابق، ص: 111.

أولاً: استبعاد القانون الوطني في قضايا الحضانة

تعد الحضانة من أهم وأدق مسائل الأحوال الشخصية وأكثرها مساساً بالحقوق والواجبات الأسرية، باعتبارها تتصل بحقوق الطفل المحضون والأبوين معاً، مما جعلها مثار منازعات مستمرة على المستويين الوطني والدولي، خصوصاً في إطار ازدياد عدد الزيجات المختلطة واعتماد الدول المستقبلية للمهاجرين سياسة الإدماج²⁵، والتي تعتبر القيم والمبادئ التي بني عليها مجتمعها فيها من الضمانات ما يكفل احترام حقوق الطفل، التي من بينها الحق في الحضانة.

ولذلك فرغم الفلسفة الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة في مجال الحضانة من حيث ترتيب الحاضنين ومستحقها²⁶، إذ اعتبرتها من واجبات الأبوين عند قيام الرابطة الزوجية، أما إذا تفككت هذه العلاقة فتسند للأم بالأولوية ثم الأب، وذلك بخلاف بعض التشريعات الأوروبية، حيث نجد مثلاً القانون الهولندي لا يسند الحضانة لا إلى الأم ولا إلى الأب وإنما وفقاً لمصلحة المحضون باعتبارها قاعدة من النظام العام في هذه الدول، فالقاضي الهولندي عندما يعرض عليه نزاع من هذا النوع، لا يلتزم إلا بمراعاة مصلحة المحضون فقط، وعلى أساس هذه المصلحة تسند الحضانة إلى الأب أو إلى الأم دون ترتيب²⁷.

وهكذا استبعدت المحكمة الهولندية بأمستردام تطبيق القانون المغربي بذريعة أنه لا يوفر الحماية الكافية للمحضون، وطبقت القانون الهولندي بدلاً منه بإسنادها للأم الهولندية، وبالتالي أن حظوظ تنفيذ مثل هذا الحكم في المغرب منعدمة، ليس لأنه أسند الحضانة مباشرة للأم، وإنما السبب يكمن في أن القانون المغربي، يعمل على ضمان الأب لسلطته الأبوية بدون أية عراقيل²⁸، وتفادي تربية المحضون على غير ديانة أديبة من خلال مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 173 من مدونة الأسرة.

وهو المنهج الذي اعتمدته القضاء الفرنسي كذلك حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 يناير 1979.. عن إسناد الحضانة بعد الطلاق اعتماداً على معايير محددة مسبقاً وبشكل مبدئي، وليس انطلاقاً

²⁵ - فاطمة الزهراء بن محمود، تنفيذ الحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 1، سنة 44/2002، ص: 27.

²⁶ - راجع المواد من 163 إلى 186 من مدونة الأسرة.

²⁷ - جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية بجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكاد، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1994/1995، ص: 45 وما بعدها.

²⁸ - تنص المادة 236 على ما يلي "الأب هو الوالي على أولاده بحكم الشرع.."

ونص قبلها المادة 213 في على "أن صاحب النيابة الشرعية:

- البكر الراشد.

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته..."

من معايير موضوعية تخدم مصلحة الطفل يعد مخالفا للنظام العام الفرنسي²⁹، كما أن القضاء البلجيكي بدوره قضى بإسناد الحضانة للمدعى عليها - فرنسية الجنسية- استنادا إلى قانونه الوطني، على اعتبار أن القانون المغربي مخالف للنظام العام البلجيكي إذ لا يوفر الحماية الكافية للطفل موضوع القضية³⁰، والغريب في الأمر أن القضاء المغربي اعتبر مثل هذا الحكم غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، استنادا إلى أن القانون المغربي يجيز إسناد الحضانة في مثل هذه الحالة ويعتبر مروعا.

ويلاحظ مما سبق أن القضاء الأجنبي غالبا ما يعتمد على آلية النظام العام لاستبعاد القانون المغربي، الذي يشترط ضرورة توافر مجموعة من الشروط في الحاضنين من بينها شرط الرعاية الدينية طبقا للمادة 173 من المدونة، الذي يفيد المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل الموجود تحت الحضانة³¹، عكس ما هو عليه الأمر في الدول الأوروبية ذات المرجعية العلمانية، التي لا تعير للدين أي اعتبار في سن القواعد المنظمة للروابط الأسرية، ولهذا فإن القانون الأسري المغربي لم يحظ بفرصة التطبيق أمام القاضي الأوروبي في مثل هذه القضايا، لكونه لا يوفر الحماية الكافية للطفل من منظور هذا الأخير ويعوضه تلقائيا بقانون دولته.

ثانيا: استبعاد القانون الوطني في قضايا النسب

يعد النسب من المسائل المنتمية إلى الأحوال الشخصية مما يجعل القانون الشخصي هو الواجب التطبيق عليه³²، باعتباره من المقاصد الضرورية التي ينبغي المحافظة عليها³³، تجدر الإشارة إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يعتبر من المسائل التي اختلف حولها الفقه على اعتبار أن النسب له علاقة بثلاثة أشخاص الأب والأم، إذ هناك اتجاه يقول بالتمييز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، الأول يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج، أما النسب الطبيعي فيخضعه لقانون جنسية الطفل لعدم مزاحمته من طرف القانون الذي تخضع له الأسرة؛ لأنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية.

ويوجد هناك اتجاه ثاني يتزعمه الفقيه الفرنسي "فرانس سكاكي" يقول بتطبيق قانون جنسية الطفل على النسب بنوعيه استنادا إلى أن النسب يتعلق بحالة الطفل الشخصية ويوجد إلى جانب هذين الاتجاهين، اتجاه ثالث يرى

²⁹ - Cass, Civ 30 Janvier 1979, revu critique de droit international privé N° 4, 1979, p : 629.

³⁰ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببروكسيل بتاريخ 15 فبراير 1991، أورده موحى أو لحسن ميمونين م. سن ص: 121. ا. راجع حكم المحكمة الابتدائية ببركان رقم 483 غفي ملف رقم 483 في ملف عدد 92/952 بتاريخ 15/09/1992. أورده فؤاد الكحيل، النظام العام المغربي وتنفيذ الأحكام الأجنبية مجلة القصر العدد 6 سنة 2003، ص: 77.

³¹ - محمد الكشور، أحكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 2004، ص: 63.

³² - انظر هذه الآراء عند عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص: 322 وما بعده.

³³ - يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، طبعة 1984 مطبعة دار النهضة العربي، القاهرة، ص: 373.

ضرورة إخضاع النسب لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوي المتعلقة بالنسب كما أنه من النادر أن تكون مجهولة بخلاف الأب.

وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن حظوظ القانون المغربي أمام القاضي الأوربي في التطبيق؟ علما أن القوانين الأوروبية لا تقيم تمييزا بين الابن الشرعي، والابن الطبيعي، بل تقر بالمساواة بينهما في جميع الحقوق من بينها الحق في النسب، بخلاف القانون المغربي الذي لا يعترف بالبنوة الطبيعية بالنسبة للأب، إذ تنص المادة 148 من مدونة الأسرة على أنه: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية" واعتبر في المادة 144 منها أن البنوة لا تكون شرعية بالنسبة للأب إلا في حالة قيام سبب من أسباب النسب، المذكور بمقتضى المادة 152 في الفراش والإقرار والشبهة.

وهذا ما يدفع القاضي الأوربي إلى استبعاد القانون المغربي للأحوال الشخصية المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، وإحلال محله قانونه الوطني، استناداً إلى معارضته للنظام العام الأوربي المستمد بالأساس من المبادئ المضمنة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي ما فتئت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تدافع عنها باستماتة، إذ ذهبت في إحدى قراراتها الصادر في 2000/02/01 إلى درجة إدانة فرنسا لعدم مساواتها بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي في الإرث 34، وهذا من شأنه أن يدفع بالقضاء الأوربي عامة والقاضي الفرنسي خاصة إلى رفض تطبيق كل قانون أجنبي يخرق مبدأ المساواة بين الابن الشرعي والطبيعي .

بل الأكثر من ذلك فرضت على المحاكم الأوروبية الأخذ بمبدأ المساواة في البنوة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، عندما تعرض مثل هذه القضايا أمامها، على اعتبار أن قوانين الأحوال الشخصية للأجانب خاصة في الدول الإسلامية، لا تعترف بالنسب الناتج عن علاقة غير شرعية بالنسبة للأب لتعارضه مع النظام العام الأوربي.

وهذا مما لاشك فيه سينعكس سلبا على الروابط الأسرية للجالية المغربية سواء عندما يراد التمسك بقانون أحوالهم الشخصية، أو في إطار طلب تذييل حكم صادر عن قضاء إحدى الدولتين، خصوصاً إذا علمنا أن معظم المحاكم الأوروبية تعمل على تمديد قانونها المحلي المتعلق بحماية الأطفال الطبيعيين لتشمل المقيمين على أراضيها³⁵.

³⁴-. راجع موحى أولحسن ميموني، مرجع سابق، ص: 111.

³⁵ - منير الشعيبي، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي أية إمكانية للتطبيق ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2006/2005 ص: 87.

وفي هذا الصدد استبعدت محكمة الاستئناف بليون في قرارها صادر بتاريخ 12 / 12 / 2000، تطبيق القانون المغربي المختص، وطبقت قانون الموطن في مكانه، ومن حيثياته هذا القرار، ما يلي: "... وبما أنه يترتب عن تطبيق القانون المغربي المرشح بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، حرمان الطفل المقيم بفرنسا منذ ولادته من حقه في الاستفادة من نسبه للأب، فإنه يتعين استبعاده لأنه يعارض النظام العام"

وموقف محكمة الاستئناف هذا جاء انسجاماً والقاعدة المقررة من طرف محكمة النقض الفرنسية، التي عبرت في أكثر من مناسبة عن تشبها بتطبيق القانون الفرنسي، عندما يتعلق الأمر بنسب طفل يقطن في فرنسا، استناداً إلى أن حرمان هذا الطفل من الرعاية الأسرية لا يمكن أن يوصف إلا أنه مخالف للنظام العام، وهذا ما يستشف من إحدى قراراتها الذي جاء فيه: "... إن القانون الأجنبي الذي يحرم مؤسسة البنوة الطبيعية مبدئياً، ليس معارضاً لمفهوم النظام العام الفرنسي، ولكن حرمان الطفل، الذي له ارتباط بفرنسا، من الرعاية الأسرية هو الذي يعارض النظام العام الفرنسي".³⁶

وهو المنهج الذي اعتمدته محكمة "الكمار" الهولندية في حكمها الصادر بتاريخ 1984³⁷ وحكم المحكمة الابتدائية لأتريخت حيث طبقت على العلاقة الدولية الخاصة للجالية المغربية في مادة النسب الطبيعي، القانون الهولندي.

وهكذا يتبين أن القضاء الأوربي يعتمد على النظام العام كميّار لاستبعاد القانون المغربي، فتارة يتم تسبيحه بالمصلحة الفضلى للطفل وأخرى بضرورة ضمان أحقية الطفل في نسبه لأبيه، لأجل حكم العلاقة الدولية في مادة النسب بناء على قانون الموطن أو الإقامة الاعتيادية، الذي يكون في أغلب الحالات قانون القاضي، وهو انتصار لمبدأ إقليمية القانون، مما يترتب عنه عدة مشاكل، من قبيل أن إسناد البنوة الطبيعية للأب المغربي، التي يرفضها قانونه الوطني، ولا يعترف لها بأي آثار يؤدي إلى ازدواجية المركز القانوني للطفل والأب معاً، إذ يعتبر الطفل ابناً شرعياً للأب المغربي فوق الأراضي الأوروبية بينما لا يعتبر ابنه في نظر القانون المغربي أو العكس، وعليه فإن القاضي المغربي يتعذر عليه منح مثل هذا الحكم الصيغة التنفيذية باعتبار أنه يغطي عن نسب يجعله القانون المغربي، ذو الأصول الإسلامية، وهو البنوة الطبيعية المخالفة للنظام العام.

وفي هذا الاتجاه تجدر الإشارة إلى أنه صدر قرار عن محكمة المنازعات الكبرى بمولوز بتاريخ 07/10/2000، يقضي استناداً إلى دراسة الدم وتحليله، بأن المدعى عليه (بلخديم) ليس أباً للطفلة أنيسة، وقضى المجلس العلى في

³⁶ - قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فبراير 1993، أورده هشام أصنيب، ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوروبا الغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، جامعة محمد بن عبد الله، السنة الجامعية 2002 - 2003، ص: 44.

³⁷ - راجع هذا الحكم بتفصيل عند جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص: 222.

نفس القضية بأن الطفلة ابنته، فمن خلال هذه القضية يتضح بجلاء أن الدفع بالنظام العام يخلق ازدواجية المراكز القانونية فكل طرف يتمسك بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه³⁸.

ثالثاً: استبعاد القانون الوطني في قضايا الطلاق

إن الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون الشخصي على مستوى الزواج لها ما يوازنها أيضاً على مستوى إنهاءه، فقد لا يكون ميسراً من الناحية العملية حل مشكل التنازع استناداً لمعيار موحد.

ذلك لأن التباين القائم بين القواعد التي تنظم الأحوال الشخصية لأحد الطرفين أو لكليهما قد تصطدم مع المبادئ المؤطرة لنفس القضايا في دولة القاضي مما يفرض عليه استبعادها وتطبيق القواعد القانونية في بلده.

وما أدى إلى وجود هذا التباين هو اختلاف المرجعيات المؤطرة لقضايا الأحوال الشخصية التي يحملها معه الشخص أينما حل وارتحل، وتعد قضايا الطلاق من أهم النوازل التي تطرح مشاكل وصعوبات أمام أفراد الجالية المغربية المقيمة بالدول الأوروبية، نظراً لكونها تخضع بحكم جنسيتها لقانون الأسرة المغربي، وبحكم موطنها أو محل إقامتها في دولة أجنبية لقانون هذه الدولة ذي الصبغة العلمانية، مما أثار على مراكزها القانونية كما أن معظم الدول الأوروبية صادقت على الاتفاقيات الدولية وخاصة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان³⁹.

إذ أن مجال إنهاء العلاقة الزوجية من النماذج الأكثر دلالة على تدخل النظام العام الأوروبي، من أجل إقصاء القانون الأسري المغربي الذي تحيل عليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي⁴⁰، على اعتبار أنه لا يحقق المساواة بين الزوجين في هذا الصدد، لأن سلطة الزوج في إيقاع الطلاق واسعة جداً فهو غير مجبر بتبرير رغبته في إنهاء العلاقة الزوجية كما أن سلطة القاضي لا تتجاوز تقدير وتحديد المستحقات⁴¹.

³⁸ - قرار المجلس الأعلى رقم 658 ، صادر بتاريخ 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556، راجع أحمد زوكاغي، تعليق عن الحكم عن الحكم مجلة الملف العدد 9، 2005، ص: 214.

³⁹ - وقعت هذه الاتفاقية في روما بتاريخ 4 نونبر 1950، دخلت حيز التنفيذ في 3 شتبر 1953 جاءت لتكرس المساواة المطلقة بين الجنسين بالأساس.

⁴⁰ - محمد الوهابي، م. س، ص: 23.

⁴¹ - خالد برجاي، تقديم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص، مجلة المرافعة ع 2005/6، ص: 72.

مما يعني أن مؤسسة الطلاق الانفرادي التي لا يعترف بها القضاء الأوربي ما زالت قائمة في النظام القانوني المغربي وهو ما من شأنه خلق عدم الاستقرار فيما يخص وضعية الأشخاص، إذ ينجم عن ذلك حالات جد معقدة، حيث يمكن لأحد الطرفين أن يتحلل من روابط الزواج فيما يظل الآخر معلقاً بها⁴².

وهو ما حدث بالفعل حين رفض المجلس الأعلى المغربي تذييل حكم أجنبي صادر عن محكمة ألمانية استبعدت خلاله القانون المغربي المرشح لحكم قضايا الأحوال الشخصية لمغاربة مسلمين بذريعة اصطدامه بالنظام العام الألماني، حيث جاء في هذا القرار ما يلي:

"...أنه لما نصت المحكمة الألمانية على عدم إمكانية تطبيق القانون المغربي رغم أن النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لمغاربة مسلمين، فإن الحكم مطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية يعتبر مخالفا للنظام العام"⁴³.

كما أن الطلاق في هذه الدول لم يعد يتوقف على وجوب إثبات وقائع محددة أمام القضاء، كثبوت خطأ أحد الزوجين أو سبب الخيانة الزوجية⁴⁴، وغنما تم التراجع عن كل القيود المفروضة وأصبح من حق أي من الزوجين الراغب ف يعدم الاستمرار في الرابطة الزوجية أن يطلب حلها وذلك في إطار مبدأ المساواة المطلقة بين الزوجية⁴⁵. أضف إلى ذلك أن القانون المدني الفرنسي ينص في الفصل 310 على خضوع الطلاق للقانون الفرنسي عندما يكون موطن الزوجين بفرنسا كما أن القضاء الفرنسي يتجاهل مقتضيات الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 10 غشت 1981 التي حاولت تقييد مقتضيات هذا الفصل وتقوية حظوظ تطبيق القانون المغربي من طرف القاضي الفرنسي إلا أن هذا الأخير ينتصر لنزعة الوطنية ويطبق القانون الفرنسي⁴⁶، استنادا لآلية النظام العام الدولي السائد في أوروبا.

⁴² - عز الدين أكموي، مشاكل أنظمة الزواج من حيث علاقة الدول ذات القانون الإسلامي وغير الإسلامي وجهة نظر إسلامية، مجلة المحاماة ع 39 مارس 1996، ص 67 وما بعدها.

⁴³ - قرار رقم 864 بتاريخ 2000/9/20 أورده إبراهيم باحماني، تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، مجلة القضاء والقانون، السنة 31، العدد 148، ص: 86.

- كما جاء في قرار آخر أن الحكم الأجنبي المذيل بالصيغة التنفيذية فصل في موضوع له علاقة بالنظام العام المغربي هو قرار صادر بتاريخ 2001/01/24، أورده نفس المرجع، ص: 8.

⁴⁴ - مثلاً ألغى المشرع الفرنسي تحريم الخيانة الزوجية بمقتضى القانون 1975 المتعلق بتعديل مقتضيات الطلاق - راجع محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، مرجع سابق، ص: 94 وما بعدها.

⁴⁵ - محمد العبودي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع، بني وريغل نموذجاً - دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكاد، الرباط، السنة الجامعية 2001/200، ص: 182.

⁴⁶ - أحمد زوكاغي، حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة بتاريخ 10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الأشخاص والأسر والتعاون القضائي، مجلة المناهج، عدد 2 / 2002، ص: 62.

وهو ما نهجه المشرع الإسباني الذي أوجد قاعدة قانونية لحماية نظامه العام، إذ قرر في الفصل 107 من القانون المدني، أنه إذا كان الطلاق يتعلق بطرف أجنبي وآخر إسباني أو غير إسباني، والحال أنهما مقيمان بإسبانيا فإن القانون المختص هو قانون الإقامة الاعتيادية، مما يعني استبعاد القانون المغربي لا محال، على اعتبار أن القاضي الإسباني سيطبق القاعدة الآمرة - التي هي من النظام العام - التي يملها عليه القانون، وهكذا ونتيجة لما سبق، رفضت بعض المحاكم الأوروبية تطبيق القانون المغربي كونه يخالف النظام الأوروبي، سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية أو حتى بعد صدور مدونة الأسرة.

علما أنه كان لهذا القانون صدى واسع النطاق سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي قبل صدوره مما يعني أن القاضي الأوروبي لم يكن يجهل المقتضيات الجديدة التي جاءت بها المدونة، إذ ينظر إلى هذه الأخيرة على أنها ما زالت تحتفظ للرجل بوضعية متميزة في الحق في الطلاق.

حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا استبعدت من خلاله القانون المغربي، الذي جاء فيه ما يلي: "يستنتج من جهة، من توفيق بين الفقرة الأولى من المادة 13 من الاتفاقية الفرنسية المغربية لـ 10 غشت 1981 وبين المقطع ب من المادة 16 من اتفاقية 15 أكتوبر 1957 أن الأحكام المغربية المثبتة أو المعلنة عن انحلال الرابطة الزوجية لا يتمخض عنها في فرنسا أي أثر إلا إذا كان الطرف المدعى عليه استدعى أو تم تميله بكيفية صحيحة، ومن جهة ثانية، يستخلص من المادة 5 من البروتوكول المؤرخ في 22 نونبر 1984 ومن البند رقم 7 من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان أن الزوجين يعاملان على قدم المساواة بالنسبة للحقوق والمؤسسات عن انحلال الرابطة الزوجية الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية الاعتراف في فرنسا بالطلاق الانفرادي الصادر بصورة غير حضورية"⁴⁷، وهكذا عمدت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي على زوجين مغربيين بعد استبعادها للطلاق الواقع في المغرب.

وجاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 17 فبراير 2004⁴⁸ أي بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق⁴⁹، ذهب في اتجاه عدم الاعتراف بطلاق واقع في المغرب بين زوجين مغربيين على اعتبار أنه يجسد اللامساواة بينهما، مبررة موقفها بكون القضاء المغربي لا يتمتع إلا بسلطة تحديد المستحقات المالية المترتبة على الطلاق ما دام أن اعتراض الزوجة على الطلاق لا يترتب أي أثر قانوني.

كما أن القضاء الألماني يطبق قانونه الوطني حتى ولو كان الطرفين من جنسية مغربية وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بلفيسباخن حيث حكمت بالطلاق بين زوجين مغربيين استناداً إلى كونهما يعيشان على انفصال منذ بداية الزواج وقد تم تذييل هذا الحكم من طرف المحكمة الابتدائية بوجوده بحجة أنه لا يتنافى مع ما قرره

⁴⁷ - أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي وانحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة في فرنسا، مطبعة الكرامة- الرباط 2007، ص: 36.

⁴⁸ - Cass- civil- 17 Janvier 2004, arrêt N° 259 le 2- 15- 766.

⁴⁹ - راجع خالد البرجاوي، م. س، ص: 72 وما بعدها.

مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية سيما ما تضمنته المادة 99 منها⁵⁰ وأعادت تأكيده المحكمة الكبرى بشارلوروا (بلجيكا) في حكم صادر بتاريخ 27 / 06 / 2006 قضى بالطلاق بين زوج مغربي وزوجة أجنبية بناء على القانون البلجيكي وهو الآخر حظي بالقبول من طرف القضاء المغربي⁵¹.

ومن كل ما سبق يبدو واضحا أن القاضي الأوروبي لا يتوانى عن تحريك آلية النظام العام لأجل استبعاد القانون المغربي الذي تنص قاعدة الإسناد على اختصاصه أو من أجل الحيلولة بين الأحكام الصادرة في المغرب استناداً إلى نفس القانون وبين ترتيب أي اثر؛ لأن تطبيق هذا الحكم يوازي تطبيق القانون الذي صدر في ظله. مما يعني أن آلية النظام العام سيف ذو حدين، فتارة يستعمل لاستبعاد القانون الأجنبي من حكم العلاقة، وتارة أخرى يتم تحريكه لإرغام الطرف المغربي على اللجوء إلى القضاء الأوروبي، حتى يجد هذا الخير منفذا لتطبيق قانون دولته ذو الأصول العلمانية، فالنظام العام إذن في هذه الدول يستمد أساسه من قيم اللاتكسية والمساواة والحرية، وهذا ما يترتب عنه حقا إقصاء بعض المؤسسات القانونية - من حلبة المنافسة في إطار تنازع القوانين- الواردة في مدونة الأسرة التي تمس بمبدأ المساواة، ومنها مؤسسة الطلاق التي يجعل القضاء الأوروبي الاعتراف بها يتحدد على أساس مقارنتها بالمبادئ الثابتة في قانونه.

خاتمة

في ختام هذا البحث نستنتج أنه إذا كان الدفع بالنظام العام يقوم بدور الحفاظ على الأسس الجوهرية والقيم الأساسية لمجتمع القاضي فإن القيم التي يبني عليها المجتمع الأوروبي غير محددة وغير واضحة ولا يوجد فيها فاصلا بين ما هو أخلاقي ولا أخلاقي، الأمر الذي يؤدي إلى اصطباغ النظام العام في هذه المجتمعات بالمطاطية واللاأخلاق عكس النظام العام في الدول الإسلامية الذي يتسم بالأخلاقية والاعتدال لأنه يتضمن جانبا ثابتا لا يمكن التغيير فيه وآخر متغير وفق متطلبات العصر.

ومن خلال مناقشة الموضوع والوقوف على أهم المواضيع التي تخلق تنازع القوانين، وكذا الضمانات القانونية التي وردت في القانون الاسري المغربي وبيان مدى تعارضها مع القوانين الأوروبية، توصلت الباحثة إلى عدد من النتائج والتوصيات.

⁵⁰ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بوجدة، ملف رقم 06 / 370 بتاريخ 22 - 05 - 2006 (غير منشور).

⁵¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بوجدة، ملف رقم 07 / 88 بتاريخ 15 - 01 - 2007، عدد 6/3194، (غير منشور).

1-النتائج

- يترتب عن الدفع بالنظام العام في المجال الأسري من قبل القضاء الأوروبي خاصة، التقليل من مجال خضوع الأجانب لقانونهم الشخصي؛
- أن القاضي الأوروبي يرى في هذه القوانين تمييزاً من شأنه تقييد الحرية الفردية التي تجد سندها في المواثيق مرجعية أساسية في صياغة قوانينها بدون الأخذ بالدين، وهو ما ينعكس مباشرة على طبيعة نظامها العام وكذا على مستوى محدداته، بحيث أن الدول العلمانية لا تؤطرها ضوابط ثابتة ومحددة بل تؤمن بالمساواة المطلقة والحرية التامة؛
- أن إعمال فكرة النظام العام يكون استثناء من المبدأ الذي يقضي بتطبيق القانون الأجنبي؛
- أن تطور ضوابط الإسناد الأوروبية جعل الدفع بالنظام العام مبدأ كلما رشحت قواعد الإسناد الوطنية للقاضي الأوروبي، قانوناً ذو مرجعية إسلامية؛
- أن هذه القوانين ما زالت محتفظة ببعض القيود النابعة من الدين، يعتبرها القاضي الأوروبي المتشعب بتعاليم المساواة والحرية المطلقة مخالفة للنظام العام حتى يتسنى له تطبيق قانونه الوطني في جميع الحالات،
- أن نية الدول المستقبلية للمهاجرين تتجه إلى إدماج الأجانب وكذا تقليل مبدأ شخصية القوانين لصالح مبدأ إقليمية القوانين.

2-التوصيات:

- ضرورة استيعاب القضاء الأوروبي للمستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة حتى يتحقق التقارب بين النظام القانوني الأوروبي والقانون الأسري المغربي؛
- إدخال نوع من المرونة على النظام العام من خلال الإيمان بالاختلاف في المرجعيات المؤطرة لقوانين الأسرة؛
- مدونة الأسرة تستلزم مراجعة مستعجلة لتفعيل بعض المقتضيات خصوصاً التي لا يوجد نص قطعي حولها؛
- تجميع المواد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص المغربي في قانون واحد.

لائحة المراجع:

مراجع باللغة العربية:

1- الكتب :

- أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي الطبعة الأولى 1993 مطبعة الأمنية الرباط،
- أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي وانحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة في فرنسا، مطبعة الكرامة- الرباط 2007،
- إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية- دراسة مقارنة بين المغرب العربي، الطبعة الأولى 1993، مركز الخدمات المتعددة،
- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، مطبعة الجسور، وجدة، طبعة 2002،
- عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، الطويريس، طنجة، الطبعة الأولى، 2001،
- عز الدين عبد الله، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، 1979، دار النهضة العربية مصر
- كنزة حرشي، حقوق المرأة بين الشريعة والقانون المغربيين أطروحة لنيل دكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، سايس، السنة الجامعية 2001/200
- محمد الكشور، أحكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 2004،
- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، طبعة 1984 ن مطبعة دار النهضة العربي، القاهرة

2-المجلات:

- أحمد أزوكاغ، القضاء الفرنسي والجالية المغربية، مجلة الملحق القضائي، العدد 30 أكتوبر 1995، ص: 106.
- أحمد زوكاغي، حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة بتاريخ 10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الأشخاص والأسر والتعاون القضائي، مجلة المناهج، عدد 2 / 2002،
- إبراهيم يا حماني، تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، مجلة القضاء والقانون، السنة 31، العدد 148،
- خالد برجاي، تقديم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص، مجلة المرافعة العدد 2005/6،
- عز الدين أكومي، مشاكل أنظمة الزواج من حيث علاقة الدول ذات القانون الإسلامي وغير إسلامي وجهة نظر إسلامية، مجلة المحاماة ع 39 مارس 1996.
- فاطمة الزهراء بن محمود، تنفيذ الحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 1، سنة 2002 / 44،
- موحى أولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد مجلة الملف العدد 4 السنة 2004،

3- الأطروحات والرسائل الجامعية :

- جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية بجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1995 / 1994،
- عيلا بن أعرموا، دعوى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2010/2009 ص 74

- محمد العبودي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع، بني وريغل نموذجاً- دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2001/200
- منير الشعيبي، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوروبي أية إمكانية للتطبيق ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2006/2005
- نادية البوهالي، تذييل الاحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهرأكادير، السنة الجامعية 2018/2017 ص 10.
- هشام أصنيب، ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوروبا الغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، جامعة محمد بن عبد الله، السنة الجامعية 2003-2002

مراجع باللغة الفرنسية :

- Moulay Rachid (A) : « la femme la loi au Maroc éditions » le fennec, Casablanca 1991,
- Niboyet, trait de droit international, privé, confit des lois s'autorité et de juridictions T. III librairie de recueil sirey 1944, p : 154.
- Henri Batiffol, Droit international privé Tome 2, 1976 librairie général de droit et de jurisprudence, Paris
- Jean Deprez « Note cassation du 8 mars 1990 », Revue critique d droit international privé, N° 4, 1991,
- Cass, Civ 30 Janvier 1979, revu critique de droit international privé N° 4, 1979,
- Cass, civil 12 Décembre 2000, arrêt N° 195, le 2/ 14/ 611.
- <http://www.courdesassation.fr>,

الاختصاص التحكيمي لسلطات الضبط تنظيم - دراسة تحليلية مقارنة -

- Arbitration of seizure powers -Comparative analytical study

د.سامية قلووشة / مخبر الحقوق والحريات- جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-

الملخص :

تحكيم السلطات الإدارية المستقلة هو حلّ الخلافات لتنظيم السوق ليس بتحكيم كلاسيكي أو قضائي، تظهر أهميته بأنه إجراء جديد ابتدعه هذه السلطات لتوجيه العقود بإنشاء قواعد لتطوير القطاع والمحافظة على التوازن العقدي يعتمد على تكنولوجيا قانونية جديدة مستوردة من الدول الرأسمالية كفرنسا للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب فالهدف من الدراسة توضيح ان التحكيم هو تنظيم

إنّ فهم الموضوع يستوجب منهج تحليلي مقارنة مع الدول الأوروبية لتبين التنظيم بالانتقال من وضع الاحتكار في السوق الى وضع تشاركي لهذا ينبغي ان يكون المحكمين مختصين تقنيا وقانونيا، مع توقيع المسؤولية على قراراتهم

الكلمات المفتاحية : التّحكيم ؛ حلّ الخلافات ؛ العقد ؛ التّنظيم ؛ المسؤولية .

Abstract :

The arbitration of independent administrative authorities is the solution of disputes to regulate the market, not by classical or judicial arbitration, the importance of which appears to be a new procedure that these authorities have invented to direct contracts by establishing rules for sector development and maintaining a contractual balance based on a new legal technology imported from capitalist countries such as France to defend the interests of foreign investors as the goal of The study shows that arbitration is an organization.

Understanding the subject requires a comparative analytical approach with European countries to adopt regulation by moving from a monopoly position in the market to a participatory position. Therefore, the arbitrators should be technically and legally competent, with responsibility signed for their decisions .

Key words : Arbitration; conflicts ; contracts ; regulation ; responsibility

مقدمة :

حلّ الخلافات من طرف السلطات الإدارية المستقلة هو التنظيم فهو نمط لتغيير طريقة الدولة في التسيير بتحقيق التوازن بين المنافسة و مصالح المتعاملين الاقتصاديين بإدخال متعاملين جدد، فتظهر أهمية الدراسة في رقابة القوى العمومية من خلال التحكيم ، و الذي يختلف عن ذلك المتعارف عليه التقليدي أو الكلاسيكي أو القضاء المرتكز على القواعد العامة لأنه أكثر نجاعة بما أنه موكل لخبراء مختصين ملمين بالخصوصيات التقنية للنزاع المطروح ، تظهر فعاليته بدرجة استقلاليتهم ، و إلى النظام السياسي السائد ، فالسلطات الإدارية المستقلة المنشأة في نظام كفرنسا التي تسوده الشفافية و الديمقراطية الليبرالية ، ليست كذلك المنشأة بالجزائر ؛ لهذا فهو يدافع عن مصالح المستثمرين الأجانب بإنشاء قواعد تنظيمية من خلال حل الخلافات تتأرجح بين القانون العام والخاص.

تهدف الدراسة إلى إبراز إستراتيجية الدولة الحديثة في الحوكمة في الجزائر مقارنة بالدول الأوروبية فرنسا بالخصوص للتدخل غير المباشر للدولة بواسطة سلطات الضبط لتسيير مصالح الدولة والمتعاملين معا بتحقيق العدالة عن طريق ضمانات كتلك التي يحققها القضاء، فما علاقة التحكيم بالتنظيم؟ سيتم الإجابة وفقا للخطة الآتية: توضيح مدى ارتباط التحكيم بالتنظيم لتحويل العلاقة العقدية إلى قرار تحكيمي (المبحث الأول) ، و ذكر تكييف التحكيم و ضماناته الإجرائية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: علاقة التحكيم بالتنظيم:

إنّ حلّ الخلافات في السلطات الإدارية المستقلة يساهم في تنظيم السوق ، اثر تحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة للمتعاملين الاقتصاديين و السلطة الإدارية المستقلة لضمان عدم احتكار السوق من أحد المتعاملين لغرض تحقيق منافسة فعالة، كما أنّ حلّ كل خلاف ينجر عنه ابتكار قاعدة جديدة تواكب التطورات في السوق، ولهذا فإنّ القرار التحكيمي ينظم مجريات السوق لأنه يدرس الخلافات حالة بحالة (المطلب الأول)، و أنّ حلّ الخلافات ليس بتحكيم بل ممارسة السلطات الإدارية المستقلة لسلطتها الأصلية ألا وهي التنظيم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مدى ارتباط التحكيم بالتنظيم:

إنّ العقود المبرمة من طرف المتعاملين الاقتصاديين أو هؤلاء و السلطة الإدارية قد لا تتضمن بنودا بواسطتها نضمن التنظيم في المستقبل؛ ففي الجزائر و فرنسا و كمثل في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية و عندما يتعلق الأمر بالاتصالات في العقود المبرمة بين مسير شبكة اتصالات الكهرباء، أو الهاتف مع المتعاملين يؤدي حتما إلى النزاع فيما يخص تحديد التسعيرة أو النفاذ الى الشبكات الذي يتطلب التحكيم¹.

تفسر العلاقة الموجودة بين التحكيم والتنظيم بطريقة التعامل بين المتعاملين الاقتصاديين، الذي ينقل العلاقة التعاقدية إلى قرار تحكيم اثر حل الخلافات بينهم؛ أي تحقيق تنظيم، فإجراءات التعاقد تتم برغبة أطراف العقد إلى أن تنتهي بقرار تحكيمي ليس للإرادة الأطراف محل فيه، محرراً من طرف محكمين خواص داخل السلطات الإدارية المستقلة يوجهون العقد. أما في القديم فلقد كان التحكيم مستند إلى منظمين تابعين للسلطات الإدارية المستقلة مثلاً لقطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية أو إلى المناجم.

إن مجلس النقض الفرنسي منح سلطة التحكيم للهيئة المكلفة بالاتصالات السلكية واللاسلكية خاصة فيما يتعلق بالتسعيرة والخدمات المتعلقة بالمنافسة في السوق لأن القانون الإداري وقانون التنظيم في فرنسا غير كاف لحل كل النزاعات الناشئة والنتيجة عن غزارة النشاطات المتنوعة؛ وعليه، أصبح يؤخذ بالتحكيم ومحاولة نشر قراراته ليطبق على باقي الحالات المماثلة سيما في المجالات الاقتصادية الذي يستعصى عليها تحقيق المعادلة بين المنافسة من جهة، والحفاظ على النظام العام من جهة أخرى.

تحدد النصوص القانونية انعقاد الاختصاص التحكيمي في السلطات، ففي قطاع الاتصالات في فرنسا تتدخل سلطات الضبط من أجل ضمان النفاذ إلى السوق للاستخدام الشبكة بشكل طبيعي والربط بين الشبكات، وتحديد السعر فيما بين المتعاملين الاقتصاديين، وفي الجزائر بخصوص لجنة تنظيم عمليات البورصة، وسلطة الاتصالات السلكية واللاسلكية سابقا والآن أصبحت سلطة الاتصالات الالكترونية، وفي سلطة البريد والمواصلات استثناء، لأن التحكيم لا يجد إلا في هذه السلطات ثلاث، ويتبين أن حل الخلاف منشيء لنظرية التنظيم (الفرع الأول) ليصبح في الأخير منتج لقرار يعتبر نص قانوني تنظيمي (الفرع الثاني).

وفي هذا الإطار، نتساءل إذا كان التحكيم لا يمثل إلا نوعا من التنظيم؟.

الفرع الأول : التحكيم نظرية للتنظيم :

المقصود بالتنظيم هو إيجاد قواعد وقرارات تضمن تطوير القطاع المراد تنظيمه¹، فيضع التحكيم حداً للخلاف بين المتعاملين الاقتصاديين وينظم القطاع في آن واحد، مما يجعله في تطور مستمر، ففي فرنسا وفي القطاع البنكي نجد أن النزاع ما بين المدينين لا يحل إلا عن طريق التحكيم مما يؤدي إلى ديمومة استقرار القطاع البنكي؛ وعليه، نلاحظ العلاقة الموجودة بين التنظيم والتحكيم، فهو الوسيلة المتميزة للمتعاملين الاقتصاديين لحل نزاعاتهم بصفة عاجلة ولضمان التوازن في العلاقات العقدية، إذ أن في بعض القطاعات يوجد متعامل اقتصادي مسيطر

¹ Marie Anne FRISON ROCHE , « le droit de la régulation » , D.2001, chron. pp. 610-616.

¹ E. Rousseau , « les marchés peuvent-ils s'auto régulariser ? » , in B. Ferrandon (dire.), concurrence et régulation des marchés, la Documentation française, 2003, pp. 64-70.

على السوق مثلاً في سلطة " الكهرباء بفرنسا " المسماة بـ E.D.F. ؛ إذ يقتضي التنظيم وجود متعاملين آخرين في السوق يمكنهم إحداث توازن القوى فيه وليس سيطرة أحدهم على السوق ما يفسر أن التنظيم ليس له طابع تقني فقط وإنما ذو طابع قانوني منشئ لقواعد قانونية.

وعليه ، فإن قرارات التحكيم في هذا المجال تعود بالفائدة على تنظيم القطاع و المتعاملين الاقتصاديين معا¹ ؛ فالتحكيم لا يطبق عقوبات على المنافسات غير المشروعة ، إنما يمكنه إبطال بند غير مشروع في العقد ؛ وبالتالي فإن التعاقد في مجال المنافسة يظل خاضعا للتحكيم لأنه ضامنا لاستقرار النظام العام، مما نتج عنه سوق أوروبية موحدة، ولقد اعترف الاتحاد الأوروبي بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات وللمراقبة المنافسة غير المشروعة، ومن أجل التقليل من تسلط بعض المتعاملين الاقتصاديين².

يحرص التنظيم على ضبط القطاع في مجالات عديدة، منها إمكانية التّفاذ إلى السوق، واخضاع القرارات التحكيمية للطعن القضائي لضمان فعاليته أمام محكمة النقض بباريس في مجال العقود ، و في الجزائر تخضع للطعن أمام القضاء الإداري، كما يمكن للقانون العام أن يرخص للسلطات الإدارية المستقلة الاستعانة بالتحكيم لذلك ينبغي عليه ألا يناقض القانون العام الحامي لحقوق المواطنين عموماً ؛ و منه ، فإن المعادلة الموجودة بين التحكيم والتنظيم هي أنه وسيلة تقنية بداخل القطاعات الضابطة وهو مجال يقع بين القطاع العام والخاص من أجل الدفاع عن المستثمرين الأجانب .

و معنى هذا ، أن التحكيم يوجد بين فضاء القانون الخاص و العام ضامن للتعهدات المتخذة من المؤسسات الحاصلين على رخص من اللجنة الأوروبية بهدف الحفاظ على مصالحهم بالموازاة مع تحقيق الصالح العام. ؛ و منه ، فالتحكيم وجد من أجل إلزام الدول الدفاع على مصالح المستثمرين الأجانب، قصد استقرار استثماراتهم ؛ ولهذا، فإن الاستثمار يوازن بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، وبالأخص مصالح المستثمرين، أما في بريطانيا فإن القانون الخاص هو الذي يحل الخلافات في السلطة الإدارية المستقلة³ وقد اتضح أنه يعيق المنافسة.

كما أنّ قانون التنظيم في الجزائر مزيج بين القانون العام و الخاص أي بين المتعاملين في القطاع العام و المتعاملين الخواص المكلفين بتسيير القطاع العام، و أنه يتميز عن القضاء في أنه طريقة مرنة لحل النزاعات، وتسيير

¹.M.Canto-Sperber,« philosophie morale et éthique professionnelle », in secrets professionnels, Autrement,1999, p.p.103-117.

².M.Bazex,« Entre concurrence et régulation : la théorie des facilités essentielles », revue Concurrence, n° 199, janv. 2001,p.1.

³.Thomas PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011, p.207.

مصالح الدولة بواسطة العقود؛ ولهذا ، أصبح طريقة عادية لحل الاختلال ذو الطابع التعاقدية، فهو يمثل تنظيمًا للعقد في حد ذاته. فإذا كانت العقود تحتل المرتبة الأولى في القطاعات الضابطة مثل القطاع الكلاسيكي فإنه يمثل سياسة ناجعة للتنظيم، لأنّ تنظيم النّفاذ إلى شبكات التّوصيل هو التنظيم بذاته، ومنه نضمن تنظيم القطاع الاقتصادي بإعطاء فرص عادلة لكل المتعاملين الاقتصاديين للدّخول إلى السّوق وتحقيق المنافسة¹.

الفرع الثاني: التّحكيم قانون تنظيمي:

إنّ العلاقة بين التّحكيم والقوانين الأخرى مركّزة على تحقيق المنافسة المشروعة بواسطة تنظيم القطاعات الاقتصادية وخصوصًا في قطاعات الإنتاج الصّناعي؛ وكذا، المناجم وقطاع السّمي البصري والاتّصالات أي مهما كان نوع القطاع المراد تنظيمه، فإنّه يجب أن يتوافق مع السّياسة العامّة للدولة، ولهذا فإنّ التّنظيم² ليس له طبيعة تقنية محضة، بل يتلاءم وسياسة الدولة ولهذا السّبب فإنّه قريب من النّظام العام، إذ أنّه موجود ما بين القانون العام والمنافسة وعليه تظهر فعالية التحكيم في أنه يراعي هاذين القانونين، بتحقيق قانون تنظيمي فعّال، يوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

إنّ قانون المنافسة لا يتلاءم ومعالجة السلوكيات الخاطئة أو فرض سلوكيات معينة من أجل فتح القطاع وإنما يعالج فقط السلوكيات المتعلقة بالمنافسة وليس له أن يفرض التزامات ايجابية للمتعاملين في السّوق ولا يمكنه أن يقدر الجودة أو التزامات المرفق العام. إنّ قانون المنافسة لا يستطيع وحده التّكفل بالتّزاعات لأنّه غير مرّن، أمّا في إنجلترا فيستعان به للمعاقبة على المخالفات ضد المنافسة ويشارك في وضع السّياسة الشّاملة، إلّا أنّه لا يمكنه من تحقيق أهداف المنافسة ولذا فهو غير ملائم لحل هذا الإشكال³.

المطلب الثاني: خصائص التحكيم:

التّنظيم يهدف إلى توجيه القطاعات مثلاً بتوصيل المعلومات، وهو ما يسمّى بالشفافية، إلّا انه يصطدم أحياناً مع السّر المهني اثر التّبلغ عن مضمون التّحكيم عندما يتعلّق الأمر بالتنظيم. ويجب أن يكون التّحكيم موافقاً للمهلة المتطلّبة للتنظيم، فمثلاً فيما يتعلّق بالصفقات العمومية يراعي فيها حفظ المعلومات التي تمسّ مصلحة القطاع دون غيرها، للمحافظة على جدّية المعاملات الاقتصادية لأنّه يهتم بالتنظيم التقني والمالي للمنافسة بواسطة

¹. Marie Anne FRISON ROCHE , Actualité du droit de la régulation , Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n° 11.

². Arekian., Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français (le cas des services publics en réseaux), Thèse dactyl. Lille II, 2003, p. 514.

³. Thomas PERROUD, op. cit , p.251.

قرار إداري (الفرع الأول)، وتظهر الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال استكشاف العناصر المكونة للقرار التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطابع الإداري الملحق بقرارات التحكيم: يتم عن طريق قرار إداري، وأنّ التّصوص القانونية المنشأة للسلطات المكلفة بحلّ الخلافات تشير إلى ممارسة وظيفة التحكيم فيما بين المتعاملين في قطاع الضبط¹، وأنه يتم بتشكيلة المحكمة ويعتمد على إجراءات مؤشر عليها في العقد، وتصل بالنتيجة إلى إصدار قرار ذو طابع إداري، يصدره محكمين مختصين في القانون الخاص، مهمتهم الفصل في النزاعات مثل القضاة. ولذا، ذكر التحكيم من طرف المشرع الجزائري، وأكد أنّ قراراته قابلة للنقض؛ لأنّ القرارات التي تصدرها سلطات الضبط لها طابع إداري وليس قضائي.

و يظل الفرق فيما بين الأحكام الصادرة عن القضاء وتلك الصادرة عن سلطات الضبط، إذ أنها لا ترتقي أن تكون اجتهادات يعتمد عليها لحلّ النزاعات في مختلف القطاعات إذا ما كانت الوقائع متماثلة بعكس الأحكام الصادرة عن القضاء، فانه مأخوذ بها بتقدير من القضاء. أمّا التحكيم في سلطة الضبط، فإنه يعتمد سوى في حالات الخلاف بين مؤسسة تتعامل في إطار ميدان سلطة الضبط، أو بمعاهدة² حسب نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فرنسا.

أما المادة 1011 من نفس القانون تنصّ على أنّ التحكيم الكلاسيكي يشترط لقيامه اتفاق مسبق بين أطراف النزاع في المعاهدة. بالمقارنة فإنّ التحكيم الذي تقوم به سلطة الضبط لا يتطلب اتفاق الأطراف عليه، وهذا منافي للمبادئ التي ينصّ عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص اتفاق الأطراف مسبقا لقيام التحكيم.

الفرع الثاني: طبيعة التحكيم:

إن طبيعة حلّ النزاع في السلطات الإدارية المستقلة ووفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر لا يمكن أن تكون تحكيميا بما انه لا يوجد فيه اتفاق الأطراف؛ فحسب البروفيسور رشيد زوايمية اعتبر وظيفة التحكيم الممارسة من طرف السلطة الإدارية المستقلة تدفقا لغويا (excès de langage) أي أن اللفظ لا يؤدي معنى التحكيم المتعارف عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر، لأنّه وظيفة تقليدية ممارسة من طرف القاضي، فهل هذا يعني أن السلطات الإدارية المستقلة تعمل كهيئة قضائية عند قيامها بحلّ النزاعات؟³.

¹. Yakout AKROUNE, le modes alternatifs de règlement des différends : un phénomène en constante expansion en Algérie , RASJEP, n° 4 , 2008, p. 30.

². Loi n°08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, JORA n°21 du 23 avril 2008.

إنّ مهمة التّحكيم المسندة للسلّطات الإداريّة المستقلّة من قبل القانون تشبه إلى حدّ ما تلك المخوّلة للقضاة عموماً ناتج عن تطوّر التنظيم الذي يحكم هذه السلّطات، إذ أصبحت عملية التّنظيم بمثابة تقاضي من خلال أداء مهمتها والعقوبات وإعادة النظام وحل الخلافات .

إلا أنّ حلّ الخلافات لهيئات المكلفة بحلّ النزاعات يتم بواسطة قرار¹ في حين أنّ صفة التقاضي تتضمن وجود هيكل ومهمة التقاضي² لدى السلّطات الإداريّة المستقلة كي نعتبره تقاضي؛ و عليه، فإنّ إجراءات حلّ الخلافات أمام السلّطات الإداريّة المستقلة تكون عندما تمنح نفس الصلاحيات للقاضي، وعلى هذا الأساس المهمة التي تقوم بها السلّطات الإداريّة المستقلة لا ترقى إلى معنى التقاضي³ نظرية أخرى تعتبر أنّ السلّطات الإداريّة المستقلة ما هي إلا ظاهرة للامركزية الهيئّة القضائيّة.

ومنّه ، فإنّ السلّطات الإداريّة المستقلة تظهر بشروط لا يمكن تكييفها على أساسها بأنها قضائيّة.

لهته الأسباب ومن أجلها، لا يمكننا اعتبار السلّطات الإداريّة المستقلة هيئات قضائيّة لأن قراراتها فيما يخص حلّ الخلافات ليس لها نفس قوّة أحكام القضائيّة، ومثال ذلك في قطاع المواصلات السلكيّة واللاسلكيّة ، فإنّ أطراف النزاع لهم الخيار في حمل نزاعاتهم سواء لدى السلّطات الإداريّة المستقلة أو القضاء العادي، هذا الأخير يفصل في النزاع بحكم يتضمن قوة الشيء المقضي به، أمّا إذا كان نفس الخلاف لدى السلّطات الإداريّة المستقلة فإنّ قرار حلّ النزاع لا يتضمن قوة الشيء المقضي به ، ومن جهة أخرى، فإنّ كان المشرع منح السلّطات الإداريّة المستقلة اختصاصات خاصّة بالقضاء، فحسب المادة 122-8 من الدستور الجزائري والتي نصت على أنّ البرلمان يشرّع في قواعد الإجراءات المدنيّة. فإنّ السلّطات المكلفة بمهمة حلّ النزاعات لا يمكن أن تكييف على أنّها سلّطات قضائيّة، لأنّ القواعد الإجرائيّة المتبعة من طرف هذه السلّطات غير محدّدة قانوناً، مثل إجراءات التقاضي المحددة من قبل المشرع. ولهذا؛ فإنّ السلّطات الإداريّة المستقلة قامت بتحديد هذه الإجراءات لحلّ النزاع أمامها ، مثلما قامت به اللجنة البنكيّة فيما يخصّ الإجراءات العقابيّة.

وفي الجزائر وفي سلطة البريد والاتصالات السلكيّة واللاسلكيّة فيما يتعلق بالخلافات المتعلقة بالتوصيل⁴ ، وبالنسبة لغرفة التحكيم بجانب لجنة تنظيم الكهرباء والغاز ، فإنّها تخضع لقواعد إجرائيّة محدّدة عن طريق

³. Rachid ZOUAÏMIA, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, Belkeïse édition, Alger, 2013, p. 145.

¹. Roger PERROT , institution juridiques , Monchrestien , paris 2002 , n°91.

². Sonia BENHADJ YAHIA, « la nature juridictionnelle des autorités de régulation , droit prospectif » , revue de la recherche juridique n° 04 / 2004 , p.2510.

³. Rachid ZOUAÏMIA, le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, IDARA, n° 36, 2008 p.45.

⁴. Décision, n°03/SP/PC/2002 du 08 juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz.

التنظيم¹ في الواقع ، هناك خلط بين الوظيفة القضائية و وظيفة حل النزاعات، كما أقره مجلس الدولة حينما اعترف للجنة البنكية بالوظيفة القضائية ، حينما حكمت عقابيا بعقوبة².

و معنى هذا أنه اذا ما قدر مجلس الدولة الفرنسي أن للجنة البنكية اختصاصات إدارية و قضائية في ميدان السلطة العقابية، فاللجنة البنكية هيئة ذات طابع إداري وليست مكيفة على أنها هيئة قضائية. كما أن بعض الفقهاء كيفوها بأنها تتمتع بالوظيفة التحكيمية بينما آخرون كيفوها على أساس أنها شبه قضائية³.

و في الحقيقة أن وظيفتها تتجلى في حل النزاعات، اذن فان القرارات الصادرة من الهيئات عندما تحل النزاعات ليست بتحكيم و لا أحكام قضائية بل أنها قرارات إدارية فقط⁴. فوظيفة حل النزاعات من قبل هذه السلطات الإدارية المستقلة تدخل ضمن مهمة التنظيم لهاته السلطات.

المبحث الثاني: ممارسة التحكيم وظيفة تنظيمية:

إن تحقيق المنافسة من المهام الأولى للسلطات الإدارية المستقلة لذلك فإنها تقوم بتنظيم السوق من وضع الاحتكار إلى وضع تشاركي بإدخال متعاملين جدد و تحديد الأسعار، أي تخفيض السعر و تحقيق جودة المنتج اذ تهتم سلطة الضبط بالشروط التقنية والاقتصادية التي يجب أن تكون متوافقة ما بين المتعامل التقليدي والمتعامل الاقتصادي الجديد اثر تقديم عروض لشروط مقابلة و هو ما يعرف بـ « marché pertinent géographique »، إن مفهوم التنظيم متعلق بالمفهوم الجديد لوظيفة الدولة في القانون أي ممارسة الضبط في دولة ليبرالية بالجمع بين الضبط وخدمة المرفق العام اثر تقديم خدمات.

إن تضارب المصالح بين المتعامل التقليدي والمتعامل الاقتصادي الجديد تتدخل فيه سلطة الضبط لحله لضمان المنافسة حفاظا على التنظيم، ومنه فان هذه الوظيفة هي التنظيم بحد ذاته (المطلب الأول)، وأن هذا النزاع يجب أن يكون موضوعه محدد يتعلق بالنفاذ إلى السوق واختلال التوازنات العقدية، حينها تقدر سلطة الضبط تدخلها من عدمه، كما أن التحكيم نمط لتغيير طريقة تدخل الدولة بواسطة سلطة الضبط (المطلب الثاني).

¹. Rachid ZOUAMIA, les autorités de régulation indépendante face aux exigences de la gouvernance, op. cit. p.148.

². C.E., 15 mars 2005, Bousbia Naâmane c/Gouverneur de la Banque d'Algérie , n°019598..

³. Robert METTOUDI, les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université de Nice-Sophia-Antipolis, 2004.

⁴. M'hamed Toufik AUTIN, « du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », RDP, p.1213.

المطلب الأول: تكييف التحكيم:

إن وظيفة التّحكيم تختلف عن التّحكيم المتعارف عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في عدة عناصر (الفرع الأول)، و في الضمانات الإجرائية، كحياد السلطات الإدارية المستقلة، و احترام مبدأ العدالة بين أطراف النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكييف النزاع موضوع التحكيم:

حل النزاع الإداري من قبل السّلاطات الإدارية المستقلّة يبدو على أنه وظيفة قضائية، في حين أنها تقوم بمهمة حل النزاع بغية التنظيم لا غير طبقا لما كلفها به القانون.

إن هذا التحول فرضته السياسة الحالية لتحويل الوظائف الممارسة تقليديا من طرف السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية لصالح سلطات التنظيم الجديدة. هكذا، تم تحويل السلطة التنظيمية التطبيقية للقانون، من السلطة التنفيذية إلى سلطات التنظيم¹، ولذا؛ نلاحظ تنازل القاضي الجنائي عن توجيه عقوبات ذات طابع اقتصادي وتركها للسلطات الإدارية المستقلة بتنصيب من المشرع لسلطة العقاب سواء أكان عقاب إداري أو تأديبي².

إنّ هيئات التنظيم للقطاعات الاقتصادية، لهم هدف مرافقة القطاعات التابعة لسلطتهم من أجل المنافسة، كما أن هذه الهيئات ضامنة لمهمة التنظيم، مثلا وضع القرار من قبل سلطة تنظيم البريد والمواصلات المسماة بـ"ARPT" في سنة 2001³ الأمر الذي أوضح بأنّ السّلاطات يجب عليها أن تنشئ متعاملين جدد وتساهم في تطوير خدمات السوق لغرض الاستثمار.

تطوير مختلف القطاعات الاقتصادية، ومنه، فإنها تحقق التوازن بين مبدأ المنافسة و مبادئ أخرى.

من بين هذه الخدمات ما تحمل عناصر خدمة المرفق العام مثل وسائل الاتصالات السلكية واللاسلكية، والطاقة الكهربائية و الماء، مثلا ذكر القانون المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز عبر القنوات حيث يتضمن في المادة 03 منه أنّ توزيع الغاز عبر القنوات هو خدمة مرفق عام، وأنه يقدم خدمة عمومية لها هدف التموين بمادة الكهرباء والغاز عبر كافة القطر الوطني بشروط ممتازة، وتحقيق الأمن و جودة والأسعار و احترام التنظيمات التقنية و البيئية

¹. Rachid ZOUAIMIA, « les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, op. Cit. p. 149.

². Rachid ZOUAIMIA, « droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques, l'exemple du secteur financier », OPU- Alger, 2010.

³. Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, rapport 2001, www.arpt.dz.

، وفي تقرير لها فان سلطة (ARPT) في سنة 2003 تفسر أن الدولة تتقاسم سوق البريد مع المتعاملين الخواص بدون أن تتخلّى عن مهمتها في خدمة المرفق العام، وبهذا المفهوم؛ فان مبدأ تحرير قطاع البريد لا يجب فيه إهمال مبدأ خدمة المرفق العام، ومنه فان حاجة المستهلكين تقوم بالتوافق مع مفهوم خدمة المرفق العام.

من بين الصفة المتعددة الأبعاد لمسألة التنظيم التي تمارسه السلطة الإدارية المستقلة أنّها تتمتع بسلطات حل النزاعات، وبالتالي فانه خلافا للقاضي فان السلطات الإدارية المستقلة لا تصدر أحكاماً تفليدية، إذ أن قرارات حل النزاعات تعتبر وظيفة قانونية أساسية بالنسبة لها .

ولذا فانه خلافا للقاضي؛ فان السلطات الإدارية المستقلة تلزم المتعاملين بشروط للنفاذ إلى السوق لضمان منافسة حرة وتسهيل استخدام المرفق¹ «facilités essentielles»؛ حل النزاعات هذا، يؤدي إلى الحفاظ على مصالح أكبر من مصالح الأطراف المتنازعة أي رسم خريطة طريق متوازنة و متعادلة ملزمة للمتعاملين الاقتصاديين.

إنّ حل النزاعات بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين، هو مؤشر لتنظيم السوق.

ففي قطاع تنظيم الطاقة بفرنسا يتبين أنه إذا كان حل النزاعات من طرف سلطة تنظيم الطاقة المسماة بـ"CRE" تظهر على أنها عقود قضائية إذ ليس الغرض منها حل النزاع بين الأطراف بقدر ما هو ضمان منافسة في السوق، وذلك اثر ضمان النفاذ إلى الشبكات للمستعملين في شروط شفافة ودون أي تمييز².

لكن، الملاحظ أن القانون لا يجرد القاضي العادي من إمكانية أطراف النزاع اختيار طريق القضاء أو السلطات الإدارية المستقلة لحل النزاع.

الفرع الثاني: الضمانات الإجرائية :

بما أنّ السلطات الإدارية المستقلة تمارس اختصاصات في مجال التحكيم هي في الأصل من صلاحيات القاضي، فيمكننا الاستفهام حول مدى توفر الضمانات للأشخاص المعنيين طيلة إجراءات حل النزاع؟.

التساؤل المطروح في هذه الحالة، هو حول مدى حياد السلطات الإدارية المستقلة، واحترامها مبدأ العدالة ما بين أطراف النزاع، أضف إلى ذلك عملية تهيئة الطعون التي تصدرها السلطات الإدارية المستقلة فيما يخص حلّ النزاع؟

¹. Michel BAZEX, « entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », Revue concurrence – consommation , 2001 , pp.37-44 .

². Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996 portant sur la loi de réglementation des télécommunications, JORF, 27 juillet 1996 , p.11.

إذا ما تصورنا أن السلطات الإدارية المستقلة ورثت هذه السلطة عن القاضي، إلا أن العقاب التي تصدره ، يجب أن يكون محاطا بضمانات مثل حق الدفاع. في فرنسا، ففي قضية المحافظ البنك ¹ Alain SEBANE Didier فإن العقوبات المالية الملزم من قبل المجلس السوق المالي ، مصدرها عقابي .

المطلب الثاني: التحكيم نمط لتغيير طريقة تدخل الدولة:

لم تعد الدولة تتدخل مباشرة عن طريق الإشراف والوصاية بل أصبحت موجودة اثر ضغط سلطات الضبط على المتعاملين، وكأن هذه السلطات تقوم بالدور التقليدي للدولة لكن بطريقة تقنية بواسطة هيئات متخصصة وبطريقة أكثر تحررا للسوق، ومنه فان سلطات الضبط تحل النزاعات بغية تحقيق المنافسة (الفرع الأول)، وأن تحقيق المنافسة يؤديه دور خدمة المرفق العام بتقديم الخدمات في السوق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناصر التنظيم:

ان كل المفاهيم تجمع التنظيم و ظهور السلطات الإدارية المستقلة والتي تعتبر هندسة دستورية، والتنظيم معناه مجموعة المهمات المكلفة بها هذه السلطات . بخصوص "Jacques CHEVALLIER" ذكر ثلاثة عناصر تميز التنظيم ألا وهي عدم تدخل الدولة مباشرة، والقدرة على التحكيم بين المصالح المتعارضة للمتعاملين الاقتصاديين، والاستمرارية في العمل .

الفرع الثاني: مفهوم التحكيم و خدمة المرفق العام:

إن التنظيم وظيفة إدارية بما أن السلطة الإدارية المستقلة من خلال التنظيم تقوم بالضبط وخدمة المرفق العام وحل الخلافات، وأن الضبط وحل الخلافات يختلفان لأن الضبط أوجد لحفظ النظام العام دون حل الخلاف، أما التحكيم فانه يحل النزاع ومن خلال ذلك فان العقد يحول أو يوجه فتنظم السلطة الإدارية السوق ، قانون التنظيم يهتم بالقطاعات المنفتحة على المنافسة وتثبيت التوازن بين المصالح المتعارضة مثلا في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية للإيجاد التوازن بين أهداف الحصول على المنافسة و الأهداف غير التنافسية، أي الموازنة بين المصالح المتعارضة، الأمر الذي يقودنا إلى إيجاد المنافسة ² فالتنظيم مهم لضمان الحقوق والالتزامات لكل شخص حسب القانون؛ بمعنى تحقيق رؤية واضحة وصحيحة ممنهجة لتفاعل المجتمع مع الدولة

¹ C.E. , Ass. Plen ; 03 décembre 1999, Didier , RFDA, 2000 , p. 584.

² . G. Clamour, Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 51, 2006, n°1241, p. 711.

معني التنظيم هو سوق مراقب من الدولة عكس مفهوم السوق يحكم في الدولة أين المنافسة تحكم السوق، فالمنافسة يوجد لها التنظيم بفتح المجال وإيجاد قوانين متوافقة وليس الرضوخ لقوانين السوق.

أي أنها تحقق منتج، إذ أن التنظيم ينشأ قانون للمجتمع بدون تشريع أي حوكمة من أجل السوق وليس بسبب السوق. إن سلطة حل الخلافات لها دور رئيسي في الأمر وفرض القواعد لغرض النفاذ إلى السوق حالة بحالة بواسطة العقود وحل الخلافات على حساب قانون العقود وحق الملكية من أجل استعمال الشبكات، ومنه توجيه العقود إلى المنافسة العادلة، كما أن حل الخلاف يحد السلطة الخاصة للمالك الشبكة.

إن وظيفة التنظيم متعلقة بالسوق أي تحقق الجودة الاقتصادية التي تظهر في شكل قواعد بمعنى أن سلطة حل الخلافات تضمن النفاذ إلى السوق، وسلطة العقاب تضمن احترام المتعاملين لمهامهم. إن حل الخلافات حسب القانون والقضاء تحل خلافات التي تنشأ عن العقود ذات طبيعة خاصة بأوامر من سلطة الضبط فهي نتيجة استعمال حق الملكية من الغير وتمنع تحديد الثمن إلا من سلطة الضبط.

في فرنسا القانون يؤكد أن سلطة حل الخلافات ما هي في الحقيقة إلا شكل من التنظيم ونفس المبدأ أخذت به في بريطانيا بتأكيد من القضاة¹، سماه الفقيه Claude Champaud بقضاء اقتصادي "magistrature économique"، أي التقاء خاصية القضاء مع الإدارة بمعنى أن حل الخلاف يراعى فيه العدالة بما أن السلطات الإدارية المستقلة تتصرف مثل القاضي.

خاتمة :

من خلال ما سبق فإن حل الخلافات ليس بتحكيم المتعارف عليه في القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنه مختلف ويعد تنظيمًا مخولًا لسلطات الضبط لأنه من مهامها الرئيسية، ذو طبيعة إدارية وليست قضائية.

إن إلزامية اللجوء إلى تحكيم سلطة الضبط تفرضها ضرورة ضبط السوق دون اتفاق الأطراف لأنه أولوية لتنظيمه، لكن بالمقابل قد يمس الحرية التعاقدية لهذا يجب التوازن بين مصلحة المتعاملين الاقتصاديين والمصلحة العامة، أي المنافسة في السوق فخدمة المرفق العام.

إن فعالية التحكيم في بلدان العالم تظهر من خلال تمتع قراراته بامتيازات السلطة العامة؛ فهو فوري التنفيذ لا يوقف تنفيذه إلا بالتنصيص عليه صراحة، وإلا يظل نافذاً مما يثير إشكال مشروعيته لدى سلطة ضبط الكهرباء والغاز في الجزائر مثلاً.

نشير أيضا إلى وجوب تدخّل سلطة الضبط أحيانا في مضمون العقد بإعادة توجيهه خدمة للصالح العام و لصالح المتعاملين المعنيين من خلال تحديد التسعيرة المناسبة.

الملاحظ انه تارة أوظف لفظ سلطات الإدارية المستقلة وتارة أخرى سلطات الضبط والأصل أنها سلطات ضبط ففي الجزائر ليس لها الطابع الإداري واستقلاليتها نسبية في كل دول العالم ، أنشأت من أجل التنظيم فهي سلطات تنظيم وأنّ فعالية التحكيم تتباين في فرنسا مع بلدان العالم حسب العناصر المذكورة والنظام القانوني السائد.

التحكيم يوازن بين تحقيق المنافسة ومصالح المتعاملين الاقتصاديين لهذا فانه ينشئ القواعد لتنظيم السوق بتوجيه العقود لهذا يجب ان تكون ضمن تشكيلة المحكمين تقنيين اقتصاديين وقضاة متكونين في السوق.

تخفيف سيطرة المتعامل التقليدي اي الدولة في السوق بفتح مجال للمتعامل الاقتصادي لمنافسة المنتج خدمة للمرفق العام اي تحقيق الخدمة مع تحقيق الجودة والاستمرارية فيها.

التنظيم حقق نجاحا في فرنسا ذات النظام الليبرالي معتمدة على استقلالية القرار الإداري، لكن قواعده غير متوافقة مع نظام الجزائر المعتمد على مركزية القرار الإداري وإشراف الدولة على السلطات الإدارية المستقلة ، لهذا يجب اعادة النظر في نظام الجزائر أي الحوكمة.

ويجب في الأخير طرح إشكالية ما طبيعة مسؤولية سلطات الضبط عن قرارات التحكيم ؟

المراجع :

I- الكتب :

1. الجزائرية :

1. Rachid ZOUAÏMIA, droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques, l'exemple du secteur financier , OPU- Alger, 2010.
2. Rachid ZOUAÏMA, les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, éd Belkeïse, Alger, octobre, 2013.

2. الفرنسية:

1. Arekian , Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français (le cas des services publics en réseaux), Thèse dactyl. Lille II, 2003.
2. G. Clamour, Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 51, 2006,n°1241.
3. Marie Anne FRISON ROCHE , « le droit de la régularion » , D.2001, chron.

II- THESES :

1. Thomas PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni », Thèse de doctorat de l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I Discipline:Droit public, présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2011.
2. Robert METTOUDI, les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université de Nice-Sophia-Antipolis, 2004.
- 3.

III- المقالات :

1. الجزائرية :

1. Yakout AKROUNE, « les modes alternatives de règlement des différends : un phénomène en constante expansion en Algérie », ASPJ, Volume 45, n° 4, 2018.
2. Sonia BENHADJ YAHIA, « la nature juridictionnelle des autorités de régulation , droit prospectif » , revue de la recherche juridique n° 04 / 2004 , p.2510.

2. الفرنسية :

1. M. Bazex , « Entre concurrence et régulation : la théorie des facilités essentielles » , rev. Concurrence , n° 199, janv. 2001.
2. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE, Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence, L.P.A., n° 117, 1998
3. M'hamedToufik AUTIN, « du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », RDP.

IV. المصادر القانونية :

1. الجزائرية :

1. Décision, n°03/SP/PC/2002 du 08 juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz/.
2. Décision n°04-2005 du 20 avril 2005, portant règles d'organisation et de fonctionnement de la commission bancaire. monnaie et au crédit, JORA n°50 du 01 septembre 2010.